

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق
تخصص: قانون إداري

الرقم التسلسلي:

إعداد الطالبة : حميزي وردة

يوم: 2019/06/20

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أ.مح.أ	حاحة عبد العالي
مشرفا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أ.د	عزري الزين
مناقشا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أ.مح.أ	لعور بدرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ﴾

وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۗ

وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ

إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴿

الآية 77 من سورة القصص

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين والشكر له الذي أعانني على إنجاز هذا العمل والذي أرجوا أن أكون به خير خلف لخير سلف.

ثم إنه وليسرني أن أشكر بعد الله عز و جل أستاذي الفاضل والمحترم الدكتور "عزري الزين" لإشرافه على هذا العمل وإثرائه له بما هو أفضل وأصح إلى أن وصل إلى هذه المرحلة، فالحمد لله الذي وضعه في دربي و يسر به أمري عسى أن يحفظه الله ليبقى مفتاحا للعلم والمعرفة للأجيال القادمة.

كما أتقدم بالشكر إلى كافة أساتذة قسم الحقوق بجامعة محمد خيضر بسكرة وأخص بالذكر الدكتور "حاحة عبد العالي" لما أبداه لي من مساعدة وتوجيهات قيمة لإتمام هذا العمل.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الطاقم الإداري لكلية الحقوق والعلوم السياسية من أعلى مسؤول إلى أبسط موظف، وإلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد بملاحظة علمية أو بنصيحة خالصة أو بدعوة صالحة.

إهداء

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه

إلى أخي الأكبر عزالدين وابنة أختي نسرين فقيدتنا الغالية رحمهم الله وجعل قبورهم
روضة من رياض الجنة

إلى من كانت لي عوناً و دعماً دائماً، حصناً واقياً وظلاً حامياً بدعواتها التي كانت
سر نجاحي "أمي الغالية"

إلى جميع أفراد أسرتي، إخوتي وأخواتي وأبنائهم

إلى المدلل صلاح

إلى كل من أضاء بعلمه عقلي من الطور الإبتدائي لهذه المرحلة

إلى كل صديقاتي وزملائي

أهدي لكم هذا العمل ختاماً لفرحتي ومجهودي في مشواري الجامعي من أجل أن
تفتخروا بي.

وردة

قائمة المختصرات

أولا - باللغة العربية :

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص : صفحة

ص ص : من صفحة إلى صفحة

د س ن : دون سنة نشر

ق.إ.م وإ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.إ.ج : قانون الإجراءات الجزائية

د ج : دينار جزائري

ثانيا - باللغة الفرنسية :

N° : Numéro

OP cit : Ouvrage Précédemment cité

P : Page

P ,P : De le page à la page

Vol : Volume

حقائق

مقدمة :

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة لتنفيذ مخططات التنمية وأداة هامة لإستغلال وتسيير المال العام، وقد عرفت هذه الأخيرة إهتماما كبيرا من المشرع الجزائري نتيجة التزايد المذهل لظاهرة الفساد المالي والإداري الذي عرفته الجزائر في مختلف قطاعات الدولة الوطنية والمحلية، ومن أجل تدارك النقائص والثغرات التي عرفتھا التنظيمات القانونية للصفقات العمومية السابقة أصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري المفعول حاليا⁽¹⁾، وهو قانون مبني على أسس ومبادئ تساهم في تأطير هذه العملية المركبة التي تقوم على المساواة والشفافية، وإحترام قواعد المنافسة بدءا من الإعلان عن الصفقة العمومية إلى كيفية إختيار المتعامل المتعاقد سواء عن طريق طلب العروض بمختلف أشكاله أم عن طريق التراضي.

وفي هذا الشأن منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة عدة إمتيازات وسلطات لتمكينها من الوصول إلى النتائج المرجوة من إبرامها، وبالمقابل منح المتعامل جملة من الحقوق كما فرض عليه بعض الإلتزامات، وهذا ما قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى التصادم بين المصلحتين، ولهذا وللحفاظ على توازن العلاقة العقدية كان لزاما أن تحاط الصفقات العمومية بمختلف آليات الرقابة، فالإ جانب الرقابة الإدارية الداخلية منها والخارجية التي تحل النزاع في مراحله الأولى، إلا أنها تبقى أقل فعالية في بعض الأحيان مقارنة بالرقابة القضائية والتي هي موضوع دراستنا، ولعل السبب يعود في ذلك إلى المهمة الأساسية المنوطة بجهاز القضاء وهي السهر على تطبيق القانون.

(1) المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.



إن الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري تعقد لهرمي السلطة القضائية فنرى رقابة القضاء الإداري الذي يعد صاحب الإختصاص الأصيل للنظر في منازعات الصفقات العمومية، ورقابة القضاء الجزائي كوسيلة ردعية داعمة لرقابة القضاء الإداري فقط إذا ما شكلت المخالفة جرما بمفهوم قانون العقوبات والقوانين المكملة له.

أهمية الموضوع :

يستمد الموضوع أهميته في كون قطاع الصفقات العمومية من أهم القطاعات إستغلالا للمال العام ما يفسر ضخامة الأموال المخصصة سنويا من الخزينة العمومية في هذا المجال، ما يجعل خضوعها للرقابة القضائية أمر ضروري في حال عدم جدوى الرقابة الإدارية كمرحلة أولى، وذلك لحل النزاعات القائمة على مختلف مراحل الصفقة العمومية بالدرجة الأولى والمحافظة على المال العام بدرجة أخرى، وتبرز أيضا أهمية هذا الموضوع كون القضاء الإداري في الجزائر لم يصل إلى توحيد إجتهاد قضائي للإشكالات التي تثيرها منازعات الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي ما يدعونا لتسليط الضوء على هذه المسائل.

كما تتجسد أهمية هذه الدراسة كونها الأولى من نوعها التي تعالج إرتباط الدعوى الإدارية بالدعوى الجزائية وتأثير كل منها على الأخرى.

أهداف الدراسة:

من خلال معالجتنا لهذا الموضوع، نسعى إلى البحث عن الجهات التي تتولى الفصل في منازعات الصفقات العمومية قصد إعطاء نظرة شاملة لكل صور الخروقات والمخالفات التي ترتكب مخالفة للقانون في مجال الصفقات العمومية.

بالإضافة إلى توضيح الدور الذي تلعبه أجهزة الرقابة القضائية سواء القاضي الإداري الذي يعتبر صاحب الإختصاص الأصيل في الرقابة على منازعات الصفقات العمومية، وكذا إختصاص القاضي الجزائي بالنظر في الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية دون تجاوز صلاحيات القاضي الإداري والحكم الذي يصدره في هذا الشأن حيث يستوجب إحترام دوره في الرقابة على الصفقات العمومية.

وأخيرا إثراء المكتبة القانونية ولو بجزء بسيط برصيد علمي معرفي في هذا المجال.

أسباب إختيار الموضوع :

تعود أسباب إختيارنا لموضوع الرقابة القضائية على الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي إلى نوعين من الأسباب منها ذاتية وأخرى علمية وموضوعية.

أسباب ذاتية تكمن في أن إختيارنا لهذا الموضوع يعود إلى ميولنا لدراسته والتعمق فيه بعد الإطلاع على مختلف جوانبه، وكذا تأثيري بأفكار الأستاذ المشرف من خلال ممارسته الميدانية في هذا المجال، وأيضا الرغبة في لملمة وسد الثغرات القانونية التي أغفلها المشرع الجزائري، والتي من شأنها إستقطاب إهتمام أي باحث قانوني.

أما الأسباب الموضوعية، فأغلبها تتلخص فيما يطرحه الموضوع من إشكالات قانونية نحاول طرحها ومناقشتها والإجابة عليها، ومحاولة إثراء الموضوع ببعض من الآراء والحقائق التي تعكس واقع التجاوزات الحاصلة في مجال الرقابة القضائية على الصفقات العمومية،

إضافة إلى دراسة مختلف الآليات التي إعتدها المشرع الجزائري في هذا المجال بغية تسهيل فهمها على كل من يرجع إليها من الناحية العلمية سواء كان قاضيا أو متقاضيا.

إضافة لخطورة هذا الموضوع والذي يعتبر حديث الساعة من خلال الصفقات المشبوهة التي تبرم بالرغم من التجاوزات التي تتخللها وذلك لتورط كبار المسؤولين فيها.

إشكالية الموضوع :

إن موضوع دارستنا يطرح العديد من التساؤلات، يمكن إجمالها في الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الرقابة القضائية للحد من الفساد في مجال الصفقات العمومية حمايةً للمال العام وتحقيقا للتنمية؟

منهج الدراسة :

إن طبيعة موضوع الدراسة وخصوصيته المتمثلة في إرتباطه بجوانب نظرية وأخرى عملية فرضت علينا المزوجة بين منهجين رئيسيين، وهما المنهج الوصفي الذي يعتبر أم المناهج والذي كان المنهج الملائم لإبراز بعض الجوانب النظرية للرقابة القضائية على الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي، بالإضافة إلى منهج تحليل المضمون من منطلق أن هذا الموضوع يستمد وجوده من النصوص القانونية والتنظيمية إضافة إلى القرارات والأحكام القضائية، التي تفرض تحليل محتواها، مع إستعراض موقف الباحث في بعض المسائل وهذا بغية توضيح النقاط الإيجابية على مستوى النصوص القانونية ومواطن النقص فيها بغية إيجاد الحلول المناسبة لها.

للإجابة عن الإشكالية المطروحة سنقسم هذه الدراسة إلى فصلين أساسين: نستهلها بداية بالفصل الأول حول رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، وذلك في بحثين يخصص المبحث الأول لدراسة رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام الصفقات العمومية كما وسيخصص المبحث الثاني لدراسة رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية.

أما الفصل الثاني والمعنون برقابة القاضي الجزائي على الصفقات العمومية فإنه سيضم مبحثين رئيسيين، الأول تحت عنوان الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في حين سيكون المبحث الثاني مخصص للمتابعة الجزائية في الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لنصل في آخر المطاف من بحثنا هذا، إلى إظهار علاقة كل من الدعوى الإدارية بالدعوى الجزائية في مجال الصفقات العمومية.



الفصل الأول

رقابة القضايا الإدارية على

الصفقات العمومية

الفصل الأول

رقابة القاضي الإداري على الصفقات العمومية

لقد حرص المشرع الجزائري على إقامة نظام وترسانة قانونية للحفاظ على المال العام تحقيقا للتنمية وترشيد النفقات إلا أن الخروقات الماسة بمبادئ إبرام الصفقات العمومية دائما في ازدياد، رغم أن جل التعديلات الخاصة بقانون الصفقات العمومية تكفل عدة ضمانات ممثلة أساسا في لجان الرقابة الداخلية على مستوى المصلحة المتعاقدة، إضافة إلى اللجان الخارجية وذلك لمنع تعسف الإدارة في جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية والتي أقرها المنظم من خلال المراسيم الرئاسية المؤطرة لمجال الصفقات العمومية في الجزائر وآخرها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015.

ولهذا فقد أحيطت الصفقات العمومية نظرا لأهميتها البالغة بحماية قضائية تتمثل كأصل عام في إختصاص القاضي الإداري بالنظر في منازعاتها، وهذا راجع للأهمية الكبيرة التي تربط موضوع الصفقات العمومية بالمال العام ناهيك عن وجود الإدارة كطرف يتأثر بامتيازات السلطة العامة⁽¹⁾، وهذا في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة من خلال الدور الذي يلعبه قضاء الإلغاء والقضاء الكامل في هذه العملية فضلا عن تدخل قاضي الاستعجال في الرقابة على الصفقة العمومية.

لذلك ولدراسة رقابة القاضي الإداري على الصفقات العمومية يقتضي بنا التطرق إلى مسألتين: رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام الصفقات العمومية (المبحث الأول) ورقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

(1) شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة عباس لغرور خنشلة، جانفي 2018، ص 342.

المبحث الأول

رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام الصفقات العمومية

تمر الصفقات العمومية بمرحلة أولية هي مرحلة الإبرام والتي كفلها المرسوم الرئاسي 247/15 بالعديد من القيود والإجراءات تكريسا لمبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات حماية للمال العام.

وقد شهدت رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية، تدرجا في أحكام القضاء الإداري ابتداء من اعتبار أنه لا يمكن تجزئة العقد الإداري، وأن القرارات المتعلقة بإبرامه جزء منه وبذلك تخضع منازعاتها لرقابة القضاء الكامل، لكن سرعان ما تراجع القضاء الإداري عن هذا الموقف وفصل هذه القرارات عن الصفقة العمومية واعتمد نظرية القرارات الإدارية المنفصلة (المطلب الأول) وبالتالي إمكانية إخضاعها لرقابة قضائية تتلاءم مع طبيعتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية

نشأت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال في بداية القرن 20 على يد مجلس الدولة الفرنسي، الذي كان بادئ الأمر يعارض إلغاء القرارات الإدارية المرتبطة بعمليات إدارية قانونية منازعاتها من اختصاص جهات قضائية أخرى غير قضاء الإلغاء، على اعتبار أنها قد تؤدي إلى إهدار الحقوق الشخصية المتولدة عن العملية الإدارية المركبة مثل العقود الإدارية بما فيها عقود الصفقات العمومية لكنه عدل عن موقفه فيما بعد وأصبحت هذه النظرية من بين النظريات السائدة في فرنسا⁽¹⁾.

إقتضت هذه النظرية بادئ الأمر على القرارات الصادرة قبل إبرام العقد أما القرارات الصادرة أثناء أو بعد تنفيذ العقد فلا يمكن الطعن فيها بالإلغاء لأن الأمر يقتصر على طرفي العقد دون سواهم لارتباطها بالعملية التعاقدية، لكن مجلس الدولة تراجع سنة 1964 وأجاز

(1) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري-نظرية الدعوى الإدارية-، ج 02، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص ص 437، 438.

الطعن بالإلغاء من طرف الغير ضد القرارات الصادرة أثناء أو بعد تنفيذ العقد إذا كانت تمس مصالحهم. (1)

ومما سبق يترتب على أن منازعات العقود الإدارية تدخل في اختصاص القضاء الإداري الكامل، ولا يدخل في اختصاص قضاء الإلغاء سوى القرارات الإدارية المنفصلة والتي لا تدخل في الرابطة العقدية وإن كانت تمهد لانعقادها، فهو يحتفظ بطبيعته كقرار إداري أصدرته الإدارة من جانب واحد باعتبارها صاحبة سلطة قانونية لإحداث اثر قانوني (2).

وبإعمال هذه النظرية يمكن الوقوف على معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري (الفرع الأول) وكذا تحديد أنواع هذه القرارات الإدارية المنفصلة بالنسبة لعقد الصفقة العمومية التي يمكن أن تكون مجالا للطعن فيها بالإلغاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة

إن الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة قد وسع فيها القضاء الإداري لتمتد إلى القرارات التي يمكن فصلها عن العقد الإداري عموما والصفقة العمومية خصوصا، لكن الإشكال يكمن في المعايير التي يستند إليها القاضي الإداري لتقرير ما إذا كان القرار الإداري المرتبط بالعقد منفصلا أم متصلا به ، وقد حدد الفقه استنادا على أحكام مجلس الدولة الفرنسي المعايير التي يعتمد عليها لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري و التي تتمثل في المعيار الشخصي -الذاتي - و المعيار المادي -الموضوعي-.

أولا: المعيار الذاتي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة

المعيار الشخصي وهو المعيار الذاتي يقوم على أساس المركز القانوني الشخصي والصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة (3) ، وهو يعتمد على إعتبار أن دعوى الإلغاء هي الطريق الوحيد أمام المدعي للإستعانة بالقضاء للرقابة على

(1) نسرين بوعكاز، القرارات القابلة للانفصال في عقود الصفقات العمومية (صفقة الأشغال العامة)، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، المجلد 08، العدد 10، جامعة العربي التبسي تبسة، جوان 2017، ص 69.

(2) عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، د س ن، ص 106.

(3) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 442.

العقد الإداري أو الصفقة العمومية⁽¹⁾، ويضم هذا المعيار عدة عناصر منها ما يتعلق بصفة الغير بالنسبة للعقد، وعدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية أمام القضاء الإداري بدون دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة و غير المشروعة، وذلك لفائدتها في حماية حقوق المدعي أكثر من استعمال دعوى القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية⁽²⁾.

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي المعيار الذاتي أو الشخصي لتحديد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في عدة أحكام أهمها الحكم الشهير الصادر بتاريخ 1905/08/04 في قضية مارتن MARTIN ، حيث إعتبر مجلس الدولة الفرنسي مداوات المجلس العام غير مشروعة من ناحية الشكل والإجراءات، إضافة إلى قبوله دعوى الإلغاء ضد هذه المداوات لأنها خالفت قاعدة إجرائية ، كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي اللائحة العامة التي تلغي عقدا إداريا قرارا إداريا منفصلا يجوز للطرف المتضرر منها أن يطعن فيها بالإلغاء بالرغم من أنها متصلة بالعملية العقدية المركبة ككل⁽³⁾.

ثانيا: المعيار الموضوعي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة

يعتمد المعيار الموضوعي على موضوع ومضمون القرار في حد ذاته فإذا كان هذا القرار يمس جوهر العملية العقدية وجزءا لا يتجزء منها فيعتبر قرارا غير قابلا للانفصال، ولا يجوز الطعن فيه بالإلغاء وإنما يطعن فيه أمام القضاء الكامل، أما إذا كانت هذه القرارات غير حيوية ومجرد قرارات مساعدة للعملية العقدية فإنه يمكن الطعن فيها بالإلغاء بصورة مستقلة وإعتبارها قرارا إداريا منفصلا⁽⁴⁾، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في مجموعة من الأحكام أصدرها بين سنتي 1903 و 1906⁽⁵⁾.

(1) نسرين بوعكاز، المرجع السابق، ص 70.

(2) سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص 17.

(3) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 443، 444.

(4) نسرين بوعكاز، المرجع السابق، ص 71، 70.

(5) سمية شريف، المرجع السابق، ص 18.

إن المعيار الموضوعي يتألف من عدة عناصر مادية ظهرت بصورة متدرجة ضمن تطبيقات القضاء الإداري تتمثل في:

1- عنصر مدى أهمية وفاعلية القرار الإداري في تكوين العقد الإداري المرتبط به

ويعتمد هذا العنصر على تقدير جوهرية القرار الإداري في تكوين العملية العقدية، فإذا كان جزء لا يتجزء منها فيكون قرارا إداريا مركبا غير منفصل، أما إذا كانت وظيفة القرار غير جوهرية في تكوين العملية الإدارية وغير مؤثرة فيه فهنا يصبح القرار إداريا منفصلا يمكن الطعن فيه بالإلغاء بصورة منفصلة⁽¹⁾.

2- عنصر مدى ملائمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرافعها مقارنة بدعوى القضاء الكامل

وهذا من حيث مدى فاعلية تحقيق الحماية القضائية للحقوق، ومصالح المدعي بالإضافة إلى سهولة الإجراءات وتكاليف التقاضي⁽²⁾.

3- عنصر نوعية القرارات الإدارية

يعتبر القضاء الإداري القرارات العامة أو اللوائح الإدارية المركبة قرارات إدارية منفصلة، استنادا إلى أنها قرارات إدارية عامة ومجردة تتعلق بمراكز قانونية عامة من حيث إنشائها أو تعديلها أو إلغائها.

4- عنصر الإختصاص القضائي

وذلك باعتبار القرار المنفصل هو قرار إداري، وبالتالي يعد القضاء الإداري صاحب الإختصاص الأصيل في المنازعات المتعلقة به كونه مظهرا للسلطة العامة في العملية الإدارية، ولذلك يعتبر اختصاص القضاء الإداري أحد عناصر تحديد القرار الإداري المنفصل⁽³⁾.

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 446.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص 19.

(3) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 448.

مما سبق يتبين أن وضع المعيارين الذاتي والموضوعي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة له جانب سلبي كونه ينفي الدور الإنشائي للقاضي الإداري، فتقدير هذا الأمر يعد من اعتبارات مبدأ الملائمة التي يعود تقديرها للقاضي الإداري، كما أنه يستبعد بعض تصرفات المصلحة المتعاقد من دائرة القرارات الإدارية المنفصلة أي من خضوعها لرقابة قاضي الإلغاء إلى رقابة القضاء الكامل ومنها قرارات توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مجالات الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية

إن القاعدة العامة وفقا لنظرية القرارات القابلة للانفصال هي إمكانية فصل تلك القرارات عن الصفقة العمومية، والطعن فيها بالإلغاء بصورة مستقلة إذا شابها عيب من عيوب عدم المشروعية دون أن يكون لإلغائها أي مساس بالصفقة العمومية⁽²⁾، ومشروعيتها يتم تقديرها إستنادا إلى مبدأ المشروعية وليس بالنظر إلى العقد فبالنظر إلى العقد فبالنظر إليها مسؤولية غير تعاقدية وقد تكون سابقة لإبرام الصفقة أو لاحقة لها⁽³⁾.

ورجوعا إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجده ينص على العديد من التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة والتي لم يشر إليها صراحة أنها قرارات إدارية منفصلة، لذلك كان لابد من تحليل نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 للوصول إلى تحديد هذه القرارات ومدى إمكانية الطعن فيها بالإلغاء، حتى يمكن التمييز بين القرارات الإدارية المنفصلة التي يمكن أن يبسط القاضي الإداري رقابته عليها في مجال الصفقات العمومية عن غيرها، وهي قرارات سابقة لإبرام الصفقة العمومية وقرارات متعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة العمومية.

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص 20.

(2) أبو بكر عمر صديق، الرقابة القضائية على السلطة الإدارية في إبرام العقود بطريق المناقصات، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 34.

(3) حليلة برونك، مكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2014/2015، ص 285.

أولاً: رقابة القاضي الإداري على القرارات القابلة للانفصال السابقة لإبرام الصفقات العمومية

تمر عملية إبرام الصفقة العمومية بعدة مراحل تحضيرية يمكن فصلها عن عملية التعاقد، تتخللها العديد من القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية والتي يمكن أن تخضع لرقابة القاضي الإداري تحت ولاية قضاء الإلغاء، وهذا ماستتناوله فيمايلي:

1- الرقابة على قرار الإعلان عن الصفقة العمومية

إن إبرام الصفقات العمومية كأصل عام يجب أن يسبقه دعوى إلى المنافسة، وذلك بالإعلان عن رغبة المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة عمومية ليصل العلم إلى كل من تتوفر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها⁽¹⁾، تكريسا لمبادئ الشفافية والعلنية والمساواة التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته الخامسة⁽²⁾، ويعتبر الإشهار الصحفي حسب المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 إجراء إلزاميا، وبالتالي كل إخلال يشوبه يمكن أن يكون سببا للطعن فيه بالإلغاء وهذا باعتباره قرارا إداريا منفصلا وهو ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾.

وعلى هذا فإنه يشترط لصحة الإعلان عن الصفقة العمومية مراعاة الضوابط والقيود التي حددها تنظيم الصفقات العمومية 247/15 وعلى رأسها البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها الإعلان⁽⁴⁾، وكذلك تحرير الإعلان باللغة العربية والأجنبية، إضافة إلى النشر الإلزامي في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي حسب المادة 65 من نفس المرسوم⁽⁵⁾، والمادة 03 من المرسوم رقم 116/84 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل

(1) وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/10/20، ص 203.

(2) تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15: >>>الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام،

يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين و شفافية

الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم<<.

(3) مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 139.

(4) المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(5) المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

العمومي⁽¹⁾، وكذلك النشر في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل والإشهار المحلي بالنسبة لطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها⁽²⁾.

وعليه فإن قرار الإعلان عن الصفقة العمومية يخضع لرقابة القاضي الإداري في حال خرق المصلحة المتعاقدة للإجراءات والشروط المتعلقة به إذا تم الطعن فيه بالإلغاء ممن له مصلحة في ذلك، بإعتباره قرارا إداريا منفصلا.

2- الرقابة على قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

لقد خول المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة صراحة في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽³⁾ إصدار قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بشكل مؤقت أو

(1) المادة 03 من المرسوم رقم 116/84، المؤرخ في 12 ماي 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 20، الصادرة في 15 ماي 1984.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص 28.

(3) تنص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15: <<يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون:

- الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و74 اعلاه.
 - الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
 - الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
 - الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشئ المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
 - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
 - الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
 - الذين قاموا بتصريح كاذب.
 - المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.
 - المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.
 - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة.
 - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.
 - الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.
- توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية <<.

نهائي، إذا كان الإقصاء مستندا إلى نص قانوني فلا يتصور مشاركة متعامل اقتصادي في صفقة ما ثبت في حقه الغش أو التماطل في تعاقدات سابقة، وقد أحوالت هذه المادة في فقرتها الأخيرة توضيح كيفية تطبيقها إلى قرار وزاري صادر من الوزير المكلف بالمالية الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية⁽¹⁾، وقد كيف القضاء الإداري هذا القرار على أنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء إذا ثبت أن المتعامل الاقتصادي لا ينتمي إلى الفئات المحددة في النص القانوني أو ثبت إلغاء النص القانوني أو تعديله، أو في حالة تعسف المصلحة المتعاقدة بالضمانات المكرسة في القرار الوزاري أعلاه⁽²⁾.

ينقسم الإقصاء في الصفقات العمومية إلى إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي، وينقسم كل نوع منهما إلى إقصاء تلقائي لا يحتاج لصدور قرار إداري، وإقصاء بمقرر الذي لا يتم إلا بموجب قرار إداري، يمر على عدة إجراءات تشكل في حد ذاتها ضمانات للمتعامل الاقتصادي لتجنب تعسف المصلحة المتعاقدة عند إصدار قرار الإقصاء ضده، وتتمثل الضمانات حسب المادة 09 و10 من القرار الوزاري أعلاه⁽³⁾، في:

أ) تقوم المصلحة المتعاقدة بدعوة المتعامل الاقتصادي المعني بقرار الإقصاء برسالة موصى عليها مع وصل استلام لتقديم ملاحظاته في أجل 10 أيام حول الأفعال المنسوبة إليه.

ب) توجيه المصلحة المتعاقدة تقرير مفصل يعد إستنادا إلى التصريح بالاكنتاب والمعلومات المطلوبة في العرض، ويكون مرفقا بملاحظات المتعامل الاقتصادي إلى مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني.

ج) إصدار قرار الإقصاء من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني ويكون معللا.

(1) القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011، ص ص 33، 34.

(2) مونية جليل، المرجع السابق، ص 138.

(3) المادة 09، 10 من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

د) تبليغ الإقصاء من الجهة التي أصدرته إلى المتعامل الإقتصادي المعني ولوزير المالية لتسجيله في قائمة المتعاملين الإقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية⁽¹⁾.

3- الرقابة على قرار المنح المؤقت

بعد قيام المصلحة المتعاقدة بالإجراءات القانونية لإختيار المتعامل الإقتصادي معها، يتعين عليها إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية بنفس شروط الإعلان عن الصفقة والمحددة في المادة 65 من ذات المرسوم⁽²⁾، وقد سمي بالمنح المؤقت لأنه لم يتم المنح النهائي للصفقة، وبالتالي يمكن إلغاء منحها المؤقت أو جميع إجراءاتها لعدم احترام أحكام قانون الصفقات العمومية، هذا وإنه لا يبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية التي سمحت بإختيار الحائز على الصفقة العمومية⁽³⁾.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري المنح المؤقت للصفقة العمومية إجراء يضيف المزيد من الشفافية على عملية إبرام الصفقة العمومية، بعد إستنفاد جميع مراحلها لكنه لم يعط تعريفا واضحا له. وهو ما يثير إشكال حول الطبيعة القانونية لإجراء المنح المؤقت هل هو إجراء من إجراءات العملية العقدية أم هو قرار إداري، وهذا للوقوف على إمكانية الطعن فيه بالإلغاء.

إنه وللقول أن المنح المؤقت هو قرار إداري لا بد من مطابقته مع مختلف المعايير التي إستعملها الفقه والقضاء والتشريع في تحديد مفهوم القرار الإداري، ولقد عرف العميد ليون دوفي القرار الإداري بأنه: >> كل عمل إداري يقصد تعديل الأوضاع القانونية القائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة<<⁽⁴⁾.

(1) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 222.

(2) المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) خالد خليفة، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص 74.

(4) جلول هزيل، المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، العدد 02، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سبتمبر 2016، ص 11.

أما الأستاذ أحمد محيو فيعرف القرارات الإدارية أنها: >> هي القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية<<(1).

أما بالرجوع إلى أحكام المادتين 800 من القانون الإجراءات المدنية الإدارية(2)، وكذلك المادة 09 من القانون 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله(3)، نجد أنها تبنت المعيار العضوي لتحديد القرار الإداري وهو أن يكون هذا القرار صادر عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

وعليه يمكن تكييف إجراء المنح المؤقت على أنه قرار إداري كونه يصدر عن المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة تمتلك امتيازات السلطة العامة، والتي تظهر في صدوره بالإرادة المنفردة لها وكذا إستهدافه لإحداث آثار قانونية وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد(4)، لكن هذا الأثر ذو طابع مؤقت لا يتحقق بأثر فوري فكيف يمكن تكييفه مع ذلك أنه قرار إداري؟

إن الطابع المؤقت للمنح المؤقت لايعكس طبيعة الأثر الفوري التي تجعل من القرار الإداري نهائيا فهو مؤقت إلى حين التأكيد عليه في مرحلة الإرساء النهائي للصفقة العمومية، كما أن إعتبار القرارات الإدارية نهائية حسب القضاء الإداري هو صدورها عن جهة مختصة قانونا دون الحاجة إلى تصديق من سلطة أعلى، وأن تكون قابلة للتنفيذ بمجرد صدورها، لذلك فالطابع المؤقت للآثار القانونية الناشئة عن المنح المؤقت يكسبها طابع التأقيت، لكن هذا ليس من شأنه التأثير على طبيعته كقرار إداري، فهي آثار حقيقية وليست ذات طابع احتمالي كونها حوصلة عدة إجراءات قانونية لإنتقاء أحسن عرض(5).

(1) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص160.

(2) القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

(3) القانون رقم 01/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37، الصادرة في 01 جوان 1998.

(4) سعاد بن سريّة، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2018، ص31.

(5) نفس المرجع، ص ص 22، 23.

لكن على الرغم مما تم ذكره إلا أن القضاء الإداري يعتبر القرارات التمهيدية و السابقة لإبرام العقود الإدارية قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن فيها بالإلغاء⁽¹⁾، ومنها المنح المؤقت في عقد الصفقة العمومية وهذا ما يتجسد في العديد من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية حيث في حال مخالفته للشروط المنصوص عليها قانونا يقوم القاضي الإداري بإلغائه⁽²⁾.

ثانيا: رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة العمومية

بعد إنتهاء العملية التمهيدية الرامية إلى إرساء الصفقة العمومية، تتخذ المصلحة المتعاقدة عدة قرارات قد تكون إيجابية في سير عملية إبرام الصفقة العمومية فتصدر قرار إبرام الصفقة و قرار التصديق عليه من الجهة الوصية للمصلحة المتعاقدة، كما قد تقرر المصلحة المتعاقدة قرارا بإلغائها فتعدل بذلك عن إبرام الصفقة العمومية.

وستتناول فيما يلي إمكانية بسط القاضي الإداري رقابته على هذه القرارات:

1 - قرار إبرام الصفقة العمومية

إبرام الصفقة العمومية هي آخر مرحلة للتعاقد في الصفقة العمومية تنتج بصور قرار من إحدى السلطات المختصة والمخول لها قانونا إبرام الصفقات العمومية، والمحددة في المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهي كل من مسؤول الهيئة العمومية، والوزير والوالي، بالإضافة إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي والمدير العام أو مدير المؤسسة العمومية⁽³⁾، كما نصت الفقرة الأخيرة من ذات المادة على إمكانية تفويض * هاته الجهات لإختصاصها بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص243.

(2) القرار رقم 00185/19، صادر عن المحكمة الإدارية بسكرة، بتاريخ 2019/03/25، قضية بين(ح ق)، تجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية الإنسان ضد مديرية الخدمات الجامعية بسكرة و من معه(قرار غير منشور). (أنظر الملحق رقم 01)

(3) المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(*) يقصد بالتفويض الإداري أن: >> يتعهد صاحب الاختصاص ببعض من صلاحياته إلى شخص آخر بناء على نص قانوني <<. للتفصيل أنظر: الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعاتها، محاضرات ألقيت على طلبة سنة الثانية حقوق

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى الطبيعة القانونية لقرار الإبرام، لكن القضاء الإداري الفرنسي إعتبره قرارا إداريا منفصلا ويجوز الطعن فيه بالإلغاء استنادا إلى أن المصلحة المتعاقدة أصدرت هذا القرار بوصفها سلطة عامة و ليس كجهة تعاقد حيث أن العقد في هاته المرحلة لم ينعقد بعد⁽¹⁾، وقد برر مجلس الدولة الفرنسي الطعن لسببين إما عدم الاختصاص بالموافقة أو عدم إتباع المختص بالموافقة الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون⁽²⁾.

2- قرار رفض إبرام الصفقة العمومية :

منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية لتقرير إبرام العقد أو عدم إبرامه خلال كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، وذلك في حالتين إما لدواعي المصلحة العامة وهذا وفقا لأحكام المادة 73 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽³⁾، أو في حالة عدم جدوى الإجراء و الذي تناولته المادة 82 في فقرتها الخامسة بنصها على أنه : >> في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تلغي برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعاهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات قراراتها.....<<⁽⁴⁾.

وبهذا يكون المشرع الجزائري أقر على أن قرار رفض أو إلغاء إبرام الصفقة العمومية هو قرار إداري وبالتالي يجوز الطعن فيه بالإلغاء، كما وقد اعتبره القضاء الإداري قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء إذا تم تقرير عدم الجدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانونا أو أن إستناد المصلحة المتعاقدة لإحدى حالات عدم الجدوى كان صوريا⁽⁵⁾.

=السنة أولى ماستر تخصص قانون إداري، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2010، ص 17.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص ص 242، 243.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص 35.

(3) المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(4) المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(5) نادية تياب، المرجع السابق، ص ص 225، 226.

3- قرار التصديق على الصفقة العمومية

أحاط المشرع الجزائري عملية إبرام الصفقة العمومية بقيود و إجراءات بغرض حماية المال العام قصد تمكين الإدارة من اختيار أحسن متعامل للتعاقد معها، وبذلك فإن ما تم تجاوزه أثناء إجراءات الإبرام من طرف لجان الرقابة يمكن أن يتم تصحيحه لاحقا عن طريق رقابة المصادقة⁽¹⁾، وبهذا تخضع المصلحة المتعاقدة إلى رقابة الوصاية* للتحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها لأهداف الفعالية و الاقتصاد في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة لهذا القطاع⁽²⁾، والتأكد من أن الصفقة العمومية تم إبرامها وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون المنظم لها مع احترام مبدئي الشفافية والمنافسة .

ومن أمثلة قرارات التصديق على الصفقات العمومية، ما نصت عليه المادة 149 من القانون 10/11 المتعلق بالبلدية، والتي تنص على أنه : >> يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي .

يرسل محضر المناقصة والصفقة إلى الوالي مرفقا بالمداولة المتعلقة بهما <<⁽³⁾.

ويعتبر قرار التصديق على الصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا عنها، وبالتالي يمكن الطعن فيه بشكل مستقل عن العملية العقدية، وكذلك الحال بالنسبة لقرار رفض التصديق على الصفقة العمومية وهو ما يؤكد حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/04/1896 في قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة، الذي اعتبر القرار الصادر عن الوصاية والمتضمن رفض المصادقة على مداولة مجلس محلي متعلقة بعقد إداري قرارا إداريا منفصلا⁽⁴⁾، وبهذا يجوز الطعن في قرار التصديق أو رفض التصديق بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

(1) سعاد بن سريّة، المرجع السابق، ص 34، 35.

(*) الوصاية الإدارية هي: >> مجموع السلطات التي يقرها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية، وأعمالهم بقصد حماية المصلحة العامة <<.

(2) المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) القانون رقم 10/11، المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، ج ر عدد 37، الصادرة في 03 جويلية 2011.

(4) سمية شريف، المرجع السابق، ص 39.

المطلب الثاني: طبيعة رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المنفصلة في الصفة العمومية

كانت الغاية من تكريس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة والتي فصلت قرارات إبرام الصفة العمومية عن العملية العقدية ككل، هو إخضاع منازعات هذه المرحلة لرقابة تتناسب مع طبيعة هذه القرارات بعيدا عن رقابة القضاء الكامل، لذلك فإنه من الطبيعي إخضاع القرارات المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام الصفة العمومية لرقابة قاضي الإلغاء باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية (الفرع الأول) كما تحظى القرارات الإدارية المنفصلة برقابة خاصة هي رقابة الاستعجال قبل التعاقد لخصوصية هاته القرارات وارتباطها بإجراءات لا تحتل التعطيل في الصفة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة قاضي الإلغاء على الصفقات العمومية

إن رقابة قاضي الإلغاء تدور وجودا وعدما على دعاوى تجاوز السلطة الموجهة ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية سواء المركزية أو اللامركزية في الدولة من أجل إلغائها، ودعوى الإلغاء هي " الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يرفعها ويحركها ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة"⁽¹⁾، هدفها البعيد فضلا عن حماية المركز القانوني للمدعي الذي مسه القرار المخاصم بصفة سلبية، هو حماية مبدأ المشروعية.

وفيما يتعلق بسلطات القاضي هنا فإن دعوى الإلغاء تسمح فقط بإبطال القرار المتنازع فيه، ومهمة القاضي تقوم على تأكيد أو إلغاء القرار والسهر بذلك على احترام القانون⁽²⁾، كما أن المشرع قد وسع من سلطات قاضي الإلغاء، إذ يمكنه وبناء على طلب المدعي أن يأمر في نفس الحكم أو القرار الفاصلين في هذه الدعوى بكل تدابير تنفيذه مع تحديد أجل للتنفيذ عند الضرورة (كالغرامة التهديدية)⁽³⁾.

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 314.

(2) أحمد محيو، المرجع السابق، ص 153.

(3) الزين عزري، المرجع السابق، ص 78.

إن الصفة العمومية باعتبارها عمل إداري تعاقدى بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، فهذا يبقيها بعيدة عن قضاء الإلغاء الذي يفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والتي تصنف ضمن الأعمال الإدارية الانفرادية، ومن أجل إخضاع الأعمال المرتبطة بالصفقات العمومية إلى رقابة قاضي الإلغاء ابتكر مجلس الدولة الفرنسي منذ عقود طويلة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، حتى يسمح للقاضي بفحص مشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أثناء إبرام الصفة العمومية⁽¹⁾، كما سبق بيانه، وبالتالي أصبحت القرارات الإدارية المنفصلة محلا لدعوى الإلغاء، ولكن مع مراعاة بعض الخصوصية لارتباطها بالصفة العمومية، وتظهر هذه الخصوصية في الشروط التي يتطلبها القضاء لقبول الدعوى وكذلك آثار الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل.

أولاً: شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفة العمومية

إن القرارات الإدارية المنفصلة مثلها مثل القرارات الإدارية العادية، وفي حين لم يخص تنظيم الصفقات العمومية ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطعن في القرارات القابلة للانفصال بشروط خاصة، فإنها تسري عليها الشروط العامة للطعن في القرارات الإدارية عموماً⁽²⁾، غير أن بعض الشروط تثير نوعاً من الخصوصية عند الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن الصفة العمومية و هذا ما سنوضحه تباعاً فيما يلي:

1- الشروط العامة

وتتمثل في الشروط الواجب توافرها لانعقاد اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في موضوع دعوى إلغاء القرارات الإدارية عموماً، وتختلف هذه الشروط بحسب رافع الدعوى ومواعيد رفعها وكذا الشروط التي تتعلق بالعريضة إضافة إلى الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء.

(1) أحمد أسعد توفيق - شوقي يعيش تمام، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة إلى المؤتمر الوطني الأول حول قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتسيير الرشادة في صرف المال العام، جامعة البليدة 2 الجزائر، 23-24 ماي 2017، ص 04.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص 40.

أ) الشروط المتعلقة برفع الدعوى :

إن القاضي الإداري المختص لا يقبل دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ما لم يكن رافعها حائزا لصفة ومصلحة كشروط شكلية لقبول أي دعوى⁽¹⁾، بالإضافة إلى أهلية التقاضي كشرط موضوعي⁽²⁾.

لكن السؤال المطروح هنا: من له صفة الطاعن في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة؟

بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية قد يكون الطعن مقدم من المتعامل المتعاقد و قد يكون مقدما من الغير⁽³⁾، وهذا كمايلي:

- صفة الطاعن كمتعامل متعاقد مع المصلحة المتعاقدة: يذهب غالبية الفقه بأن القضاء الكامل هو السبيل الوحيد للمتعامل المتعاقد لحماية حقوقه على أساس أنه هو المختص بجميع المنازعات المتعلقة بالعقد، وعلى خلاف ذلك كان منحى مجلس الدولة الفرنسي والذي سمح له أن يطعن في القرار الإداري المنفصل بدعوى الإلغاء⁽⁴⁾، إذا استوفى شرط المصلحة ولكن الغير مسموح له هو أن يستند إلى حقوقه التعاقدية توصلا إلى هذا الإلغاء⁽⁵⁾.

- صفة الطاعن باعتباره من الغير: طبقا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، فإن الغير إذا أثبت أن مصلحته جادة ومشروعة له أن يرفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل⁽⁶⁾.

(1) تنص المادة 13 من القانون رقم 09/08 على أنه: >> لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه <<.

(2) تنص المادة 65 من القانون 09/08 على أنه: >> يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية.....<<.

(3) نسرين بوعكاز، المرجع السابق، ص ص74،75.

(4) حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تندوف، مارس 2018، ص ص253،254.

(5) إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2008/2009، ص 51.

(6) حبيبة عتيق، المرجع السابق، ص 245.

(ب) شرط الميعاد:

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط الميعاد لقبول الدعوى الإدارية حسب مراحل النزاع سواء المرحلة الإدارية لارتباط التظلم الإداري المسبق ارتباطا مباشرا به أو في المرحلة القضائية⁽¹⁾، حيث قيد المشرع الجزائري دعوى الإلغاء بأجل على رافع الدعوى إحترامه وإلا تحسن القرار الإداري ضد دعوى الإلغاء ورفضت الدعوى شكلا⁽²⁾، وقد نص على أجل الطعن سواء أمام المحكمة الإدارية⁽³⁾، أو مجلس الدولة بأربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار ونشره⁽⁴⁾.

وهو نفس الميعاد المطبق عند الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية لعدم وجود نص خاص يبين ذلك، على إعتبار أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو القاعدة العامة .

(ج) شروط تتعلق بالعريضة:

طبقا لنص المادة 815 من ق.إ.م وإ ترفع دعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية بعريضة مكتوبة موقعة وجوبا من قبل محامي⁽⁵⁾، إلا أن المادة 827 من نفس القانون أعفت الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من هذا الشرط⁽⁶⁾، وتوقع العريضة في هذه الحالة من الممثل القانوني لها⁽⁷⁾.

(1) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية-شروط قبول الدعوى الإدارية-، ط02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

2006، صص 182، 183..

(2) الزين عزري، المرجع السابق، ص87.

(3) المادة 829 من القانون رقم 09/08.

(4) المادة 907 من القانون رقم 09/08.

(5) المادة 815 من القانون رقم 09/08.

(6) المادة 827 من القانون رقم 09/08.

(7) المادة 828 من القانون رقم 09/08.

إضافة إلى أنه يجب أن تتضمن العريضة البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من نفس القانون⁽¹⁾، كما ينبغي أن يرفق بملف دعوى الإلغاء تحت طائلة عدم القبول القرار الإداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع قانوني، وفي حال امتناع الإدارة عن تسليم المعني نسخة من القرار المطعون فيه يجوز للقاضي أن يلزمها بتقديمه في أول جلسة وهذا طبقا للمادة 819 من نفس القانون⁽²⁾، وكما يجب لقبول الدعوى تسديد الرسم القضائي طبقا للمادة 17 و821 من ق.إ.م.و⁽³⁾، ويرفق وصل التسديد بملف الدعوى كما تقدم العريضة بعدد من النسخ يساوي عدد المدعى عليهم⁽⁴⁾.

د) الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء:

إنه على الشخص الذي يطعن في مشروعية القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية ويخاصمه بدعوى الإلغاء أن يثبت بأنه مشوب بأحد العيوب الخمسة التي تصيب أركان القرار الإداري وهي :

(1) تنص المادة 15 من القانون رقم 09/08: << يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
2. إسم ولقب المدعي وموطنه.
3. إسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له.
4. الإشارة إلى التسمية و طبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
5. عرض موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
6. الإشارة، عند الإقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى <<.

(2) المادة 819 من القانون رقم 09/08.

(3) تنص المادة 821 من القانون رقم 09/08 على أنه: << تودع العريضة بأمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك >>.

(4) الزين عزري، المرجع السابق، ص 90.

د.1. عيب عدم الاختصاص:

يقصد بعيب عدم الاختصاص عدم القدرة على ممارسة صلاحية معينة على الوجه القانوني⁽¹⁾، ومثال ذلك في الصفقات العمومية لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها الهيئات المنصوص عليها في المادة 04 من المرسوم الرئاسي 247/18⁽²⁾.

وعليه فالقرارات الصادرة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية والتي تعتبر قرارات إدارية منفصلة إذا صدرت من غير المختص قانونا تكون قد خالفت ركن الاختصاص وبذلك تكون محلا للطعن فيها بالإلغاء.

د.2. عيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات :

الأصل أنه لا توجد قواعد عامة تبين الشكل والإجراءات اللازمة لإصدار القرارات الإدارية عموما أو القرارات الإدارية المنفصلة، إلا أن النصوص الداخلية أو التنظيمية قد تفرض على الإدارة إتباع إجراءات محددة كاحترام مواعيد إصداره أو إفراغ قراراتها في أشكال معينة كالكتابة والتوقيع عليه تحت طائلة البطلان⁽³⁾، وعليه فإنه إذا تخلف أي إجراء من الإجراءات الضرورية كان القرار الصادر معيبا بعيب في الإجراءات والشكل وهذا ما يجعله عرضة للطعن فيه بالإلغاء.

(1) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن، ص 49.

(2) تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: >> لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية.
- الوزير.
- الوالي.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.
- المدير العام أو مدير المؤسسة العامة.

يمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها <<.

(3) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 72.

د.3. عيب مخالفة ركن المحل :

ويعني هذا العيب مخالفة محل القرار الإداري المنفصل إحدى القواعد القانونية سواء المكتوبة أو غي المكتوبة⁽¹⁾، فإذا لم يكن محل القرار الإداري المنفصل مشروعاً وممكناً قابلاً للتنفيذ جاز الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

د.4. عيب مخالفة السبب:

يقصد بالسبب الدافع المادي لإصدار القرار الإداري، وعليه فإن صدور القرار الإداري المنفصل دون استناده إلى سبب صحيح، فهذا يجعله قابلاً للطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري⁽²⁾.

د.5. عيب مخالفة الهدف:

ويقصد بالهدف الأثر البعيد للقرارات الإدارية الذي تستهدفه الإدارة وهو تحقيق المصلحة العامة، ولذلك فإن أي قرار يصدر لتحقيق مصلحة شخصية للإدارة يعتبر عملاً غير قانوني لإنحرافه عن الهدف المسطر له قانوناً، والذي يصبح محلاً للطعن فيه بالإلغاء لأنه مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة⁽³⁾.

2- الشروط الخاصة

وهي شروط خاصة للطعن في القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية وتتمثل في شرط الإختصاص والشروط المتعلقة بالقرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية، والشرط المتعلق بالتظلم الإداري المسبق في الصفقات العمومية، وهذا ماسيتم تفصيله فيما يلي:

(1) الزين عزري، المرجع السابق، ص 95.

(2) حبيبة عتيق، المرجع السابق، ص 206.

(3) نفس المرجع، ص ص 260، 261.

أ) شرط الإختصاص :

ويقصد بشرط الإختصاص أن يرفع المدعي دعواه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة نوعيا وإقليميا، وللتذكير فإن الإختصاص النوعي و الإقليمي من النظام العام أي يجوز الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي الإداري⁽¹⁾.

إن الملاحظ على المرسوم الرئاسي 247/15 أنه لم يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية، فالمادتان 82، 153 من المرسوم أعلاه لم تشر إلى ذلك، كما أن المادة 153 في فقرتها الرابعة اقتضت على عبارة اللجوء إلى العدالة و بهذا أحالت هاته العبارة اللجوء إلى القواعد العامة في ق.إ.م. و ، وعليه فإنه سيتم دراسة شرط الإختصاص لقبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفة العمومية بناء على ما هو مطبق في القواعد العامة كما يلي :

أ.1. الإختصاص النوعي :

إن الإحالة على القواعد العامة يظهر تكريس المشرع الجزائري للمعيار العضوي كأساس لتحديد جهة اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات، لكن هذا ليس بصفة مطلقة حيث هناك اتجاه نحو اعتماد المعيار المادي في حالات معينة⁽²⁾

بالنسبة للمعيار العضوي نجد المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 06 منه قد قامت بتعداد الأشخاص المعنوية العامة والتي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية وهي (الدولة-الجماعات الإقليمية -المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري) والتي تخضع منازعاتها لاختصاص المحكمة الإدارية حسب المادة 800 من ق.إ.م. و⁽³⁾، وهذا ما كرسته محكمة التنازع في قرار

(1) المادة 807 من القانون رقم 09/08.

(2) راضية رحماني، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017، ص 186.

(3) تنص المادة 800 من القانون رقم 09/08 على أنه: << المحاكم الإدارية في جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية . تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيه >>.

صادر بتاريخ 2007/12/09 ملف رقم 45 أين أقرت باختصاص القضاء الإداري في منازعة تتعلق بصفقة عمومية أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام تكريسا للمعيار العضوي⁽¹⁾.

أما بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عندما تقوم بعمليات ممولة كلياً أو جزئياً بأموال عمومية والمنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن هذا الأخير قد جاء بفكرتين رئيسيتين لتمديد نطاق تطبيقه على المؤسسات المذكورة أعلاه، تتعلق الفكرة الأولى بالشرط الاستثنائي الذي يمكن استنتاجه من خلال عبارة << عندما تكلف بانجاز عملية... >> الواردة في المطة الأخيرة من المادة 06 أعلاه، ذلك أن التكاليف إقرار ضمني بالاحتفاظ بالمعيار العضوي بموجب معيار الوكالة، وبالتالي فإن الإختصاص بالفصل في منازعات هاته المؤسسات يعود إلى القضاء الإداري⁽²⁾، ولقد أعمل مجلس الدولة معيار الوكالة في بعض الاجتهادات القضائية من بينها القرار الصادر بتاريخ 2001/05/14 ملف رقم 332، فهرس رقم 275 بين ديوان الترقية والتيسير العقاري لوهـران ضد مؤسسة الأشغال لعين تموشنت كانت المنازعة حول صفقة عمومية متضمنة انجاز 1180 مسكن بوهران، حيث منح فيها الاختصاص للقضاء الإداري وذلك بسبب استعمال عبارة "نيابة عن"⁽³⁾.

أما الفكرة الثانية فتتعلق بإعمال المعيار الموضوعي والمستنبط من عبارة << إنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجمعات الإقليمية >> والمذكورة في المادة أعلاه، حيث يتضح هنا أخذ المشرع الجزائري بمعيار الأموال العامة وبالتالي يعود الاختصاص بالنظر في منازعاتها كذلك إلى القضاء الإداري شرط أن تكون العملية التعاقدية محل النزاع ممولة بأموال عمومية كما سبق بيانه⁽⁴⁾.

(1) عزالدين كلوفي، المرجع السابق، ص 49.

(2) المطة 04 من المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15. للتفصيل أنظر: راضية رحمانى، المرجع السابق، ص 201.

(3) عزالدين كلوفي، المرجع السابق، ص 57.

(4) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية-نظرية الاختصاص-، ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 1999، ص ص 370، 371.

أما المؤسسات العمومية الاقتصادية فإن الأساس في تطبيق المعيار الموضوعي على منازعاتها يرجع إلى القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽¹⁾، في مادتيه 55 و 56 واللتين أحالتا الفصل في منازعات صفقات المؤسسات المذكورة أعلاه إلى التشريع الذي يحكم الأملاك العامة وإلى القواعد المطبقة على الإدارة أي إلى القضاء الإداري⁽²⁾

ويظهر تكريس المشرع الجزائري للمعيار المادي في قرار لمجلس الدولة رقم 34786 الصادر بتاريخ 09 ماي 2007 في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة أشغال الغرب ضد ديوان الترقية و التسيير العقاري ببنشار والذي جاء فيه: >>... لما أبرمت الصفقة العمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، فإن الإختصاص للبت في النزاع يكون من إختصاص القضاء الإداري....<<⁽³⁾.

أما فيما يخص منازعات صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الغير إداري والغير ممولة من خزينة الدولة والتي تكيف إجراءاتها مع تنظيم الصفقات العمومية، فيعود الإختصاص

(1) القانون رقم 01/88، المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، الصادرة في 13/01/1988.

(2) تنص المادة 55 من القانون رقم 01/88 على أنه: >> عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة. وفي هذا الإطار، يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية <<.

-تنص المادة 56 من القانون رقم 01/88 على أنه: >> عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وبإسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذا تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة <<.

(3) راضية رحمانى، المرجع السابق، ص 202.

بالفصل في منازعاتها إلى القضاء العادي حيث تعد عقودا مبرمة بين أشخاص خاصة ولا تهدف إلى خدمة مرفق عام⁽¹⁾.

لكن الإشكال المطروح هنا هو في مصير النزاعات التي تثور في صفقات مراكز البحث والتنمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني؟

الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التعمق في دراسة النظام القانوني للمؤسسات المذكورة أعلاه والنصوص المنشأة لها لتحديد القضاء المختص بالنظر في منازعات الصفقات التي تبرمها، خاصة وأن العديد من الفقهاء اختلفوا حول طبيعتها القانونية⁽²⁾.

وفي الأخير تجدر الإشارة أن مسألة توزيع الاختصاص بين جهات القضاء الإداري سواء المحاكم الإدارية أم مجلس الدولة للفصل في منازعات الصفقات العمومية قد وضحتها المشرع الجزائري سواء بالنسبة للمحكمة الإدارية فإنها وحسب المادة 800 و 801 من ق.إ.م وإختص بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية عموما ومن بينها القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفة العمومية الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية⁽³⁾، بالإضافة إلى المؤسسات العمومية المذكورة في المطء الأخيرة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15، بإعمالها للمعيار الموضوعي كما سبق بيانه كأول درجة بحكم قابل للاستئناف، كما يختص مجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية حسب المادة 901 من ق.إ.م وإ⁽⁴⁾، كما يختص بالفصل في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية وهذا طبقا للمادة 902 من القانون السابق⁽⁵⁾، بالإضافة إلى أنه وحسب المادة 903 من

(1) حكيم طيبون، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في إطار رسالة الدكتوراه، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1 ، 2013/2012، ص 123.

(2) رحمانى راضية، المرجع السابق، ص 206.

(3) المادة 801، 800 من القانون رقم 09/08.

(4) المادة 901 من القانون رقم 09/08 .

(5) المادة 902 من القانون رقم 09/08.

ذات القانون يختص بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة من آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، كما يختص بالنظر في بعض النزاعات بموجب نصوص خاصة⁽¹⁾، بالإضافة إلى ذلك فهو يطبق المعيار المادي إلى جانب الموضوعي بخصوص منازعات المؤسسات العمومية المذكورة في المطة الأخيرة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽²⁾.

أ.2. الإختصاص الإقليمي :

إن القاعدة العامة التي يتم على أساسها تحديد الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تختلف حسب موضوع الصفقة العمومية⁽³⁾، فإذا كان الموضوع الصفقة العمومية إنجاز أشغال عمومية فإنه بحسب الفقرة 02 من المادة 804 من ق.إ.م وإ فإن المحكمة الإدارية المختصة بمنازعاتها هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال⁽⁴⁾، كما أن الفقرة 06 من ذات المادة منحت الاختصاص الإقليمي في منازعات صفقات الأشغال العمومية للمحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه⁽⁵⁾، شرط أن يكون أحد الأطراف مقيماً به، وإلا يتم الرجوع إلى القاعدة الأصلية أي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه⁽⁶⁾، أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية أحد الأشكال المتبقية فإنه وبحسب الفقرة 03 من المادة 804 فإن الاختصاص الإقليمي يعود للمحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه⁽⁷⁾.

(1) المادة 903 من القانون رقم 09/08 .

(2) حكيم طيبون، المرجع السابق، ص ص 106.

(3) عزالدين كلوفي، المرجع السابق، ص 74.

(4) الفقرة 02 من المادة 804 من القانون رقم 09/08.

(5) الفقرة 06 من المادة 804 من القانون رقم 09/08 .

(6) تنص المادة 37 من القانون رقم 09/08 على أنه: <> يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون خلاف ذلك <>.

(7) الفقرة 03 من المادة 804 من القانون رقم 09/08.

(ب) الشروط المتعلقة بالقرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية:

القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية شأنها شأن القرارات الإدارية العادية يستوجب لقبول الطعن بإلغائها أن يكون القرار مستوفيا لكامل أركان وخصائص القرار الإداري، أي يكون عملا قانونيا نافذا أي نهائيا ومحدثا أثرا قانونيا عدا عن صدوره عن السلطة الإدارية المختصة، وبذلك فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء ضد الأعمال التحضيرية أو التمهيدية أو الاستشارية لعدم إحداثها أثارا قانونية وعدم تمتعها بأية صفة تنفيذية⁽¹⁾، ذلك أن الطعن بالإلغاء طعن موضوعي يقوم على أساس مخالفة القرار الإداري المنفصل القواعد القانونية القائمة فهو لا يحمي سوى المراكز القانونية الموضوعية التي يستمدّها الشخص من القانون مباشرة⁽²⁾.

(ج) شرط التظلم الإداري المسبق :

يعرف التظلم الإداري بأنه " شكوى أو طلب إداري يرفعه المتظلم للحصول على حقوقه أو لتصحيح وضعيته"⁽³⁾ ، وهو يسمح بتدارك الأخطاء وتصحيح الإنحراف الذي يمكن أن يقع فيه مصدر القرار، وقد أصبح هذا الإجراء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جوازيا⁽⁴⁾، لكن مع ذلك يقع على الشخص الذي يسلك هذا الطريق الإداري والودي التزام وهو إحترام شكليات التظلم الإداري وإجراءاته وميعاده وإلا رفضت دعواه لهذا السبب⁽⁵⁾.

ولكن السؤال المطروح هنا هل التظلم الإداري المسبق إجباري أم إختياري في مجال الصفقات العمومية؟

نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه >> زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص344.

(2) إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص51.

(3) رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 102.

(4) المادة 830 من القانون رقم 09/08.

(5) الزين عزري، المرجع السابق، ص88.

التراضي بعد الإستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة...⁽¹⁾، وهذا يدل على أن التظلم الإداري جوازي في هذا المجال، مع تحديد المشرع للقرارات التي يجوز التظلم منها أمام الجهات المختصة.

لكن مايشير عدة إشكالات هو مدى إمكانية رفع التظلم الإداري ضد الأعمال التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ؟

إنه وبالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية نجده لم يبين الشكل القانوني الذي تفرغ فيه هذه اللجنة نتائج أعمالها*، لكن عمليا لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض تقوم بتحرير محضر تضمنه نتائج أعمالها، حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط⁽²⁾، لكنه وحسب المادة 72 من المرسوم أعلاه لا يرقى هذا المحضر إلى درجة القرار الإداري الملزم وإنما هو ذو طابع إستشاري كون المشرع لم يشترط على المصلحة المتعاقدة التقيد بما جاء فيه باعتبارها صاحبة الإختصاص بإختيار المتعاقد معها من عدمه⁽³⁾، وبالتالي ومما سبق فإنه لا مجال للطعن الإداري أو حتى القضائي والاحتجاج ضد أعمال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض إلا بعد صدور المنح المؤقت⁽⁴⁾.

وبهذا يكون تنظيم الصفقات العمومية قد تناول مسألة الطعن الإداري في كل من المنح المؤقت للمصلحة العمومية أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء أمام لجنة الصفقات المختصة مستبعدا الأعمال التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، والمتعامل المتعاقد مقيد بأجل 10 أيام من تاريخ إعلان المنح المؤقت أو من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين

(1) المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(*) في المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 نص المشرع على تقديم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمصلحة المتعاقدة إقتراحات حيث استعمل عبارة "إقترح" في عدة مواقع دون تحديد الشكل الذي تفرغ فيه هذه الإقتراحات وبالتالي لا تعدو أن تكون مجرد استشارات يمكن تجاوزها.

(2) فاطمة الزهرة فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2006/2007، ص 24.

(3) تنص المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: >> تختص المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد، مع مراعاة تطبيق أحكام الفصل الخامس من هذا المرسوم المتعلق برقابة الصفقات <<.

(4) سعاد بن سريّة، المرجع السابق، ص ص 28، 30.

بالغاء الإجراء أو إعلان عدم جدواه، والمصلحة المتعاقدة ملزمة بالرد في أجل 15 يوم من تاريخ إنقضاء 10 أيام المذكورة أعلاه، وللإشارة فإنه في حالة الطعن أو التظلم ضد المنح المؤقت لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة العمومية على لجنة الصفقات المختصة إلا بعد 30 يوما من تاريخ إعلان المنح المؤقت⁽¹⁾.

ومما سبق تجدر الإشارة أنه وعلى الرغم من جوازية شرط التظلم الإداري في منازعات الصفقات العمومية إلا أنه يبقى إجراء مهما يمكن أن يحل النزاع في مراحله الأولى دون تدخل القضاء لا الإداري ولا الجزائي، وعليه فإنه في حالة إتباعه يتوجب الالتزام والتقيد بكل شكلياته بما فيها الآجال وإلا كان مآل دعوى الإلغاء عدم القبول⁽²⁾.

ثانيا: آثار الحكم بالغاء القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية

إنه وبمجرد إستيفاء حكم إلغاء القرار الإداري لطرق الطعن يكون له الحجية المطلقة اتجاه الكافة، فلا يتقيد بأي التزامات ناشئة عنه ولا يتمسك بأي حقوق بالتالي يصبح كأن لم يكن⁽³⁾، لكن ليس من السهل تطبيق هذه النتيجة إذا تعلق الأمر بالقرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية ذلك أنه حتى وإن كان منفصلا أو قابلا للانفصال إلا أنه جزء لا يتجزء من الصفقة فهو يعتبر مرحلة من مراحل تكوين العملية المركبة ككل وهي العقد⁽⁴⁾.

وعليه فإنه من الناحية القانونية، سلطة قاضي الإلغاء في الحكم الصادر بالغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية تقتصر على إلغائه فقط دون إلغاء الصفقة العمومية، بإعتباره مستقلا عن العقد، لكن من الناحية العملية فمجرد صدور حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية يمكن لأحد أطرافها اللجوء إلى القضاء الكامل طالبا فسخه استنادا إلى حكم إلغاء القرار المنفصل⁽⁵⁾. لكن هل هذا ممكن من الناحية الواقعية؟

(1) المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) الزين عزري، المرجع السابق، ص 88.

(3) سمية شريف، المرجع السابق، ص 51.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 346.

(5) حكيم طيبون حكيم، المرجع السابق، ص 114.

واقعا فإن جميع القرارات المرتبطة بالصفقة العمومية و التي سبق بيانها وعلى رأسها المنح المؤقت للصفقة العمومية تتطلب ابتداءا مدة 04 أشهر للفصل فيها⁽¹⁾، ناهيك عن اجل الطعن وهذا ما يجعل صدور حكم الإلغاء غير ممكن قبل إبرام الصفقة العمومية عمليا، وهذا ما يثير إشكالية تحديد مدى تأثير حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل على الصفقة العمومية؟

للإشارة فإنه في ظل أول تنظيم للصفقات العمومية 434/91⁽²⁾ لم يرتب القضاء البطلان على مخالفة أحكام إبرام الصفقات العمومية، حيث أبرمت المصلحة المتعاقدة صفقة مع مترشح رفض عرضه، أما المترشحين الذين قبلت عروضهم من طرف لجنة تقييم العروض فقد قضى لصالحهم بالتعويض عما لحقهم من ضرر بعد أن كان قد قدموا شكوى ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لخرقه أحكام تنظيم الصفقات العمومية بشكل علني وصارخ، وقد اعتبر مجلس الدولة هذا الخرق مستوجبا للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بالمعني⁽³⁾.

لكن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد أكد في أحد قراراته على أن: >> قاضي العقد الذي يحركه احد المستفيدين من عقد امتياز مطالبا بالتعويض يجب أن يلاحظ أن العقد باطل، وعليه فلا يمكن أن ينشئ التزامات تعاقدية على عاتق الدولة <<. فقاضي العقد عليه ألا يلتزم بالشيء المقضي فيه إذا تعلق الأمر بتجاوز السلطة، وهذا ما يراه الفقه والقضاء المقارن أنه لإبطال صفقة عمومية إستنادا على إلغاء القرار الإداري المنفصل يستوجب أن يكون العيب الذي يشوب هذا القرار جوهريا⁽⁴⁾، كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤكد الإرادة التشريعية لتكريس إحترام الأحكام القضائية وإلزام الإدارة بتنفيذها.

(1) المادة 829 من القانون رقم 09/08 .

(2) المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، ج ر عدد 57،

الصادرة في 13 نوفمبر 1991. (ملغى)

(3) القرار رقم 014637، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، في قضية بلدية العلمة ضد ه.ع، مجلة مجلس الدولة،

العدد 05، الجزائر، 2004، ص 132 و ما بعدها .

(4) حليلة بروك، مكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ص 290، 293.

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري الإستعجالي قبل التعاقد على الصفقات العمومية

إن تطور الصفقات العمومية إستلزم إيجاد حل جذري لإشكالية إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المكونة للصفقة العمومية، فليس من المنطق القانوني أن تبقى الصفقة العمومية قائمة بعد صدور حكم نهائي بإلغاء القرار أو القرارات التي بنيت عليها، تمثل هذا الحل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية وقد كرس الاستعجال ما قبل التعاقد لأول مرة في القانون الأوربي وبالتحديد اللجنة الأوروبية التي فرضته على الدول الأعضاء والتي سعت لإنشاء طعن فعال في حال خرق قواعد إبرام الصفقات العمومية، كما وأدرج في التشريع الفرنسي سنة 1992 بغرض تحقيق الشفافية في منح الصفقات العمومية⁽¹⁾.

ويعرف الإستعجال قبل التعاقد بأنه >> هو إجراء قضائي تحفظي مستعجل وخاص، الهدف منه حماية قواعد العلنية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإدارية العادية <<⁽²⁾، وهو يعتبر من أهم المسائل التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادتين 946 و 947 منه بشروط خاصة وكذا صلاحيات خاصة لقاضي الاستعجال، والذي يدخل في إختصاصه المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة، وذلك احتراماً لمبادئ الحرية والمساواة و الشفافية لضمان الاستعمال الحسن للمال العام، حماية للمصلحة المتعاقدة ومصلحة المتعامل المتعاقد لتمكينه من تنفيذ التزاماته دون تأخر، وكذلك لصالح الغير القائم بالطعن لتحديد مصيره في أقرب الآجال، وذلك بالفصل إستعجالاً في المنازعات التي تنشأ في هذه المرحلة، دون الحاجة فلننظر إلى مدى توفر عنصر الاستعجال من عدمه و إنما بنظر إلى مدى دخول الحالة ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً.⁽³⁾

(1) حليلة بروك، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر،

المجلد 09، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، سبتمبر 2014، ص 297.

(2) أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012، ص ص 401، 402.

(3) سليمة جدي، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات،

المجلد 10، العدد 01، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، جوان 2017، ص 311.

أولاً: شروط الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية

من الواجب عموماً لرفع الدعوى الاستعجالية توافر مجموعة من الشروط العامة إضافة إلى شروط خاصة تنفرد بها الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في الصفقات العمومية وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي :

1- الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية

إن الشروط العامة لانعقاد اختصاص قاضي الاستعجال الإداري للنظر في أي منازعة إدارية مستعجلة تتلخص في: شرط الاستعجال، شرط عدم المساس بأصل الحق، وكذلك شرط الجدية⁽¹⁾.

أ) شرط الاستعجال:

إن المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً للاستعجال على الرغم من إعتباره شرطاً جوهرياً لرفع الدعوى الاستعجالية في المواد 919، 921، 924، 925 من ق.إ.م وإ⁽²⁾، وقد ترك تعريفه للفقهاء والإجتهاد القضائي حيث تم تعريفه بأنه >> الضرورة التي لا تحتمل تأخيراً أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في انتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد<<⁽³⁾.

وللقاضي هنا سلطة تقدير مدى توافر حالة الاستعجال من عدمه فهو الأقرب لمعايشة الواقع وظروف كل دعوى على حدى وبالتالي لا يمكن مهما تنبأ المشرع أن يحصر جميع حالات الاستعجال⁽⁴⁾، وفي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإستعجالي التأكيد من وجود حق يخشى ضياعه للمدعي إذا أبرمت الصفقة العمومية.

(1) سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، سبتمبر 2012، ص 34.

(2) المواد 919، 921، 924، 925 من القانون رقم 09/08.

(3) سلوى بزاحي، المرجع السابق، ص 34.

(4) مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 489.

(ب) شرط عدم المساس بأصل الحق :

يشترط في قضاء الاستعجال عدم الفصل في أصل الحق، أي عدم التعرض لموضوع النزاع وإنما يختص بالتدابير الوقائية والوقائية لأجل اتخاذ أمر القضائي*، وليس إصدار حكم بإلغاء القرار فإذا تعلقت الطلبات في الدعوى الإستعجالية بأصل الحق حكم القاضي الاستعجالي بعدم الإختصاص لأن هذا يعتبر من إختصاص قاضي الموضوع⁽¹⁾، وهو ما اشترطته المادة 918 من ق.إ.م وإِ بنصها على أنه: >> يأمر قاضي الإستعجال بالتدابير المؤقتة.

لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال. <<⁽²⁾.

(ج) شرط الجدية :

يشترط لرفع الدعوى الاستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهذا ما يثبت جدية طلب المدعي وإلا وجب على قاضي الإستعجال عدم قبول الدعوى⁽³⁾ ، وترتبط جدية الطلب بالمسائل التالية:

ج.1. وجود شك جدي حول مشروعية القرار: وهذا ما يستتبط من نص المادة 919 من ق.إ.م وإِ بنصها: >>...ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار...<<⁽⁴⁾.

ج.2. وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته⁽⁵⁾: تكون الدعوى الإستعجالية غير مؤسسة قانونا في حال طلب أحد المرشحين الموجودين ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة في

(* الأحكام الصادرة في المواد الاستعجالية تسمى أوامر لتمييزها عن الأحكام الصادرة في الموضوع، كما أن الأحكام الصادرة عن المجالس سواء مجلس الدولة أو المجلس القضائي تسمى قرارات لتمييزها في أحكام المحاكم الابتدائية.

(1) نادية تياب، المرجع السابق، ص 257. للتفصيل أنظر: مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 397، 398.

(2) المادة 918 من القانون رقم 09/08.

(3) سلوى بزاحي، المرجع السابق، ص 35.

(4) المادة 918 من القانون رقم 09/08.

(5) سلوى بزاحي، المرجع السابق، ص 35.

الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15 حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين لدخول المنافسة .

ج.3. إقتناع القاضي من خلال الوقائع احتمال لوجود هذا الحق⁽¹⁾، وهذا ما يستنتج من الفقرة الثانية من المادة 946 من ق.إ.م وإ والتي جاء فيها: >>...و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال....<<⁽²⁾.

2- الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية

بالإضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى الإستعجالية عموما السابق ذكرها لابد من توافر جملة من الشروط الخاصة بالدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية والمتمثلة في :

أ) صفة رافع دعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

تأخذ الصفة في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية مفهوما أوسع مما هو متعارف عليه في القواعد العامة ذلك أنها تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون⁽³⁾:

أ.1. الصفة بحكم المصلحة:

إن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية لا تقبل إلا إذا توافرت المصلحة لدى المدعي، وتقوم المصلحة بمجرد أن يكون الإخلال بقواعد العلنية والمنافسة قد تسبب بالانتقاص من فرصة المتنافس للفوز بالصفقة العمومية، وبالتالي لا تقبل الدعوى ممن ليس له فرصة في الاشتراك في المنافسة أي في الصفقة العمومية⁽⁴⁾.

(1) سلوى بزاحي، المرجع السابق، ص35.

(2) الفقرة 02 من المادة 946 من القانون رقم 09/08.

(3) سليمة جدي، المرجع السابق، ص314.

(4) سمية شريف، المرجع السابق، ص ص 57،58.

أ.2. الصفة بحكم القانون :

إن كل جهة رسمية أعطاهها القانون حق رفع الدعوى الإستعجالية حماية لمبادئ الشفافية والمنافسة تعد صاحبة صفة، وقد خولت المادة 946 من ق.إ.م وإ في فقرتها الثانية الوالي باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية حق إخطار المحكمة الإدارية إذا حصل خرق لقواعد الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية⁽¹⁾، لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها لم تذكر صفقات الهيئات المركزية رغم أنها تخضع لذات المبادئ المذكورة في تنظيم الصفقات العمومية و قانون مكافحة الفساد من جهة وكذا أهميتها الكبرى من جهة أخرى، فكان يجب على المشرع أن يحدد المسؤول الذي يلجأ إلى القضاء في حال إخلال باقي الهيئات المذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقواعد الإشهار والمنافسة في مرحلة ما قبل إبرام الصفقات العمومية.

ب) شرط الميعاد :

لم يحدد المشرع الجزائري أجلا معيناً لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حال الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، غير أن المادة 946 من ق.إ.م وإ نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم ثم اتبعها في الفقرة الثالثة بأنه: >> يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد<<⁽²⁾.

يفترض الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية أن ترفع قبل إبرام العقد وهذا لخصوصية منازعات إبرام الصفقات العمومية وإحاطتها برقابة إستعجالية خاصة حيث يبسط القاضي الإستعجالي قبل التعاقدية رقابته وسلطته بتوجيه أمر للمتسبب بالإخلال للإمتثال بالتزاماته أو يأمر بتأجيل العقد طبقاً للفقرتين 04 و 06 من المادة 946 أعلاه⁽³⁾. وعليه فما الداعي من فتح باب الرقابة بعد إتمام العقد سيما أن الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية ذات

(1) نادية تيباب، المرجع السابق، ص 267.

(2) الفقرة 03 من المادة 946 من القانون رقم 09/08.

(3) الفقرة 04 من المادة 946 من القانون رقم 09/08.

طابع وقائي فعند إبرام الصفقة العمومية هنا تعد نقطة توقف صلاحيات قاضي الاستعجال قبل التعاقد وبدء اختصاص قاضي الموضوع⁽¹⁾.

ج) شرط وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة:

نظرا لكون الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية هي دعوى خاصة فإن المشرع الجزائري في المادة 946 من ق.إ.م وإ لم يشدد للفصل فيها على شرط الاستعجال أو عدم المساس بأصل الحق والتي تخص منازعات التنفيذ أكثر من منازعات الإبرام، وإنما إكتفى بتحديد شرط موضوعي وحيد يتمثل في وجوب توفر حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية⁽²⁾، ويعتبر إنتهاكا لهذه القواعد ما يلي:

ج.1. خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية :

يعد الإشهار الصحفي للإعلان عن الصفقة العمومية إجراء جوهريا بموجب المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 ضمنا لمبدأ الشفافية، ويعد إنتهاكا لقواعد الإعلان إما عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة تماما، أو نشرها لإعلان معيب بعدم تضمينه البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 من المرسوم أعلاه أو نشره في جريدة يومية واحدة في حين أن المشرع الجزائري اشترط في نص المادة 65 من ذات المرسوم نشره في جريدتين يوميتين و وطنيتين باللغة العربية و الأجنبية موزعتين على المستوى الوطني⁽³⁾.

غير أن مجلس الدولة ميز في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى خرق قواعد الإشهار والمنافسة، وبين الشكليات غير الجوهرية التي لا تؤثر على الصفقة العمومية، ولا تستدعي اللجوء إلى القاضي الاستعجالي قبل التعاقد أصلا كما يعتبر القضاء الإداري الإخلال بمدة الإعلان و كيفية إجراءاته خرقا لقواعد العلانية⁽⁴⁾.

(1) سليمة جدي، المرجع السابق، ص 314، 315.

(2) حكيم طيبون، المرجع السابق، ص 110.

(3) مونية جليل، المرجع السابق، ص 149.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 108.

ج.2. إختيار المصلحة المتعاقدة لإجراء إبرام غير مناسب:

إن المشرع الجزائري قد حدد آليات إبرام الصفقات العمومية من المادة 39 إلى المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها، لذا فإن استخدام آليات إبرام في غير محلها ينتهك قواعد المنافسة. ومثاله قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة عمومية مع متعامل وحيد في غياب الحالات الداعية للجوء إلى التراضي البسيط⁽¹⁾، المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15/247.

ج.3. مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية :

يعد وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفصيلي لأخذ المترشحين على حساب البقية خرقاً لقواعد المنافسة وعلى هذا الأساس إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم فيه مساس خطير بقواعد المنافسة⁽²⁾، وفي هذا الصدد يتوجب على المصلحة المتعاقدة حسب المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15/247 تحديد مبلغ الحاجات الواجب تلبيتها استناداً إلى تقرير إداري هادف وعقلاني، وكذا إعدادها إستناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، كما يجب أن تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، كما يجب عليها النص في دفتر الشروط على كيفية تقييم و تقديم بدائل المواصفات التقنية⁽³⁾.

ج.4. الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة العمومية دون وجه حق:

يقصد بالحرمان من المشاركة في الصفقة العمومية هو الإقصاء من المشاركة فيها لأسباب حددها القانون في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15/247 فإن طبقت الإدارة هذا الإجراء على مترشح ما دون سند قانوني كان له الحق في رفع دعوى إستعجالية، أما الاستبعاد

(1) سلوى بزاحي، المرجع السابق، ص38.

(2) مونية جليل، المرجع السابق، ص150.

(3) المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247.

من الصفقة يكون بإخراج عرض من دائرة المنافسة بعد إستلامه لعدم مطابقته للمواصفات المطلوبة أهمها عدم استيفائه للشروط التقنية أو عدم توقيعه من قبل صاحبه أو أنه يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على السوق أو إختلال في المنافسة أو أن العرض المالي منخفض بشكل غير عادي، فإذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد⁽¹⁾.

ج.5. الإخلال بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد :

لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير إختيار المتعامل المتعاقد في الصفقة العمومية فجاءت المواد من 53 إلى 58 من المرسوم الرئاسي 247/15 لتؤكد إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين، كما منعت المادة 80 منه تفاوض المصلحة المتعاقد مع المتعهدين في إجراء طلب العروض لاختيار الطرف المتعاقد، فإذا ثبت عدم التزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الإختيار كان ذلك دليلاً على إنتهاك وخرق خطير لمبدأ المنافسة⁽²⁾.

ثانياً: سلطات القاضي الإستعجالي قبل التعاقد في منازعات إبرام الصفقات العمومية

تنتهي المنازعة قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية بصدور أمر عن القضاء الإستعجالي وهي نفس التشكيلة المختصة بالنظر في دعوى الموضوع وهذا طبقاً للمادة 917 من ق.إ.م.و.إ⁽³⁾، وهو أمر إستعجالي قطعي فاصل في أصل الحق يتمتع بنفس حجية الحكم الصادر عن قضاء الموضوع⁽⁴⁾، والدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية تخضع لنفس الأحكام المقررة للدعوى الإستعجالية الإدارية العادية من حيث قواعد الإختصاص والإجراءات المتبعة

(1) مونية جليل، المرجع السابق، ص ص 150، 151.

(2) سليمة جدي، المرجع السابق، ص 316.

(3) تنص المادة 917 من القانون رقم 09/08 على أنه: >> يفصل في مادة الإستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع <<.

(4) نادية تياب، المرجع السابق، ص 271.

مع وجود بعض الاختلافات المتعلقة بسلطات قاضي الاستعجال في هذا المجال⁽¹⁾، وهو ما سنوضحه فيما يلي :

- سلطة توجيه أوامر للإدارة.
- سلطة فرض الغرامة التهديدية.
- سلطة تأجيل إبرام الصفقة العمومية.

1- سلطة قاضي الإستعجال قبل التعاقد في توجيه أوامر للإدارة

كان مبدأ عدم جواز توجيه أوامر للإدارة إلى وقت قريب قاعدة تحكم سلطات القاضي الإداري، إستنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضي عدم تدخل القاضي الإداري في عمل الإدارة⁽²⁾، وهو الموقف الذي كان القاضي الإداري الجزائري يتبناه فنجده في قرار صادر له عن مجلس الدولة يؤكد أن: >> البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلا لأمر أداء<<⁽³⁾، ومفاده أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة.

وهو الموقف الذي تراجع عنه المشرع الجزائري فيما بعد حيث قام بالإعتراف للقاضي الإداري بسلطات لم تكن مكرسة من قبل و حسم الجدل بخصوص القيود الواردة على هذه السلطة تحت عنوان عدم جواز توجيه القاضي أوامر للإدارة⁽⁴⁾، وهو ما يعني أن القاضي الإستعجالي أصبح يملك سلطة توجيه أمر للإدارة لتفي بالتزاماتها في كل من مجال الإشهار والمنافسة، وبذلك تنتوع الأوامر كالأمر بقبول مرشح تم استبعاده دون مبرر، أو استبعاد مرشح مقبول لعدم توافر شروط قبوله، والأمر بنشر الإعلان عن الصفقة العمومية وفق الشروط المحددة قانونا، أو إعادة نشره مستوفيا للشروط القانونية كالبيانات الإلزامية، أو سحب معيار

(1) سليمة جدي، المرجع السابق، ص318.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص63.

(3) قرار رقم الفهرس 265 صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2000/4/24، في قضية رئيس بلدية برقية، لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس المنازعات الإدارية" وسائل المشروعية"، ط03، دار هومة، الجزائر، 2007، ص ص444،445.

(4) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ق02، ط05، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص141.

غير قانوني⁽¹⁾ في إجراء المنافسة أو أمر بإعلام المترشحين المستبعدين بأسباب رفض عروضهم.... إلخ ، وهذه الأوامر تكون متبوعة بالأجل الذي تكون المصلحة المتعاقدة خلاله ملزمة بالتنفيذ.

2- سلطة الأمر بتأجيل إبرام الصفقة العمومية

يمكن للقاضي الإستعجالي قبل التعاقد أن يأمر بتأجيل إبرام عقد الصفقة لمدة أقصاها 20 يوما⁽²⁾، وتعتبر مدة تأجيل إمضاء العقد معقولة تتناسب مع طبيعة الدعوى الاستعجالية لعدم تعطيل سير المرفق العام⁽³⁾، وعدم تعطيل كل من مصالح المصلحة المتعاقدة و مشروع الصفقة العمومية والمتعامل المتعاقد وكذلك الغير، وذلك لتقادي وضعية يصعب تداركها حماية للمال العام، وضمان مبدأ المساواة⁽⁴⁾، وهذا لمنع الإدارة من التسرع في توقيع العقد وبالتالي منعها من التهرب من التزاماتها والإخلال بالإجراءات القانونية، وتعتبر هذه السلطة قوية جدا لأنها تشمل العملية التعاقدية، لذلك فإنه في حال رفع الدعوى بعد إبرام العقد لا تؤدي إلى أي جدوى .

3- سلطة فرض الغرامة التهديدية

نظرا لعجز الوسائل التقليدية على إلزام الإدارة بأن تنفذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، إستحدث المشرع الجزائري الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية بموجب المواد من 987 إلى 988 من ق.إ.م وإلكنه لم يعط تعريفا لها تاركا ذلك للفقه والقضاء⁽⁵⁾، حيث عرفت على أنها >> مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ إلتزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي، بناء على طلب الدائن <<⁽⁶⁾، وبهذا فالغرامة التهديدية تعتبر ضغط مالي على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن التنفيذ وهذا بإلزامها

(1) حليلة بروك، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات، المرجع السابق، ص ص 308،307.

(2) المادة 946 من القانون رقم 09/08.

(3) عزالدين كلوفي، المرجع السابق، ص ص 143-145.

(4) حليلة بروك، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات، المرجع السابق، ص ص 308.

(5) الزين عزري، المرجع السابق، ص 103.

(6) سلوى بزاحي، المرجع السابق، ص 43.

بدفع مبلغ مالي عن كل فترة زمنية أخرت فيها تنفيذ الإلتزام الواقع على عائقها، ويلاحظ من المادة 946 من ق.أ.م.و أن المشرع قد منح السلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي في فرض الغرامة التهديدية من عدمه لجبر الإدارة على الامتثال لقواعد المنافسة و الإشهار تطبيقاً لمبدأ الشفافية⁽¹⁾.

وفي آخر مرحلة من مراحل الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية تفصل المحكمة الإدارية طبقاً للمادة 947 من ق.أ.م.و في أجل 20 يوم يسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها، وفي غياب أحكام خاصة باستئناف أمر المحكمة الإدارية في هذه الدعوى يتم الرجوع إلى القواعد العامة⁽²⁾، والتي أقرتها المادة 950 من ق.أ.م.و.إ. بنصها على أنه: >> يحدد أجل إستئناف الأحكام بشهرين ويخفض هذا الأجل إلى 15 يوم بالنسبة للأوامر الإستعجالية ما لم توجد نصوص خاصة.

تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني وتسري من أجل انقضاء المعارضة إذا صدر غيابياً...<<⁽³⁾.

مما سبق نخلص أن الإجراء الذي قننته المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثل في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية يهدف إلى إيجاد دعوى فعالة تفصل في نزاع محاط بحالة من الإستعجال، في سبيل حماية الصفقة العمومية و المال العام على حد سواء.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص142.

(2) أمال يعيش تمام، المرجع السابق، ص478.

(3) المادة 950 من القانون رقم 09/08 .

المبحث الثاني

رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ وفسخ الصفقات العمومية

إن مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية هي الترجمة الواقعية للحقوق والالتزامات المنوطة بأطراف العقد بإعتبارها المرحلة النهائية للصفقة العمومية، بعد المرور بمرحلة الإبرام بنجاح وبتكريس تام للمبادئ الأساسية للصفقة وإجراءاتها، ويؤدي التعارض في المصالح بين كل من المصلحة المتعاقدة التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة بما تملكه من سلطات غير مألوفة في القانون الخاص في مواجهة المتعامل المتعاقد والذي يهدف لتحقيق أكبر ربح ممكن إلى حدوث منازعة، وحتى لا تتعطل الصفقة العمومية أو يتأخر تنفيذها تبني المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 الحل الودي كأصل عام وكقيد قبل اللجوء إلى القضاء تسهيلا للإجراءات والتكاليف⁽¹⁾، والذي يعتبر الضمان الفعال لكافة الحقوق، وقد أخضع المشرع الجزائري المنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية وفسخها لرقابة القاضي الإداري المختص بدعاوى

(1) تنص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: >> تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم إتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام و مراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على إقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.>>

القضاء الكامل⁽¹⁾، والتي تعتبر دعاوى قضائية ذاتية يحركها و يرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام الجهات القضائية الإدارية، طبقاً للشكليات والإجراءات الواجب إتباعها، ليحكم القاضي الإداري بإعادة الحال إلى ما كان عليه، وإعادة الحقوق إلى أصحابها، كما له أن يحكم بالإلغاء واستبدال عمل بآخر بعد إبراز العيب في العمل غير المشروع، كما له أن يحكم بالتعويض لصالح المتضرر⁽²⁾.

وعليه فالقاضي الإداري هو المختص بالنظر في كل المنازعات الناشئة عن الصفقة العمومية بمجرد إبرامها ودخولها حيز التنفيذ تحت رقابة القضاء الكامل، وهذا ما سنتناوله بشئ من التفصيل من خلال رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية (المبحث الأول) وكذا رقبته على منازعات فسخها (المبحث الثاني).

المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية

يشتمل تنفيذ الصفقة العمومية على حقوق والتزامات تقع على كل عاتق كل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وأي إخلال بالتزامات الطرفين ينشئ الحق للطرف الثاني للمطالبة بتنفيذه، ويترتب عن التباين في مركز كل منهما أن المصلحة المتعاقدة تملك إمتيازات السلطة العامة والتي تمكنها من إجبار المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته دون حاجتها للجوء إلى القضاء، في حين المتعاقد معها لا يملك سوء اللجوء إلى القضاء لإقتضاء حقوقه والقاضي الإداري هو المختص بالنظر في هذه الدعوى باعتبارها من القضاء الكامل، وأهم الدعاوى القضائية في هذه المرحلة هي دعوى الحصول على مبالغ مالية سواء في صورة مستحقات متفق عليها في عقد الصفقة العمومية، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب كان يؤدي إلى الحكم بالتعويض⁽³⁾، وللاشارة فإن دعوى التعويض هي دعوى

(1) حمزة خضري، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، المجلد 11، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، فيفري 2016، ص 202.

(2) عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/10/22، ص 120.

للتفصيل أنظر: حمزة خضري، المرجع السابق، ص 202.

(3) حمزة خضري، المرجع السابق، ص 202.

قضائية يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة، للمطالبة بالتعويض الكامل والمنصف عن الأضرار التي تسبب فيها النشاط الإداري الضار⁽¹⁾.

وعليه سنحاول في هذا المطلب دراسة كل من رقابة القاضي الإداري على منازعات دفع مستحقات المتعامل الإقتصادي (الفرع الأول)، ورقابة القاضي الإداري على منازعات إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية (الفرع الثاني)، وكذا رقابة القاضي الإداري على منازعات إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرقابة على منازعات دفع مستحقات المتعامل الإقتصادي

إن الدافع الأول والرئيسي لإقبال المتعاملين الإقتصاديين على إبرام الصفقات العمومية هو المكسب المادي الذي تقدمه المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ الصفقة والذي يعد من أهم حقوقه، فتكون بذلك المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفع مبلغ التنفيذ العادي للصفقة وفي حالة التعديل تلتزم بدفع مبلغ الملحق كما تلتزم بمراجعة أو تحيين السعر الأصلي للصفقة إذا تحققت الشروط، وتنشأ المنازعة بين الطرفين في حال رفض المصلحة المتعاقدة دفع أي من هذه المستحقات ويتم اللجوء هنا إلى القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل لبيسط رقابته والنظر في هذه المنازعة.

أولاً: الرقابة على منازعات الدفع مقابل تنفيذ الصفقة العمومية.

يعتبر المقابل المالي الذي تمنحه المصلحة المتعاقدة من أهم حقوق المتعامل الإقتصادي، والذي قد يكون ثمناً للبضائع الموردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو مقابل الخدمة المطلوبة⁽²⁾، وتختلف كفيات الدفع للمتعامل الإقتصادي فقد يكون بالسعر الإجمالي و الجزافي أو بناء على قائمة سعر الوحدة أو بناء على النفقات المراقبة أو بالسعر المختلط⁽³⁾، كما يمكن أن يكون السعر ثابتاً أو قابلاً للمراجعة⁽⁴⁾، وبذلك تختلف كيفية التسوية المالية للصفقة العمومية

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص566.

(2) فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016، ص48

(3) المادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(4) المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

فتكون إما بنظام دفع التسبيقات و/ أو الدفع على الحساب، أو بالتسوية على رصيد الحساب⁽¹⁾، وتقاديا لنشوب منازعة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي ألزم المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 كل مصلحة متعاقدة بتحديد حاجياتها الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، كما أنه وفقا لقانون المحاسبة 21/90 يمنع على الإدارة أن تلتزم بنفقات ليس لها اعتماد مسبق حتى لا تلتزم بأعباء تفوق قدرتها المالية لذا نجد كل المشاريع تخصص لها قيمة مالية في شكل رخصة برنامج كما أنه لا يمكن دفع المستحقات المالية للمتعامل المتعاقد ما لم تكن هناك تأشيرة المراقب المالي على بطاقة الالتزام بالنفقة المالية⁽²⁾.

وعليه فإنه بالرغم من أن القانون واضح في مسألة تسديد المستحقات إلا أن منازعة الدفع مقابل تنفيذ الصفقة العمومية من أكثر المنازعات شيوعا بين طرفي الصفقة حيث قد تخل المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المالية إما بعدم تسديد المقابل المالي المقرر بموجب الصفقة المبرمة، أو دفتت الشروط أو تتأخر في تسديده مما يلحق أضرارا بالمتعاقدين معها⁽³⁾، وبالتالي يمكن للمتعامل الاقتصادي الذي أثبت تنفيذه من استرداد حقه أمام الجهات المختصة وقد أكد مجلس الدولة في العديد من أحكامه أهم المسائل التي ترجح كفة المنازعة لمصلحة المتعامل الاقتصادي وتتمثل في:

1- الحرص على الحصول على وثيقة أمر الشروع في الخدمة ODS* بالنسبة لصفقات الأشغال أو سند الطلب بالنسبة لصفقات التوريد: فبدون هذه الوثيقة لا يمكن إلزام المصلحة المتعاقدة بالدفع حتى ولو كان التنفيذ تاما وسليما⁽⁴⁾.

(1) المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) المادة 36، 58 من القانون رقم 21/90، المؤرخ في 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر العدد 35، الصادرة في 15 أوت 1990.

(3) حكيم طبيون، المرجع السابق، ص 30.

*ORDRE DESERVICE و هي وثيقة إدارية مكتوبة تقوم من خلالها المصلحة المتعاقدة أو ممثلها المكلف قانونا بتبليغ الطرف المتعاقد بانطلاق الأشغال و تنفيذ موضوع الصفقة.

(4) القرار رقم 049432، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10، في قضية مقاوله الأشغال العمومية والعمارات والري(س أ) ضد والي ولاية وهران ومن معه (قرار غير منشور). نقلا عن: سمية شريف، المرجع السابق، ص 73.

2- التأكد من مطابقة الفواتير لمحتوى الوثائق التي يمتلكها المتعامل الاقتصادي، فقد أكد مجلس الدولة في أحد قراراته أنه: << أن التأشير على الفواتير لا يمكنه الأخذ بها مادام لم يثبت سابق الأمر مطابقة السندات لمحتوى الفواتير >>⁽¹⁾.

3- التأكد من الحصول على المستندات و التأشير عليها من الجهة المختصة قانونا، و في هذا لقد أكد مجلس الدولة في احد قراراته أن: <<...الوثائق التي قدمتها المستأنف عليها للمطالبة بمستحققاتها تعتبر غير رسمية لأنها وردت من طرف شخص غير مؤهل لأن طلب الشراء يكون ممضى من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الأمين العام وأن وصول الإستلام تكون ممضية من طرف رئيس المخزن والمكلف بالعتاد...>>⁽²⁾.

4- إغذار المصلحة المتعاقدة بدفع المستحقات لتفادي سقوط الحق بالتقادم⁽³⁾.

وبهذا لا يلزم القاضي الإداري المصلحة المتعاقدة الدفع مقابل تنفيذ الصفقة فحسب بل وأيضا يحق للمتعامل الاقتصادي حسب المادة 122 من المرسوم الرئاسي 247/15 الإستفادة من فوائد التأخير الناتجة عن تأخر المصلحة المتعاقدة عن الدفع والتي تزداد قيمتها في حال عدم صرف المصلحة المتعاقدة بمبالغ الدفع على الحساب⁽⁴⁾.

(1) القرار رقم 050305، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10، في قضية بلدية رأس العيون ضد مقاوله الاتصالات (ط ع) (قرار غير منشور). نقلا عن: سمية شريف، المرجع السابق، ص 74.

(2) القرار رقم 04529، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/02/11، قضية بلدية حاسي الرمل ضد مؤسسة فلوبيكس للتجهيزات المكتبية والكهرومنزلية (قرار غير منشور). نقلا عن: سمية شريف، المرجع السابق، ص 74.

(3) القرار رقم 049432، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10، قضية مقاوله الأشغال العمومية والري(س أ) ضد والي ولاية وهران ومن معه (قرار غير منشور). نقلا عن: سمية شريف، المرجع السابق، ص 74.

(4) القرار رقم 123346، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2018/12/1، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ع.أ) للنقل ضد بلدية الشعبية (قرار غير منشور). (أنظر الملحق 02).

ثانيا: الرقابة على منازعات الدفع مقابل الملحق

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 وفي المادة 136 منه نجد المشرع الجزائري قد عرف الملحق على أنه: >> يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة <<⁽¹⁾.

نستشف من هذا التعريف أن الملحق هو عبارة عن عقد تابع للصفقة الأصلية، هدفه إجراء تعديل عليها وغالبا ما يتضمن زيادة في التزامات المتعامل الاقتصادي، وبهذا تلتزم المصلحة المتعاقدة بالدفع مقابل الالتزامات الجديدة، وبما أن الإدارة تمثل الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة فإنها تتمتع بامتياز تعديل عقد الصفقة العمومية دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاعتراض طالما أن التعديل إستوجبته ضرورات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام⁽²⁾، لكن سلطتها في التعديل ليست مطلقة، حيث يمكن للمتعامل الاقتصادي اللجوء إلى القاضي الإداري لإقتضاء حقوقه في حال تجاوزها للضوابط والإطار المحدد لها والمتمثل في:

- أن لا يتعدى التعديل موضوع الصفقة العمومية، أي يجب على المصلحة المتعاقدة عدم تجاوز موضوع العقد الأصلي وإرهاق الطرف المتعاقد معها للحد الذي يجعل منه عقدا جديدا⁽³⁾، فعلى المصلحة المتعاقدة أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب.

- أن يكون للتعديل أسباب موضوعية⁽⁴⁾.

(1) الفقرة 01 من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 12.

(3) نفس المرجع، ص 13.

(4) كمال العطرابي، سلطة الإدارة في تعديل صفقة الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية،

المجلد 09، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، جانفي 2018، ص 509.

فهي بذلك تخضع للعديد من الضوابط والقيود التي استقر عليها الفقه والقضاء، والتي تهدف لاحترام قواعد المشروعية الإدارية، وتوفير ضمانات لحقوق المتعاقد معها ضمانا لعدم تعسفها في استخدام سلطتها، وبالتالي فإن مسؤوليتها تقوم في حال مارست سلطة التعديل متجاوزة الشروط المقررة قانونا ومخالفة الأهداف المشروعة لسلطة التعديل، فهناك قيود عامة يترتب على مخالفتها بطلان التعديل ويجوز عندها للمتعاقد طلب إلغائها من القضاء الكامل كما يستطيع الامتناع عن تنفيذها، وهناك قيود يترتب على مخالفتها حق المتعاقد في فسخ الملحق إضافة إلى حقه في التعويض عما أصابه من ضرر، إضافة إلى الضوابط التشريعية الواجب على الإدارة مراعاتها⁽¹⁾.

1- القيود التي يترتب عليها بطلان التعديل

وهي شروط مشروعية الإجراءات المتخذة من طرف المصلحة المتعاقدة عند تعديلها للصفقة العمومية بالإرادة المنفردة، وتعتبر القرارات الصادرة على خلافها مشوبة بعيب عدم المشروعية، ويجوز للمتعاقد الاقتصادي طلب إلغائه عن طريق دعوى القضاء الكامل كما يمكنه الامتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع، وتتمثل هذه القيود في:

- أ) إقتصار قرار التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام.
- ب) تقيد الإدارة بعدم الخروج عن موضوع الصفقة في تعديلها للحد الذي يجعل منها عقدا جديدا.
- ج) ضرورة وجود مستجدات وظروف جديدة تبرر التعديل.
- د) إحترام قرار تعديل الصفقة العمومية لمبدأ المشروعية⁽²⁾.

(1) فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 159.

(2) كمال العطرأوي، المرجع السابق، ص 509 وما بعدها. للتفصيل أنظر: فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

2- القيود التي يترتب على مخالفتها حق المتعاقد في فسخ الملحق

وهذه القيود لا يترتب على مخالفتها بطلان قرار التعديل فحسب وإنما يحق للمتعاقد الاقتصادي طلب فسخ الملحق مع أحقيته في طلب التعويض إذا توافرت شروطه، وتتمثل هذه القيود في:

(أ) عدم تجاوز المصلحة المتعاقدة نطاق التعديل المحدد بالصفقة العمومية أو دفتر الشروط المحدد قانوناً.

(ب) عدم فرض أعباء جديدة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد الاقتصادي.

(ج) عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب⁽¹⁾.

3- الضوابط التشريعية للجوء المصلحة المتعاقدة للتعديل عن طريق الملحق

بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 و تحديداً المواد من 135 إلى 139 منه نجد أنها أجازت للإدارة تعديل الصفقة العمومية عن طريق الملحق ولكنها اشترطت أن تتم على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي أعلاه، أي أن تكون مقيدة بما يلي:

(أ) أن يكون الملحق مكتوباً، وذلك لأنه وثيقة تابعة للصفقة العمومية والتي عرفها المشرع على أنها عقود مكتوبة* والفرع يتبع الأصل حتى من الناحية الشكلية⁽²⁾.

(ب) يجب أن لا يؤثر الملحق على التوازن المالي للصفقة أو المساس الجوهرية بموضوعها، وهذا ما أشارت إليه المادة 136 في فقرتها الثامنة بنصها: >> و مهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة.....، و زيادة على ذلك لا يمكن أن يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها<<⁽³⁾.

(1) فتوح محمد هندواوي، المرجع السابق، ص 173 و ما بعدها.

(*) تنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أن: >> الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به...<<.

(2) جدي مراد- وليد شريط، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 05، العدد 03، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018، ص 52.

(3) الفقرة 08 من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

وبالتالي يجب أن لا يكون التعديل جوهريا حتى لا نكون أمام صفقة جديدة، وهو ما يفتح المجال للفساد المالي وهذا لبساطة إجراءات الملحق مقارنة بإجراءات طلب العروض المعقدة⁽¹⁾.

(ج) خضوع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة العمومية⁽²⁾.

(د) يجب أن يتم اللجوء إلى الملحق في آجال تنفيذ الصفقة الأصلية، إلا أنه إستثناءا يمكن إبرام الملحق خارج آجال التنفيذ وهو ما أورده ذات المادة و ذلك في الحالات التالية:

- وجود ظروف غير متوقعة استدعت التمديد.

- إبرام ملحق عديم الأثر المالي.

- عدم إمكانية إبرام الملحق محل ضبط للكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية⁽³⁾.

(هـ) خضوع الملحق للرقابة الإدارية وهذا حسب ما أشارت إليه المادة 139 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإن الملحق لا يخضع لرقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية* إذا كان لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، ولم يتجاوز نسبة 10 % من المبلغ الأصلي للصفقة⁽⁴⁾، أما إذا تضمن خدمات تكميلية تتجاوز النسبة أعلاه فيجب عرضه على دراسة لجنة الصفقات المختصة⁽⁵⁾.

وكما تجدر الإشارة أنه لا يمكن للمتعامل الاقتصادي إنجاز العمليات الملحقة إلا إذا تم إعداد ملحق وتمت المصادقة عليه من طرف اللجنة المختصة وكذا المراقب المالي، ثم صدور أمر بالخدمة للمتعامل للشروع في الانجاز وبعدها فوترة مبالغ تلك الأشغال، وفي حال غياب

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص18.

(2) المادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15. للتفصيل أنظر: جدي مراد-شريط وليد، المرجع السابق، ص53.

(*) تنص المادة 165 من المرسوم الرئاسي 247/15: >> تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 06 من هذا المرسوم، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستويات الإختصاص المحددة في المادتين 173 و 184 من هذا المرسوم.<<

(4) المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(5) الفقرة 05 من المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

هذه الوثائق لا يستطيع القاضي الإداري الرقابة على الدفع مقابل الملحق، وتعتبر طلبات المتعامل الاقتصادي غير مؤسسة⁽¹⁾.

وعليه فإنه يمكن للمتعامل الاقتصادي الذي تتوفر فيه الشروط اللازمة إما طلب إلغاء القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة المتضمن قرار التعديل، والذي يؤدي إلى إلغاء الملحق إذا تمسك أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء أمام القضاء الكامل، أو طلب تعويض عما أصابه من ضرر وإرهاق من الالتزامات الزائدة بالملحق، ويشمل هذا التعويض ما فات المتعاقد من كسب نتيجة هذا الإجراء المخول للإدارة⁽²⁾، وذلك برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية والتي هي صاحبة الاختصاص في دعاوى القضاء الكامل والتي تفصل بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة⁽³⁾.

ثالثاً: الرقابة على منازعات تطبيق بندي التحيين والمراجعة

نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 على إمكانية تحيين السعر الأصلي للصفقة أو مراجعته إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً⁽⁴⁾، وفي حال رفض المصلحة المتعاقدة التحيين أو المراجعة تنشأ منازعة بينها وبين المتعامل الاقتصادي والتي تخضع لرقابة القضاء الكامل كما سنوضحه فيما يلي:

1- الرقابة على منازعات تحيين سعر الصفقة العمومية

التحيين هو عملية إعادة النظر والتقييم للأسعار المتفق عليها لإنجاز صفقة ما، نظراً للتقلبات الاقتصادية التي تؤثر انعكاساتها على الأسعار في الفترة الممتدة من نهاية صلاحية العرض إلى الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة (ODS)⁽⁵⁾، و في حال رفض المصلحة المتعاقدة تحيين سعر الصفقة، يحق للمتعامل الاقتصادي الذي توافرت له شروط التحيين اللجوء إلى

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص ص 76،75.

(2) سهام شقطني، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2010/2011، ص 147.

(3) المادة 800، 801 من القانون رقم 09/08.

(4) المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(5) إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 76.

القاضي الإداري للمطالبة بتطبيق صيغة التحيين⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يتأكد القاضي من توافر الشرطين المحددين في المادة 98 من 247/15 وهما:

(أ) أن يفوق الأجل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة مدة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر.

(ب) أن تستجد ظروف إقتصادية تبرر التحيين.

لكن قد يواجه القاضي الإداري إشكال عدم وجود بند صريح في الصفقة يجيز تطبيق التحيين، فهل يمكن له إلزام المصلحة المتعاقدة بتحيين سعر الصفقة؟

لم يفصل المرسوم الرئاسي 247/15 في هاته المسألة، حيث أنه وحسب نص المادة 98 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإنه: >> يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 100 من هذا المرسوم...<< و هذا يدل على أن المشرع لم يشترط الإتفاق المسبق على التحيين، لكن بالرجوع إلى المادة 100 من ذات المرسوم نجدها تنص على أنه: >> إذا ورد في الصفقة بند ينص على تحيين الأسعار... و هذا يدل على عدم الانسجام بين المادتين 98 و 100 ما يجعل الاتفاق المسبق على التحيين غامضا⁽²⁾.

2- الرقابة على منازعات تطبيق صيغة المراجعة

إكتفى المرسوم الرئاسي 247/15 بتحديد شروط تطبيق المراجعة دون إعطاء تعريف لها، ومراجعة سعر الصفقة العمومية تعني أن السعر الإبتدائي المنقح عليه لم يعد ملائما نتيجة حصول طوارئ وتغيرات اقتصادية حدثت أثناء التنفيذ، وهي تنصب على الجزء المنفذ فعلا من الصفقة العمومية⁽³⁾.

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص76.

(2) المادة 98 ، 100 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 .

(3) إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص62.

وحتى يلزم القاضي الإداري المصلحة المتعاقدة بتطبيق صيغة المراجعة يتعين عليه التأكد من توافر الشروط التالية:

(أ) شرط تضمين الصفقة العمومية بند مراجعة السعر، فقد نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: <<...وعندما يكون السعر قابلاً للمراجعة، يجب أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته...>>.

(ب) تتم فقط مراجعة أسعار الخدمات المنفذة فعلاً.

(ج) لا يمكن مراجعة الأسعار أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.

(د) لا يمكن مراجعة الأسعار في الفترة التي يغطيها تحيين الأسعار.

(هـ) لا يمكن مراجعة الأسعار في الفترة التي يغطيها صلاحية العرض⁽¹⁾.

وقد قضى مجلس الدولة بأن: <<مراجعة الأسعار تكون لأسباب اقتصادية ويشترط بحكم تطبيقها ضرورة أن تتم المراجعة داخل الآجال المحصورة بين التاريخ الفعلي لإنجاز الأشغال موضوع الصفقة، وتاريخ الإنهاء من الأشغال...>>⁽²⁾، كما جاء في قرار آخر له: <<أن المطالبة بمراجعة الأسعار تكون أثناء تنفيذ الصفقة وليس بعد الغلق النهائي للحساب>>⁽³⁾.

الفرع الثاني: الرقابة على منازعات حماية التوازن المالي للصفقة العمومية

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: <<تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن

حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما ما سمح هذا الحل بما يأتي:

(1) المادة 101،97 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) القرار رقم 045359، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/02/11، في قضية بلدية بطيوة ضد مؤسسة الأشغال العمومية بوهران (قرار غير منشور). نقلاً عن: سمية شريف، المرجع السابق، ص 78.

(3) القرار رقم 045619، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/03/18، في قضية الشركة الوطنية لكبريات أشغال الطرق بالرغاية ضد ولاية ورقلة (قرار غير منشور). نقلاً عن: سمية شريف، المرجع السابق، ص 78.

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...>>⁽¹⁾

وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما جعل الحل الودي هو الطريق الأصلي لحل المنازعات المتعلقة بالتوازن المالي للصفقة العمومية أثناء التنفيذ قبل اللجوء إلى القضاء، و هذا لحل النزاع وديا مع المتعامل الاقتصادي بما يضمن استمراره في تنفيذ الصفقة بدون إرهاق، و تجنب اللجوء إلى المنازعة القضائية التي قد تتسبب في تعطيل إنجاز الصفقة العمومية، وقد لخص القضاء الإداري أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة في ثلاث أسباب وهي فعل الأمير، الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي الأسباب التي يتأكد منها قاضي الموضوع عند رقابته على منازعة التعويض حسب شروط كل منها :

أولاً: نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير كل الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة والتي تؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل الاقتصادي والزيادة في التزاماته⁽²⁾، وحتى يطالب المتعامل الاقتصادي بحقه في التوازن المالي بعنوان نظرية فعل الأمير أمام القضاء الكامل، والذي يحكم له بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه سواء عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب⁽³⁾، و يجب توافر أربعة شروط :

1- أن يصدر العمل الذي تسبب في الإختلال المالي للمتعامل الاقتصادي عن الإدارة المتعاقدة نفسها.

2- أن يكون العمل القانوني الصادر عن المصلحة المتعاقدة مشروعاً في إطار إختصاصها وغير مخالف للنظام العام.

3- أن يؤدي العمل المشروع الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى قلب إقتصاديات العقد و إلحاق ضرر بالمركز المالي للمتعامل الاقتصادي⁽⁴⁾.

(1) المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص50.

(3) سمية شريف، المرجع السابق، ص52.

(4) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص52.

4- أن يكون الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة غير متوقع للمتعاقل الاقتصادي وفيه أكثر كلفة وإرهاق له⁽¹⁾.

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

ويقصد بها حدوث ظروف أو أحداث إستثنائية مفاجئة وخارجية لدى تنفيذ العقد لم تكن متوقعة عند إبرامه، وترتب عنها إختلال جسيم له بحيث يصبح تنفيذه أمرا مرهقا للمتعاقل المتعاقد، فيكون من حق هذا المتعاقل مطالبة الطرف الآخر بمشاركته في تحمل النتائج المترتبة في تلك الظروف⁽²⁾، ويحكم القاضي الإداري للمتعاقل الاقتصادي في حالة الظروف الطارئة بالتعويض الجزئي، حيث يتحمل المتعاقل الاقتصادي جزءا من الخسارة وتتحمل المصلحة المتعاقدة الجزء الآخر من النفقات التي تكبدها نتيجة هذا الظرف⁽³⁾.

ولكن هذا بتوافر أربعة شروط:

- 1- وقوع ظروف طارئة إستثنائية خلال مدة تنفيذ العقد.
- 2- عدم توقع الظرف الطارئ وعدم إمكانية دفعه.
- 3- أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إدارة المتعاقدين.
- 4- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب إقتصاديات العقد⁽⁴⁾.

ثالثا: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تقوم هذه النظرية في حال واجه المتعاقل الاقتصادي عند تنفيذه للصفقة العمومية وبالأخص صفقات الأشغال العمومية صعوبات مادية إستثنائية غير متوقعة، تجعل تنفيذ الصفقة أكثر تكلفة وإرهاقا⁽⁵⁾، وهنا يلزم القاضي المصلحة المتعاقدة بدفع تعويض كامل عن

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 195.

(2) فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 429.

(3) سمية شريف، المرجع السابق، ص 80.

(4) فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 434.

(5) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 218، 219.

النفقات الإضافية التي تحملها المتعامل الإقتصادي، كما يمكن للقاضي أن يعفي المتعامل الإقتصادي من غرامات التأخير إذا تأكد له أن هذه الصعوبات هي السبب في تأخره عن التنفيذ⁽¹⁾، ولكن لإعمال هذه النظرية وترتيب آثارها يجب توافر أربعة شروط :

- 1- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية بحتة.
- 2- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد.
- 3- ألا يكون مرد الصعوبات فعل أحد طرفي العقد⁽²⁾.
- 4- أن تلحق هذه الصعوبات ضررا بالمتعاقدين مع الإدارة⁽³⁾.

الفرع الثالث: الرقابة على سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات

من المستقر عليه فقها وقضاء أن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها متأصلة بدون النص عليها صراحة في العقد، وهذا ما يجعلها في مركز متميز خدمة للصالح العام، وهي بذلك تتمتع بحق توقيع الجزاءات على المتعامل المتعاقد في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته أو التأخير في تنفيذها بشكل يتلاءم مع السير الحسن للصفقات العمومية والإستعمال الرشيد للمال العام، وسلطتها هنا ليست مطلقة وإنما تخضع للرقابة القضائية والتي تعتبر ضمانا للمتعامل المتعاقد ضد تعسف المصلحة المتعاقدة أو مخالفتها للقانون ولتجنب أي خطأ أو تعدي على حقوقه⁽⁴⁾، حيث يحق له الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق دعوى القضاء الكامل حتى لو إقتصرت دعواه على طلب إلغاء ذلك القرار الإداري فهو يعتبر إجراء تعاقدياً أصدرته المصلحة المتعاقدة مستندة إلى نصوص عقد الصفقة العمومية، وحتى يخضع القرار الإداري لولاية القضاء الكامل يجب أن يتصل القرار بالصفقة تنفيذاً أو إنقضاء، وأن يصدر في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، لأنه من القرارات الإدارية المركبة المتصلة بالعقد وليست منفصلة

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص 81.

(2) فتوح محمد هندوي، المرجع السابق، ص 485.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 220.

(4) عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، مجلة المفكر، المجلد 09، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2014، ص ص 94، 96.

عنه وأن يكون صادرا عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية، وعليه على المتعامل المتعاقد هنا عدم تأسيس دعواه على قواعد مبدأ المشروعية وإنما على نصوص الصفقة العمومية نفسها وتنفيذا لها⁽¹⁾، وهنا للقاضي الإداري سلطة إلغاء الجزاء أو تخفيفه، كما له أن يحكم بالتعويض وهذا ماسنوضحه من خلال رقابة القاضي الإداري على سلطة المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية على إخلالها بعدم تمكين المتعامل الإقتصادي من البدء في التنفيذ، أو على توقيعها للجزاءات المالية أو توقيعها للجزاءات الضاغطة.

أولا: الرقابة على إخلال المصلحة المتعاقدة بالالتزام تمكين المتعامل الإقتصادي من البدء

في التنفيذ

تتحمل المصلحة المتعاقدة إلتزاما هاما وهو تسليم الأمر بالخدمة القاضي بالبدء في التنفيذ، لكن قد يحصل خطأ من جانبها يحملها مسؤولية تأخر المتعامل الإقتصادي في البدء في الأشغال موضوع الصفقة⁽²⁾، وهنا يحق له اللجوء إلى القاضي الإداري للمطالبة بالتعويض، وبالرغم من عدم وجود نص صريح في تنظيم الصفقات العمومية 247/15 على أن تأخر الإدارة بهذا الإلتزام يشكل أساسا للمطالبة بالتعويض، يمكن أن يستشف ذلك من خلال القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل في مادته 34 تحت عنوان التوقيف المطلق للأشغال أو تأجيلها، حيث جاء فيه:

>>.....2- عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده، يحق للمقاول فسخ صفقته إذا طلب ذلك كتابيا دون الإخلال بالتعويض الذي يجوز تأديته له إذا اقتضى ذلك في إحدى الحالتين....

6- عندما تفرض الإدارة تأجيل الأشغال لمدة نقل عن سنة، فلا يحق للمقاول فسخ الصفقة إنما يجوز طلب التعويض في حالة تضرره بصورة محققة <<⁽³⁾.

(1) عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 112.

(2) راضية رحمانى، المرجع السابق، ص 276.

(3) القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال

الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر عدد 06، الصادرة في 19 جانفي 1965.

ولهذا يجب على المصلحة المتعاقدة تمكين المتعامل الاقتصادي من تنفيذ الصفقة العمومية وإلا قامت مسؤوليتها عن عدم تسليم موقع العمل في الوقت المناسب خاليا من أية موانع، أو تسليم المواد والأدوات والأنواع المتفق عليها، وكذا مساعدة المتعامل الاقتصادي في الحصول على التراخيص اللازمة⁽¹⁾.

و من تطبيقات القضاء الجزائري في هذا المجال قرار مجلس الدولة والذي جاء في حيثياته ما يلي: >> حيث في قضية الحال، تلقت المؤسسة المستأنف عليها الأمر بالخدمة القاضي بمباشرة الأشغال بتاريخ 2000/08/26 وأنها لم تستطع الشروع في إنجاز الأشغال بفعل أن مخططات الدراسة الخاصة بجدار التحويط لم تكن جاهزة إذ لم تقدم مخططات المراقبة التقنية للبناء إلا بتاريخ 2000/10/28 وأن ورشة الأشغال فتحت بتاريخ 2001/03/14 وأن ممثل البلدية ومركز المراقبة التقنية للبناء قاما بزيارة الورشة في 2001/03/27. وأنها بتاريخ 2001/05/06 وجهت البلدية المستأنفة للمؤسسات المستأنف عليها، أمرا بالخدمة قضى بوقف الأشغال بأثر رجعي، وأنه بتاريخ 2001/05/22 تمت الأشغال بإنجاز جدار تحويط المدرسة الابتدائية وأنه يستخلص من عناصر الملف أن المؤسسة المستأنف عليها قد لحق بها ضرر فعلا من حيث أنها عندما تلقت الأمر بالخدمة، لم تكن مخططات الإنجاز جاهزة وأن قضاة الدرجة الأولى بتقريرهم منحه مبلغ 150.000 دج كتعويض عن الضرر اللاحق به قد قدروا وقائع القضية تقديرا سليما ومنه يتعين تأييد القرار المستأنف<<⁽²⁾.

ثانيا: الرقابة على توقيع الجزاءات المالية

إنه وضمانا لحسن سير المرفق العام خول المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاءات مالية إتجاه المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية⁽³⁾، حيث يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص 81.

(2) القرار رقم 15885، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2004/09/21، قضية بلدية سكيكدة ضد مقاوله (م ب)، مجلة

مجلس الدولة، العدد 7، الجزائر، 2005، ص 77.

(3) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 21.

المعمول به، وتحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها، أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط⁽¹⁾.

تتمثل هذه العقوبات في الغرامة التأخيرية أو مصادرة الضمان و في صورة تعويض مالي يدفع من المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية لتغطية الضرر اللاحق بالمصلحة المتعاقدة وتخضع هذه الجزاءات المالية لرقابة القاضي الإداري وهذا مانوضحه تباعا في مايلي:

1- الرقابة على فرض الغرامة التأخيرية

تعرف الغرامة التأخيرية بأنها تلك المبالغ التي توقعها الإدارة أو المصلحة المتعاقدة من تلقاء نفسها جزاء إخلال المتعامل المتعاقد أو تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويتم فرض الغرامة التأخيرية بناء على تحقق الشروط التالية:

(أ) أن يتضمن عقد الصفقة لعمومية أجل التنفيذ والغرامات التأخيرية كجزء لعدم احترامها:

إن الغرامة التأخيرية تختص بطبيعتها الإتفاقية لإدراجها في الصفقة العمومية، فيما أن المتعامل المتعاقد قد وقع على عقد الصفقة فهو قد أعلن عن موافقته المسبقة لممارسة الإدارة هذه السلطة⁽²⁾، وقد أكد نص المادة 95 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: >> يجب أن تشير كل صفقة عمومية، إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما و إلى هذا المرسوم، و يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

...نسب العقوبات المالية و كيفيات حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها...<<⁽³⁾.

كما نصت المادة 147 منه في فقرتها الثانية على أنه: >> تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط...<<⁽⁴⁾.

(1) المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) ليلي كميلا حبشي، الغرامة التأخيرية "آلية لضمان احترام أجل تنفيذ الصفقة العمومية"، دراسة تحليلية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 05، العدد 01، جامعة طاهر مولاي سعيدة، سبتمبر 2018، ص 270.

(3) المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(4) الفقرة الثانية من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

لذا يتعين على المصلحة المتعاقدة تحديد قيمة الغرامة التأخيرية مسبقا في عقد الصفقة العمومية ودفاتر الشروط، وعلى هذا الأساس لا يمكن لها رفعها في حال فاق حجم الضرر قيمة الغرامة، كما لا يمكن لها المطالبة بالتعويض إلى جانب الغرامة التأخيرية⁽¹⁾.

ب) خطأ المتعامل المتعاقد

يستقر القضاء الإداري على أن تأخير المتعامل المتعاقد أو إهماله أو تقصيره في التنفيذ يعد سببا لتوقيع الغرامة التأخيرية عليه، ولا يشترط أن ينتج عن هذا الإخلال ضرر وبالتالي لا يستطيع المتعامل المتعاقد تفادي الغرامة بإثباته أن إخلاله بالعقد لم يترتب عنه الضرر⁽²⁾، لكن الفقه والقضاء الإداري قدم بالإضافة إلى المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 147 فقرتها الرابعة الخامسة الحاليتين اللتان يعفى فيهما المتعامل المتعاقد من الغرامة التأخيرية وهما:

ب.1. حالة مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن التأخر في التنفيذ:

وهي الحالة التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة هي المسؤولة عن التأخر في التنفيذ في حال شكل فعلها خطأ أو إهمالا أو تقصيرا، وهنا تعتبر هذه الأفعال مبررات قانونية للتأخير أو عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لإلتزاماته⁽³⁾، وفي هذه الحالة يسلم المتعامل المتعاقد أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها⁽⁴⁾، والتي تثبت علاقة المصلحة المتعاقدة بالتأخير وكذا تحرير شهادة إدارية.

ب.2. حالة القوة القاهرة :

كما سبق لنا تعريف هذه النظرية وتبيان شروطها فإن القوة القاهرة هي مبرر لإعفاء المتعامل المتعاقد من الغرامة تأخيرية فتؤدي إلى تعليق الآجال مع ضرورة إتخاذ المصلحة المتعاقدة لأمر توقيف وإستئناف الخدمة، وتحرير شهادة إدارية كما هو منصوص في المادة

(1) ليلي كميلا حبشي، المرجع السابق، ص 281.

(2) عبد القادر دراجي، المرجع السابق، ص ص 97، 98.

(3) عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، العدد 05، قسم

الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، سبتمبر 2013، ص 182.

(4) الفقرة 04 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

147 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15⁽¹⁾، وإنه يلاحظ من هذه المادة أنها أشارت إلى القوة القاهرة كحادث وحيد لإعفاء المتعامل من الجزاءات المالية، لكن القضاء الإداري قد إعتدى بنظريات أخرى وهي حالة الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة واللذان تجعلان التنفيذ مرهقا وبالتالي تبرران إعفاء المتعاقد من أي جزاء⁽²⁾.

ج) مراعاة إجراءات فرض الغرامة التأخيرية

كأول إجراء يجب مراعاته هو أن المصلحة المتعاقدة يجب عليها إصدار قرار فرض الغرامة وهذه تعتبر ضمانا للمتعامل المتعاقد حتى يتسنى له اللجوء إلى القضاء الإداري، ليسر رقابته على مشروعية هذا القرار من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات، المحل والغاية وكذا الرقابة على ملاءمته⁽³⁾.

الملاحظ في الأخير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كيفية توقيع الغرامة التأخيرية في المرسوم الرئاسي 247/15، واكتفى بإحالة المسألة إلى دفاتر الشروط الإدارية العامة، حيث أشار إلى أن الأحكام التعاقدية للصفقة هي من تحدد نسبة العقوبات وفرضها والإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط⁽⁴⁾، كما يلاحظ أنه لم يوجب إعدار المتعاقد قبل توقيع الغرامة بحقه، وقد أكدت المادة 36 من دفاتر الشروط الإدارية العامة ذلك بنصها: >> إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجربى تطبيقها دون إنذار سابق بعد التأكد من تاريخ إنقضاء الأجل التعاقدى للتنفيذ وتاريخ استلام الأشغال المؤقت ودون الإخلال بتطبيق المادة 35 أعلاه>>⁽⁵⁾، ويحق للمتعامل الإقتصادي في حالة خرق المصلحة المتعاقدة لشروط فرض الغرامة التأخيرية اللجوء إلى القاضي الإداري ، والذي يقوم بمراقبة صحة قرار فرض الغرامة التأخيرية بالتأكد من الوجود المادي للوقائع أي إخلال أو تأخر في تنفيذ الصفقة العمومية،

(1) الفقرة 05 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص 85.

(3) صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء التأخير في صفقة الأشغال وأثرها على إمتيازات السلطة العامة في التشريع

الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 03، جامعة أحمد دارية أدرار، سبتمبر 2018، ص 291.

(4) ليلي كميلا حبشي، المرجع السابق، ص 291.

(5) المادة 36 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على

صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

ومدى صحة التكليف القانوني لهذه الوقائع، كما يراقب الملائمة بين مقدار الغرامة وحجم الخطأ⁽¹⁾، باعتبار هذه المنازعة من منازعات القضاء الكامل فإن القاضي الإداري يتمتع بصلاحيات واسعة فله أن يحكم على المصلحة المتعاقدة إذا إنتقر إجراء توقيع غرامة التأخير إلى أساس أن ترد المبالغ التي حصلت عليها دون وجه حق للمتعاقد المتعاقد والحكم له بالتعويض⁽²⁾، كما قد يقرر إبقاء قرار المصلحة المتعاقدة إذا كان قرارها صحيحاً، أو تخفيض قيمة الغرامة حتى تتناسب مع حجم التأخر في تنفيذ. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 206/06/23 حيث إعتبر الغرامات المفروضة على شركة "سوربوا" تعسفية، وأن الإدارة بالغت في تقديرها بحيث أصبح مبلغ الغرامات متفاوت بشكل مفرط مقارنة مع مبلغ الصفقة العمومية⁽³⁾.

2- الرقابة على جزاء التعويض

التعويض هو عبارة عن مبالغ مالية يحق للإدارة فرضها على المتعامل المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إذا لم تنص الصفقة العمومية على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال⁽⁴⁾.

ويطرح التعويض إشكال حول رقابة القاضي الإداري على هذا الجزاء فهل يراقب مدى صحة قرار المصلحة المتعاقدة بالتعويض، أم أنه وحده من يملك الحكم باقتضاء التعويض بعد طلب من المصلحة المتعاقدة؟

في غياب نص صريح يجيز للمصلحة المتعاقدة إقتضاء التعويض بقرار إنفرادي تبقى ملزمة بالجوء إلى القاضي الإداري تحت ولاية القضاء الكامل بإعتباره قضاء يبحث في الحقوق الشخصية ونسبة الضرر وسلطة تقدير التعويض الكامل والعادل الذي لينظر في صحة طلبها ويحكم سواء لصالحها أو العكس⁽⁵⁾، وهنا لا يكفي وقوع الخطأ من المتعامل المتعاقد فحسب

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص 86.

(2) صوفية عباد، المرجع السابق، ص 292.

(3) سمية شريف، المرجع السابق، ص 87.

(4) مونية جليل، المرجع السابق، ص 177.

(5) سمية شريف، المرجع السابق، ص 89.

وإنما يلزم حدوث ضرر للمصلحة المتعاقدة والمتمثل أساسا في تعطيل حاجات الجمهور المنتفعين من الصفقة العمومية، وبما أنه صادر عن القضاء بحكم قضائي فلا يجوز معاكسة هذا الحكم والتنازل عنه، فإجراء الإعفاء من التعويض أو تخفيضه لا يخضع لسلطة المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾، ومن هنا يتضح أن الرقابة القضائية ضمانا حقيقية للمتعاقد.

3- الرقابة على جزاء مصادرة الضمان

إن الضمان كتأمين* الذي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة هو عبارة عن مبالغ مالية تودع لديها توكيا للإخلالات التي قد تصدر من المتعامل الإقتصادي عند تنفيذ الصفقة العمومية، وهذا الضمان المالي من شأنه أن يكفل التنفيذ الجدي و الحسن للصفقة العمومية⁽²⁾، بحيث يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع جزاء مصادرة الضمان بإصدار قرار صريح بترتيب هذا الأثر في حق المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون الحاجة للجوء إلى القضاء، كما لها الجمع بين مصادرة الضمان ومطالبة المتعاقد معها بالتعويض في حال فاقت الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام التعاقدية قيمة الضمانات على إعتبار أن هذا الضمان يمثل الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة⁽³⁾، وفي حال تعسف المصلحة المتعاقدة عند إصدار قرارها المتضمن هذا الجزاء يمكن للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل لطلب إبطال قرارها، وهذا ما أكده مجلس الدولة الجزائري في إحدى قراراته والذي مما جاء فيه: >>... حيث يتعين مع ثبوت تواجد الكفالتين لدى مصالح المدخل في

(1) فولجة بن عبد المالك، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قراءة في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام رقم 247/15"، مجلة دفاتر السياسية والقانون، المجلد 09، العدد 17، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، جوان 2017، ص 125.

(*) تنص المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: >> يجب أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه، و كذا كيفيات استرجاعها، حسب الحالة، في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استنادا إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها.<<.

تتمثل هذه التأمينات في كفالة رد التسيقات وكفالة حسن التنفيذ، وكفالة التعهد. للتفصيل أنظر: المواد 110، 152، 130 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) إسماعيل بحري، المرجع السابق، ص 103.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 275، 276.

الخصام ... والتأكد من إنجاز الأشغال ومع ثبوت رفض المدعى عليها الإستجابة لطلب المدعية يتعين إلزامها برفع اليد عن الكفالتين لتمكين المدعية من إسترجاع مبالغها»⁽⁴⁾.

ثالثا: الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة

أجاز القانون للمصلحة المتعاقدة توقيع بعض أنواع الجزاءات غير المالية بإرادتها المنفردة في حال إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية إخلالا خطيرا وهذا بهدف منع ما قد يترتب على هذا الإخلال من اضطرابات إقتصادية قد تلحق المرفق العام⁽¹⁾، وتعتبر الجزاءات الضاغطة من الوسائل القهرية التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة وهي مستمدة من إمتيازات السلطة العامة لضمان سير المرفق العام، وهي جزاءات مؤقتة لا يترتب عنها إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر الذي يعتبر من الناحية القانونية مستمرا في التنفيذ، على أن تتم عملية تنفيذ الإلتزامات على حسابه وتحت مسؤوليته⁽²⁾، وتتخذ الجزاءات الضاغطة في مجال الصفقات العمومية مظهرين فنجذ المصلحة المتعاقدة تملك جزاء سحب العمل من المقاول في صفقة الأشغال وإسناده لشخص آخر، بالإضافة إلى جزاء آخر وهو الشراء على حساب المورد في صفقة اقتناء اللوازم وكذلك الشراء يكون على مسؤوليته⁽³⁾.

الملاحظ على المرسوم الرئاسي 247/15 أنه لم يتضمن أحكام توقيع الجزاءات الضاغطة، لكن دفتر الشروط الإدارية العامة في مادته 35 قد نظم جزاء سحب العمل من المقاول بحيث نصت المادة على أنه: >>.... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي، بإستثناء حالة الإستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز أن يكون جزئيا...

(4) القرار رقم 14/00885 صادر عن المحكمة الإدارية لبومرداس، بتاريخ 2014/10/07، في قضية المؤسسة الوطنية للسيارات الصناعية ضد ولاية بومرداس والقرض الشعبي الجزائري (قرار غير منشور). نقلا عن: شريف سمية، المرجع السابق، ص 88.

(1) ياقوتة عليوات، الصفقات العمومية في الجزائري، رسالة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2009/2008، ص 223.

(2) فوزية هاشمي، سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، مارس 2018، ص ص 381، 382.

(3) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 29، 28.

.... وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعاً للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف...»⁽¹⁾.

يحق لكل متعامل متعاقد تم توقيع عليه هذا الجزاء عليه اللجوء إلى القضاء الإداري لإعمال رقابته على مشروعية وملائمة قرار توقيع هذه الجزاءات⁽²⁾، بالتأكد من الشروط المبررة لاتخاذها، والتي تتمثل في :

1- خطأ المتعامل المتعاقد

إنه وفي صفقة الأشغال العامة يأخذ الخطأ التعاقدية الذي يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى سحب العمل من المقاول صورتين أولهما إخلال المقاول بشروط التعاقد وثانيهما عدم إحترام المقاول للأوامر المصلحية التي توجهها له المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

أما في صفقة إقتناء اللوازم فيقوم خطأ المورد في حالة عدم قيامه بتوريد المواد حسب الأصناف المتفق عليها وفي المواعيد المحددة، وهنا يجوز للإدارة التنفيذ تحت حساب المورد المقصر وعلى مسؤوليته⁽⁴⁾.

2- وجوب إذار المتعامل قبل توقيع الجزاء

نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 على وجوب توجيه إذار للمتعامل المخل ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد⁽⁵⁾، وعليه يجب على المصلحة المتعاقدة توجيه إذار للمتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، قبل قيامها بأي إجراء ضده لإلزامه على التنفيذ.

(1) المادة 35 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المنضم المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على

صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

(2) فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 390.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 284، 286.

(4) فوزية هاشمي، المرجع السابق، ص 388.

(5) الفقرة 01 من المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على منازعات فسخ الصفقة العمومية

إن الصفقات العمومية كغيرها من العقود قد تنتهي نهاية طبيعية وذلك بتنفيذ موضوعها، كما قد تنتهي نهاية غير طبيعية قبل إنتهاء عملية تنفيذ العقد وانقضاء آجال التنفيذ وهذه الحالة تأخذ صورة الفسخ والذي بدوره يأخذ أشكال مختلفة فقد يكون إستجابة لرغبة طرفيه، أو تطبيقا لحكم قضائي أو خضوعا للقانون كما قد يأخذ شكل الفسخ الإداري الإفرادي على أساس ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من إمتيازات السلطة العامة⁽¹⁾.

تعد منازعات فسخ الصفقة العمومية من المنازعات الحقوقية التي يختص القضاء الكامل بالنظر فيها سواء تعلق موضوعها بطلب الفسخ من أحد أطراف الصفقة العمومية (الفرع الأول) أو بمنازعة قرار الفسخ الإفرادي الصادر عن المصلحة المتعاقدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة على طلب الفسخ من أحد طرفي الصفقة العمومية

إن إبرام الصفقات العمومية مبني على توافق إرادتي طرفين واللذان يستطيعان أيضا الإتفاق على إنهائه قبل تنفيذ موضوعها والذي يدعى الفسخ الإتفاقي⁽²⁾، والذي قد يكون مصحوبا بتعويض إتفاقي إذا تضرر أحد المتعاقدين، وبما أنه يتميز بطابع الرضائية أوجبته المادة 152 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الثانية أن يوقع الطرفان وثيقة الفسخ⁽³⁾، فبالنتالي هو لا يثير أي نزاع أمام القضاء، إلا في حالة طلب الفسخ من أحد طرفي الصفقة العمومية وهنا لا بد أن يكون السبب جديا حتى يستجيب القاضي لموضوع الدعوى.

(1) مقدار زينة، سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، سبتمبر 2018، ص 421.

(2) تنص المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: >> زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و 150، يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إدارة المتعامل المتعاقد ، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض <<.

(3) تنص الفقرة الثانية من المادة 152 على أنه: >> وفي حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ بإتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة <<.

أولاً: الرقابة على طلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة العمومية

يحق للمتعامل الإقتصادي اللجوء إلى القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل لطلب فسخ الصفقة العمومية على أن يكون السبب جدياً نظراً لخطورة هذه الدعوى على سير المرافق العامة، فإن القضاء الإداري قد تشدد في قبول طلب المتعامل المتعاقد⁽¹⁾، فلا يحكم بالفسخ إلا في ثلاث حالات وهي القوة القاهرة، إخلال المصلحة المتقاعدة بالتزاماتها التعاقدية والفسخ كموازن لسلطات المصلحة المتعاقدة.

1- حالة القوة القاهرة

إن القوة القاهرة هي حادث مفاجئ خارج عن إرادة طرفي الصفقة العمومية يستحيل دفعه ويؤدي غالباً إلى استحالة التنفيذ، وبالتالي إعفاء المتعامل المتعاقد من التنفيذ دون توقيع أي جزاء عليه. وهنا يحق له اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب الفسخ⁽²⁾، وفي هذا أرسى مجلس الدولة قاعدة مفادها أنه إذا تبين أن العقد لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة وأصبح غير قابل للحياة فإنه يحق للمتعاقد طلب الفسخ قضائياً⁽³⁾.

2- حالة الإخلال الجسيم للمصلحة المتعاقدة

تتمتع المصلحة المتعاقدة في عقد الصفقة العمومية بمركز قانوني متميز يمنح لها العديد من الصلاحيات تحت لواء إمتيازات السلطة العامة والتي قد تتعسف في إستعمالها، لذا فإنه في الأصل تقوم مسؤوليتها التعاقدية بإلزامها بالتعويض مع بقاء المتعامل المتعاقد ملزماً بتنفيذ الصفقة العمومية، لكن إذا بلغ الخطأ حداً كبيراً من الجسامة يحق للمتعامل المتعاقد اللجوء للقضاء الإداري بطلب الفسخ مع التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽⁴⁾.

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص104.

(2) مونية جليل، المرجع السابق، ص183.

(3) سمية شريف، المرجع السابق، ص105.

(4) مونية جليل، المرجع السابق، ص182.

ومن أهم أخطاء المصلحة المتعاقدة التي إعتبرها القضاء الإداري مبرراً لطلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة العمومية ما يلي:

- (أ) عدول المصلحة المتعاقدة عن المشروع موضوع الصفقة العمومية دون سبب معقول.
- (ب) التأخر الجسيم للمصلحة المتعاقدة من تمكين المتعامل المتعاقد من البدء في التنفيذ.
- (ج) توقيف المصلحة المتعاقدة للأعمال موضوع الصفقة العمومية دون مبرر معقول لفترة طويلة.
- (د) توقيع المصلحة المتعاقدة عقوبات جسيمة على المتعامل المتعاقد دون خطأ جدي يبررها.
- (هـ) فرضها لأعمال جديدة تفوق الأعمال المتفق عليها في العقد بكثير⁽¹⁾.

3- حالة الفسخ كموازن لسلطات المصلحة المتعاقدة

إن تعديل الصفقة العمومية سلطة ممنوحة للمصلحة المتعاقدة قانوناً تستعملها في إطار مبدأ المشروعية، لكن يجب أن لا تتعارض هذه السلطة مع واجب المصلحة المتعاقدة في ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية، بحيث ينبغي عدم إحداثها لخلل في التزامات المتعاقد والتي قد لا تتناسب بتاتا مع حقوقه⁽²⁾، فإذا وجد أن التعويض غير مجد في مواجهة التغيرات الجديدة يحق له اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب فسخ الصفقة العمومية وهذا ما أكدته المادة 30 من دفاतर الشروط الإدارية العامة بأنه: >> في حالة إجراء الإضافة على جملة الأشغال فلا يجوز للمقاول رفع أية مطالبه، مادامت الإضافة المقررة بحسب الأسعار الإبتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاوله، وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية حق له فسخ صفقته فوراً دون تعريض...<<⁽³⁾.

(1) سمية شريف، المرجع السابق، ص106.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص254.

(3) الفقرة 01 من المادة 30 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

ويتعين على المتعامل المتعاقد في فرنسا اللجوء للإدارة أولاً قبل رفع الدعوى إما على أساس النص على هذا الشرط في العقد أو بناء على قاعدة القرار الإداري السابق كأساس للتقاضي⁽¹⁾، وهو نفس الإتجاه الذي إتبعه المشرع الجزائري بجعله التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقة العمومية طريق وجوبي قبل اللجوء إلى القضاء وهذا في المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثانياً: الرقابة على طلب المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية

تعد سلطة الفسخ الإفرادي للصفقة العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة من الإمتيازات التي تغنيها عن اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب الفسخ على عكس المتعامل المتعاقد، غير أنها تستطيع التنازل عن هذا الحق وتلجأ إلى القاضي الإداري لطلب فسخ الصفقة العمومية من منطلق أن حق التقاضي مكفول للجميع، وهذا حتى تضمن عدم رجوع المتعامل المتعاقد عليها بالتعويض، كما أنها تثبت بذلك حسن نيتها وأن الفسخ كان لأسباب جدية لأن القاضي الإداري في هذه الحالة يشترط إخلال المتعامل المتعاقد إخلالاً جسيماً وعدم سعيه لتدارك أخطائه بعد إعدائه بالطرق القانونية⁽²⁾.

الفرع الثاني: الرقابة على قرار الفسخ الإفرادي للصفقة العمومية

تعتبر سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها في إطار تنفيذ العقود الإدارية دون حاجة للجوء إلى القضاء، وحتى في غياب النص عليها في العقد وهذا لضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. ويتخذ الفسخ الإفرادي للصفقة العمومية صورتين الفسخ لدواعي المصلحة العامة دون حصول خطأ من المتعامل المتعاقد ويكون فقط بتقدير الإدارة أن المصلحة العامة تيرر ذلك، والفسخ الجزائي كجزاء رادع للمتعامل المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية⁽³⁾، وهنا يحق للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري لمراقبة مشروعية قرار الفسخ سواء الفسخ الجزائي أو الفسخ لدواعي

(1) مونية جليل، المرجع السابق، ص 183.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص 108.

(3) زينة مقداد، المرجع السابق، ص ص 420، 421.

المصلحة العامة، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه أن دعاوى القضاء الكامل هي الوسيلة الوحيدة أمام المتعامل المتعاقد للطعن في قرار الفسخ الإفرادي الصادر عن المصلحة المتعاقدة وإعتباره من القرارات الإدارية المتصلة بالعقود الإدارية، وعبر عن ذلك في أحد أحكامه بالقول: >> نظرا لأن قرار السلطة مانحة الإلتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الإلتزام لا يعتبر قرارا منفصلا عن العقد بالنسبة لصاحب الإمتياز، فإن صاحب الإلتزام لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد <<(1).

أولا : الرقابة على مشروعية قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

تعتبر سلطة المصلحة المتعاقدة في إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة من أخطر السلطات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها، بإعتبارها القوامة على خدمة المرفق العام والحرص على سيره بانتظام وإضطراب كافة بذلك المصلحة العامة وما يواكبها من تطورات، وهذا هو الأساس القانوني لهذه السلطة حيث أن للإدارة الحق في إنهاء عقودها التي أصبحت لا تتوافق مع إحتياجات المرفق العام وضمان تحقيقه للمصلحة العامة(2).

وهذا من بين أهم المستجدات التي أتى بها المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 150 منه والتي منحت المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة للجوء إلى هذا الإجراء الخطير حتى بدون خطأ المتعامل المتعاقد، هذا دون نصها على ضمانات تحميه في حالة تعسفها حيث أن الإدارة ملزمة بمجموعة من الشروط حتى يكون هذا الإجراء مشروعاً، وهنا يمكن للقاضي الإداري أن يبسط رقابته على صحة قرار الفسخ بالرجوع للقواعد العامة في العقود الإدارية وهذا بتحقيقه من مدى إحترام الضوابط التالية:

(1) محمد عبد الوهاب - جمال رواب، الإنهاء الإفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور الجلفة، مارس 2018، ص 540.

(2) عبد الحليم مجدوب، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، العدد 04، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سبتمبر 2017، ص 253.

1- أن يكون قرار الفسخ قد إقتضاه الصالح العام

إن المصلحة المتعاقدة حتى تتمكن من ممارسة سلطة الإنهاء الانفرادي للصفقة العمومية لا بد من أن تكون المصلحة العامة هي سبب الإنهاء وهدفه في نفس الوقت، فضرورات المرافق العامة تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد متناسبة مع المصلحة العامة أي مصلحة المرفق ويتحقق القاضي الإداري من توافر هذا الشرط من عدمه بالتحقق من بعض الحالات التي أدت إلى الفسخ الانفرادي، والتي إعتبرها مجلس الدولة تحقق شرط المصلحة العامة ومنها إنتهاء حاجيات المرفق التي أبرم العقد لتحقيقها كفسخ عقد توريد معدات ومؤن حربية للجيش بسبب توقف الحرب، وكذلك حالة فسخ العقد بسبب زوال المرفق أو تعديله أو تحديثه، وكذا حالة تغير الظروف الإقتصادية والتي تنقل كاهل ميزانية الدولة⁽¹⁾.

فإذا تبين للقاضي الإداري أن السبب الذي إستندت إليه المصلحة المتعاقدة لفسخ الصفقة العمومية دون خطأ المتعامل المتعاقد لا يتعلق بالمصلحة العامة وإحتياجات المرفق العام، فإنه يحكم بعدم مشروعية هذا القرار، وفي ذلك إعتبر القضاء الإداري أن قرار فسخ العقد الإداري لأسباب مالية هو قرار غير مشروع⁽²⁾.

2- أن يصدر قرار الفسخ في إطار المشروعية

وبهذا يتوجب أن لا يشوب قرار المصلحة المتعاقدة القاضي بفسخ الصفقة العمومية عيب من العيوب التي تشوب القرار الإداري بصفة عامة، فيجب توافره على كافة الشروط اللازمة لمشروعية القرار الإداري بداية بصدور القرار من الجهة المختصة قانونا بذلك والتمثلة في المصلحة المتعاقدة التي أبرمتها⁽³⁾، وأن يكون هناك سبب جدي دفع بالمصلحة المتعاقدة لإنهاء العقد، وكذلك توافر ركن المحل والغاية المتمثلة دائما في المصلحة العامة، وأن يصدر وفقا للشكل والإجراءات المقررة قانونا، و إلا أصبح قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة عرضة لعدم المشروعية حتى وإن كان غير قابل للإلغاء كونه من القرارات المتصلة بالصفقة العمومية⁽⁴⁾.

(1) زينة مقداد، المرجع السابق، ص422.

(2) سمية شريف، المرجع السابق، ص111.

(3) عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص266.

(4) محمد عبد الوهاب -جمال رواب، المرجع السابق، ص535.

وبهذا يعتبر القضاء الإداري هو المسؤول عن إيجاد توازن بين حماية المصلحة المتعاقدة ومصلحة المتعامل المتعاقد عن طريق الرقابة على المبررات التي استندت إليها المصلحة المتعاقدة لإصدار قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة، وكذلك تحديد مقدار التعويض الذي يحق للمتعامل المتعاقد الحصول عليه في غياب أحكام خاصة بذلك في المرسوم الرئاسي 247/15، وهو ما يعطي المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة لتقدير الحالات التي تستدعي منها اللجوء إلى هذا الإجراء دون قيود وهو كذلك ما يهدد مصلحة المتعامل المتعاقد ويساهم في عدم استقرار العقود الإدارية وتخوف المتعاملين من التعاقد مع الإدارة.

ثانياً: الرقابة على قرار مشروعية الفسخ الجزائي

إن جزاء الفسخ أو ما يعرف بالفسخ الجزائي هو من أقسى الجزاءات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لإنهاء الصفقة العمومية بسبب خطأ المتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة ودون الحاجة للجوء إلى القضاء⁽¹⁾، وهذا ما اعترف به المرسوم الرئاسي 247/15 في مادته 149 حيث نصت على أنه: >>... وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...<<⁽²⁾.

لكن مع ذلك فالمصلحة المتعاقدة مقيدة بشرطين لتوقيع جزاء الفسخ وهما:

1- وقوع خطأ جسيم من قبل المتعامل المتعاقد

يعتبر الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة من أخطر الجزاءات الموقعة على المتعامل المتعاقد نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد كما لم يحدد الأخطاء حصراً، وعلى هذا الأساس فإن المصلحة المتعاقدة وحدها من تملك تقدير جسامة الإخلال بالتزامات التعاقدية، وبعد شرط الجسامة ضروري للتقليل من تعسف الإدارة في توقيع جزاء الفسخ لأخطاء

(1) محمد الصادق قابسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 14، العدد 02، جامعة العربي تبسي تبسة، ديسمبر 2018، ص 435.

(2) المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

بسيطة⁽¹⁾، وقد عرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر عن المتعامل المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري⁽²⁾.

لكن بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري نجد أنه قد تضمن الإشارة إلى العديد من الأخطاء التي قد يرتكبها المقاول والتي تعد مبررا للفسخ هو ما وضحته المادة 35 في فقرتيها 04 و05: >> في الحالة التي تكون الأشغال منفذة وفقا لتطبيقات البناء فيكلف المقاول بموجب أمر المصلحة لإعداد قياس الأشغال المنفذة ضمن أجل يحدد في أمر المصلحة المذكور، وإذا لم يمثل المقاول لهذا الأمر في الأجل المحدد، يجرى القياس بسعي من الإدارة على نفقته.

5- وعلى كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو بفسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة<>⁽³⁾.

والمادة 11 فقرة 03 بنصها على أنه: >> إذا قام المقاول دون إذن، بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذلك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد<>⁽⁴⁾.

والمادة 12 فقرة 07 بنصها: >> عندما يترتب المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ...<>⁽⁵⁾.

(1) فتيحة حابي، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 04، العدد 03، المركز الجامعي تامنغست، سبتمبر 2015، ص 100، 101.

(2) زينة مقداد، المرجع السابق، ص 424.

(3) الفقرة 04 و05 من المادة 35 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

(4) الفقرة 03 من المادة 11 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

(5) الفقرة 07 من المادة 12 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

مما سبق يتضح أنه من الضروري تدخل المشرع لتحديد الحالات التي تثير اللجوء إلى الفسخ للحد من تعسف السلطة التقديرية للإدارة وهذا لأنه حتى دفاتر الشروط الإدارية العامة صدر سنة 1964 بالتالي هو لا يواكب المستجدات الطارئة على الصفقات العمومية حالياً.

2- إعدار المتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ

الإعذار هو إجراء تمهيدي جوهري سابق لتطبيق جزاء الفسخ في الصفقات العمومية، يتم من خلاله تنبيه المتعامل المتعاقد المتأخر أو المقصر في إلتزاماته التعاقدية إلى إحتمال إنهاء الصفقة في حال عدم تداركه لأخطائه، وعلى هذا الأساس يعد الإعذار أهم ضمانة لحماية حقوق المتعامل المتعاقد من تعسف المصلحة المتعاقدة أثناء إستعمالها لسلطتها في توقيع الجزاءات⁽¹⁾، ولهذا فقد جعله المشرع الجزائري وجوبياً وهو ما أكدته المادة 149 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها: >> إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذاراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد<<⁽²⁾.

وحتى يكون الإعذار قانونياً لابد من مراعاته للشروط التي حددها القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011⁽³⁾ وهي:

أ) أن لا يتم الفسخ الجزائي لصفقة عمومية إلا بعد توجيه إعذارين قانونيين للمتعامل المتعاقد المقصر⁽⁴⁾.

(1) محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 444.

(2) الفقرة 01 من المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، ج ر عدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.

(4) المادة 02 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره.

(ب) يجب أن يتضمن الإعذار البيانات المحددة في المادة الثالثة من القرار أعلاه⁽¹⁾.

(ج) يجب أن يبلغ الإعذار برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالإستلام⁽²⁾، ويجب نشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما ينشر على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين ويجب أن يحرر الإعذار باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما يجب أن يرسل طلب نشر الإعذار في نفس الوقت الذي تم فيه تبليغه للمتعامل المتعاقد⁽³⁾، وقد أكد مجلس الدولة الجزائري في قرار له بتاريخ 2003/02/25 في قضية (ق.ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي على أن: >> الإعذار شرط يستوجب قبل الفسخ وكل قرار لا يحترم ذلك يكون غير شرعي وتعسفي يستوجب التعويض<<⁽⁴⁾.

ثالثا: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على قرار فسخ الصفقة العمومية

من المسلم به أن الرقابة القضائية على قرار فسخ الصفقة العمومية هي من إختصاص قاضي العقد أي القضاء الكامل الذي يفحصه سواء من زاوية المشروعية بالنسبة لقرار فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، أو من زاويتي المشروعية والملائمة بالنسبة لقرار الفسخ الجزائري للصفقة العمومية والذي يراقب فيه القاضي الإداري تناسب الجزاء مع خطورة الأسباب التي أدت إلى اتخاذ قرار الفسخ الجزائري⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 03 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره على أنه:

>> يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات الآتية:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.
- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.
- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها.
- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار عن الاقتضاء.
- موضوع الإعذار.
- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ<<.

(2) المادة 04 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره .

(3) الفقرة 01 و 02 من المادة 05 من القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره.

(4) القرار رقم 9443 ، صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2003/02/25، في قضية (ق.ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الخيثر. نقلا عن محمد الصادق قابسي، المرجع السابق، ص 445.

(5) مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص ص 421، 425.

وعليه فإنه على الرغم من أن القاضي الإداري في إطار دعوى القضاء الكامل يملك سلطات واسعة إذ يمكنه إلغاء أو تعديل العمل الإداري غير المشروع، كما يمكنه الحكم بإصلاح الضرر عن طريق التعويض عن الأضرار التي قد تلحق المتعامل المتعاقد⁽¹⁾، إلا أن القضاء الإداري قد إستقر على قاعدة مفادها عدم إستطاعة القاضي الإداري في الدعوى الموجهة ضد قرار فسخ الصفقة العمومية سواء كان الفسخ جزائياً أو لدواعي المصلحة العامة أن يلغيه حتى وإن كان غير مشروع، وتتحصر سلطته هنا في الرقابة على صحة أساس ومبررات الفسخ والحكم بالتعويض فقط عن الأضرار التي سببتها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها إن وجدت، وهذا ما أكده مجلس الدولة في قرار له في 17 مارس 1976 الذي جاء فيه: >> أن قاضي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يملك سلطة إلغاء تدبير إنهاء العقد الإداري الصادر من الإدارة في مواجهة متعاقدتها، ولكنه يملك فقط تقدير التعويض المستحق للمتعاقد عن هذا الإنهاء<<⁽²⁾، وكذلك حكمه في 03 مارس 1978 الذي أكد فيه على هذه القاعدة أيضاً⁽³⁾.

(1) فتيحة حابي، المرجع السابق، ص 106. للتفصيل أنظر: مفتاح عبد الحميد، المرجع السابق، ص 410 و ما بعدها.

(2) C.E 17 MARS1976 LECLERT.D.1973.P11.

نقلا عن مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 411 .

(3) C.E 3MARS1978 HOPITAL INTERCOMMUNAL DES FREJUS STE RAPHAEL.R.D.P. 1978.P1489.

نقلا عن مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 411.

الفصل الثاني

رقابة القاضي الجزائي على

الصفقات العمومية

الفصل الثاني

رقابة القاضي الجزائري على الصفقات العمومية

يرتبط موضوع الصفقات العمومية إرتباطا وثيقا بالنفقات العمومية للدولة والتي تعتبر مجالا خصبا لجميع أشكال الفساد، لذلك أولاهها المشرع الجزائري أهمية كبرى وإعتمد فكرة الآليات العقابية كوسيلة ردعية تحول دون المساس بالأموال العامة وتبديدها، وهذا ما كرسه من خلال قانون العقوبات والقوانين المكملة له خاصة قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فنجد رقابة القاضي الجزائري الذي يبسط رقابته على كل مخالفة تأخذ طابعا جزائيا سواء في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو مرحلة تنفيذها وذلك لصون المال تحقيقا للمصلحة العامة، وهنا يخضع القاضي الجزائري لمبدأ الشرعية حيث لا يمكن أن يعاقب على أي فعل في مجال الصفقات العمومية ما لم يكن مجرما بنص قانوني.

وعليه سنحاول دراسة دور القاضي الجزائري في الرقابة على الصفقات العمومية وفقا لقانون العقوبات المعدل والمتمم و قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، وذلك بالتطرق إلى الأفعال التي تؤدي إلى تبديد المال العام والتي كيفها المشرع الجزائري على أنها جرائم متعلقة بالصفقات العمومية (المبحث الأول) ثم إلى المتابعة الجزائية لهذه الجرائم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

إن الصفقات العمومية هي الوسيلة الأمثل لتسيير الأموال العامة وبالتالي تعتبر المجال الخصب للفساد بكل أنواعه، ونظرا للخطورة الكبيرة لجرائم الصفقات العمومية وتأثيرها السلبي على الإقتصاد الوطني كان لابد للمشرع الجزائري من التدخل لصيانة المال العام ومنح الصفقات العمومية حماية جزائية خاصة من بداية تحضيرها حتى نهاية تنفيذها، بوضع القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11⁽¹⁾ والذي جرم التصرفات غير المشروعة في مجال الصفقات العمومية، إضافة إلى تنظيم الصفقات العمومية الذي جاء لتعزيز آليات الوقاية من الفساد، وتجسدت هذه الحماية بتجريم كل إعتداء على المال العام عند إبرام الصفقة أو تنفيذها وذلك باستعراض المشرع لمجموعة من الأفعال الإجرامية التي تشكل ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية والتي تبرز تدخل القاضي الجزائري في الرقابة عليها والتي يمكن تصنيفها إلى جريمة منح الإمتيازات غير المبررة (المطلب الأول) والرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية (المطلب الثاني) في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول: جريمة منح الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

يقصد بالإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية الإمتيازات التي لا تستند إلى أساس قانوني والتي يتم الحصول عليها دون وجه حق⁽²⁾، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في صورتين جمعهما في نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته⁽³⁾، تتمثل الصورة الأولى في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها من أجل منح الغير إمتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية والتي يطلق عليها مصطلح "جريمة

(1) القانون رقم 15/11، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر عدد 44، الصادرة في 10 أوت 2011، المعدل والمتمم للقانون 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر عدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

(2) وسيلة بن بشير، المرجع السابق، ص 11.

(3) المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

المحابة" (الفرع الأول) والصورة الثانية تتمثل في جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة بمناسبة إبرام صفقة عمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جريمة المحابة

تعتبر جريمة المحابة من أهم وأخطر الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، فهي من الأعراض الدالة على وجود خلل في إدارة الدولة، حيث أن بعض المؤسسات تقوم بالإثراء الشخصي للموظفين العموميين وفي منح الإمتيازات للفاستدين⁽¹⁾، وهي جنحة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 26 الفقرة الأولى من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل والمتمم⁽²⁾، على أنه: >> يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

1- كل موظف عمومي يمنح عمدا، 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.<<.

ويقصد بها مخالفة التشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية من طرف موظف عمومي المكلف بإبرام أو تأشير الصفقة أو الملحق، خارقاً بذلك مبدأ شفافية الترشح للصفقات العمومية وشفافية إجراءاتها⁽³⁾.

وعليه سنحاول دراسة البنيان القانوني لجريمة المحابة في مجال الصفقات العمومية وفقاً لما تضمنه القانون الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته (الفرع الأول) بالإضافة إلى دراسة مدى فاعلية هذه النصوص في قمع هذه الجريمة (الفرع الثاني).

(1) نبيلة زراقي، جريمة المحابة في الصفقات العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة-2، جوان 2015، ص 127.

(2) الفقرة 01 من المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) عبد العالي حاحة، الآليات القانونية للمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، قسم الحقوق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012/2013، ص 111.

أولاً: أركان جريمة المحاباة

يشترط لقيام أي جريمة أن تتوافر الأركان اللازمة لوجودها، وهو نفس الأمر بالنسبة لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، فهي تقوم على 03 أركان والتي كثيراً ما تطبق مخالفة للنص القانوني. وهي صفة الجاني- الركن المادي- الركن المعنوي، وسنتطرق لكل ركن منهم على حدى فيما يلي :

1- صفة الجاني

إشترطت الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صفة خاصة في الجاني و هي أن يكون موظفا عمومياً، و هذه الصفة تمثل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد الإداري بالإضافة إلى اشتراط أن يكون الموظف العمومي مختصاً بالعمل الوظيفي⁽¹⁾، ومن ثم ينبغي على القاضي الجزائي التأكد من توافر هذه الصفة في الموظف قبل إدانته وإلا تعرض حكمه للنقض⁽²⁾.

و عليه سنحاول بيان الصفة المفترضة في جريمة المحاباة بالتعرض لتعريف الموظف العمومي وفقاً لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذا تبيان الفاعل صاحب الإختصاص في جريمة المحاباة.

أ) تعريف الموظف العمومي:

بالنظر إلى قصور القانون الإداري في تعريف الموظف العمومي⁽³⁾، ولضمان الحماية اللازمة للمال العام وتحقيق المصلحة العامة التي ينبغي على القانون الجزائي تحقيقها، تدخل المشرع الجزائي ليوسع مفهوم الموظف العمومي ليدرج فيه كل من يتمتع بصفة الموظف العمومي بالإضافة إلى فئات إعتبرها في حكم الموظفين العموميين وهم ليسوا كذلك طبقاً لما

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص111.

(2) قدور ظريف، جنة منح إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 02، العدد 04، جامعة زيان عاشور الجلفة، ديسمبر 2017، ص379.

(3) تنص الفقرة 01 من المادة 04 من الأمر رقم 03/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام

للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46، الصادرة في 16 جويلية 2006، على أنه: >> يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري <<.

هو معمول به في القانون الإداري، وهذا رغبة من المشرع الجزائري في سد المجال أمام كل من تسول له نفسه التلاعب بالمال العام والإتجار بالوظيفة العامة⁽¹⁾، وقد عرفه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في الفقرة ب من المادة 02 على أنه:

>>1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

2- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، 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 رأس مالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما⁽²⁾.

وهذا التعريف مستمد من المادة 02 فقرة 01 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128/04⁽³⁾.

وبهذا التعريف يكون قانون مكافحة الفساد قد حدد الفئات التي تدخل ضمن مفهوم الموظف العمومي والتي يمكن تقسيمها إلى 04 فئات، نتناول كل منها بشئ من التفصيل كون صفة الجاني تعد ركنا في جنحة المحاباة، وفي باقي الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية التي سندرسها في هذا المبحث، وأن التكييف القانوني لأي جريمة من جرائم الفساد عموما والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية يتوقف على تحديد صفة الجاني إن كان موظف عمومي أم لا وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

(1) زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2012/2011، ص 19.

(2) الفقرة ب من المادة 02 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 128/04، المؤرخ في 19 أبريل 4004، يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003، ج ر العدد 06، الصادرة في 25 أبريل 2004.

أ.1. الفئة الأولى: ذوو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية:

تشمل هذه الفئة الأشخاص ذوو المناصب التنفيذية أو الإدارية أو القضائية سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، يعملون بالأجر أو بدونه، بصرف النظر عن أقدميتهم أو رتبته⁽¹⁾.

أ.1.1. الشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا:

ويقصد بهم رئيس الجمهورية والوزير الأول، والوزراء الذين يشكلون أعضاء الطاقم الحكومي.

أ.2.1. الشخص الذي يشغل منصبا إداريا:

ويقصد به كل من يعمل في إدارة عمومية بصفة دائمة أو مؤقتة في وظيفته، بأجر أو بدونه بغض النظر عن أقدميته أو رتبته⁽²⁾، وهذا التعريف يشمل قسمين:

- الذين يشغلون منصبهم بصفة دائمة، وهم كل من يحمل صفة الموظف العمومي بمفهوم الأمر 03/06⁽³⁾، والذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية المذكورة في المادة الثانية من القانون الأساسي للوظيفة العمومية السابق ذكره*.

- الذين يشغلون منصبا إداريا بصفة مؤقتة وهم الأعوان المتعاقدون والمؤقتون في الإدارات والمؤسسات العمومية المذكورة آنفا.

(1) شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16، 2008/2005، ص24.

(2) وسيلة بن بشير، المرجع السابق، ص19.

(3) الفقرة 01 من المادة 04 من الأمر رقم 03/06.

(*) تنص الفقرة 02 من المادة 02 من الأمر رقم 03/06 على أنه: >> يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي <<.

أ.3.1. الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا:

ويقصد به القضاة حسب ما جاءت به المادة 02 من القانون الأساسي للقضاء⁽¹⁾، والتي قسمتهم إلى 3 أقسام :

- قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية، والمحاكم التابعة للقضاء العادي.

- قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

- القضاة العاملين في : الإدارة المركزية لوزارة العدل، أمانة المجلس الأعلى للقضاء، المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة، مؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل.

أ.2. الفئة الثانية: كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في أحد المجالس الشعبية المحلية:

ويقصد به أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة سواء كانوا معينين أو منتخبين بالإضافة إلى المنتخبين في المجالس الشعبية المحلية، وهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية المنتخبين أو أعضاء المجالس الشعبية الولائية المنتخبين⁽²⁾.

أ.3. الفئة الثالثة: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، ويتعلق الأمر هنا بكل من يسند إليه منصب مسؤولية عن طريق الوكالة، كأعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الإقتصادية أو عن طريق الوظيفة⁽³⁾، وتقتضي هذه الصفة أن ينتمي الجاني إلى أحد الأشخاص المعنوية غير الدولة والجماعات المحلية، وأن يكون له قسط من المسؤولية⁽⁴⁾.

(1) القانون العضوي رقم 11/04، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004.

(2) شروقي محترف، المرجع السابق، ص 26.

(3) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص 26.

(4) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط 15، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014 / 2015، ص 19.

أ.4. الفئة الرابعة: كل شخص يأخذ حكم الموظف:

هذه الفئة تشمل في مفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني والضباط العموميون، وهؤلاء لا يدخلون في مفهوم الموظف العمومي الذي ورد في الفقرة ب من المادة 02 المطعة 01 و 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ولا في المادة 04 من قانون الوظيفة العمومية وهم يتولون وظائفهم بتفويض من السلطة العمومية، ويحصلون الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية، وهذا ما يجعلهم في حكم الموظف العمومي⁽¹⁾.

هذه هي مجمل الفئات التي حددتها المادة 02 الفقرة ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حيث يلاحظ منها أن المشرع أخذ بالمفهوم الموسع للموظف العمومي، لكن الإشكال الذي يثور هنا يتعلق في مدى مسؤولية الموظف الفعلي في حالة ارتكابه لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية؟

الأصل العام في القانون الإداري أنه كان يعتبر الأعمال التي يقوم بها الموظف الفعلي باطلا لصدورها عن شخص دون سند قانوني، فهو إما مغتصب للسلطة أو شخص عادي أو موظف غير مختص، لكن الفقه والقضاء الإداري بررا تصرفات الموظف الفعلي واعتبراها سليمة في بعض الأحيان، إستنادا إلى مبدأ سير المرفق العام بانتظام و إضطراد⁽²⁾، وحماية للجمهور المتعامل معه على أنه يمثل السلطة العامة، وعليه فرغم أن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية مساءلة الموظف الفعلي عن جرائم الفساد الإداري، فإنه وللإعتبارات ذاتها المذكورة أعلاه، فإن القانون الجزائري يخضعه لأحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في حال ارتكابه أي فعل إجرامي يمس بنزاهة تعامله مع الجمهور أو ارتكابه جريمة من جرائم الصفقات العمومية فإنه يخضع للعقوبات المقررة قانونا والتي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾.

(1) شروقي محترف، المرجع السابق، ص ص28،29.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص63.

(3) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص26.

ب) الفاعل في جريمة المحاباة :

إضافة إلى صفة الموظف العمومي التي يتحقق منها القاضي الجزائري لإدانة مرتكب جريمة المحاباة، فإنه يتحقق أيضا من أن هذا الشخص له سلطة التدخل في الأعمال التي حددتها المادة 26 فقرة 01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ويظهر الفاعل في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية حسب المادة أعلاه في القائم على عملية إبرام الصفقة أو المسؤولة عن التأشير عليها⁽¹⁾، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

ب.1. الشخص المبرم للصفقة :

يمكن تعريف الشخص المبرم للصفقة العمومية على أنه الشخص المؤهل لتوقيعها بإسم الشخص العمومي، وقد نص المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 04 منه صراحة على الأشخاص المسؤولين على إبرام الصفقات العمومية وهم مسؤول الهيئة العمومية، والوزير فيما يخص صفقات الدولة، والوالي فيما يخص صفقات الولاية، ورئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية، والمدير العام أو مدير المؤسسة العمومية، كما تجدر الإشارة أن القانون منح الهيئات المذكورة أعلاه، إمكانية تفويض صلاحياتهم في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها⁽²⁾.

لكن الإشكال الذي يثور هنا في مدى المسؤولية الجزائية للأشخاص الذي يقومون بالأعمال التحضيرية لإبرام الصفقة، ومثالها لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض والتي تتشكل من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم⁽³⁾، فبالإضافة إلى فتح الأطراف وضبط ملفات العروض المقدمة أو إقتراح عدم جدوى الإجراء، فإنها تقوم كذلك بتقييم العروض تقنيا وماليا وإقضاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة، لتتوج عملها في الأخير بإختيار أحسن عرض من

(1) كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 212.

(2) المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(*) للتفصيل أكثر حول مهام لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض الرجوع إلى المواد 27، 71 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

حيث المزايا الاقتصادية*، والذي تقترحه على المصلحة المتعاقدة لتقوم بإصداره في شكل إعلان المنح المؤقت، بالإضافة إلى مشاركة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في إختيار الفائز بالصفقة، فإن المادة 160 الفقرة 02 تسمح للمصلحة المتعاقدة وتحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لمساعدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾.

والسؤال المطروح هنا في مدى إمكانية متابعة هؤلاء الأشخاص جزائيا في جريمة المحاباة؟

بالرجوع إلى النص الجنائي المجرم لجريمة منح الإمتيازات غير المبررة نجد >>... عند إبرام أو تأشير...<< أي فهو يدين الشخص المبرم للصفقة أو المؤشر عليها وليس القائمين بالأعمال التحضيرية لأنه ليس لديهم صلاحية الإبرام وعملهم ليس ملزما وإنما هو عبارة عن إقتراحات فالمنح في آخر الأمر يعود لمسؤول المصلحة المتعاقدة والذي له صلاحية الإبرام فهو من يتحمل المسؤولية الجزائية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فلا يمكن متابعتهم جزائيا لأن الفاعل في جريمة المحاباة هو الموظف الذي له صلاحية الإبرام أو التأشير وعملهم يبقى عملا إداريا وتحضيريا يحتمل الخطأ فمن باب أولى فتح المجال للطعن فيه إداريا لتصحيحه وإبقائه في صيغته الإدارية وعدم تدخل القاضي الجزائري في هذه المرحلة وهذا بصراحة النص أعلاه.

ومن جهة أخرى فقد تعرض القضاء الفرنسي كذلك لمدى مسؤولية بعض الأشخاص الذين يشاركون في الإجراءات اللاحقة لإبرام الصفقة العمومية⁽³⁾، وفي دراسة أجرتها وزارة العدل الفرنسية حول جريمة المحاباة نجدها استبعدت مسؤولية المراقب المالي* والأعوان المسؤولين

(1) الفقرة 02 من المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) جريمة علة، المرجع السابق، ص 215.

* يعرف المراقب المالي على أنه عون إداري مكلف بالرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها، يتم تعيينه من طرف الوزير المكلف بالمالية، يتمتع بنظام فكل النفقات تخضع لتأشيرة المراقب المالي و قد نظم المشرع الرقابة المسبقة على النفقات الملتزم بها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر عدد 82، الصادرة في 15 نوفمبر 1992.

على مراقبة شرعية أعمال الجماعات المحلية، والمحاسب العمومي*، لأنهم لا يعتبرون شركاء في جريمة المحاباة كون أعمالهم لاحقة على وقوع الجريمة ولا تدخل ضمن أعمال المساعدة أو المعاونة على إرتكاب الفعل⁽¹⁾.

ب.2. الشخص المؤثر على الصفقة :

حسب المادة 26 فقرة 01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فبالإضافة إلى الموظف الذي يبرم الصفقة العمومية فإن الشخص الذي يؤشر عليها معني أيضا بجريمة المحاباة⁽²⁾، وتعتبر عملية التأشير على الصفقة وسيلة للرقابة على إستعمال الأموال العمومية، وعدم إنتشار الفساد الإداري⁽³⁾، ولهذا الهدف أحدث المرسوم الرئاسي 247/15 لجان الصفقات العمومية على عدة مستويات فنجد اللجنة الجهوية للصفقات على مستوى الإدارات المركزية ويرأسها الوزير المعني أو ممثله، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري على مستوى كل مؤسسة منها يترأسها ممثل عن السلطة الوصية، واللجنة البلدية للصفقات على مستوى البلديات ويترأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري و يترأسها ممثل السلطة الوصية⁽⁴⁾. بالإضافة إلى اللجنة القطاعية للصفقات العمومية ذات الأهمية الوطنية والتي يترأسها الوزير المعني أو ممثله⁽⁵⁾، لتتولى هذه اللجان الرقابة على مدى مشروعية الصفقة العمومية ليتوج عملها في الأخير بمنح التأشيرة أو

(*) عرفت المادة 33 من القانون رقم 21/90 المحاسب العمومي على أنه: >> يعد محاسبا عموميا في مفهوم هذه الأحكام، كل شخص يعين قانونا للقيام فضلا عن العمليات المشار إليها في المادتين 18 و 22 بالعمليات التالية:

- تحصيل الإيرادات ودفع النفقات.
- ضمان حراسة الأموال أو السندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها وحفظها.
- تداول الأموال والسندات والقيم والممتلكات والعائدات والمواد.
- حركة حسابات الموجودات<<.

(1) كريمة علة، المرجع السابق، ص 215.

(2) الفقرة 01 من المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) محمد الصغير بلعي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن ، ص 67.

(4) المادة 175، 170، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(5) المادة 179، 185 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

رفضها، خلال أجل أقصاه 20 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾، و 45 يوما كأقصى أجل بالنسبة للرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات⁽²⁾، كما تجدر الإشارة أنه يمكن للجنة الصفقات أن تمنح التأشيرة مرفقة بتحفظات إما موقفة إذا تعلق الأمر بموضوع الصفقة العمومية، أو تكون غير موقفة إذا ارتبط الأمر بشكل الصفقة⁽³⁾.

وعليه فرغم أن نص المادة 26 فقرة 01 صريح في معاقبة من يؤشر على الصفقة العمومية الممنوحة بصفة غير قانونية فإن الغموض والإشكال الذي يثار هنا حول المسؤولية الشخصية عن عمل هاته اللجان، على إعتبار أن قرار منح التأشيرة يتخذ بأغلبية الأعضاء الحاضرين لإجتماعات اللجنة أي بشكل جماعي؟

إن الطابع الشخصي للمسؤولية الجنائية ينفي المسؤولية الجماعية التي تعاقب الجماعة على جريمة ارتكبتها أحد المنتمين لها⁽⁴⁾، وبالتالي لا يمكن إعمال المسؤولية الجنائية للجنة الصفقات في حالة إثبات عدم شرعية قراراتها، وعلى القاضي الجزائري هنا البحث في مدى المسؤولية الشخصية لكل من ساهم في إتخاذ قرار منح التأشيرة إعمالا لنظرية المساهمة الجنائية، وهذا أمر صعب عمليا⁽⁵⁾، في حين يميل الإجتهد القضائي الفرنسي إلى توقيع المسؤولية على رؤساء لجنة الصفقات بإعتبارهم يتمتعون بسلطة مهيمنة على اللجنة خاصة في حال لم يثبت محاولة إعتراضهم على هذه القرارات أو إبداء تحفظات عليها⁽⁶⁾.

(1) المادة 178 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) المادة 189 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 66.

(4) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط 15، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016/2015، ص 255.

(5) نبيلة زراقي، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 134.

(6) كريمة علة، المرجع السابق، ص 141.

2- الركن المادي

يقتضي الركن المادي لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية قيام الموظف بمنح إمتياز غير مبرر للغير مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات عند إبرام أو التأشير على الصفقة العمومية⁽¹⁾، وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين يتعلق الأول بمنح إمتيازات غير مبررة للغير عند إبرام أو تأشير صفقة عمومية أو ملحق، والثاني مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. وهذا ماسنتاوله فيمايلي :

أ) منح إمتيازات غير مبررة للغير:

يشترط لقيام هذا العنصر أن يكون الجاني أي الموظف العمومي قد مكن الغير من الإستفادة من مزية غير مستحقة قانوناً أي غير مبررة عند إبرام أو التأشير على صفقة عمومية أو ملحق، والمشرع لم يستوجب أن يكون الإمتياز ربحاً مادياً، فقد يكون مجرد معلومة منحت لأحد المترشحين دون الآخرين⁽²⁾، كما قد يتمثل هذا الإمتياز في صورة زيادة في تنقيط العروض التقنية والمالية لأحد المترشحين على حساب غيره، أما إذا كان هناك ما يبرر قانوناً منح بعض الإمتيازات لأحد المتنافسين دون الآخر فإن الجريمة تنتفي⁽³⁾، والدليل على ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 83 من تنظيم الصفقات العمومية 247/15 على أنه: >> يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه...<<⁽⁴⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 141.

(2) نبيلة زراقي، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 136.

(3) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 116.

(4) الفقرة 01 من المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الإمتيازات وليس الجاني نفسه، لأنه قد يتغير الوصف القانوني لهذه الجريمة في هذه الحالة ليصبح جنحة الرشوة في الصفقات العمومية⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة أن تحديد معنى عبارة "غير مبرر" يفترض وجود معيار مرجعي للقول بأن الإمتياز مبرر أم لا، وهذا ما يطرح إشكال حول المعيار المرجعي الذي يوضح لذلك؟

إن المرجع في القانون الخاص هو قواعد تنظيم السوق القائمة على حرية المنافسة والتي في حال عدم إحترامها يعتبر إمتيازاً غير مبرر، في حين المسألة أصعب في القانون العام لعدم وجود سوق بمفهوم السوق الخاص. ولكن هذا لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسي من إعتبار الإمتياز الممنوح مخالفة للنصوص القانونية للصفقات العمومية هو إمتياز غير مبرر دون حاجة لأي إعتبار آخر، فهاته النصوص تهدف إلى ضمان حرية الوصول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المترشحين والشفافية في الإجراءات والتي تهدف في حد ذاتها إلى ضمان توفير شروط ممارسة المنافسة⁽²⁾.

لكن هناك إجتهد قضائي فرنسي إعتبر أن المزية غير المبررة ليست مرتبطة بمدى شرعيتها، فقد تكون غير شرعية مبدئياً لكنها مبررة، وهذا ما يطرح مسألة مدى حرية القاضي الجزائري في تعويض النص القانوني الصامت بتقديره الذاتي للمبرر والغير مبرر، وهذا ما يهدد ثوابت مبدأ الشرعية الجنائية⁽³⁾.

أما من وجهة نظرنا، فإن صاحب الإختصاص بتقدير ما هو مبرر وغير مبرر هي المصلحة المتعاقدة، فهي أدرى بتسيير شؤونها لتحقيق المصلحة العامة في النهاية، وهذا لا يدخل في إختصاص القاضي الجزائري الغريب عن العقود الإدارية، فهي لها تقدير ذلك دون أن تكون محل شبهة. فبالرجوع إلى المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإن النص يعاقب على الإمتياز غير المبرر وهذا إعتراف ضمني من المشرع على إباحة الإمتياز المبرر و خروجه من دائرة العقاب.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 115.

(2) كريمة علة، المرجع السابق، ص 229.

(3) نفس المرجع، ص 231.

(ب) مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات :

تقتضي جنحة المحاباة لقيامها بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية* المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، الواجب إتباعها خلال كل مراحل عملية إبرام الصفقات العمومية، والملاحظ في هذا المجال أن المشرع في نص المادة 26 من القانون 01/06 بعد تعديلها سنة 2011 قد ضيق في هذا العنصر بحيث حصر الجريمة في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة فقط بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات⁽¹⁾، وهي ذات المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾، والمادة 09 من قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم⁽³⁾.

ومفاده أن المخالفة هنا لا تنحصر على مخالفة تنظيم الصفقات العمومية فحسب وإنما كل مساس بمبادئ حرية الترشح والمساواة والشفافية في الإجراءات أيا كان مرجعها بشرط أن تكون في إطار نص تشريعي أو تنظيمي، لذلك فالمبادئ، الواجب مراعاتها هي:

(* الأحكام التشريعية يقصد بها النصوص التي تصدر في شكل قانون أو أمر، أما الأحكام التنظيمية فيقصد بها النصوص التي تصدر في شكل مرسوم رئاسي أو تنفيذي أو في شكل قرار وزاري. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص142.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص142.

(2) تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه: << لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم >>.

(3) تنص المادة 09 من القانون 01/06 المعدل والمتمم على أنه: << يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية...>>.

ب.1. مبدأ حرية الترشح :

أو كما يصطلح عليه المنافسة الحرة فهو يعد من أهم المبادئ التي حرص المشرع على تكريسها في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾، فحرية الترشح أو حرية المنافسة يقتضي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تحددها مسبقا⁽²⁾، وهذا تماشيا مع مبدأ حرية الاستثمار والتجارة المكفول دستوريا في المادة 43 منه⁽³⁾، وهي شروط يجب أن تبتعد كل البعد عن أي إعتبارات تمييزية لشخص على حساب شخص آخر، وعلى هذا الأساس فعدم مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية لمبدأ حرية الترشح يوجب النظر إلى كل القوانين التي لها علاقة بالصفقات العمومية وهي ملزمة التطبيق تحت طائلة العقاب⁽⁴⁾.

ب.2. مبدأ المساواة بين المترشحين :

إن مبدأ حرية المنافسة لا يتجسد قانونا وواقعا إلا إذا تم إقرانه بمبدأ المساواة بين المتنافسين، وهو ما يعرف بأنه إيجاد الفرصة نفسها لكل مترشح للصفقة المعلن عنها دون تمييز بين المترشحين⁽⁵⁾، وهو ما يقتضي مراعاة جملة من القواعد أهمها القواعد المتعلقة بإعتماد المترشحين، والقواعد المتعلقة بإيداع العروض وتلك المتعلقة بإختيار المستفيد من الصفقة، وكل مساس بإحدى هاته القواعد المكرسة في تنظيم الصفقات العمومية يشكل جنحة المحاباة، ومثالها إشتراط المصلحة المتعاقدة شروط معينة غير ضرورية لتنفيذ الصفقة، وهي الشروط المتوفرة لدى المؤسسة المراد تفضيلها دون غيرها، وكذلك يشكل جنحة المحاباة تحديد أجل قصير لإيداع العروض من أجل منح الغير إمتياز غير مبرر في حين أن القانون لا ينص

(1) تنص المادة 02 من الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 اوت 2010، ج ر عدد 46، الصادرة في 18 اوت 2010، على أنه: >> بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:....

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...>>.

(2) نادية تياب، المرجع السابق، ص 62.

(3) القانون رقم 01/16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

(4) المسعود ضحوي، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2014/2013، ص 162.

(5) نبيلة زراقي نبيلة، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 137.

على ذلك، وكذلك عدم إحترام معايير إختيار المرشحين المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية يشكل جنحة المحاباة⁽¹⁾.

ب.3. مبدأ شفافية الإجراءات:

يعني مبدأ شفافية الإجراءات وضوح إجراءات الصفقة العمومية والإعلام المسبق للمترشحين المتنافسين حول معايير الإختيار، ووجوب إعلانها، بالطرق المحددة قانوناً، وتمكين المترشحين من إيداع عروضهم، وحضور جلسات فتح العروض، والإطلاع على نتائج التقييم بالإضافة إلى فتح مجال الطعن في القرارات المتخذة، والأعمال المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية⁽²⁾، وهو ذات الشأن بالنسبة للملحق والذي أكد تنظيم الصفقات العمومية على إخضاعه لنفس الشروط الإقتصادية للصفقة العمومية، وأن لا يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة، فإذا كان الغرض من اللجوء إلى إبرام الملحقات هو منح المؤسسة المختارة إنجاز أشغال إضافية دون المرور بإجراءات الصفقة المطلوبة كما في حالة الملحق الذي يؤثر على إقتصاد الصفقة، فإن هذا يشكل جريمة محاباة⁽³⁾.

3- الركن المعنوي

تعد جريمة المحاباة من الجرائم العمدية، وهو ما أكدته المادة 26 من القانون 01/06 المعدل والمتمم من خلال إضافة كلمة "عمداً" مباشرة بعد كلمة "يمنح"، والتي يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص، كما هو موضح فيمايلي :

أ) القصد الجنائي العام :

يتمثل القصد الجنائي العام في نظريتي العلم والإرادة، أي العلم بكافة عناصر وأركان الجريمة بما في ذلك إدراكه بلزوم وقوع الجريمة إذا تصرف على نحو معين وهو إتجاه إرادته إلى النتيجة غير المشروعة⁽⁴⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 147.

(2) المسعود ضحوى، المرجع السابق، ص 164.

(3) جريمة علة، المرجع السابق، ص 265.

(4) أحسن بوسقيعة، الوجيز القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 147.

ويتجسد الركن المعنوي في جريمة المحاباة في علم الموظف وإدراكه وإتجاه إرادته إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع علمه أن هذا الفعل مجرم قانوناً من أجل منح إمتيازات غير مبررة للغير⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى وجوب إثبات علم الموظف العمومي بالنصوص القانونية والتنظيمية بإبرام الصفقات العمومية وإلا إنتفى الركن المعنوي لجريمة المحاباة⁽²⁾.

ب) القصد الجنائي الخاص :

إن القصد الجنائي العام لا يكفي لوحده لقيام جريمة المحاباة، وإنما يشترط القصد الجنائي الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، وهو إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير، ومعنى ذلك أن الركن المعنوي لا يكتمل بمجرد قيام الموظف بخرق النصوص التشريعية والتنظيمية، بل لابد من تحقيق النتيجة الفعلية وهي الإستفادة من إمتيازات غير مستحقة لهم، والدليل على ذلك نقض الكثير من الأحكام القضائية بسبب عدم توضيح الغرض من مخالفة الموظف للأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال الصفقات العمومية عند منحه إمتيازات غير مبررة للغير، ولهذا السبب تشدد المحكمة العليا على ضرورة إبرازه وتوضيحه في حكم الإدانة⁽³⁾، ويمكن إستخلاص القصد الجنائي من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية أو من إستحالة تجاهلها بالنظر إلى الوظيفة التي يمارسها الجاني، وعلى القاضي إبراز مدى علاقة الأفعال المرتكبة بنية المتهم الإجرامية، و يتم ذلك بمختلف طرق الإثبات⁽⁴⁾.

أما الإشكال الذي يثور هنا في هذه الجريمة هو أن مسؤول المصلحة المتعاقدة يبني قراره على أساس العمل التحضيري الذي قامت به لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فهل يقوم العمد هنا بالنسبة إليه؟

(1) زوليخة زوز، المرجع السابق، ص 66.

(2) كريمة علة، المرجع السابق، ص ص 272، 273.

(3) قدور ظريف، المرجع السابق، ص 383.

(4) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 117.

هنا نستشف أنه لا يوجد نص قانوني يوجب على مسؤول المصلحة المتعاقدة الرقابة على عمل هذه اللجنة، وبالتالي فإنه لا يقوم العمد هنا وينتفي الركن المعنوي لهذه الجريمة لإنعدام القصد الجنائي العام والخاص لعدم علم مسؤول المصلحة المتعاقدة بالمخالفة التي قامت بها اللجنة أعلاه.

ثانيا: قمع الجريمة

تخضع جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير في سبيل قمع مختلف جرائم الفساد، وعض تشديد العقوبة قام المشرع بتجنيح جرائم الفساد، وتكريس عقوبتي الحبس والغرامة بدلا من السجن، وذلك راجع ربما للعديد من الإعتبارات أهمها الطابع المالي والتقني لجرائم الفساد وخصوصا جرائم الصفقات العمومية، التي ينبغي إخضاعها لإجراءات ترح خاصة وسريعة للفصل فيها تجنبا لعرقلة المصالح العامة⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع الجزائري لمكافحة هذه الجريمة بالإضافة عقوبات أصلية إضافة إلى عقوبات تكميلية، كما نص على أحكام أخرى تتعلق بالشروع والاشتراك والتقادم وعلى الظروف المشددة والمخففة وكذا المعفية من العقاب، إضافة إلى مسألة الإثبات المتعلقة بهذه الجناة، وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل فيما يلي لنكتفي بالإشارة لهذه الأحكام في باقي الجرائم تجنبا للتكرار.

1- العقوبات المقررة لجريمة المحاباة

تضمن القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم العقوبات المقررة للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ومنها جريمة المحاباة و حدد مجموعة من العقوبات الأصلية التي تشمل الحبس والغرامة المالية إضافة إلى العقوبات تكميلية، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

(1) حليلة برونك، مكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 333.

أ) العقوبات الأصلية :

لقد حدد المشرع الجزائري العقوبات الأصلية المقررة لجرائم الصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ويقصد بالعقوبات الأصلية هي تلك العقوبات التي يجوز الحكم بها دون أن تقتزن بها أية عقوبة أخرى⁽¹⁾.

وسنتطرق فيما يلي إلى العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي، و الشخص المعنوي:

أ.1. العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

يعاقب المشرع على جريمة المحاباة في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالحبس من سنتين(2) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي يمنح عمدا 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⁽²⁾.

أ.2. العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

بعد أن حسم قانون العقوبات الجزائري الخلاف الفقهي والتردد القضائي حول مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً بنص صريح في المادة 51 مكرر منه، وأكدته المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على النحو الذي سيأتي بيانه، معترفاً بمسؤولية جميع الأشخاص المعنوية ما عدا العامة منها، وفي هذا الإطار وحتى يمكن إسناد جريمة المحاباة في الصفقات العمومية إلى هذا الأخير لابد للنيابة العامة أن تثبت ارتكاب الجريمة من طرف شخص طبيعي معين، وأن ملابسات الجريمة تسمح بإسنادها للشخص المعنوي، وأن الشخص مرتكب الجريمة له علاقة بالشخص المعنوي⁽³⁾، وهو ما تؤكدته المادة 51 مكرر من قانون العقوبات التي جاء فيها: >> بإستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون

(1) الفقرة 02 من المادة 04 من الأمر رقم 66 / 156، المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات ، ج ر عدد 49، الصادرة في 11/06/1966، المعدل والمتمم.

(2) الفقرة 01 من المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) نبيلة زراقي، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 143.

الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك..>>(1).

وبالتالي لا يسأل الشخص المعنوي إلا عن الأفعال التي ترتكب تحقيقاً لمصلحته من طرف ممثليه القانونيين، وقد عمم المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن كل جرائم الفساد بما فيها جريمة المحاباة، وذلك بأن يكون الشخص الإعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وفقاً للقواعد العامة المقررة في قانون العقوبات(2).

وتبعاً لذلك فإن العقوبات الأصلية المطبقة على الشخص المعنوي وطبقاً للمادة 18 مكرر من قانون العقوبات هي الغرامة التي تساوي من مرة إلى 05 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة(3)، أي غرامة تتراوح من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج بإسقاطها على عقوبة الشخص الطبيعي في هذه الجريمة .

ب) العقوبات التكميلية :

تعرف العقوبات التكميلية بأنها تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن العقوبة الأصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وتكون إما إجبارية أو إختيارية(4).

وقد نص المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات(5)، وهنا نجد المشرع قد ميز في إقراره للعقوبات التكميلية في جرائم الفساد ومنها جريمة المحاباة بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي وأخرى مقررة للشخص المعنوي.

(1) الفقرة 01 من المادة 51 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(2) المادة 53 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(4) الفقرة 03 من المادة 04 من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(5) المادة 50 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

ب.1. العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي :

لقد أحال المشرع الجزائري تطبيق العقوبات التكميلية بخصوص جرائم الفساد ومنها جريمة المحاباة إلى قانون العقوبات، حيث يمكن للجهة القضائية تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات المنصوص عليها في المادة 09 منه وهي: الحجر القانوني- الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية- تحديد الإقامة- المنع من الإقامة- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط- المصادرة- الإقصاء من الصفقات العمومية- الحظر من إصدار الشيكات و/أو إستعمال بطاقات الدفع- تعليق أو سحب رخصة السفر- نشر الحكم وتعليقه⁽¹⁾. إضافة إلى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته والتي تتمثل في:

- مصادرة العائدات والأموال غير مشروعة: حيث تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن جريمة المحاباة مع مراعاة حالات إسترجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية⁽²⁾.

- الرد: أقر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته للجهة القضائية الفاصلة في الدعوى المتعلقة بجريمة المحاباة أن تأمر الجاني برد ما تم إختلاسه، أو رد قيمة ما تحصل عليه من منفعة أو ربح حتى وإن إنتقلت الأموال إلى أصول الجاني أو فروعه أو زوجه أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو تم تحويلها إلى مكاسب أخرى⁽³⁾.

- إبطال العقود والصفقات والبراءات والإمتيازات والتراخيص: أجاز قانون الوقاية من الفساد ومكافحته للجهة القضائية التي تفصل في الدعوى العمومية المتعلقة بجرائم الفساد ومنها جريمة المحاباة في الصفقات العمومية أن تصرح ببطلان كل عقد أو صفقة أو براءة أو إمتياز أو ترخيص متحصل عليه من إرتكاب الجرائم أعلاه، وإعدام كل أثاره⁽⁴⁾.

(1) المادة 09 من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم. للتفصيل أنظر: المواد 09 مكرر 15 من نفس الأمر.

(2) الفقرة 02 من المادة 51 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) الفقرة 03 المادة 51 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(4) المادة 55 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

وهو حكم جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائري الجزائري على اعتبار أن الأصل في إبطال العقود أو الصفقات العمومية هو من إختصاص القضاء الإداري، وهذا طبقا لأحكام المادة 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، هذا وقد نصت المادة 89 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: >> دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كان طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرام أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني..<<⁽²⁾.

وعليه فما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد مدد الإختصاص النوعي للقاضي الجزائري لما ليس من إختصاصه أصلا، فإبطال العقود الإدارية وما في حكمها تترتب عن فحص مدى شرعية العقد ثم تقرير بطلانه وهي كلها إجراءات من إختصاص القضاء الإداري⁽³⁾، وهذا إن دل على شئ فهو حرص المشرع الجزائري على إبطال الصفقات الناتجة عن إرتكاب جرائم الفساد، لكنه في نفس الوقت يعد تدخلا من القاضي الجزائري في صلاحيات القاضي الإداري لتكون هنا أمام قاضيين لصفقة عمومية واحدة.

ب.2. العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

حدد المشرع الجزائري العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي: حل الشخص المعنوي - غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات - الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات - المنع من مزاولة نشاط مهني أو إجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات - مصادرة الشئ الذي إستعمل في إرتكاب الجريمة أو نتج عنها - نشر وتعليق حكم الإدانة-

(1) المادة 800،801 من القانون رقم 09/08.

(2) المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(3) جريمة علة، المرجع السابق، ص156.

الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتتصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى جريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه⁽¹⁾.

2- الأحكام الخاصة المتعلقة بجريمة المحاباة :

بالإضافة إلى العقوبات المقررة لجريمة المحاباة، فقد أقر المشرع الجزائري أحكاما أخرى خاصة متعلقة بالظروف المشددة والمخففة وكذا المعفية من العقوبة، وكذلك أحكام تتعلق بتقادم العقوبة بالإضافة إلى أحكام الشروع والإشتراك ومسألة الأفعال المبررة، وسنقوم بتوضيح كل منها فيما يلي لتفادي تكرارها في باقي الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وهذا لتطابق هذه الأحكام فيها جميعا، مع تبيان الخصوصية إن وجدت :

أ) الظروف المشددة في جريمة المحاباة :

تشدد عقوبة الحبس في الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية عموما ومنها جريمة المحاباة لتصبح من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة أو بنفس الغرامة المقررة لجريمة المحاباة، إذا كان مرتكب الجريمة قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا، أو عضوا في الهيئة، أو ضابط أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارسون بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط⁽²⁾.

والملاحظ هنا أن المشرع قد ربط مسألة تشديد العقوبة بالمنصب الذي يشغله الجاني، فيجوز للقاضي الجزائي تشديد العقوبة كلما ثبت له أن الجاني من الأشخاص الذين يفترض فيهم قانونا مكافحة جرائم الفساد ومحاربتها.

ب) الأعذار المعفية والمخففة للعقوبة في جريمة المحاباة :

لقد فتح قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المجال لإمكانية محو العقوبة وعدم تطبيقها على حالات معينة أو على الأقل الاستفادة من تخفيفها حسب الشروط المحددة في القانون نفسه، وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي :

(1) المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(2) المادة 48 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

ب.1. الإعفاء من العقوبة :

يستفيد الفاعل أو الشريك في جريمة المحاباة من الأعذار المعفية من العقوبة، إذا قام بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد في الكشف عن مرتكبيها، لكن يشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية المتعلقة بهذه الجريمة⁽¹⁾.

ب.2. تخفيف العقوبة :

يمكن للجاني سواء كان الفاعل الأصلي أو الشريك أن يستفيد من تخفيض العقوبة المقررة عليه في جريمة المحاباة أو باقي جرائم الفساد إلى النصف إذا ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها بعد مباشرة إجراءات المتابعة⁽²⁾.

وتبرز غاية المشرع الجزائري من خلال تكريسه لكل من الأعذار المعفية والمخففة للعقوبة في جريمة المحاباة وفي كل الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، في تحفيز الموظفين الذين تورطوا في هذه الجرائم للتراجع قبل فوات الأوان وللمساعدة على التعرف على باقي المتورطين فيها⁽³⁾، وهذا محاولة لتحقيق المصلحة العامة.

(ج) تقادم العقوبة :

لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة في جريمة المحاباة إذا ما تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وفي غير ذلك، فتطبق الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽⁴⁾، والذي نصت المادة 08 منه على أنه: >> تتقادم الدعوى

(1) الفقرة 01 من المادة 49 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) الفقرة 02 من المادة 49 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) قدوري ظريف، المرجع السابق، ص 386.

(4) المادة 54 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

العمومية في مواد الجرح بمرور ثلاث سنوات و كاملة>>، و يبدأ حساب مدة تقادم الدعوى العمومية من يوم اقرار الجريمة⁽¹⁾.

أما العقوبة فتتقادم بمرور 5 سنوات ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم أو القرار نهائياً، غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المقضي بها تزيد على 5 سنوات، كما هو جائز حصوله في جنحة المحاباة فإن مدة تقادم العقوبة تكون مساوية لهذه المدة⁽²⁾.

لكن التساؤل الذي يطرح هنا حول بدء سريان مدة تقادم الدعوى العمومية كون بعض جنح المحاباة ترتكب بصفة خفية، و هو الأمر الذي دفع بالقضاء الفرنسي إلى القول بأن بدء حساب مدة التقادم في هذه الحالة يكون من يوم ظهور الجريمة و إكتشافها⁽³⁾.

د) أحكام الشروع والإشتراك في جريمة المحاباة :

يعاقب المشرع الجزائري على الشروع والإشتراك في جريمة المحاباة، وتطبق في هذه الجريمة الأحكام المتعلقة بالمشاركة عموماً والمنصوص عليها في قانون العقوبات، أما الشروع فيعاقب عليه المشرع بمثل العقوبة المقررة لجريمة المحاباة نفسها⁽⁴⁾، وهو المرحلة التي يبدأ فيها الجاني بتنفيذ الركن المادي للجريمة، أين تتجه إرادته لتنفيذها فعلاً، لكنها لا تتم لأسباب خارجة عن إرادته⁽⁵⁾، فإذا أقدم الجاني على تفضيل أحد المترشحين للصفقة العمومية على غيره لكن لجنة الصفقات العمومية إمتنعت عن التأشير، وتم إلغاء الصفقة، هذا لا يعني براءة الجاني فهنا تبقى جريمة المحاباة قائمة لأن إلغائها تم لأسباب خارجة عن إرادته وهنا يعتبر شروعا طبقاً لقانون العقوبات، أما الشريك فهو الذي لم يشترك إشتراكاً مباشراً في تنفيذ الجريمة لكنه

(1) المادة 08،07 من الأمر رقم 155/66 ، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48، الصادرة في 10 جوان 1966، المعدل والمتمم.

(2) المادة 614 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

(3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 161.

(4) الفقرة 02،01 من المادة 52 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(5) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 94.

عاون وساعد بكل الطرق على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك⁽¹⁾.

هـ) مسألة الأفعال المبررة :

في الغالب ما يتحجج المتهمين في جنحة المحاباة بأفعال مبررة لتجنب المساءلة والإفلات ومن أمثلتها:

1. هـ. عادة ما يتحجج المتهمين أثناء مرحلة التحقيق في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، بأن قرار منح الصفقة قد أتخذ من طرف أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بغرض إبعاد المسؤولية عنهم، غير أن المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام كان واضحا في هذا المجال حيث قضى بأن ما يقدمه أعضاء اللجنة المذكورة أعلاه لا يتجاوز كونه إقتراحات فقط إلى مسؤول المصلحة المتعاقدة والذي يبقى هو المسؤول عن قرار منح الصفقة العمومية.

2. هـ. كما قد يتعذر الجاني بحالة الإستعجال الملح لتبرير إختيار إجراء التراضي لإبرام الصفقة العمومية دون مراعاة المبادئ العامة لإبرامها عن طريق طلب العروض، لذلك على القاضي الجزائري هنا التأكد من توافر حالة الإستعجال المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تبرر اللجوء إلى إجراء التراضي⁽²⁾.

الفرع الثاني: جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

تمثل هذه الجريمة الصورة الثانية لجريمة منح الإمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، حيث لم يكتف المشرع الجزائري بتجريم فعل منح إمتيازات غير مبررة والذي يقوم به الموظف العمومي، بل جرم أيضا ما يقوم به الطرف المتعاقد في العقود والصفقات العمومية من أفعال يستفيد من خلالها من سلطة و تأثير الموظف العمومي للحصول على إمتيازات غير مبررة لصالحه، سواء من أجل الزيادة في الأسعار أو إحداث تعديلات سواء

(1) المادة 42 من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(2) شروقي محترف، المرجع السابق، ص 41.

في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين⁽¹⁾، وهذا ما تضمنته المطة 02 من المادة 26 من القانون 01/06 المعدل والمتمم بنصها على أنه: >> يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 100.000 دج :

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 الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات طابع 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).

كما وقد أطلق عليها الفقه تسمية جريمة إستغلال نفوذ* الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة ومنهم الدكتور أحسن بوسقيعة، لكننا نحيد التسمية الأصلية حسب نص المادة أعلاه، وفي هذا المطلب سننظر للأركان التي تقوم الجريمة بتوافرها (أولاً) وإلى الجزاء المقرر لقمعها (ثانياً).

أولاً: أركان الجريمة

إن جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، تقوم على ثلاث أركان فهي تقتضي توافر صفة معينة في الجاني إضافة إلى الركن المادي الذي يحدد بالنشاط الإجرامي للجريمة إلى جانب الركن المعنوي الذي يستوجب القصد الجنائي الخاص مثل جريمة المحاباة وهو ما سنتناوله فيما يلي:

(1) عبد الكريم تبون، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم

السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/2018، ص 208.

(2) الفقرة 02 من المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

1- صفة الجاني

إشترط المشرع في الفقرة 02 من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صفة معينة في الجاني مرتكب جريمة الإستفادة من سلطة وتأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة وهي أن يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص، أي يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص، ثم عدل عن إشتراط هذه الصفة وأضاف عبارة: <> أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي >>، فالمطلوب هنا أن يكون مرتكب الجريمة عونا إقتصادي خاصا كما يطلق عليهم وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15 (1) ولا يهم إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يعمل لحسابه أو لحساب غيره المهم أن يكون من القطاع الخاص دون الأشخاص المعنوية.

يقصد بالشخص الطبيعي، كل شخص يحوز على صفة تاجر أو حرفي يبرم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية بغرض إنجاز الأشغال كأشغال الترميم أو تقديم خدمات بسيطة كإقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة، أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في مختلف الشركات والمقاولات والمؤسسات الخاصة، والتي تحوز على سجل تجاري وتملك من الإمكانيات المادية والمؤهلات البشرية ما يسمح لها بإبرام صفقات عمومية أو عقود مع المؤسسات و الهيئات العمومية. (2)

والملاحظ بإستقراءنا للفقرة 02 من المادة 26 السابقة الذكر أن صفة الجاني في هذه الجريمة تتمثل في الشخص المتحصل على الإمتياز غير المبرر والمتمثل في الأشخاص المحددين في نفس الفقرة من المادة أعلاه، وليس المانح للإمتيازات الذي هو الموظف العمومي مثل ما هو الحال في جريمة المحاباة، وبالتالي كلاهما معاقب سواء المانح للإمتيازات أو المتحصل عليها، ولكن الموظف العمومي الذي أستفيد من سلطته أو تأثيره من أجل الحصول على هذه الإمتيازات غير المبررة ليس هو الجاني في هذه الجريمة، وإنما وجوده يبقى ضروريا لقيامها ويعتبر شريكا في هذه الجريمة وبالتالي تطبق عليه القواعد العامة المتعلقة بأحكام الشريك.

(1) أحسن بوسيقية، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 168.

(2) شروقي محترف، المرجع السابق، ص 43.

2- الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة بإبرام الجاني عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على إمتيازات غير مبررة⁽¹⁾.

فعادة ما يستطيع أصحاب السلطة الوظيفية إستخدام نفوذهم لتسهيل الحصول على إمتيازات غير مبررة للغير وتحقيق مصالح خاصة على حساب المصالح العامة⁽²⁾، وتتميز هذه الجريمة بأنها تتم أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أي بعد إبرامها عكس جريمة المحاباة التي تتم في مرحلة الإبرام أو قبلها، وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين، السلوك الإجرامي والغرض منه.

(أ) السلوك الإجرامي :

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في إستغلال الجاني لسلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها⁽³⁾، والجاني هنا لا يقوم بأي عمل إيجابي وإنما عمله سلبي، فالنشاط الإجرامي الحقيقي يقوم به العون أو الموظف التي يتدخل بسلطته أو تأثيره لدى الهيئات العمومية، لمنح المتعامل المتعاقد مع هذه الهيئات إمتيازات غير مبررة، وبالتالي يتمثل السلوك الإجرامي حسب الفقرة 02 من المادة 26 من القانون 01/06 المعدل والمتمم في:

(1) الفقرة 02 من المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016، ص 220.

(3) أحسن بوسيقعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 169.

أ.1. الإستفادة من سلطة الأعوان العموميين :

ويعني أن يكون العون العمومي أو الموظف صاحب سلطة في المؤسسات المذكورة في الفقرة 02 من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أي أن يمنحه القانون سلطة إتخاذ القرارات في إبرام العقود والصفقات العمومية⁽¹⁾، ومثاله الوالي هو صاحب سلطة ويملك صلاحية إبرام صفقات الولاية، فيمكن للمتعاقل المتعاقد مع الولاية أن يستغل سلطة الوالي للحصول على إمتيازات غير مبررة قد تتمثل في الإمضاء على قرار الأسعار الجديدة، أو الموافقة على تعديل نوعية المواد أو الخدمات أو منح آجال إضافية للمستفيد لتسليم مشروعه أو توريد السلع المطلوبة، و هنا نكون أمام فاعل أصلي وهو المتعاقل المتعاقد والعون العمومي يعتبر شريكا في الجريمة.

أ.2. الإستفادة من تأثير الأعوان العموميين :

إن مقصود التأثير الذي قصده المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 26 هو الموظفين أو الأعوان العموميين الذين يعهد إليهم صلاحيات تحضير العقود أو الصفقات العمومية وكذلك تنفيذها⁽²⁾. وبالنسبة للصفقات العمومية فإنه يوجد عادة في كل هيئة إدارية أو مؤسسة عمومية مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يتكون من مهندسين وتقنيين، وأعوان إداريين توكل لهم هذه المهمة تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة⁽³⁾.

وعليه يمكن ألا يكون الموظف العمومي صاحب سلطة وإنما يكون له تأثير في إتخاذ القرار ومن أمثلة ذلك المهندس أو التقني الذي يراقب تنفيذ الأشغال دوريا، وبعد محاضر وتقارير حول نسبة تقدم الأشغال ونوعية المواد... إلخ، فهنا يمكن الإستفادة من تأثير هذا العون بأن يضمن التقارير التي ينجزها إستعمال المتعاقد لمواد ذات جودة عالية كما هو متفق عليه في الصفقة، بينما المتعاقد يكون قد إستعمل مواد أقل جودة، فهنا المتعاقل المتعاقد هو الفاعل الاصلي والعون العمومي شريك في هذه الجريمة⁽⁴⁾.

(1) المسعود ضحوي، المرجع السابق، ص176.

(2) عبد الكريم تبون، المرجع السابق، ص216.

(3) شروقي محترف، المرجع السابق، ص44.

(4) المسعود ضحوي، المرجع السابق، ص177.

ب) الغرض من الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين :

لا يكفي لقيام الركن المادي في هذه الجريمة أن يستفيد الطرف المتعاقد مع الأشخاص المشار إليها آنفا من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، بل لابد أن تكون هذه الإستفادة حسب الفقرة 02 من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والتي تتمثل في :

ب.1. الزيادة في الأسعار:

يبدو من النص التجريمي المذكور آنفا لهذه الجريمة أنه جاء متعلقا بشكل حصري بالزيادة في الأسعار المطبقة عادة دون أن يكون الأمر متعلقا بالتعديل في الأسعار بموجب ملحق عن طريق التحيين والمراجعة⁽¹⁾.

إن المصلحة المتعاقدة عند إرسائها للصفقة على أي متعاقد تحرص على إحترام المعايير والإجراءات التي حددها القانون، فتقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بتقييم العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا، فالسعر يعتبر عنصرا حاسما لمنح الصفقة العمومية⁽²⁾، وتقوم الجريمة هنا مثلا في حال تقدم صاحب شركة مقاوله بإقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية، مستغلا بذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة أو أحد الأعوان فيها بالرغم من الأسعار المتعلقة بعقود الأشغال تحسب على أساس سعر الوحدة ووفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا⁽³⁾.

ب.2. التعديل في نوعية المواد :

تعتبر النوعية من بين المعايير المرتبطة بموضوع الصفقة العمومية التي تستند إليها المصلحة المتعاقدة لإختيار المتعاقد معها على أن تكون غير تمييزية⁽⁴⁾، ويتحقق الركن المادي للجريمة محل الدراسة، إذا ما بادر أحد الموظفين التابعين للهيئة المتعاقدة باستعمال سلطته

(1) عبد الكريم تيون، المرجع السابق، ص219.

(2) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص87.

(3) شروقي محترف، المرجع السابق، ص44.

(4) المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

وتأثيره فيها، بإتخاذ إجراء قانوني يرمي من خلاله إلى التعديل في نوعية المواد المحددة في بنود الصفقة العمومية لصالح المتعامل المتعاقد، كأن يتم السماح له بإستعمال نوع من الإسمنت أو الزجاج يكون أقل جودة وعلى أساس نفس السعر⁽¹⁾.

ب.3. التعديل في نوعية الخدمات :

تعتبر نوعية الخدمات من المعايير الأساسية التي تجعل المصلحة المتعاقدة تختار متعاملا متعاقدًا دون غيره في صفقة الخدمات، لذلك فإن أي تعديل سيخل بمبدأ المساواة بين المتعاملين الإقتصاديين⁽²⁾، ومن أمثلة ذلك أن تقوم البلدية بإبرام صفقة خدمات من أجل صيانة أجهزتها الإلكترونية، على أن يتم ذلك فصلًا من قبل مهندسين مختصين، فيقوم المتعامل المتعاقد بالإستفادة من سلطة أو تأثير مسؤولي البلدية لإجراء عملية الصيانة مرة واحدة في السنة من طرف تقنيين وليس مختصين⁽³⁾.

ب.4. التعديل في آجال التسليم أو التموين :

جعل المشرع الجزائري الآجال من الإجراءات المهمة في الصفقات العمومية، سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، ويترتب على عدم احترامها الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة أو توقيع جزاءات سواء مالية أو إدارية، بإعتبارها من المعايير الأساسية لإختيار المتعامل المتعاقد⁽⁴⁾. ويقوم الركن المادي في هذه الجريمة في حال إستغل المتعامل المتعاقد سلطة أو تأثير أحد مسؤولي الهيئة أو المؤسسة، للإخلال بإلتزامه في تسليم ما هو مطلوب منه والتأخر في تموين ما هو متفق عليه⁽⁵⁾، دون أسباب جدية.

(1) جمال الدين عنان، جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سبتمبر 2017، ص 182.

(2) نفس المرجع، ص 183.

(3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 170.

(4) المادة 78، 149، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(5) الحاج على بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص 221.

وتجدر الإشارة في الأخير أن تجريم الصور السالفة الذكر قائم على قرينة قانونية تربط بين سلطة أو تأثير الموظف أو العون العمومي وبين وجود زيادة في الأسعار أو التعديل لصالح المتعاقد في النوعية أو الآجال وبالتالي إستبعاد وجود هذه المزايا نتيجة خطأ أو سوء تقدير، وهذا يتماشى مع الصرامة التي يبتغيها المشرع في معاقبة جرائم الفساد⁽¹⁾.

3- الركن المعنوي

إن جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية هي جريمة عمدية تشترط توافر القصد الجنائي بنوعيه العام والخاص وهو ما سنبينه فيما يلي:

أ) القصد الجنائي العام :

تتطلب جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة، توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بأن الأعوان العموميين يتمتعون بنفوذ في المصالح التي يشتغلون لديها، وإتجاه إرادته لإستغلال هذه النفوذ والإستفادة منها لخدمة مصالحه الشخصية⁽²⁾.

ب) القصد الجنائي الخاص :

يتمثل القصد الجنائي الخاص في هذه الجريمة في إتجاه نية الجاني للحصول على إمتيازات مع علمه أنها غير مبررة أي أنه لا يستحقها، من خلال إستفادته من نفوذ الأعوان العموميين القائمين على تنفيذ الصفقة العمومية للزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين⁽³⁾، فإذا كان تدخل العون العمومي ليس من أجل الإمتيازات السابق ذكرها فلن تقوم هذه الجريمة، كأن يكون التدخل مثلا من أجل إلغاء الغرامات التأخيرية فهنا نكون أمام وصف آخر للجريمة⁽⁴⁾، وهنا لا يشترط أن يفى العون العمومي بوعده

(1) جريمة علة، المرجع السابق، ص 238.

(2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 171.

(3) جمال الدين عنان، المرجع السابق، ص 184.

(4) المسعود ضحوي، المرجع السابق، ص 180.

للجاني، فالقصد الجنائي متوافر وقائم بمجرد إتجاه إرادة الجاني إلى الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾.

وفي الأخير فإن جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية كغيرها من الجرائم، على القاضي أن يبين في الحكم أركان هذه الجريمة من صفة الجاني وسلطة أو تأثير العون العمومي بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني، وكذلك أن يبين الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي من أجل إدانته.

ثانيا: قمع الجريمة

تطبق على جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية نفس العقوبات المقررة لجنحة المحاباة*، حيث تعاقب المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على جنحة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، بالحبس من سنتين(02) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي⁽²⁾، أما بالنسبة للشخص المعنوي فإن المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فقد نصت على أن هذا الأخير يكون مسؤولا جزائيا عن جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته طبقا لأحكام قانون العقوبات⁽³⁾، أي طبقا لأحكام المادة 18 مكرر منه⁽⁴⁾.

(1) وسيلة بن بشير، المرجع السابق، ص 55.

(*) أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني من هذا البحث، ص 103-107.

(2) المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) المادة 53 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(4) المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

كما وتطبق على هذه الجنحة كافة الأحكام الخاصة المطبقة على جنحة المحاباة السابق ذكرها في هذا المبحث*، بداية بالعقوبات التكميلية للشخص الطبيعي والمعنوي⁽¹⁾، وكذلك الظروف المشددة، والمخففة للعقوبة وكذا الإعفاء منها⁽²⁾، وكل من أحكام الشروع والمشاركة⁽³⁾، وكذلك تقادم كل من العقوبة والدعوى العمومية⁽⁴⁾، إضافة إلى المصادرة والرد وإبطال العقود والصفقات العمومية كأثار لجرائم الفساد عموماً⁽⁵⁾.

وفي الأخير فإننا نثمن موقف المشرع الجزائري الذي يسعى لقمع جرائم الفساد وأهمها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك لردع كل من تسول له نفسه إهدار المال العام، والذي جعل جريمة الموظف العمومي مستقلة عن جريمة المتعامل المتعاقد أياً كانت صفته، فبموجب المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يعاقب الموظف الذي يمنح إمتيازات مبررة للغير باستغلال سلطته أو تأثيره في الهيئات التي ينتمي إليها، بالإضافة إلى أنه يعاقب المتعاقد مع الإدارة الذي يستفيد من هذه الإمتيازات، والذي يعتبر فاعلاً أصلياً مستقلاً بجريمة خاصة عن جريمة الشريك الذي هو الموظف العمومي، واللذان تطبق عليهما نفس العقوبة.

المطلب الثاني: جريمة الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية

تعتبر كل من جريمة الرشوة وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من أخطر الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، فهي لا تقف عند حد الإتجار بالوظيفة العامة وإنما تمتد إلى إهدار الثقة في الإدارة، وتتشابه الجريمتان كثيراً للحد الذي يعتبره البعض أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي صورة من صور الرشوة، إلا أن المشرع قد فصل بينهما في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لكونهما جريمتان منفصلتان عن بعضهما البعض في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

(*) أنظر الفرع 1، المطلب 1، المبحث 1، الفصل 2، ص ص 107-110.

(1) المادة 9، 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(2) المادة 48، 49 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) المادة 52 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(4) المادة 54 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(5) المادة 55 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

الفرع الأول: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر الرشوة من بين أخطر وأكثر الجرائم شيوعا في الصفقات العمومية، لإرتباطها بالمال العام، وهي الطريق السهل لتجنب العديد من التعقيدات الإجرائية للحصول على ما هو ليس بحق، ويعرفها جمهور الفقهاء بأنها: >> سوء إستخدام المنصب العام لغايات شخصية، وإستعمال المال العام لتحقيق مصالح خاصة<<⁽¹⁾، وتظهر علة تجريمها في رغبة المشرع في قمع كل شكل من أشكال الإتجار بالوظيفة العمومية، حفاظا على المساواة بين المواطنين أمام المرافق العامة، وتكريسا لواجب النزاهة الذي يجب على كل موظف أن يتحلى به⁽²⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أن الإتفاقية الدولية لمكافحة الفساد لم تنص على هذه الجريمة، في حين أشارت إليها إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته⁽³⁾، إلى معنى يقترب منها في الفقرة 03 من المادة 11 منها بنصها: >> تلتزم الدول الأطراف بما يأتي:

3- إتخاذ أي إجراءات أخرى قد تكون لازمة لمنع الشركات من دفع الرشوى للفوز بمنح الصفقات<<.

وجاء المشرع الجزائري لينص في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على جريمة الرشوة عموما وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية خصوصا، في المادة 27 منه والتي هي موضوع دراستنا بنصها⁽⁴⁾: >> يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض

(1) سليمة بن يطو، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 01/06، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013، ص3. للتفصيل أنظر:

Slimani Kahahina- Debiene Mouloud, Etendue Et Limltes def Mesures De Lutte Contre La Corruption Dans Les Marché Publiques, Revue Forum D'études Et De Recherche économiques, Vol4, n°2, Université Ziani Achoure De Djelfa, Décembre2017, p17.

(2) شريفة خالدي، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 09، العدد 01، جامعة العربي تبسي تبسة، جوان 2018، ص111.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 137/06، المؤرخ في 10 أبريل 2006، المتضمن التصديق على إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بمابوتو في 11 جويلية 2003، ج ر عدد 24، الصادرة في 16 أبريل 2006.

(4) المادة 27 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

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 باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية» .

وعليه سنبين فيما يلي خصوصية هذه الجريمة من حيث الأركان التي تقوم عليها (أولا) إضافة إلى قمع هذه الجريمة والأحكام المتعلقة بها (ثانيا).

أولا : أركان الجريمة

إستنادا إلى نص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أعلاه فإن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تقوم إلا بتوافر ثلاث أركان ن فصلها فيما يلي:

1- صفة الجاني

تعتبر جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أو كما يسميها بعض الفقهاء جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية من جرائم ذوي الصفات، والتي لا يتصور وقوعها إلا إذا توافرت في فاعلها الصفة التي يتطلبها القانون⁽¹⁾، وقد حصرتها المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في أن يكون الجاني موظفا عاما كما هو معرف في الفقرة (ب) من المادة 2 من نفس القانون، على النحو الذي سبق بيانه في جريمة المحاباة*، كما يشترط أن لا تتحقق الرشوة إلا إذا كان العمل المطلوب من إختصاص الموظف العمومي⁽²⁾، أي أن يكون من الأشخاص المخولين قانونا بإبرام العقود والصفقات العمومية بإسم ولحساب الدولة والهيئات والمؤسسات العمومية بمختلف أنواعها.

(1) عمر حماس، جرائم الفساد المالي وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2017، ص 26.

(*) للتفصيل أكثر أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني، ص 100، 96.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 160. للتفصيل أنظر: محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 13.

2- الركن المادي

من خلال إستقراءنا المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته السابقة الذكر، يتضح أن الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يتحقق بالنشاط الإجرامي والمتمثل في قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها من طرف الموظف العمومي، كما تقتضي الجريمة أن تتم بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد تناول السلوك الإجرامي الصادر عن الموظف العمومي فقط دون أن يتعرض للسلوك الإجرامي الصادر من صاحب المصلحة أي الراشي بالنص عليه صراحة، فكان من الأفضل تخصيص فقرة لهذا النشاط الإجرامي لتجنب أي شبهة حول المادة⁽¹⁾، وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يقوم على النشاط الإجرامي والمناسبة :

أ) النشاط الإجرامي :

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة :

1. القبض أو محاولة القبض :

تشتترط هذه الجريمة قبض الأجرة أو المنفعة أو محاولة قبضها، أي التجسيد الفعلي للمقابل الممنوح للموظف العمومي، فلا يكفي الطلب أو القبول بل يشترط التسليم الفعلي أو محاولة الإستلام الفعلي⁽²⁾، وعليه فإنه بمجرد محاولة قبض الأجرة أو المنفعة تقوم الجريمة، وهذا لقمع كل أنواع الإتجار بالوظيفة العمومية.

(1) حماس عمر، المرجع السابق، ص34.

(2) كريمة علة، المرجع السابق، ص82.

أ.2. محل الإرتشاء :

يتمثل محل النشاط الإجرامي لهذه الجريمة حسب نص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في الأجرة أو المنفعة مهما يكون نوعها، وهي المقابل الذي يقدم للموظف العمومي للقيام بعمل من أعماله أو تسهيلها، أو الامتناع عنها، وقد عبر عنها المشرع في جريمة رشوة الموظفين العموميين بعبارة "مزية غير مستحقة"⁽¹⁾، وللاشارة فإن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الأجرة أو المنفعة التي يمكن أن تكون مقابلا للرشوة، وبهذا فقد تكون المنفعة التي يقبضها المرشحي لقاء الإتجار بوظيفته ذات طابع مادي أي تكون في شكل عيني كنفود أو سيارة أو شيك أو سداد دين، كما قد تكون ذات طابع معنوي كحصول الجاني على ترقية، ويستوي أن تكون هذه الأجرة بشكل صريح وواضح أو بشكل ضمني⁽²⁾.

أ.3. المستفيد :

يستفاد من نص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أن الأجرة أو المنفعة يمكن أن تقدم إلى شخص الجاني نظير قيامه بأداء الخدمة المطلوبة منه، أو إلى شخص غيره يعينه الجاني، كما قد يتم تسليم المنفعة أو الأجرة إلى شخص لم يعينه الجاني لكن توجد صلة ما بينهما مع علمه أنها سلمت مقابل قيامه بخدمة لصالح المرشحي، وفي كل هذه الحالات تقوم الجريمة في حق المرشحي، إلا إذا لم يعلم بها الجاني أو علم بها ولم يقرها فإن الجريمة تنتفي⁽³⁾.

(1) خيرة بن سالم، جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 01، العدد 02، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، أكتوبر 2014، ص 189. للتفصيل أنظر: المادة 25 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) شريفة خالدي، المرجع السابق، ص 118. للتفصيل أنظر: محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 15.

(3) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 162.

(ب) مناسبة قبض أو محاولة قبض الأجرة أو المنفعة :

حسب المادة 27 السالفة الذكر تقتضي هذه الجريمة أن يقبض الجاني أو أن يحاول أن يقبض عمولته بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها المذكورة في المادة أعلاه*.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد وسع في نطاق التجريم والعقاب في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ليمس مرحلة إبرام الصفقة العمومية ومرحلة تنفيذها من جهة، ومن جهة ثانية فقد إمتد ليشمل الصفقات إضافة إلى العقود والملاحق⁽¹⁾، فقد يقبض الموظف المرتشي أجرة أو منفعة من الراشي بمناسبة تحضيره للصفقة العمومية بضرورة إعداد دفتر شروط على مقاسه، أو إقناعه بإرساء الصفقة عليه في مرحلة الإبرام، كما قد يلجأ لإعفائه من بعض الإلتزامات أثناء تنفيذ الصفقة رغم عدم إحترامه للمواصفات المطلوبة فيها⁽²⁾.

3- الركن المعنوي

جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية هي جريمة عمدية مثل باقي جرائم الرشوة الأخرى حيث يتطلب المشرع لقيامها توافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإدارة⁽³⁾.

(* تجدر الإشارة إلى الإختلاف بين النص في النسخة العربية والنص في نسخته بالفرنسية، والتي جاءت كما يلي:
<< a l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché...>>.

ويعني: << بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو ملحق...>>

في حين جاء النص باللغة العربية بالصياغة التالية: <<...بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق...>>.

فتكون بهذا الصيغة الأولى هي الأكثر إنسجاما مع السياق العام للقانون. للتفصيل أنظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص ص 173، 174.

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 195.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 163.

(3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 174.

(أ) العلم :

إنه ولقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، يجب أن يعلم الجاني بكافة أركان الجريمة، فينبغي أن يعلم الجاني بصفته كموظف عمومي وأنه يمثل إحدى الهيئات المذكورة في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وأنه مختص بالعمل المطلوب منه وهو تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق له إرتباط بإبرام الصفقة أو تنفيذها، كما ينبغي أن ينصرف علم الموظف المرشحي إلى أن الأجرة أو المنفعة التي تقدم إليه هي نظير العمل الوظيفي الذي يقوم به⁽¹⁾، أي مقابل الإتجار بوظيفته، فقد يعلم بوجود المزية لكن لا يعلم بإرتباطها بالعمل الوظيفي وهنا تنتفي الجريمة.

(ب) الإرادة :

إن الإرادة هي العنصر الثاني الذي يتم به القصد الجنائي، فلا بد أن تتجه إرادة المرشحي إلى قبض الأجرة أو المنفعة لنفسه أو لغيره مع علمه بأنها غير مبررة، أي إنصراف إرادته لتحقيق السلوك الإجرامي الذي يشكل ماديات الجريمة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا أنه هناك رأي فقهي يشترط قصدا خاصا في هذه الجريمة وهو نية الإتجار بالوظيفة العمومية، لكن منطقيا بمجرد إتجاه إرادة الجاني لإرتكاب الفعل والنتيجة في هذه الجريمة مع علمه بذلك تتطوي على نية العبث والمتاجرة بالوظيفة، وهو ما يغني عن القصد الخاص هنا، كما أن الركن المادي للرشوة في الصفقات العمومية كاف لإظهار نية الجاني في الإتجار بأعمال وظيفته⁽³⁾.

(1) عمر حماس، المرجع السابق، ص ص 40، 41.

(2) وسيلة بن بشير، المرجع السابق، ص 93.

(3) عادل مستاري- موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 04، العدد 05، مخبر الإجتهد القضائي وأثره على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ديسمبر 2009، ص 170.

ثانيا: قمع الجريمة

حرصا من المشرع الجزائري على مكافحة جرائم الفساد عموما ولمواجهة جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية نجده قد حدد جزاءات عقابية رادعة لهذه الجريمة بالإضافة إلى أحكام أخرى خاصة سنتناولها فيما يلي:

1- العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

تعاقب المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الشخص الطبيعي مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج⁽¹⁾.

أما الشخص المعنوي فالمادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أحالت العقوبة المقررة له للأحكام المقررة في قانون العقوبات⁽²⁾، والتي تنص المادة 18 مكرر منه على أن تكون عقوبة هذا الأخير في مواد الجناح والجنایات غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي⁽³⁾، وبذلك تكون العقوبة المقررة للشخص المعنوي في جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية الغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

وتعتبر هذه هي العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي أو المعنوي بالنسبة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، والملاحظ أنها تمثل أقصى عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سواء بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية فهي ذات الأحكام المطبقة في جريمة المحاباة والتي تم التفصيل فيها سابقا*.

(1) المادة 27 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) المادة 53 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

(4) شروقي محترف، المرجع السابق، ص 50.

(* أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني من هذا البحث، ص ص 104-107.

2- أحكام أخرى متعلقة بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية مثل باقي جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بالإضافة للعقوبات المقررة لها هناك أحكام أخرى متعلقة بها نص عليها المشرع تتمثل في الظروف المشددة والمخففة والمعفية من العقوبة إضافة إلى الشروع والإشتراك والتي تعتبر ذات الأحكام المطبقة في جريمة المحاباة، والتي سبق دراستها*. إضافة إلى أحكام خاصة تتعلق بتقادم الدعوى العمومية وتقدم العقوبة حيث أن المادة 54 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مفادها هو عدم تقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في نفس القانون إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج وفي غير هذه الحالة تطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، وبما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تلحق بجريمة رشوة الموظفين العموميين نظرا لكون المشرع أعطى لكليهما صفة الرشوة⁽²⁾، لذلك تطبق عليها أحكام المادة 08 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية والتي تقضي بأن الدعوى العمومية لا تنقضي بالتقادم في الجنايات والجرح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية ومنها جريمة الرشوة⁽³⁾، وأيضا المادة 612 التي تقضي بعدم تقدم العقوبات المحكوم بها في جريمة الرشوة⁽⁴⁾، وعليه فإن كل من العقوبة والدعوى العمومية في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية غير قابلة للتقادم.

الفرع الثاني: جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية

تعتبر كل من جريمة الرشوة و جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من أخطر الجرائم في مجال الصفقات العمومية، فهي لا تقف عند حد الإتجار بالوظيفة العامة و إنما تمتد إلى إهدار الثقة في الإدارة، و تتشابه الجريمتان كثيرا للحد الذي يعتبره البعض أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي صورة من صور الرشوة، إلا أن المشرع قد فصل بينهما في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لكونها جريمتان منفصلتان عن بعضهما البعض في مجال

(* أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني من هذا البحث، ص ص 107-110.

(1) المادة 54 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

(2) شريفة خالدي، المرجع السابق، ص 125.

(3) المادة 08 مكرر من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

(4) المادة 612 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

الصفقات العمومية، حيث نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة بشكل منفصل عن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي جاء فيها أنه: >> يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة، وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت<<⁽¹⁾.

وتقوم هذه الجريمة في حال تدخل الموظف العمومي في الأعمال التي هو مكلف بإدارتها والإشراف عليها ومنها عقود الصفقات العمومية للحصول على فائدة منها متاجرا بذلك بوظيفته، من خلال تغليب مصلحته الخاصة على المصلحة العامة، وهي بذلك تعد صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية⁽²⁾، يطلق عليها في القانون الفرنسي "جنحة التدخل"، وفي التشريع الأردني "جريمة استثمار الوظيفة"، أما التشريع المصري فقد أطلق عليها "جريمة التريح"⁽³⁾.

وعلة تجريم هذا الفعل هي أن الموظف يجمع بين صفتين لا يجوز الجمع بينها، وهذا الجمع من شأنه إهدار المصلحة العامة، والإخلال بمبدأ المنافسة⁽⁴⁾، ونظرا لحرص المشرع الجزائري على مكافحة التريح من الوظيفة لم يقتصر على تجريم هذا الفعل بموجب المادة 35

(1) المادة 35 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) شروقي محترف، المرجع السابق، ص 52.

(3) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 118.

(4) كريمة علة، المرجع السابق، ص ص 87، 88.

السالفة الذكر فحسب بل أصدر الأمر 01/07 المتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف الذي يتضمن أيضا تجريم الترشح⁽¹⁾.

وعليه سنتطرق في هذا الفرع لدراسة هذه الجريمة بداية بالأركان المتطلبة لقيامها (أولا) ثم إلى قمع هذه الجريمة (ثانيا).

أولا: أركان الجريمة

لكي تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لابد من توافر أركانها فهي تتطلب صفة خاصة في مرتكبها، إضافة إلى النشاط الإجرامي والقصد الجنائي، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1- صفة الجاني

تعتبر جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية مثلها مثل جل جرائم الفساد من جرائم ذوي الصفات، فقد إشتطرت المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته السالفة الذكر أن تتوافر في الجاني صفة الموظف العمومي كما هو معرف في المادة 02 من نفس القانون والتي سبق دراستها في جريمة المحاباة*، كما تقتضي هذه الجريمة أن يكون هذا الموظف وقت ارتكاب الفعل مديرا أو مشرفا بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يأخذ منها فائدة، أو أن يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو أن يكون مكلفا بتصفية أمر ما⁽²⁾.

(1) تنص المادة 06 من الأمر رقم 01/07 ، المؤرخ في 01 مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج ر عدد 16، الصادرة في 07 مارس 2007، على تجريم استفادة كل من شاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة ضمن الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية الإقتصادية، بما فيها الشركات المختلطة التي تحوز فيها الدولة 50% على الأقل من رأس المال وكذا على مستوى سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية أخرى مماثلة تتولى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكيم، من مناصبهم أو 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 أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها.

(*) أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني من هذا البحث، ص ص 87-91.

(2) جريمة علة، المرجع السابق، ص 89.

وعليه ومما سبق فإن صفة الجاني في جريمة أخذ فوائد بفة غير قانونية تنحصر في فئتين:

(أ) الموظف العمومي الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزادات أو المقاولات :

وتشمل هذه الفئة كل موظف عمومي يتولى مسؤولية الإشراف أو الإدارة على هذه العقود أو المناقصات أو المزادات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها، ويكفي لتوافر الصفة هنا أن يكون الموظف مختصا أو صاحب سلطة معينة في إحدى مراحل العقود والصفقات سواء مرحلة التحضير أو الإبرام أو التنفيذ تجعل من رأيه أو قراره ذا أهمية، ويتعلق الأمر هنا بمدير المؤسسة أو الهيئة أو رئيس المصلحة، أو رئيس المكتب أو أي مهني أو تقني أو عون إداري له دور يقوم به في هذه العملية في أي جزء منها أيا كان قدره⁽¹⁾، كوالي الذي يترشح من عملية إبرام الصفقات العمومية التي تبرمها الولاية، أو مدير المستشفى الذي يترشح من صفقات إقتناء اللوازم للمرفق الذي يعمل به.

(ب) الموظف العمومي الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية ما:

ويقصد به كل موظف يشغل منصبا يسمح له بإصدار أمر بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتها، وهو بمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التابع لها، وينحصر الأمر هنا في مدير أو رئيس المؤسسة أو الهيئة كرئيس الجامعة مثلا، كما يدخل في هذه الفئة أيضا المراقبين الماليين والمحاسبين العموميين⁽²⁾، ولا يهم مصدر إختصاص الموظف بالعمل الذي إنتفع منه، فقد يتحدد إختصاصه بناء على قانون أو لائحة أو قرار إداري أو تكليف من رئيس مختص⁽³⁾.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص120.

(2) شروقي محترف، المرجع السابق، ص53.

(3) أحسن بوسيقعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص125.

وتجدر الإشارة في الأخير أن المادة 124 من قانون العقوبات الملغاة، والتي حلت محلها المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته السالفة الذكر كانت تقضي بتجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية حتى وإن قام به الموظف بعد إنهاء خدمته و ذلك خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ إنتهاء توليه الوظيفة، فهناك حالات تقتضي معاقبة الموظف العام عن أعمال الفساد التي شابت عمله الوظيفي والتي لم يكتشف أمرها إلا بعد إنتهاء توليه الوظيفة، وهذا يعد خروجاً عن الأصل العام لكن العدالة هنا تقتضي ضرورة تدخل المشرع بالجزء المناسب⁽¹⁾، وهذا ما تراجع عنه المشرع الجزائري في النص الجديد رغم أن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد قد تضمنت في مادتها 12 الفقرة (هـ) بندا ينص على منع تضارب المصالح بفرض قيود على ممارسة الموظفين العموميين السابقين أنشطة مهنية لها علاقة بوظيفتهم السابقة*.

ويلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد حاول تدارك الفراغ الموجود في المادة 35 بالنسبة لأخذ الفوائد من قبل الشخص الذي سبق له تولي وظيفة ما، و ذلك في الأمر 01/07 المتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، حيث لا يمكن لشاغلي المناصب والوظائف المذكورين في المادة الأولى منه، أن يمارسوا عند نهاية مهامهم و لأي سبب كان نشاط إستشاريا أو نشاطا مهنيا أيا كانت طبيعته، أو أن تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات التي سبق لهم أن تولوا مراقبتها والإشراف عليها، أو أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها أو لدى أي مؤسسة أو هيئة أخرى تعمل في نفس مجال النشاط⁽³⁾، أما بعد السنتين فينبغي أن يقدم تصريح كتابي ولمدة 03 سنوات من طرف المعني لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وحسب الحالة، لدى آخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ بداية

(1) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص ص 128، 129.

(*) تنص الفقرة (هـ) من المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 128/04 ضمن التدابير الرامية لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد على ما يلي: >> منع تضارب المصالح بفرض قيود، حسب الإقتضاء ولفترة زمنية معقولة، على ممارسة الموظفين العموميين السابقين أنشطة مهنية، أو على عمل الموظفين العموميين في القطاع الخاص بعد إستقالتهم أو تقاعدهم، عندما تكون لتلك الأنشطة أو ذلك العمل صلة مباشرة بالوظائف التي تولوها أولئك الموظفون العموميون أو أشرفوا عليها أثناء مدة خدمتهم <<.

(3) المادة 03 من الأمر رقم 01/07.

ممارسة النشاط⁽¹⁾، وهذا تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادتين 06 و07 من ذات الأمر⁽²⁾، وهنا نرى ضرورة تعديل المشرع لأحكام المادة35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تماشياً مع الأمر 01/07 على الأقل وهذا لقمع تلاعبات بعض الموظفين العموميين.

2- الركن المادي

يتحقق الركن المادي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، بقيام الجاني بأخذ أو تلقي فائدة من الأعمال التي يديرها الجاني أو يشرف عليها أو كان فيها أمراً بالدفع أو مكافأ بالتصفية وهذا حسب نص المادة35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أي أن يحصل الجاني على فائدة أو منفعة من العقود والمزايدات والمناقصات والمقاولات من المؤسسات التي يتولى سلطة إدارتها أو الإشراف عليها أو دفع مستحقاتها⁽³⁾.

وعليه يمكن تحليل الركن المادي إلى عنصرين وهما النشاط الإجرامي والغرض منه :

أ) النشاط الإجرامي.

يتمثل النشاط الإجرامي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في أخذ أو تلقي فائدة، كما أضافت المادة35 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في نسختها باللغة الفرنسية صورة ثالثة تتمثل في الاحتفاظ بالفائدة⁽³⁾.

(1) المادة04 من الأمر رقم 01/07.

(2) تنص المادة06 من الأمر رقم 01/07 على أنه: << يعاقب كل من يخالف أحكام المادتين 02 و03 أعلاه بالحبس من ستة(6) أشهر إلى سنة واحدة وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج >>.

(3) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص130.

(3) Article N° 35 du code pénale algérien : <<Est puni d'un emprisonnement de deux(02) a dix(10) ans et d'une amende de200.000DA a1.000.000DA: tout agent public, soit directement, soit par interposition de personnes ou par act simulé, aura pris, reçu ou conservé quelque intérêt que se soit dans les actes, adjudications, soumissions ,entrprises dont il avait, autemps de l'act en tout ou partie, l'administration ou la surveillance ou qui ayant mission d'ordonnancer le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris d'un intérêt quelconque>>.

وهذا مسايرة لما ذهب إليه المشرع الفرنسي من تحديد نطاق الجريمة في الإستفادة الشخصية⁽¹⁾، وهذا ماسنتطرق إليه فيمايلي:

أ.1. أخذ فائدة :

وهي أن يتحصل الجاني على فائدة أو منفعة من المشروع أو العقد أو الصفقة المزمع إبرامها، وقد تكون الفائدة مادية أو معنوية، كما لا تهم الطريقة التي تتحقق بها الفائدة فقد يأخذ الجاني مبلغ مالي من أحد المتعاملين سعيا منه لأن يفوز بالصفقة، كما قد يأخذ الجاني الفائدة بعقد صوري كأن يتمكن من إنجاز جزء من الصفقة باسم مستعار، كما قد يأخذ الفائدة عن طريق شخص ثالث⁽²⁾.

أ.2. تلقي فائدة :

وهي أن يتسلم الجاني هذه الفائدة أو المنفعة فعليا، سواء لشخصه أو لغيره وفي أي مرحلة من مراحل العملية العقدية⁽³⁾.

أ.3. الاحتفاظ بالفائدة :

ويشترط في هذه الصورة أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تحصل عليه الموظف وقت كان يدير العقد أو المزايدة أو الصفقة أو المقاوله أو يشرف عليها أو مكلفا بالأمر بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية، وتبعاً لذلك لا تقوم الجريمة هنا إذا أخذها الموظف أو تلقاها في وقت لم يكن فيه مكلفا بإدارة المشروع أو العملية أو مشرفا عليها، و هذه الصورة من شأنها تأخير بدء حساب مدة التقادم، فيبدأ حسابه من يقوم إنتهاء الفعل المجرم وليس من يوم إرتكاب الجريمة⁽⁴⁾.

(1) Article N° 432-12 du code pénale français : << le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service publique ou par une personne investie d'un mandat électif publique, de prendre, recerver ou conserver, directement ou indirectement un intérêt quelconque>>.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص123.

(3) شروقي محترف، المرجع السابق، ص55.

(4) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص127.

(ب) الغرض من النشاط الإجرامي :

تتحقق جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية إذا ثبت أن الموظف قد تحصل على فائدة سواء تحصل على ربح مالي من عملية تدخل فيها أو تلقى حصصا أو مزايا مادية أو معنوية بمناسبة الفعل الذي قام به⁽¹⁾، ولا تهم الطريقة التي أخذت بها الفائدة، كما لا يشترط لمساءلة الموظف جزائيا، إلحاق ضرر بجهة الإدارة، فيكفي أنه حصل على نفع خاص له لقاء إستغلال وظيفته، حتى لو عادت العملية التي قام بها بالنفع على الإدارة، فالضرر ليس عنصرا من عناصر الركن المادي لهذه الجريمة⁽²⁾.

3- الركن المعنوي

لا يختلف الركن المعنوي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية عن الركن المعنوي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من حيث إكتفائه بتوافر القصد العام⁽³⁾، دون إشتراط قصد خاص* ويتمثل عموما في عنصره العلم والإرادة.

(أ) العلم :

لا تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة قانونية إلا إذا كان الجاني عالما بأركان الجريمة، وأنه موظف عمومي مكلف بالإدارة أو الإشراف على العقود أو المزادات أو المناقصات أو المقاولات أو مكلفا بالإذن بالدفع أو بتصفية عملية ما، وأن الفائدة التي يتلقاها أو يأخذها أو يحتفظ بها هي نتيجة الإتجار بوظيفته أي غير قانونية⁽⁴⁾.

(1) كريمة علة، المرجع السابق، ص 99.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص ص 124، 125.

(3) كريمة علة، المرجع السابق، ص 100.

(*) كان الفقه والقضاء الفرنسيين يجمعان على توافر قصد خاص يتمثل في الطمع والجشع، لكن منذ مطلع القرن العشرين، إكتفت محكمة النقض الفرنسية بالقصد العام وهو: أن يكون الفاعل على علم بأنه أخذ فائدة من عملية مكلف بمراقبتها. للتفصيل أنظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 133. علة كريمة، المرجع السابق، ص ص 101، 102.

(4) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 125.

(ب) الإرادة :

يكتمل البنيان القانوني لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب السلوك المجرم، ومخالفة الموظف عمدا الحظر المنصوص عليه في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالجمع بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أي الحصول على منفعة غير قانونية، فالقانون يحظر عليه مجرد السعي إلى الترشح من الوظيفة⁽¹⁾.

ثانيا: قمع الجريمة

باستقراء نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تنظم أحكام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية نجد أن المشرع فرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي بالإضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بهذه الجريمة، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1- العقوبات المقررة في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

يعاقب المشرع الجزائري على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية حسب المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي⁽²⁾.

وبالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي فحسب نص المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فهي تحيلنا إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات⁽³⁾، والذي حسب المادة 18 مكرر منه يطبق على الشخص المعنوي الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي⁽⁴⁾، وعليه تطبق على الشخص المعنوي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية عقوبة الغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج.

(1) جريمة علة، المرجع السابق، ص ص 101، 102.

(2) المادة 35 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(3) المادة 53 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(4) الفقرة 01 من المادة 18 مكرر من الأمر رقم 156/66 المعدل والمتمم.

أما فيما يخص العقوبات التكميلية ومصادرة عائدات الجريمة وأحكام الرد وإبطال العقود والصفقات العمومية فتطبق عليها نفس الأحكام المطبقة على جريمة المحاباة والتي سبق دراستها*.

2- الأحكام الأخرى المتعلقة بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تطبق على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ذات الأحكام المطبقة على كافة جرائم الفساد ومنها جريمة المحاباة والتي سبق التفصيل فيها تجنباً للتكرار، والمتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة والإعفاء أو التخفيض منها، وتقدم العقوبة، وكذا الأحكام المتعلقة بالمشاركة والشروع*.

(*) أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني من هذا البحث، ص ص 104-107.

(*) أنظر الفرع الأول، المطلب الأول، المبحث الأول، الفصل الثاني من هذا البحث، ص ص 107-110.

المبحث الثاني

المتابعة الجزائية للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

إن جرائم الفساد عموما المنصوص عليها في القانون 01/06 لم يعلق فيها المشرع الجزائري بتحريك الدعوى العمومية على ضرورة تقديم شكوى من طرف المتضرر أي أنه لا مانع من مباشرة الدعوى العمومية تلقائيا⁽¹⁾، إلا ما استثناه بنص صريح⁽²⁾، كذلك فإن إجراءات متابعة وملاحقة جرائم الفساد عموما والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية خصوصا، وإن كانت كأصل عام تخضع للقواعد العامة للمتابعة المعمول بها في جرائم القانون العام والمقررة في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه في إطار تدعيم النظام الإجرائي لمكافحة الفساد أضفى عليها المشرع حماية خاصة سواء بالنسبة للإجراءات التحقيقية التي تقوم بها هيئات خول لها القانون الكشف عن هذه الجرائم (المطلب الأول) وكذلك علاقة الدعوى الجزائية بالدعوى الإدارية في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الهيئات المختصة بالكشف عن جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية

تتطلب مكافحة الفعالة لجرائم الفساد والمتعلقة خصوصا بمجال الصفقات العمومية، توافر أجهزة قادرة على إثبات الجريمة المرتكبة من جهة، ومن جهة أخرى يتطلب الأمر التنسيق بين هذه الأجهزة والمصالح القضائية لملاحقة مرتكبي هذه الجرائم ومتابعتهم، ويتم البحث والتحري عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية بواسطة هيئات حكومية متخصصة تتمتع بمجموعة من الصلاحيات، من بينها نذكر كل من الشرطة القضائية التي لها دور فعال في الكشف عن كل الجرائم المتعلقة بالفساد المالي (الفرع الأول)، ضف إلى ذلك كل من الهيئة

(1) عماد الدين رحابية، المتابعة الجزائية لجرائم الفساد والعقوبات المقررة لها في ظل القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته"، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 02، العدد 2، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2016، ص 253.

(2) المادة 06 مكرر من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي لقمع الفساد(الفرع الثاني)، إضافة إلى مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية(الفرع الثالث) ، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: الشرطة القضائية

تتمثل سلطة الضبطية القضائية بإختصاصها الأصيل في التحقيق والتحري عن الجرائم بصفة عامة، وفي إطار تفعيل دورها في التصدي لجرائم الفساد عموما والمتعلقة بالصفقات العمومية خصوصا منح لها قانون الإجراءات الجزائية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته أساليب جديدة للتحري تتمثل في أساليب التحري الخاصة⁽¹⁾، و هي العمليات أو الإجراءات أو التقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة وإشراف السلطة القضائية بهدف البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات والقوانين المكلمة له، والكشف عن مرتكبيها، دون علم و رضا الأشخاص المعنيين⁽²⁾، وقد أشارت إلى هذه الأساليب المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي جاء فيها: >> من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني والإختراق، على النحو المناسب و بإذن من السلطة القضائية المختصة.

تكون للأدلة المتوصل إليها بهذه الأساليب حجيتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما>>⁽³⁾.

كما أن قانون الإجراءات الجزائية قد إستحدث إجراءات للبحث والتحري هما إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور إضافة إلى التسرب⁽⁴⁾، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد الأساليب الخاصة للتحري التي تقوم بها الشرطة القضائية فيما يلي:

(1) عياد بوخالفة، المرجع السابق، ص141.

(2) نبيلة زراقي، إستراتيجية جهاز الضبط القضائي في الكشف عن جرائم الفساد، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 02 ، العدد 02، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2016، ص185.

(3) المادة 56 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم، والتي تقابلها المادة 50 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

(4) الفصل الرابع، الفصل الخامس من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

أولاً: التسليم المراقب

عرف المشرع الجزائري التسليم المراقب بموجب المادة 02 فقرة "ك" من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنه: >> الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة وتحت مراقبتها، بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه <<⁽¹⁾.

لكن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عن أي إجراءات أو شروط معينة للقيام بهذا الأسلوب، وهذا بخلاف قانون الإجراءات الجزائية الذي نص في المادة 16 مكرر منه على الضوابط الواجب مراعاتها أثناء مراقبة الأشخاص والأشياء والأموال⁽²⁾، والتي لم تشمل جرائم الفساد بصريح نص المادة 16 مكرر والمادة 16 من ق.إ.ج رغم الأهمية الكبيرة لهذا الأسلوب، وقد سمح المشرع الجزائري بتطبيق هذا الأسلوب للكشف عن جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، وذلك بالسماح للشحنات المشبوهة بالخروج من إقليم الدولة الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم السلطات المختصة وتحت مراقبتها السرية، بغية التوصل إلى الوجهة النهائية لهذه الشحنات والكشف عن أكبر عدد من الأشخاص الضالعين في ارتكاب هذه الجريمة وكشف منظمي الجريمة و مموليها*.

(1) الفقرة ك من المادة 02 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص ص 255، 256.

(*) تنص المادة 16 مكرر من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم على أنه: >> يمكن ضباط الشرطة القضائية و تحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية، ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره، أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضددهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الاشتباه فيهم بإرتكاب الجرائم المبنية في المادة 16 أعلاه أو مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من إرتكاب هذه الجرائم أو قد تستعمل في إرتكابها<<.

ثانيا: إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور أو التردد الإلكتروني

إعتبرت المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التردد الإلكتروني كأسلوب من أساليب التحري الخاصة، لكن دون أن يعرفه أو يحدد إجراءاته، ثم إستدرك المشرع هذا الأمر في قانون الإجراءات الجزائية بتخصيصه الفصل الرابع منه كاملا للتردد الإلكتروني تحت عنوان "في إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور" (1).

يعتبر التردد الإلكتروني من أهم الأساليب المستحدثة للكشف عن جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، ويعرف بأنه تتبع سري ومتواصل للمجرم أو المشتبه به قبل وبعد ارتكابه للجريمة ثم القبض عليه متلبسا بها، ونظرا لحساسية هذا الإجراء بإعتباره ينتهك حق الأفراد في الخصوصية(2)، فقد إشتراط المشرع لممارسته أن يمارس من قبل ضباط الشرطة القضائية المؤهلين، كما يجب الحصول على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق كل حسب إختصاصه لمدة معينة قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري، ولقد أورد قانون الإجراءات الجزائية العديد من الضمانات الموضوعية والإجرائية التي تحول دون تعسف السلطة العامة في إستعمال أساليب التردد الإلكتروني(3)، وإعتراض المكالمات الهاتفية وتسجيلها وإتاحة التنصت والتقاط الصور، وهذا بغرض مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية والوقاية منها.

ثالثا: التسرب أو الإختراق

يعتبر التسرب من أهم التقنيات التي أدرجها المشرع الجزائري في المواد من 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية، والمادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت تسمية "الإختراق"، والتسرب عملية منظمة بدقة تستهدف أوساطا معينة حيث تسمح لضباط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه تحت مسؤوليته بمراقبة الأشخاص المشتبه في

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 259.

(2) بومدين كعبيش، أساليب التحري الخاصة في جرائم الفساد، مجلة القانون، المجلد 05، العدد 07، معهد العلوم القانونية

والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة غيليزان، ديسمبر 2016، ص 304، 305.

(3) المادة 65 مكرر 05، المادة 65 مكرر 10 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

إرتكابهم إحدى الجرائم المنصوص عليها حصرا في القانون ومنها جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، والتوغل داخل جماعتهم لكشف أنشطتهم الإجرامية وكيفية تحركها بدون الكشف عن هويته الحقيقية⁽¹⁾، ونظرا لما يمثله التسرب من خطر و تهديد على حقوق وحرية الأفراد فقد قيده المشرع بمجموعة من الشروط والضمانات حتى لا يساء إستخدامه⁽²⁾، وأهم هذه الشروط هو الحصول على إذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة عملا بمبدأ الشرعية والذي يجب أن تتوافر فيه الشروط والبيانات التي يتطلبها القانون، وأن تكون مدة التسرب محددة، بالإضافة إلى مباشرة التسرب من طرف ضابط أو عون الشرطة القضائية ولكن تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بالعملية، كما وفر المشرع العديد من الضمانات لتسهيل عمل المتسرب بهدف الكشف عن جرائم الفساد المتعلقة بمجال الصفقات العمومية وضبط مرتكبيها⁽³⁾.

الفرع الثاني: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي لقمع الفساد

تدعيما لجهود الجزائر الرامية إلى مكافحة جرائم الفساد عموما وخصوصا تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، وسعيا منها للوفاء بالتزاماتها الدولية في ظل مصادقتها على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي ألزمت في مادتها السادسة الدول المنطوية تحت لوائها إلى إنشاء هيئات لمكافحة جرائم الفساد⁽⁴⁾، عمدت الجزائر إلى تأسيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته (أولا) إضافة إلى الديوان المركزي لقمع الفساد (ثانيا)، وهذا ما سندرسه فيما يلي:

(1) الفقرة 01 من المادة 65 مكرر من الأمر رقم 155/66، المعدل والمتمم. للتفصيل أنظر: كعبيش بومدين، المرجع السابق، ص 306، 307.

(2) بومدين كعبيش، المرجع السابق، ص 307.

(3) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 269، 272.

(4) مسعودة عمار، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بين الضرورة المؤسساتية ومحدودية الإختصاصات، حويات جامعة الجزائر، المجلد 32، العدد 02، جامعة الجزائر، جوان 2018، ص 408.

أولاً: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

في إطار الآليات القانونية الرامية للحد من ظاهرة الفساد وقمع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية أنشأ المشرع الجزائري الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته*، وهذا بموجب القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، ثم تم تحديد نظامها القانوني وكيفية سيرها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 413/06⁽²⁾، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 64/12، ثم تمت ترقيتها إلى مصاف الدسترة في التعديل الدستوري لسنة 2016⁽³⁾.

ورجوعاً إلى نص المادة 17 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجدتها تقضي بأن: >> تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد<<⁽⁴⁾، كما حددت المادة 18 من نفس القانون الطبيعة القانونية للهيئة على اعتبار أنها سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي⁽⁵⁾، ورغم وصف المشرع لها بالمستقلة إلا أنها تبقى تابعة لرئيس الجمهورية، وهذا فيه تناقض من المشرع لأن الإستقلال المالي والإداري لا يتحقق مع تبعية الهيئة لرئيس السلطة التنفيذية، الأمر الذي حتماً سيكون حاجزاً عن ملاحقة بعض أعضاء الجهاز التنفيذي الذين قد يمارسون جرائم الفساد⁽⁶⁾.

(*) الجدير بالذكر أنه ليست هذه الهيئة الوحيدة والأولى التي أناط لها المشرع مهمة تتبع الفساد، فقد سبقها في ذلك المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها الذي أنشأ سنة 1996، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 233/96، المؤرخ في 02 جويلية 1996، ج ر عدد 41، الصادرة في 03 جويلية 1996، عقب الحملة الإعلامية التي أعلنها الرئيس السابق اليامين زروال على الرشوة ومختلف صور الفساد، حيث أنه وبعد تنصيب هذا المرصد في ديسمبر 1996، تم حله سنة 2000، من قبل رئيس الرئيس السابق عبد العزيز بوتفليقة نظراً لفشله الذريع في مكافحة هذه الجريمة. للتفصيل أنظر: حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 484.

(1) المادة 17 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 413/06، المؤرخ في 22 نوفمبر 2003، المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، ج ر عدد 74، الصادرة في 22 نوفمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 64/12، المؤرخ في 7 فيفري 2012، ج ر عدد 08، الصادرة في 15 فيفري 2012.

(3) المادة 202 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016.

(4) المادة 17 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(5) المادة 18 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(6) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ج 02، ط 01، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 47.

تتشكل الهيئة حسب المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 من رئيس و 06 أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، وتنتهي مهامهم بنفس الطريقة⁽¹⁾، بالإضافة إلى مهام الهيئة المنصوص عليها في المادة 20 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فقد خول المشرع الجزائري صلاحيات واسعة في عملية البحث والتحري للكشف عن جرائم الفساد، بما فيها ذلك تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، فلها صلاحية المطالبة بالمعلومات والوثائق كما لها أن تخطر الهيئات المخولة قانونا عن كل الخروقات التي تم إكتشافها لإتخاذ التدابير القانونية اللازمة⁽²⁾، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1- المطالبة بالوثائق والمعلومات التي من شأنها الكشف عن جرائم الفساد

إستنادا لنص المادة 21 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإنه يحق للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته طلب كل الوثائق والمعلومات التي تراها مساعدة للكشف عن جرائم الفساد عموما ومن بينها الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص، ومن كل شخص طبيعي أو معنوي، وكل رفض متعمد وغير مبرر لتقديم الوثائق والمعلومات المطلوبة للهيئة يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة⁽³⁾، لذا يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى خمس (05) سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من رفض عمدا ودون تبرير تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات المطلوبة⁽⁴⁾، في حين يكون الرفض مبررا إذا كانت المعلومات والوثائق المطلوبة لا تفيد الهيئة في الكشف عن جرائم الفساد عموما، وهنا يرجع للقاضي الجزائري تقدير ما إذا كان الرفض مبررا أم غير مبرر⁽⁵⁾.

(1) المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المعدل والمتمم.

(2) عياد بوخالفة، المرجع السابق، ص 139.

(3) المادة 21 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(4) المادة 44 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

(5) نادية تياب، المرجع السابق، ص 307 .

2- تحويل الملف للمتابعة القضائية

عندما تصل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أثناء عمليات التحري إلى أن الوقائع المتوصل إليها تشكل جريمة فساد عموماً، أي ذات وصف جزائي فإنها تقوم بتحويل الملف إلى وزير العدل الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الإقتضاء⁽¹⁾، والملاحظ هنا أن الهيئة غير مؤهلة قانوناً لتحويل الملف مباشرة إلى النائب العام أو تحريك الدعوى العمومية، وإنما هي ملزمة بإخطار وزير العدل الذي له السلطة التقديرية في إخطار النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية من عدمها، وذلك لأن المشرع قد إستعمل لفظ "عند الإقتضاء"، وهذا ما يتنافى وسياسة مكافحة الفساد التي تقتضي عدم التستر على أي ملف من ملفات الفساد الإداري⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم فإنه على الرغم من الصلاحيات الواسعة الممنوحة لهذه الهيئة إلى أن دورها يتعلق أساساً بالوقاية وليس المكافحة⁽³⁾، ويظهر ذلك جلياً في الطبيعة الإستشارية لمهام الهيئة والتي من بينها تقديم توجيهات وإقتراح تدابير ذات طابع تشريعي أو تنظيمي للوقاية من الفساد وإقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون العامة وكذا الأموال العمومية⁽⁴⁾، كما يجب الوقوف على مسألة مهمة وهي التقرير السنوي الذي ترفعه الهيئة إلى رئيس الجمهورية*،

(1) المادة 22 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم. أنظر الفقرة 08 من المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المعدل والمتمم.

(2) جميلة فار، واقع ورهانات الهيئة الوطنية والديوان المركزي في مجال مكافحة الفساد، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 02، عدد 01، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2016، ص 464.

(3) رمزي حوحو - لبنى دنش، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 04، العدد 05، مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ديسمبر 2009، ص 76.

(4) المادة 20 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم.

* تنص المادة 24 من القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم على أنه: >> ترفع الهيئة إلى رئيس الجمهورية تقريراً سنوياً يتضمن تقييماً للنشاطات ذات الصلة بالوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا النقائص المعايينة والتوصيات المقترحة عند الإقتضاء.<<.

فالمشروع لم ينص على نشره في الجريدة الرسمية أو في وسائل الإعلام، وهذا ما يساهم في زيادة الغموض حول شفافية تسيير الأموال العمومية وعدم مصداقية سياسية مكافحة الفساد⁽¹⁾.

ولعل الطابع الوقائي لهذه الهيئة هو الذي أوحى للمشرع الجزائري بإحداث هيئة ثانية ذات طابع ردعي وقمعي وهي الديوان المركزي لقمع الفساد.

ثانيا: الديوان المركزي لقمع الفساد

إن إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد جاء في إطار مسعى الدولة نحو مضاعفة جهود مكافحة الفساد، وذلك لتدعيم دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، تنفيذاً لتعليمات رئيس الجمهورية المؤرخة في 13 ديسمبر 2009*، والتي بينت بصورة صريحة إختصاص كل من الجهازين، فأصبحت الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد تنحصر مهامها في الطابع الوقائي بينما أسندت للديوان المركزي لقمع الفساد مهمة قمع وردع جرائم الفساد⁽²⁾، وهذا ما تأكد بصدور الأمر رقم 05/10⁽³⁾، المتمم للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أضاف الباب الثالث مكرر والذي بموجبه تم إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد وأحال إلى التنظيم تحديد تشكيله وتنظيمه وكيفيات سيره وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 426/11، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 209/14⁽⁴⁾، حيث بالرجوع لنص المادة 24 مكرر من الأمر 05/10 فنجدها تقضي بأنه: >> ينشأ ديوان مركزي لقمع الفساد يكلف بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد<<⁽⁵⁾.

(1) جميلة فار، المرجع السابق، ص 464.

(*) أنظر الملحق رقم 03

(2) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ج2، المرجع السابق، ص 55، 56.

(3) الأمر رقم 05/10، المؤرخ في 26 أوت 2010، المتمم للقانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 50، الصادرة في 01 سبتمبر 2010.

(4) المرسوم الرئاسي رقم 246/11، المؤرخ في 8 ديسمبر 2011، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، ج ر عدد 68، الصادرة في 14 ديسمبر 2011، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 209/14، المؤرخ في 23 جويلية 2014، ج ر عدد 46، الصادرة في 31 جويلية 2014.

(5) الفقرة 01 من المادة 24 مكرر من الأمر رقم 05/10، المتمم للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وهو مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية تكلف بالبحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد⁽¹⁾، وهو يتشكل من ضباط وأعاون الشرطة القضائية التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية، ومن ضباط وأعاون الشرطة القضائية التابعة لوزارة الدفاع الوطني، وكذلك من أعوان عموميين ذوي كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد، بالإضافة إلى مستخدمين للدعم التقني والإداري⁽²⁾، كما يمكن للديوان الإستعانة بكل خبير أو مكتب إستشاري و/أو مؤسسة ذات كفاءات أكيدة في مجال الفساد⁽³⁾.

وللإشارة فإن ضباط الشرطة القضائية التابعون للديوان يمتد الإختصاص المحلي لهم في جرائم الفساد والجرائم المرتبطة بها إلى كامل الإقليم الوطني⁽⁴⁾، كما أن مهام الديوان تتمحور أساسا في جمع الأدلة بشأن جرائم الفساد عموما ومن بينها جرائم الصفقات العمومية، وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهات القضائية المختصة وهذا طبقا لنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11، والتي حددت صلاحيات الديوان بدقة كما يلي:

- 1- جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد ومكافحتها ومركزة ذلك وإستغلاله.
- 2- جمع الأدلة والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهة القضائية المختصة.
- 3- تطوير التعاون والتساند مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية.
- 4- إقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها على السلطات المختصة⁽⁵⁾.

(1) المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11.

(2) المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11.

(3) المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11.

(4) الفقرة 03 من المادة 24 مكرر من الأمر رقم 05/10 المتمم للقانون رقم 01/06.

(5) المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11.

أما عن كيفية سير عمل الديوان المركزي لقمع الفساد فقد فصل ذلك المشرع في الفصل الرابع من المرسوم الرئاسي 426/11، حيث أنه بداية يجب على ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعين للديوان أن يمارسوا مهامهم وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية والقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، ولهم الحق في إستعمال كل الوسائل من أجل جمع المعلومات المتصلة بمهامهم المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، كما يمكن للديوان الإستعانة بمساهمة ضباط الشرطة القضائية أو أعوان الشرطة القضائية التابعين لمصالح الشرطة القضائية الأخرى⁽²⁾، ويجب على ضباط الشرطة القضائية التابعين للديوان أن يعلموا فورا وكيل الجمهورية لدى المحكمة الكائن بها محل الجريمة ويبلغونه بأصل مرفق بنسختين من ملف إجراءات التحقيق، ويرسل هذا الأخير النسخة الثانية فورا إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة⁽³⁾، وفي هذه الحالة يتم إرسال الملف إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة ذات الإختصاص الموسع⁽⁴⁾، ويطلب النائب فورا بالإجراءات إذا إعتبر أن الجريمة هي إحدى جرائم الفساد عموما وتدخل ضمن إختصاص المحاكم التي تم توسيع إختصاصها المحلي، ثم يحولها إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة ذات الإختصاص الموسع والذي يوجه تعليمات مباشرة إلى ضباط الشرطة القضائية التابعين للديوان الذين قاموا بالتحري والبحث والتحقيق في الملف المعروف على وكيل الجمهورية⁽⁵⁾، هذا ويمكن للديوان أيضا في هذا الإطار بعد إعلام وكيل الجمهورية المختص بذلك مسبقا أن يوصي السلطة السلمية باتخاذ كل إجراء إداري تحفظي عندما يكون هناك عون عمومي موضع شبهة في وقائع تتعلق بالفساد⁽⁶⁾.

(1) المادة 19 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المعدل.

(2) المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المعدل.

(3) المادة 40 مكرر 01 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

(4) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 514.

(5) المادة 40 مكرر 02 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم. للتفصيل أنظر: الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات

مكافحتها في التشريع الجزائري، ج 02، المرجع السابق، ص 63.

(6) المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المعدل.

ولإشارة فإنه وعلى الرغم من الصلاحيات المتنوعة الموكلة للديوان المركزي لقمع الفساد والتي تجمع بين الرقابة والقمع والإقتراح إلا أنه جهاز غير مستقل، فحسب ما جاء في المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المعدل: >> يوضع الديوان لدى وزير العدل، حافظ الأختام <<، فهو بهذا جهاز غير مستقل تابع للسلطة التنفيذية، حتى أعضاؤه يخضعون لإشراف القضاء ورقابة وزير العدل، كما أنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي اللذان يجسدان حقا الضمانات الحقيقية لإستقلالية أي جهاز من الناحية الوظيفية وهذا ما قد يؤثر على عمله في مجال التحري والكشف عن جرائم الفساد⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة

تعد الرقابة المالية والمحاسبية وسيلة للوقاية من جرائم الفساد بشكل عام والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية بشكل خاص، فهي تهدف لحماية المال العام بالكشف عن جميع أوجه الإساءة للمال العام أو استغلاله بوجه غير مشروع، وهذا للتأكد من صحة العمل وعدم وجود أي مخالفات، ويكمل دور هذه الرقابة بدور كل من المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة في الكشف عن جرائم الفساد عموما والوقاية منها⁽²⁾، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولا: المفتشية العامة للمالية

تعتبر المفتشية العامة للمالية جهاز دائم للرقابة المالية، أحدثت بمقتضى المرسوم رقم 53/80⁽³⁾، واحتلت ذلك الوقت مكانة متميزة ووضعت تحت السلطة المباشرة للوزير المكلف بالمالية، وتماشيا مع الإصلاحات الإقتصادية التي عرفتها الجزائر تم تحديث النصوص التنظيمية التي تنظم المفتشية العامة للمالية⁽⁴⁾، تجلت إبتداءا بالمرسوم التنفيذي رقم 502/91

(1) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ج2، المرجع السابق، ص ص57، 58.

(2) حليلة بروك، مكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص230.

(3) المرسوم رقم 53/80، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية، ج ر عدد10، الصادرة في 04 مارس 1980.

(4) نادية تياب، المرجع السابق، ص311.

الذي يحكم موظفي المفتشية⁽¹⁾، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 32/92 المتعلق بتنظيم الهياكل المركزية لها⁽²⁾، والرسوم التنفيذية رقم 33/92 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية وتحديد إختصاصاتها⁽³⁾، والرسوم التنفيذية رقم 78/92 المحدد لإختصاصات المفتشية⁽⁴⁾، والذي ألغى المرسوم رقم 53/80، وفي سنة 2007 صدر المرسوم التنفيذي رقم 364/07 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية⁽⁵⁾، والذي نص في مادته الأولى على أن: >> المفتشية العامة للمالية يحكمها نص خاص <<⁽⁶⁾.

وتطبيقا لهذا المرسوم صدرت نصوص تنظيمية جديدة تتعلق بتنظيم المفتشية العامة للمالية بداية بالرسوم التنفيذية 272/08 المحدد لصلاحياتها⁽⁷⁾، والرسوم التنفيذية 273/08 المتضمن لهياكلها المركزية⁽⁸⁾، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 274/08 المتضمن تنظيم المفتشيات الجهوية التابعة لها⁽⁹⁾، والواضح أن التنظيم القانوني للمفتشية العامة للمالية تكامل عبر المراحل تبعا للتطور الحاصل في مفهوم الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية في الدولة⁽¹⁰⁾.

- (1) المرسوم التنفيذي رقم 502/91، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الاقتصاد، ج ر عدد 67، الصادرة في 23 ديسمبر 1991.
- (2) المرسوم التنفيذي رقم 32/92، المؤرخ في 20 جانفي 1992، المتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد 06، الصادرة في 26 جانفي 1992.
- (3) المرسوم التنفيذي رقم 33/92، المؤرخ في 20 جانفي 1992، المحددة لتنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية، ويضبط اختصاصاتها، ج ر عدد 06، الصادرة في 26 جانفي 1992.
- (4) المرسوم التنفيذي رقم 78/92، المؤرخ في 22 فيفري 1992، المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد 15، الصادرة في 22 فيفري 1992.
- (5) المرسوم التنفيذي رقم 364/07، المؤرخ في 28 نوفمبر 2007، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر عدد 75، الصادرة في 02 ديسمبر 2007.
- (6) المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 364/07.
- (7) المرسوم التنفيذي رقم 273/08، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد 50، الصادرة في 07 سبتمبر 2008.
- (8) المرسوم التنفيذي رقم 272/08، المؤرخ في 6 سبتمبر 2008، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد 50، الصادرة في 7 سبتمبر 2008.
- (9) المرسوم التنفيذي رقم 274/08، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المحدد لتنظيم المفتشيات العامة للمالية وصلاحياتها، ج ر عدد 50، الصادرة في 07 سبتمبر 2008.
- (10) نادية تياب، المرجع السابق، ص 312.

تعد رقابة التسيير المالي والمحاسبي المهمة الأساسية للمفتشية العامة للمالية كما لها سلطة بسط الرقابة والتحري وكشف جرائم الفساد في الصفقات العمومية المشبوهة، فقد خول لها المشرع صلاحيات واسعة من خلال فحص الصفقة العمومية سواء من الناحية الشكلية والموضوعية⁽⁷⁾، على النحو التالي:

1- فحص الصفقة العمومية من الناحية الشكلية

تقوم المفتشية العامة للمالية بفحص الصفقات العمومية من الناحية الشكلية من خلال البحث والإستفسار عن الطريقة التي حددت بها الإحتياجات العمومية، والإطلاع على دفتر الشروط قصد معرفة مختلف الشروط الموضوعية وعدم مخالفتها للقانون، كذلك معرفة تاريخ إبرام الصفقة لمعرفة الرصيد المتبقي، إضافة إلى البحث عن طريقة إبرام الصفقة، فلو تم إبرامها عن طريق التراضي يكون على المفتشية العامة للمالية البحث عن الأسباب الحقيقية التي أدت إلى إبرام الصفقة بهذه الطريقة وفقا لما هو محدد في تنظيم الصفقات العمومية، كذلك تقوم بالتأكد من عدم وجود أفعال أو ممارسات تخل بمبادئ إبرام الصفقات العمومية، ولها الحق في التحقق من كل الشكليات الواجب توافرها أثناء عملية إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها⁽¹⁾.

2- فحص الصفقة العمومية من الناحية الموضوعية

تلعب المفتشية العامة للمالية دورا مهما في الكشف عن المخالفات التي ترتكبها المصلحة المتعاقدة في مراحل إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية، تتم هذه المراقبة عن طريق التحقيق وفحص ومراجعة المستندات. تبدأ المفتشية العامة للمالية بفحص الصفقة العمومية من الناحية الموضوعية من خلال مراقبة مراحل إبرام الصفقة العمومية، للتأكد من عدم مخالفة النصوص التنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، والتأكد من مطابقة العروض لدفتر الشروط، وكيفية إختيار المتعامل المتعاقد، وبعد فحص محضر اللجنة والتحقق من وجود قرار تعيينها وصلاحياتها، بالإضافة إلى الرقابة على عملية التنفيذ عن طريق رقابة العمليات المالية

(7) عياد بوخالفة، المرجع السابق، ص140.

(1) نادية تياب، المرجع السابق، ص317.

المنجزة وكشف المخالفات التي يمكن أن تحدث في هذه المرحلة كدفع الأموال دون أن تمام الإنجاز وعدم إحترام الآجال المحددة للتنفيذ وفق المتفق عليه في دفتر الشروط⁽¹⁾.

بناء على ما سبق فإنه رغم تمتع المفتشية العامة للمالية بصلاحيات واسعة للكشف عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية عن طريق الفحص والمراجعة، لكنها تبقى هيئة غير مستقلة كونها وضعت تحت السلطة المباشرة للوزير المكلف بالمالية، فدورها يقتصر على التنبيه وإخطار وزير المالية بوجود إخلالات و صفقات مشبوهة، لأنها لا تملك سلطة تحريك الدعوى العمومية أو توقيع العقاب، وإنما تعد تقارير وترسلها إلى الوزير المكلف بالمالية الذي كان هو الأصل بإخطارها بالتدخل⁽²⁾، لذلك تبقى رقابة المفتشية العامة للمالية ذات فعالية نسبية رغم تمتعها بصلاحيات واسعة في الكشف عن جرائم الفساد المالي عموماً.

ثانياً: مجلس المحاسبة

مجلس المحاسبة هو مؤسسة مكلفة بالرقابة البعدية على إنفاق الأموال العمومية، والكشف عن مختلف الإستعمالات اللاقانونية للمال العام⁽³⁾، أنشئ بموجب المادة 190 من دستور 1976*، ثم تم تنصيبه سنة 1980 بموجب القانون رقم 05/80⁽⁴⁾، و الذي نصت المادة 03 منه على أنه: >> يوضع مجلس المحاسبة تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية. وهو هيئة ذات صلاحيات قضائية وإدارية مكلفة بمراقبة مالية الدولة...<<. لكن سرعان ما إنتزعت منه الصلاحيات القضائية وأصبح مجرد هيئة إدارية مستقلة للرقابة اللاحقة، وهذا بعد صدور

(1) عياد بوخالفة، المرجع السابق، ص ص140، 141.

(2) حليلة بروك، مكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 247.

(3) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ج 2، المرجع السابق، ص 98.

(*) تنص المادة 190 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 22 نوفمبر 1976 على أنه: >> يؤسس مجلس المحاسبة مكلف بالمراقبة اللاحقة لجميع النفقات العمومية للدولة والحزب والمجموعات المحلية والجهوية والمؤسسات الإشتراكية بجميع أنواعها. يرفع مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً إلى رئيس الجمهورية...<<.

(4) القانون رقم 05/80، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ج ر

عدد 10، الصادرة في 04 مارس 1980.

القانون رقم 32/90⁽¹⁾، غير أن هذا لم يدم طويلا حيث أعيدت للمجلس الصلاحيات القضائية والرقابية بموجب الأمر رقم 20/95⁽²⁾، المعدل بموجب الأمر 02/10⁽³⁾.

إن رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية لها دور هام في الكشف عن التجاوزات المالية ومخالفات النصوص التشريعية والتنظيمية، على إعتبار أن الصفقات العمومية المجال الخصب لصرف المال العام⁽⁴⁾، وعليه فإن مجلس المحاسبة في إطار الكشف عن جرائم الفساد عموما وعلى رأسها جرائم الصفقات العمومية يقوم بالمهام التالية :

1- التفتيش والتحقيق والتحري

تتم هذه الرقابة من خلال فحص سجلات ودفاتر وبيانات التحصيل والصرف، وكشف حالات الفساد المالية، كما يتحقق من عدم مخالفة الهيئات الإدارية للإجراءات القانونية الخاصة بالصفقات العمومية وفقا للتشريع الساري المفعول⁽⁵⁾، ويمارس هنا مجلس المحاسبة رقابته على أساس الوثائق المقدمة أو في عين المكان فجائيا أو بعد التبليغ ويتمتع في هذا الصدد بحق الإطلاع وبصلاحيات التحري⁽⁶⁾، ويقوم مجلس المحاسبة هنا برقابة التدقيق المحاسبي وذلك بالتأكد من سلامة الأرقام والبيانات الواردة في الميزانية بالتدقيق في حسابات الهيئات العمومية، بالإضافة إلى رقابة نوعية التسيير والتي تركز على مراقبة الكفاءة والفعالية في أداء الإدارة العامة بهدف التأكد من أن جميع الإجراءات تتم وفق السياسات المرسومة، ويقدم بهذه الصفة كل التوصيات التي يراها ملائمة لتدعيم آليات الوقاية و الحماية و التسيير الأمثل المال العام⁽⁷⁾.

(1) القانون رقم 32/90، المؤرخ في 18 اوت 1990، المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، ج ر عدد 53، الصادرة في 05 ديسمبر 1990 .

(2) الأمر رقم 20/95، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد 39، الصادرة في 23 جويلية 1995.

(3) الأمر رقم 02/10، المؤرخ في 26 اوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 20/95 المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد 50، الصادرة في 01 سبتمبر 2010.

(4) نادية تياب، المرجع السابق، ص 324.

(5) حميد زقاوي- شكري قلفاط، دور مجلس المحاسبة في مكافحة جرائم الصفقات العمومية، مجلة المعيار، المجلد 07، العدد 02 المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوتشرسي تيسمسيات، ديسمبر 2018، ص 227.

(6) المادة 14 من القانون رقم 20/95.

(7) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص ص 543، 545.

كما يبحث مجلس المحاسبة في صيغ إبرام الصفقة العمومية وتحديد الحاجة التي من أجلها تم إبرام الصفقة، والتحقق من مدى تنفيذ مشروع الصفقة⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يحق له أن يطلب الإطلاع على كل الوثائق التي من شأنها تسهيل رقابة العمليات المالية والمحاسبية اللازمة لتقييم تسيير المصالح والهيئات الخاضعة لرقابته⁽²⁾، وكذا مراجعة حسابات المحاسبين العموميين ومدى مطابقتها للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة ويصدر أحكاما بشأنها⁽³⁾، فإذا لم يكتشف مجلس المحاسبة أي مخالفة يصدر قرار نهائي يقضي ببراءة ذمة المحاسب، وإذا حصل العكس يبت بقرار مؤقت يتضمن تحفظات إلى المحاسب المعني الذي يحاول تبرئة ذمته، فإذا كان رده مؤسسا خلال الأجل القانوني، تتم تبرئته أما إذا دحضت حجته فيحكم عليه بدفع مبلغ النفقات⁽⁴⁾.

2- رقابة الإنضباط في مجال الميزانية والمالية

إن الهدف من هذه الرقابة هو التأكد من مدى تطبيق القوانين والتنظيمات المعمول بها في جميع المعاملات المالية التي تقوم بها الجهة الخاضعة للرقابة، وفي هذا الإطار يختص مجلس المحاسبة بتحميل المسؤولية لأي مسؤول أو عون في الهيئات الخاضعة لرقابته في حال إرتكب مخالفة لقواعد الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية⁽⁵⁾، حيث تتمثل هذه المخالفات في :

- خرق الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بتنفيذ الإيرادات والنفقات.

- إستعمال الإعتماد أو المساعدات المالية التي تمنحها الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية أو الممنوحة بضمان منها لأهداف غير الأهداف التي منحت من أجلها صراحة.

(1) حميد زقاري حميد-شكري قلفاط، المرجع السابق، ص227.

(2) الفقرة 01 من المادة 55 من الأمر رقم 23/95 المعدل والمتمم.

(3) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ج2، المرجع السابق، ص106.

(4) حميد زقاري-شكري قلفاط، المرجع السابق، ص227، 228.

(5) فاطمة بن الدين، مجلس المحاسبة كألية رقابة للحد من الفساد في الجزائر، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد 02،

العدد 02، مخبر تشريعات حماية الوظيفة العامة، المركز الجامعي نور البشير البيض، ديسمبر 2017، ص08.

- الإلتزام بالنفقات دون توفر الصفة أو السلطة أو خرقها للقواعد المطبقة في مجال الرقابة القبلية.
- الإلتزام بالنفقات دون توفر الإعتمادات أو تجاوز الترخيصات الخاصة بالميزانية.
- خصم نفقة بصفة غير قانونية من أجل إخفاء، إما تجاوزا ما في الإعتماد، وإما تغييرا للتخصيص الأصلي للإلتزامات أو القروض المصرفية الممنوحة لتحقيق عمليات محددة.
- تنفيذ عمليات النفقات الخارجة بشكل واضح عن هدف أو مهمة الهيئات العمومية.
- الرفض غير المؤسس للتأشيرات أو العراقيل الصريحة من طرف هيئات الرقابة القبلية أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية.
- عدم إحترام الأحكام القانونية أو التنظيمية المتعلقة بمسك المحاسبات وسجلات الجرد، والإحتفاظ بالوثائق والمستندات الثبوتية.
- التسيير الخفي للأموال أو القيم أو الوسائل أو الأملاك العامة.
- كل تهاون يترتب عنه عدم دفع حاصل الإيرادات الجبائية أو شبه الجبائية التي كانت موضوع إقتطاع من المصدر في الآجال، ووفق الشروط التي أقرها التشريع المعمول به.
- التسبب في إلزام الدولة أو الجماعات الإقليمية أو الهيئات العمومية بدفع غرامة تهديدية أو تعويضات مالية نتيجة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو بصفة متأخرة لأحكام القضاء.
- الاستعمال التعسفي للإجراء القاضي بمطالبة المحاسبين العموميين بدفع النفقات على أسس غير قانونية أو غير تنظيمية.
- أعمال التسيير التي تتم باختراق قواعد إبرام وتنفيذ العقود التي ينص عليها قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾.

(1) المادة 88 من الأمر 23/95 المعدل والمتمم.

- عدم إحترام القوانين التي تخضع لها عمليات بيع الأملاك العمومية التي لم تعد صالحة للإستعمال أو المحجوزة من طرف الإدارات والهيئات العمومية.

- تقديم وثائق مزيفة أو خاطئة إلى مجلس المحاسبة أو إخفاء مستندات عنه⁽¹⁾.

فإذا ثبت إرتكاب إحدى هذه المخالفات يعاقب مجلس المحاسبة مرتكبها بغرامة قد تصل إلى ضعف المرتب السنوي للموظف⁽²⁾، كما يمكن له إعفاء مرتكبي المخالفات السابقة الذكر من العقوبة المقررة، إذا تذرعوا بأمر كتابي من مسؤوليه السلميين أو من كل شخص مؤهل لإعطاء مثل هذا الأمر، حيث يتحمل هذا الأخير المسؤولية كاملة عن العون المعني⁽³⁾.

3- إحالة الملف على النيابة العامة

إذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء ممارسته للرقابة وقائع ذات وصف جزائي يرسل الملف إلى النائب العام المختص فيها لمتابعة المشتبه فيهم قضائيا، و يطلع وزير العدل بذلك، كما يخطر الأشخاص المعنيين والسلطة التي يتبعونها⁽⁴⁾، ولا تتعارض العقوبات الجزائية والتعويضات المدنية مع الغرامات الصادرة عن مجلس المحاسبة⁽⁵⁾.

ومما سبق فإن سلطة إخطار النيابة العامة من أهم الميزات التي منحها المشرع لمجلس المحاسبة في إطار مكافحة جرائم الفساد عموما، التي قد ترتكب داخل الهيئات الخاضعة لرقابته، وهذا تدعيما لصلاحياته الرقابية، لكن مع هذا فإن فعالية هذه الهيئة محدودة جدا وهذا لعدم إستقلاليتها عن السلطة التنفيذية، خاصة وأن التقرير السنوي الذي يعده مجلس المحاسبة يرفع إلى رئيس الجمهورية، وهذا ما يعتبر عائقا أمام أدائه لمهامه الرقابية بشفافية⁽⁶⁾.

(1) المادة 88 من الأمر رقم 23/95 المعدل والمتمم.

(2) المادة 89، 91 من الأمر رقم 23/95 المعدل والمتمم.

(3) المادة 93 من الأمر رقم 23/95 المعدل والمتمم.

(4) المادة 27 من الأمر رقم 23/95 المعدل والمتمم.

(5) المادة 92 من الأمر رقم 23/95 المعدل والمتمم.

(6) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 551.

وفي الأخير يمكن القول أنه لمكافحة جرائم الفساد عموما بما فيها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية كظاهرة، فإن هذا يحتاج لهيئات وأجهزة تتمتع بالإستقلالية العضوية والوظيفية عن السلطة التنفيذية حتى تتمكن من أداء مهامها على أكمل وجه، فأمام تعدد هذه الهيئات لمكافحة الفساد فإن إنشاء كل جهاز جديد يعتبر إخفاقا ضمينا للجهاز الذي سبقه، فالأمر لا يتعلق فقط بإنشاء أكبر عدد من هذه الهيئات وإنما تبني نية فعلية لمكافحة جميع أشكال الفساد من خلال تفعيل الجدي لرقابة وعمل هاته الهيئات واقعيا.

المطلب الثاني : علاقة الدعوى الجزائية بالدعوى الإدارية في مجال الصفقات العمومية

إن الصفقات العمومية تخضع لرقابة كل من القاضي الإداري والقاضي الجزائري وهذا مايقودنا للبحث عن أي من القاضيين أحق بالرقابة عليها، دون تجاوز الرقابة الإدارية التي يمكن أن تحول دون وصول النزاع إلى القضاء، إضافة إلى علاقة الدعوى الجزائية بالدعوى الإدارية في مجال الصفقات العمومية والتي هي علاقة تأثير وتأثر إبتداءا من التظلم الإداري المسبق إلى غاية صدور الحكم الفاصل في الدعوى، وهذا ما سندرسه فيما يلي :

الفرع الأول: أثر التظلم الإداري في الدعويين الإدارية والجزائية في مجال الصفقات العمومية

إن التظلم الإداري المسبق ينطلق من الرغبة في تحقيق غاية مهمة، وهي تقادي كثرة المنازعات والتي تنقل كاهل القضاء، حماية للمصلحة المتعاقدة وكذا حماية لمصلحة المتنافسين⁽¹⁾، فالطريق الإداري أحسن دون الإضطرار لخوض إجراءات قضائية طويلة، باهضة التكاليف وغير مضمونة النتائج، ونظرا لأهمية التظلم الإداري في الدعاوى القضائية سنحاول دراسة أثره في كل من الدعوى الإدارية (الفرع الأول) الدعوى الجزائية (الفرع الثاني) في مجال الصفقات العمومية.

(1) Mohammed Karim Noureddine, Le Recours Administratif Préalable Rempart Ou Regarant Des Drios Des Administrés, Revue Drois De L'homme Et Liberté Publique, Vol3 ,N°2 , Université Abdellhamide Ibne Badise De Mostaganem, Juin2018, P1

أولاً: أثر التظلم الإداري في الدعوى الإدارية في مجال الصفقات العمومية

يعتبر التظلم الإداري وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية، لحل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية إدارياً وودياً، ويعرف التظلم الإداري بأنه الطلب أو الشكوى التي يرفعها المتظلم إلى السلطات الإدارية الولائية أو الرئاسية أو إلى اللجان الإدارية لمراجعة العمل الإداري المتظلم منه إما بسحبه أو إلغائه أو تعديله، لجعله أكثر إنفاقاً مع مبدأ المشروعية والملائمة⁽¹⁾.

لقد كان التظلم الإداري المسبق في قانون الإجراءات المدنية القديم 154/66⁽²⁾، إجراء إجبارياً وشرطاً إلزامياً لقبول دعوى الإلغاء تحت طائلة عدم القبول*، لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 أصبح التظلم الإداري المسبق إجراءً جوازياً وليس شرط إلزامي*، باستثناء بعض النصوص الخاصة التي أوجب فيها المشرع الجزائري التظلم الإداري المسبق ومثالها، الدعاوى الانتخابية، والضريبية... الخ.

أما فيما يخص التظلم الإداري في مجال منازعات الصفقات العمومية فنجد المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية قد ميز بين حالتين، الأولى يكون التظلم فيها جوازياً وهذا ما يتضح من إسئقراء نص المادة 82 والتي جاء في فقرتها الأولى أنه: >> زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعناً لدى لجنة الصفقات المختصة...<<⁽³⁾.

باستعمال المشرع لعبارة "يمكن" هذا يدل على الجوازية، لكن في المقابل نجد أنه قد أوجب اللجوء إلى إجراء التسوية الودية للمنازعات التي تطرأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

(1) عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 366.

(2) الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، الصادرة في 09 جوان 1966، الملغى بموجب القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

(3) المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

قبل اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾، وتتعدد اللجان المختصة بالفصل في التظلمات الإدارية المسبقة في إطار التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، وهي لجان رقابة خارجية تختلف في الدرجة والمستوى، يتحدد إختصاصها حسب طبيعة الصفقة المبرمة إستنادا إلى المعيار العضوي والمالي⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة أن التظلم الإداري في مجال الصفقات العمومية كان إلزاميا في كل منازعات الصفقات العمومية منذ صدور النص القانوني الأول المتضمن قانون الصفقات العمومية والمتمثل في الأمر رقم 90/67⁽³⁾، حيث نصت المادة 152 من هذا الأمر على وجوب التظلم قبل كل دعوى قضائية، أمام لجنة وزارية إستشارية مهمتها إيجاد تسوية ودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية⁽⁴⁾، فإذا قبل الأطراف بالحل المقترح من قبل اللجنة إنتهى النزاع و إذا تم رفضه جاز للمعني رفع دعوى قضائية أمام الغرفة الإدارية ذلك الوقت طبقا للمواعيد العامة حيث أن المادة المذكورة لم تنص على ميعاد خاص للتظلم ولا للفصل فيه ولا لرفع الدعوى⁽⁵⁾. وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تغير الأمر شيئا فشيئا بخصوص المواعيد والهيئات، مع بقاء قاعدة إلزامية التظلم، وفي هذا قد كرسست المحكمة العليا بصرامة التظلم كشرط لقبول دعاوى الصفقات العمومية في مرحلة سابقة ومثاله قرار المحكمة العليا الصادر في 25 ديسمبر 1982 تحت رقم 32002 قضية (س.م) ضد وزير الري والمياه ووالي الولاية⁽⁶⁾.

(1) المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) حسين كمون، مدى فعالية التظلم الإداري كإجراء للتسوية الودية للمنازعات الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 04، العدد 02، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، أكتوبر 2018، ص 170.

(3) الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967. (ملغى)

(4) المادة 152 من الأمر رقم 90/67.

(5) مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص 302، 303.

(6) نفس المرجع، ص 304

وبعد صدور المرسوم الرئاسي 250/02 أصبح الطعن الإداري جوازيا طبقا لأحكام المادة 102 منه⁽¹⁾، وكذلك المادة 114 من المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى⁽²⁾، وهو ما كرسه المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 82 المذكورة آنفا، وهذا يعتبر تراجع صريح من المشرع الجزائري عن وجوبية التظلم في منازعات الصفقات العمومية، رغم الأهمية الكبيرة التي يحتلها هذا الإجراء لحل المنازعات إداريا توفيراً للوقت والتكاليف، وحماية لأطراف الصفقة العمومية خاصة في مرحلة الإبرام حيث تثور العديد من المنازعات بين طرفي الصفقة، لما يؤديه التظلم من نتائج إيجابية قد لا يمكن التوصل إليه عن طريق القضاء، فبمجرد تقديم التظلم الإداري للجهة الإدارية المختصة يترتب عليه آثار ونتائج لجميع الأطراف المتعلقة به، نظرا للعلاقة الثلاثية الموجودة بين أطرافه، الشخص المتظلم، الهيئة الإدارية المختصة وجهات القضاء الإداري، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1- أثر التظلم الإداري بالنسبة للشخص المتظلم

إن تقديم التظلم الإداري دليل على رفض المعني للقرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة، لسبب من أسباب عدم المشروعية⁽³⁾، حيث يرفع الطعن الإداري ضد قرار المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في أجل 10 أيام من تاريخ نشرهم في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية⁽⁴⁾، ويعتبر التظلم الحل الودي الذي يغنيه عن اللجوء إلى القضاء الإداري.

(1) المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، الصادرة في 28 جويلية 2002. (ملغى)

(2) المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، الصادرة في 07 أكتوبر 2010.

(3) مرية العقون، تنظيم التظلم الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 01، جامعة زيان عاشور الجلفة، مارس 2017، ص 399.

(4) الفقرة 03 من المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

2- أثر التظلم الإداري بالنسبة للجهة الإدارية المقدم لها التظلم

ويختلف أثر التظلم الإداري بالنظر إلى الموقف الذي تتخذه الجهة الإدارية المقدم لها، حيث تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارها في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ إنقضاء 10 أيام المخصصة لتقديم الطعن الإداري ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة وللمتظلم⁽¹⁾، وهنا نميز بين موقفين :

أ) حالة قبول التظلم الإداري :

إن أخذ التظلم الإداري بعين الاعتبار من قبل الجهات الإدارية المختصة يجعل منها محل ثقة وإحترام سواء من الموظفين أو حتى المنتفعين من خدماتها، فقيامها بتلبية طلب المعني بإلغاء أو تعديل أو إستبدال القرار الإداري أو حتى سحبه إذا شابه عيب من عيوب عدم المشروعية، يكون تحقيقا للغرض المرجو من التظلم الإداري وهو حل النزاع في مراحله الأولى دون الحاجة للجوء إلى القضاء⁽²⁾.

ب) حالة رفض التظلم الإداري :

إن الإدارة قد تقوم برفض التظلم بشكل صريح ولها تسبب رفضها من عدمه، كما قد تتخذ الإدارة موقفا سلبيًا حيث تلتزم السكوت دون القيام بأي تصرف قانوني تجاه القرار الإداري المتظلم منه، وفي هذه الحالة يعتبر السكوت رفضا بعد فوات الأجل القانوني للرد⁽³⁾.

وتجدر الإشارة أنه في حالة تقديم التظلم الإداري المسبق ضد المنح المؤقت، لا يعرض مشروع الصفقة العمومية على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد إنقضاء أجل 30 يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية⁽⁴⁾.

(1) الفقرة 07 من المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

(2) مرية العقون، المرجع السابق، ص 399.

(3) الزين عزري، المرجع السابق، ص 89.

(4) الفقرة 08 من المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

3- أثر التظلم الإداري بالنسبة للجهة القضائية المختصة

في حالة موافقة الإدارة على التظلم الإداري فالأكيد أن النزاع سيحل وديا دون الحاجة للجوء إلى القضاء، أما في حالة رفضها فلصاحب الشأن اللجوء إلى القضاء الإداري للرقابة على مشروعية القرار الإداري، والذي يعد صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في المنازعات الإدارية عموما والمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية خصوصا.

ورغبة من المشرع الجزائري في تشجيع الأفراد للطعن إداريا قبل اللجوء إلى القضاء، فإنه قد رتب على تقديم التظلم الإداري المسبق قطع مدة الطعن المحددة لدعوى الإلغاء فهو يؤثر بالضرورة على إحتساب الآجال القانونية لرفعها⁽¹⁾، وبما أن المرسوم الرئاسي 247/15 لم يوضح الآثار المترتبة للتظلم على الدعوى الإدارية، فإنه ووفقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 830 نميز بين حالتين:

أ) حالة عدم تقديم التظلم الإداري المسبق :

و هي الحالة التي يقرر فيها الشخص المعني عدم رفع أي طعن إداري خاصة باعتباره إجراء جوازيا سواء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو قانون الصفقات العمومية، و يلجأ مباشرة للقضاء الإداري برفع دعوى إلغاء و التي يتحدد أجل رفعها بأجل 4 أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري التنظيمي أو الجماعي⁽²⁾.

ب- حالة رفع التظلم الإداري المسبق :

في حالة قيام المعني بالقرار بالتظلم منه فإنه يكون ملزما بمواصلته إلى آخر مرحلة، وبالتالي عدم تمكنه من رفع دعوى الإلغاء قبل إستنفاد الآجال المتعلقة بالتظلم، حيث تنتهي معالجة الإدارة لهذا الطعن بتحديد موقفها منه سواء الصريح أو الضمني⁽³⁾، ليتم بعدها اللجوء

(1) مرية العقون، المرجع السابق، ص400.

(2) المادة 829 من القانون رقم 09/08.

(3) مرية العقون، المرجع السابق، ص401.

إلى القضاء الإداري في حال عدم حل النزاع إداريا. وعليه فإن التظلم الإداري المسبق له أثر موقف للدعوى الإدارية لما له من أهمية في محاولة حل المنازعة دون اللجوء إلى القضاء.

ولذلك كان من الأحسن جعله وجوبيا في منازعات الصفقات العمومية كما كان عليه الأمر سابقا لمحاولة إبقاء الخطأ الإداري في صياغته الإدارية وحله وديا تجنبنا للعرقلة التي تصيب سواء أطراف الصفقة العمومية أو المشروع في حد ذاته خاصة مع الإجراءات القضائية الطويلة والمكلفة.

ثانيا : أثر التظلم الإداري في الدعوى العمومية في مجال الصفقات العمومية

إن المشرع الجزائري جعل النيابة العامة هي المختصة بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجزائي بدون قيد في جرائم الفساد الإداري عموما والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية خصوصا⁽¹⁾، لكنه أورد إستثناء في المادة 06 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية وهو أنه: >> لا تحرك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الإقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو إختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة إلا بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الإجتماعية للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري وفي التشريع الساري المفعول.

يتعرض أعضاء الهيئات الإجتماعية للمؤسسة الذين لا يبلغون عن الوقائع ذات الطابع الجزائي للعقوبات المقررة في التشريع الساري المفعول <<⁽²⁾.

وبهذا فقد قام المشرع بوضع قيد على رقابة القاضي الجزائي إذا تعلق الأمر بمسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية، رغبة منه في حل النزاع في مراحله الأولى دون الحاجة للجوء إلى القضاء، لكن من جهة أخرى يعتبر هذا القيد غطاءا لإنتشار العديد من جرائم الفساد التي تؤدي لتبديد الأموال العمومية، وإعفاء مرتكبيها من المتابعة الجزائية، فلا يعقل أن يقوم مجلس إدارة هاته المؤسسات بتقديم تقرير أو شكوى ضد نفسه، في حين الموظف العمومي البسيط عند

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص237.

(2) المادة 06 مكرر من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

إرتكابه لخطأ يمكن أن تحرك الدعوى العمومية ضده بدون أي قيود على الرغم من أن القانون الإداري هو الكفيل بحماية أطراف الصفقة الثلاث سواء المصلحة المتعاقدة أو المال العام أو الشخص المتضرر.

وعليه فيجب عدم ترك السلطة واسعة للنيابة العامة لتجاوز الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة لحد إلغاء القيمة القانونية للتظلمات الإدارية بإعتبار الخطأ المرتكب منسوب إلى الموظف العمومي خاصة في المراحل التمهيدية للصفقة العمومية، فهي مرحلة عمل أولية تخضع للرقابة الإدارية حيث أن المشرع أعطى الحق للطرف المتضرر بالطعن الإداري وهذا في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15، معتبره خطأ إداريا يجب بقاؤه في صيغته الإدارية ومحاولة حله إداريا، ثم اللجوء إلى القاضي الإداري أولا بإعتباره صاحب الإختصاص الأصيل في الرقابة على منازعات الصفقة العمومية بإعتبارها عقدا إداريا، فهو الذي يصحح عمل الإدارة ويعيد المراكز القانونية لمكانها بالطريق الجزائي هنا يضر الموظف العمومي ولا ينفع الشخص المتضرر، لذا كان من الأحسن جعل التظلم الإداري قيدا على الدعوى العمومية لمحاولة تصحيح العمل الإداري المتعلق بالصفقة العمومية إداريا، وهذا لإعطاء الأولوية للطعون الإدارية لتفادي نشوب منازعة، دون تدخل لا القاضي الجزائي ولا القاضي الإداري خاصة في المراحل السابقة على إبرام الصفقة العمومية، وهذا حفاظا على عناصر الصفقة الثلاث المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي وكذا المال العام، بالإضافة إلى حماية للموظف العمومي الذي يفترض فيه الخطأ والذي أوجب قانون الوظيفة العمومية حل أخطائه إداريا عن طريق المسائلة التأديبية*، وهو الأمر الذي يصل بنا إلى حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية إداريا، بأقل الجهود والتكاليف وبأقصر الطرق، وكذا المحافظة على هوية ومصداقية النظام الإداري أمام الرأي العام والمجتمع والدولة.

(*) حدد المشرع الجزائري في الأمر رقم 03/06 أربع درجات من الأخطاء المهنية تقابلها أربع درجات من العقوبات التأديبية. للتفصيل أنظر: الفصل 2، الفصل 3 من نفس الأمر.

الفرع الثاني: علاقة الحكم الجزائري بالحكم الإداري في مجال الصفقات العمومية

إن الحكم القضائي في القانون له معنى عام وآخر خاص، فأما المعنى العام فيقصد به كل القرارات الصادرة عن الجهات القضائية⁽¹⁾، في حين المعنى الخاص فيقصد بالحكم القضائي " القرار الذي تصدره هيئة قضائية في إطار الإجراءات القانونية لإنهاء الخصومة القائمة بين الأطراف، ويضع حدا للنزاع"، أما التعبير بالحكم عما يصدر من المحاكم الابتدائية وبالقرار عما يصدر عن المجالس القضائية أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة فهو مجرد إصطلاح لا غير⁽²⁾، وإن صدور الحكم القضائي الفاصل في الموضوع يرتب أثرين أحدهما سلبي والآخر إيجابي، فأما الأثر السلبي فيتمثل في عدم جواز رفع نفس الدعوى مرة أخرى بعد سابقة الفصل فيها، ويكون واجبا على القاضي الإمتناع عن النظر فيها متى ثبت لديه أن عناصر الدعوى المعروضة عليه هي ذاتها المحكوم فيها، أما الأثر الإيجابي فيتمثل في الإحتزام الذي يجب أن يحوزه الحكم أمام كل الجهات القضائية، فيصح أن يتمسك به المدعي للمطالبة بحقوق تستند على ما قضى به الحكم، وهذا ما يعرف بمبدأ حجية الأمر المقضي فيه للأحكام القضائية⁽³⁾.

وقبل دراسة علاقة التأثير والتأثر بين الحكم الجزائري والحكم الإداري يجدر بنا التذكير بالقاعدة الفقهية التي مفادها أن الجزائري يعقل المدني، والتي تقوم على ما تنصه المادة 04 من قانون الإجراءات الجزائية والتي توجب على المحكمة المدنية تأجيل الفصل في الدعوى المطروحة أمامها إلى حين الفصل نهائيا في الدعوى الجزائية والتي يجب أن تكون قد حركت قبلها⁽⁴⁾، كما أن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائري إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا⁽⁵⁾، البعض إعتبر المحكمة المدنية المذكورة في المادة 04 من

(1) تنص الفقرة 05 من المادة 08 من القانون رقم 09/08 على أنه: > يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية <.

(2) مراد كامل، حجية الحكم القضائي، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2007/2008، ص 66.

(3) عبد الحكم فودة، حجية الأمر المقضي فيه وقوته في المواد المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 14، 15.

(4) الفقرة 02 من المادة 04 من الأمر رقم 155/66 المعدل والمتمم.

(5) المادة 339 من القانون رقم 05/07، المؤرخ في 2007/02/13، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، الصادرة في 2007/02/13، المعدل والمتمم.

قانون الإجراءات الجزائية هي كل ما يخرج عن المحاكم الجنائية، وبالتالي يدخل فيها القضاء الإداري، لكن هل يمكن تطبيق هذه القاعدة في غياب نص صريح يوضح العلاقة بين كل من الدعوى الجزائية والدعوى الإدارية و أثر كل منها على الأخرى؟

إنه وخلافا للمبدأ القائم على أن الجزائري يعقل المدني، فإن الأمر يختلف في الدعوى الإدارية وهذا لخصوصية القانون الإداري وفصله عن القانون العادي الذي يشمل القانون الجزائي والقانون المدني. وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال دراسة مدى تأثير كل من الحكم الجزائي في الدعوى الإدارية (أولا) وتأثير الحكم الإداري في الدعوى الجزائية (ثانيا) هذا كله ضمن مجال الصفقات العمومية.

أولاً: أثر الحكم الجزائي على الدعوى الإدارية

الحكم الجزائي هو كل قرار تصدره المحكمة في الدعوى العمومية للفصل فيها، أي أن الحكم هو القرار الفاصل في الخصومة الجزائية، وهو أهم ما يصدر عن السلطة القضائية كونه يمثل مرحلة البت في الدعوى والفصل في النزاع وإيقافه عند حد معين⁽¹⁾، والحكم الجزائي يكتسب حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، وهذه الحجية تمثل نوعاً من الحرمة التي يتمتع بها هذا الحكم سواء أكان ابتدائياً أم نهائياً، حضورياً أم غيابياً، وأن يكون حجة فيما حكم به بأن يلتزم به الخصوم وكذا القاضي الذي حكم به وغيره من القضاة في الجهات القضائية الأخرى⁽²⁾، ومن بينها جهات القضاء الإداري، ولقيام هذه الحجية للحكم الجزائي وتأثيره على الدعوى الإدارية يجب توافر جملة من الشروط نوردتها فيما يلي :

- يشترط تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها قبل الفصل في الدعوى الإدارية، أما إذا صدر حكم المحكمة الإدارية قبل ذلك، فلا حجية لحكم جزائي يصدر بعد ذلك حتى ولو تعارض مع الحكم الإداري⁽³⁾.

(1) أمال مقري، الطعن بالنقض في الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، مذكرة ماجستير، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2011، ص10.

(2) مراد كاملي، المرجع السابق، ص66.

(3) عبد العزيز سعد، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص209.

- يجب أن يكون الحكم الجزائي باتا مستنفذا كل طرق الطعن العادية وغير العادية، كما يجب أن يكون الحكم قطعيا، أي فاصلا في موضوع الدعوى الجزائية فالأحكام غير القضائية لا تؤثر في الدعوى الإدارية كقرار نذب خبير أو عدم الإختصاص بنظر الدعوى.

- يشترط وحدة الواقعة أي وحدة الفعل المادي الذي قامت عليه كل من الدعويين الجزائية والإدارية، فالقاضي الجزائي يظل سيد حكمه بالكامل عندما تكون الوقائع التي تعتبر أساس الدعوى العمومية متميزة عن الوقائع التي تكون محلا لرقابة القاضي الإداري⁽¹⁾.

ويتوافر شروط حجية الأمر المقضي فيه يكون للحكم الجزائي الصادر سواء بالإدانة أو بالبراءة أثر مباشر على الدعوى الإدارية. وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

1- أثر الحكم الجزائي الصادر بالإدانة على الدعوى الإدارية

إن الحكم الجزائي بالإدانة كقرار نهائي فاصل في الدعوى الجزائية ومنه للخصومة، يحوز حجية الشيء المقضي فيه تحقيقا لأمن و إستقرار المجتمع، والحكم بالإدانة هو الإرادة الكاشفة لوقوع الجريمة، ونسبتها للمتهم وكسبب للجزاء الجنائي الذي قضى به القاضي الجزائي في حكمه⁽²⁾.

وإن صدور حكم جزائي بإدانة موظف عمومي في جريمة من جرائم الصفقات العمومية سواء في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو مرحلة تنفيذها، وطبقا للأصل العام فإنه يكون حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ذلك ما يجعله يؤثر حتما على الدعوى الإدارية المرفوعة حول ذات الموضوع، فعند متابعة ممثل المصلحة المتعاقدة بجنحة إبرام صفقة مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به لغرض منح إمتيازات غير مبررة للغير، وصدور حكم بالإدانة في حقه، يجب على القاضي الإداري هنا الخضوع لحجية الحكم الجزائي والفصل بإلغاء المنح المؤقت للصفقة العمومية على إعتبار أن المنح كان غير قانونيا . وهنا يثور الإشكال كون القاضي الإداري هو صاحب الإختصاص الأصيل في مراقبة مدى صحة المنح المؤقت كونه عملا إداريا صادر عن هيئة إدارية، يجب كقاعدة عامة خضوعه للرقابة الإدارية أولا ثم إلى رقابة القضاء الإداري

(1) عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص ص466، 484.

(2) أمال مقري، المرجع السابق، ص23.

ثانياً باعتباره المختص بالفصل في منازعات القرارات والعقود الإدارية، وليس القاضي الجزائري، والذي يجب أن يحمي مصلحة الدولة في عقاب الجناة من جهة وعدم الإعتداء على حرية المتهم دون مقتضى القانون من جهة أخرى، حيث أن الخطأ المرتكب من طرف الموظف العمومي هو خطأ إداري من الأحسن بقاؤه في صياغته الإدارية خاصة في المراحل التمهيديّة لإبرام الصفقة العمومية.

أما في الجرائم الأخرى المتعلقة بالصفقات العمومية كجريمة الرشوة أو أخذ فوائد بصفة غير قانونية في هذا المجال فبمجرد توافر أركان الجريمة فإنها تستوجب المتابعة الجزائية، وعلى الرغم من إرتباطها بالصفقات العمومية إلا أنها تعتبر جرائم مستقلة عن بناء عقد الصفقة العمومية التي قد تكون إجراءاتها صحيحة، وبالتالي الحكم بالإدانة هنا لا يؤثر على صحة العقد كون الصفقة العمومية سليمة، لكن إذا منحت الرشوة بغرض الإستفادة من إمتيازات غير مبررة فهنا تأخذ صورة أخرى وهي جريمة منح الإمتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية على الرغم من أن المشرع الجزائري فصل بينهما، وفي هذه الحالة فقط تؤثر جريمة الرشوة على بناء الصفقة العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، نفس تأثير جريمة منح الإمتيازات غير المبررة، ويكون القاضي الإداري ملزماً بإحترام حجية الأمر المقضي فيه للحكم الجزائي في حالة الدفع به، وذلك بإلغاء الآثار الناجمة عن الفعل المجرم وإعادة الحقوق إلى أصحابها.

2- أثر الحكم الجزائي الصادر بالبراءة على الدعوى الإدارية

عند صدور الحكم الجزائي القاضي ببراءة المتهمين في جريمة من جرائم الصفقات العمومية وباعتبار هذا الحكم هو عنوان للحقيقة وحاظاً لقوة الشيء المقضي فيه في مواجهة أي جهة قضائية، لا يعقل أن يفصل القاضي الإداري بعكسه ويقر بعدم مشروعية ذلك العمل لأنه بهذا يكون لدينا تناقض في الأحكام القضائية، لأنه لم يتقيد بما فصل فيه القاضي الجزائري الذي كان أسبق منه في صدور وله حجية عليه، فهل الحكم بالبراءة يؤدي بالقاضي الإداري مباشرة لرفض الدعوى لعدم التأسيس، أم أنه بإعتبار الصفقة العمومية عقد إداري وهذا طبقاً لنص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 فهذا يجعلها خاضعة لرقابة القاضي الإداري باعتباره صاحب الإختصاص الأصيل ولا يمكن نزع هاته الصلاحية منه، وبالتالي يفصل القاضي

الإداري في الدعوى المرفوعة أمامه بخصوص هذه المنازعة في أي مرحلة من مراحل الصفقة العمومية، ولا يؤثر الحكم الجزائري القاضي بالبراءة في هذه الحالة.

ثانيا: أثر الحكم الإداري على الدعوى الجزائية

إن الحكم الإداري الفاصل في أي دعوى إدارية متعلقة بمنازعة من منازعات الصفقات العمومية سواء في المراحل التحضيرية أو مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ هو حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بالنسبة للنزاع المفصول فيه أمام أي جهة قضائية أخرى، وهذا حسب نص المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أنه: >> الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزا لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه <<⁽¹⁾، أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالحكم بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت فلا يحوز حجية الشيء المقضي فيه⁽²⁾.

وعليه فالحكم القضائي الصادر عن القاضي الإداري يؤثر على الدعوى الجزائية ويكون له حجية على القضاء الجزائي، وهذا ما سندرسه فيما يلي:

1- أثر الحكم الإداري الرفض للدعوى الإدارية لعدم التأسيس على الدعوى الجزائية

إن الحكم القضائي الإداري الرفض للدعوى الإدارية لعدم التأسيس المتعلقة بمنازعة من منازعات الصفقات العمومية سواء من قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل، يكون إما لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى أو تخلف شرط من شروطها الشكلية أو الموضوعية، وهو يتمتع بحجية نسبية إتجاه الشيء المقضي به، أي أنه ملزم لأطراف الدعوى فقط، إذ يجوز لشخص آخر رفع دعوى إدارية إذا توافرت الشروط الكاملة لرفعها⁽³⁾.

(1) المادة 296 من القانون رقم 09/08.

(2) المادة 298 من القانون رقم 09/08.

(3) الزين عزري، المرجع السابق، ص 101.

إن حكم القاضي الإداري برفض الدعوى لعدم التأسيس في هذا المجال هو إقرار منه بصحة العمل الإداري أي أنه مشروع وقانوني، على إعتبار أنه صاحب الإختصاص الأصيل في الرقابة على الأعمال الإدارية، وهنا الدعوى العمومية التي ترفع بعد صدور الحكم الإداري تصبح دون موضوع، خاصة في المراحل التمهيدية للصفقة العمومية حيث أنه لهذه المرحلة آلية للتصحيح إداريا عن طريق التظلم الإداري أمام اللجان المختصة، ثم اللجوء إلى القضاء الإداري في حال عدم جدوى الطعن الإداري بإعتباره صاحب الإختصاص الأصيل في هذه المنازعات وبالأخص منازعات إلغاء المنح المؤقت الذي هو عمل تمهيدي لم يرتب الأثر القانوني بعد، وهي المسألة القانونية التي فصل فيها مجلس الدولة بموجب قراره رقم 078670 المؤرخ في 2014/02/06 حيث أكد أن العلاقة التعاقدية لا تنشأ بالمنح المؤقت وإنما بالمنح النهائي وإبرام الصفقة العمومية⁽²⁾. ومنه فهذا لا يجيز للقاضي الجزائري التدخل خاصة بعد إقرار القاضي الإداري صراحة بصحة المنح.

2- أثر الحكم الإداري الفاصل في الموضوع على الدعوى الجزائية

إن الحكم الذي يصدره القاضي الإداري الفاصل في موضوع المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية هو حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه في مواجهة أية جهة قضائية أخرى⁽¹⁾، هذا بإعتباره القضاء المختص بالرقابة على الصفقات العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، حيث يملك سلطة إلغاء القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة كما يملك سلطات واسعة في دعاوى القضاء الكامل، بالإضافة إلى سلطاته الواسعة في القضاء الإستعجالي، وهو بهذا الحكم يقر بأن العمل الإداري كان مخالفا للقانون، ويملك من السلطات ما يصحح به هذا العمل ويجبر به الضرر الناتج عنه للحفاظ على المال. وهذا من المفروض أن يمنع القاضي الجزائري من التدخل، لأن تدخله بعد صدور الحكم الإداري وتصحيح العمل الإداري يعتبر إلغاء لدور القاضي الإداري، ولكن في نفس الوقت هذا لا يمنع من مكافحة جرائم الفساد

⁽²⁾ إقرار رقم 078670، الصادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2014/02/06، مجلة مجلس الدولة، عدد 13،

الجزائر، 2015، ص ص 84-87. (انظر الملحق 4).

⁽¹⁾ المادة 296 من القانون رقم 09/08.

في مجال الصفقات العمومية في حال جسامه الخطأ المرتكب من طرف الموظف العمومي وعدم جدوى كل من التظلم الإداري والدعوى الإدارية، وهذا ما يكون أساسا لتحريك الدعوى العمومية في هذه الحالة.

نخلص مما سبق أن الحكم الصادر عن القاضي الإداري له حجية أمام القاضي الجزائري باعتبار الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، بالإضافة إلى أنه صادر عن الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية وهي جهة القضاء الإداري، عدا كون المراحل التمهيدية للصفقة العمومية هي مرحلة تحتل وقوع أخطاء إدارية يحبذ حلها إداريا، بواسطة آلية التظلم الإداري المسبق أمام اللجان المختصة خاصة في المرحلة السابقة للإبرام، حيث لا يمكن للقاضي الجزائري التدخل في هذه المرحلة خاصة تحت عنوان جريمة منح إمتيازات غير مبررة كون هذه الجريمة تقوم عند إبرام أو التأشير على الصفقة أو الملحق وليس قبل ذلك بصريح النص القانوني، وله أن يتدخل فقط في حال قيام جريمة الرشوة أو أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية.

ولكن الإشكال المثار هنا أنه في حال فصل القاضي الإداري في منازعة من منازعات الصفقات العمومية وتصحيحه للعمل الإداري، هل يصح تدخل القاضي الجزائري أيضا و كأن شيئا لم يكن رغم أن تدخله هذا يلغي في بعض الأحيان الدور الأصيل للقاضي الإداري في الفصل في منازعات الصفقات العمومية، وهذا للأسف هو واقع الحال والذي تؤكد قضية بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ع.أ) ومديرية الخدمات الجامعية، حيث صدر حكم عن المحكمة الإدارية يقضي بإلغاء المنح المؤقت لصفقة وأمر الإدارة بالإمتثال لإلتزاماتها⁽¹⁾، ليأتي القاضي الجزائري ويفصل في ذات الموضوع بأنها جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع والتنظيم الساري بغرض منح إمتيازات غير مبررة للغير، ويدين كل من مدير الخدمات الجامعية و أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽²⁾.

(1) أمر إستعجالي رقم 15/00980، صادر عن المحكمة الإدارية بيسكرة، بتاريخ 2015/12/14، في قضية بين الشركة المسؤولية المحدودة (ع.أ) للنقل ضد مديرية الخدمات الجامعية. (غير منشور) (أنظر الملحق رقم 05).

(2) حكم رقم 16/02378، صادر عن محكمة بيسكرة، بتاريخ 2016/11/29، في قضية النيابة العامة ضد (ب ع) - (س ع) - (ص م) - (ع ك) - (ع ف) - (م خ) - (ط ف) - (ع ع). (غير منشور).

فنكون هنا أمام قاضيين لعقد واحد على الرغم من أن العمل الإداري قد صحح من صاحب الإختصاص الأصيل إلا أن القاضي الجزائي تدخل ليحرم عملا إداريا تمهيديا يدخل في نطاق الرقابة الإدارية، ويدين أشخاصا ليس لهم صلاحية الإبرام أو التأشير على الصفقة العمومية أي ان هذه الجريمة لا تقوم في حقهم، وهذا ما يجعل القضاء الجزائي غير مختص بتصحيح الأخطاء المتعلقة بالمنح المؤقت بإعتباره عملا تحضيريا، وإنما ينعد إختصاصه فقط في حال حدوث مخالفة تأخذ طابعا جزائيا في مفهوم نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له مع إحترام الدورالأصيل للقاضي الإداري في كل الحالات.

الخلاصة

الخاتمة:

إن الرقابة القضائية على الصفقات العمومية هي آلية مكفولة في كل المراحل التعاقدية لها للحد من الفساد والحفاظ على المال العام، بإعتبار هذه الأخيرة أداة مهمة من أدوات التنمية الإقتصادية والإجتماعية التي تتولى الدولة تحقيقها عن طريق برامج التنمية، لذا ينعقد الإختصاص القضائي في الرقابة عليها لكل من القاضي الإداري والقاضي الجزائي.

فمن جهة القاضي الإداري الذي هو صاحب الإختصاص الأصيل بالنظر في منازعات الصفقات العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، بما يملكه من سلطات سواء في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة أو في الدعوى الإستعجالية في حال حصول خروقات بقواعد المنافسة، أو القضاء الكامل الذي يملك فيه القاضي الإداري سلطات واسعة في منازعات تنفيذ الصفقة العمومية، إذ يمكنه إلغاء أو تعديل العمل الإداري غير المشروع، كما يمكنه الحكم بالتعويض لإصلاح الضرر الذي قد يلحق المتعامل المتعاقد.

ومن جهة أخرى القاضي الجزائي الذي يتدخل في حال وقوع أفعال ذات طابع جزائي بمفهوم قانون العقوبات والقوانين المكملة له، مع إحترام الدور الأصيل لصاحب الإختصاص وهو القاضي الإداري.

وبين هذا وذاك ومن خلال دراستنا التحليلية للموضوع خلصنا إلى بعض النتائج مشفوعة بجملة من الاقتراحات، وذلك على النحو التالي:

1- إغفال المشرع الجزائري عن توضيح آلية الرقابة القضائية على الصفقات العمومية لا من حيث القضاء المختص، ولا من حيث إجراءات التقاضي ولا نوع الدعاوى حيث تم الإشارة إليها فقط في المادتين 82 و153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2- على الرغم من أن الصفقة العمومية هي عمل إداري تعاقدى إلا أنها تخضع لرقابة قاضي الإلغاء شرط توافر مقومات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

3- إن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يحدد طبيعة العديد من القرارات وعلى رأسها المنح المؤقت وهذا ما يثير العديد من الإشكالات حول الطعن فيه من عدمه.

4- إن المشرع الجزائري جعل الأعمال التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض عبارة عن إقتراحات لا غير، وبالتالي ليست ملزمة لمسؤول المصلحة المتعاقدة الذي يعتبر صاحب الإختصاص في المنح النهائي للصفقة العمومية، وبالتالي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

5- تمر المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية بالمرحلة الودية قبل المرحلة القضائية :

* تتمثل المرحلة الودية في منازعات إبرام الصفقات العمومية في تقديم الطعن الإداري المسبق أمام لجان الصفقات المختصة، والذي يعتبر جوازيا على الرغم من أهميته.

* تتمثل المرحلة الودية في منازعات تنفيذ الصفقات العمومية في الطعن إداريا، إما أمام المصلحة المتعاقدة أو أمام لجنة التسوية الودية، ويعتبر هذا الإجراء إلزاميا، حتى لا تتزعزع إستمرارية المشاريع التنموية.

6- إن المشرع الجزائري بالإضافة إلى المعيار العضوي الذي جاء في المادتين 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهو يقترب من المعيار المادي والدليل على ذلك الإستثناءات الواردة في المادة 802 من ق.إ.م.و، حيث يستثني الأعمال البعيدة عن العمل

الإداري المصحوب بإمتهيازات السلطة العامة، وهو ما يعني خضوع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تنجز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من الدولة أو الجماعات الإقليمية للقضاء الإداري.

7- إن جميع القرارات الإدارية المنفصلة المرتبطة بعملية إبرام الصفقة العمومية في حال الطعن فيها بالإلغاء، تتطلب آجالاً طوية للفصل فيها، ما يجعل صدور قرار الإلغاء غير ممكن قبل الإبرام عملياً، وهنا أغفل المشرع الجزائري تحديد مدى تأثير حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل على الصفقة العمومية.

8- إن المشرع الجزائري لم يحدد مصير النزاعات التي تثور في صفقات مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع التقني.

9- منح المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال سلطات واسعة لإجبار الإدارة على الإمتثال بالتزاماتها في حال الإخلال بقواعد المنافسة.

10- إن خضوع القرارات الإدارية الصادرة بعد تنفيذ الصفقة العمومية لولاية القضاء الكامل يتوجب إتصالها بالصفقة العمومية وصدورها في مواجهة المتعامل مع المصلحة المتعاقدة باعتبارها جهة تعاقدية، هذا لأنها قرارات إدارية مركبة متصلة بالعقد وليست منفصلة عنه.

11- إن القاضي الإداري هو صاحب الإختصاص الأصيل في منازعات الصفقة العمومية، وهذا ما يجعل الحكم الصادر عنه له أثر كبير على الدعوى العمومية.

12- إن القاضي الجزائري يمارس عملية الرقابة على الصفقات العمومية في إطار مبدأ الشرعية، حيث أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون سواء في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له.

13- إن المشرع الجزائري قام بتجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالمصلحة العامة والمال العام في مجال الصفقات العمومية، وهي منح الإمتيازات غير مبررة والرشوة، بالإضافة إلى جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية والتي يفهم ضمنا من النص القانوني أنها متعلقة بالصفقات العمومية.

14- تعتبر الحماية الجنائية للصفقات العمومية أحد أهم صور المحافظة على المال العام، إذ تشتمل على أحكام متميزة من بينها إستحداث آليات وهيئات تختص بالوقاية من الفساد ومكافحته والكشف عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي تتمثل في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي لقمع الفساد، وكذا المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة، بالإضافة إلى وسائل البحث والتحري الخاصة بجرائم الفساد عموما، والتي تتمثل في التسليم المراقب والترصد الالكتروني، وكذا الاختراق التي تقوم بها الشرطة القضائية.

15- إن النص القانوني المجرم لمنح الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية يدين الموظف المبرم للصفقة أو المؤشر عليها، وليس القائمين بالأعمال التحضيرية للصفقة العمومية، كما أنه لم يحدد المعيار المرجعي للقول بأن الإمتياز مبرر ام لا في هذه الجنحة.

17- إن المشرع الجزائري في جريمة منح الإمتيازات غير المبررة عن طريق إستغلال سلطة الموظف العمومي وتأثيره في الهيئات التي ينتمي إليها قد جعل جريمة الموظف العمومي مستقلة عن جريمة المتعامل المتعاقد، والذي يعتبر فاعلا أصليا مستقلا بجريمة خاصة عن جريمة الموظف العمومي، وهذا ما نثمنه للمشرع الجزائري الذي يسعى لردع كل من تسول له نفسه في إهدار المال العام، لكن في جريمة المحاباة لم يوضح المشرع الفعل الذي يقوم به المتعامل المتعاقد.

إن دراسة الرقابة القضائية على الصفقات العمومية بين القاضي الإداري والقاضي الجزائي، وإستنادا للنتائج السابقة المتوصل إليها ومقتضيات العمل المنهجي، فإنه تبين لنا وجود العديد من النقائص التي على ضوءها سنحاول تقديم بعض الإقتراحات وذلك على النحو التالي:

1- ضرورة تعديل المشرع الجزائري لنص المادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالشكل الذي يوضح فيه معيار الإختصاص المعتمد بصورة غير قابلة للتأويل فلا يمكن تأسيس الإختصاص للنظر في منازعات الصفقات العمومية بناء على المعيار العضوي تارة، وتارة أخرى على المعيار المادي.

2- ينبغي تحديد المشرع الجزائري لأعمال المصلحة المتعاقدة التي تعد قرارات إدارية منفصلة حتى تتضح القرارات التي يمكن الطعن فيها قضائياً، وعلى رأسها المنح المؤقت الذي تثار فيه أغلب منازعات الصفقات العمومية.

3- ضرورة جعل الطعن الإداري المسبق إجراءً وجوبياً في منازعات إبرام الصفقة العمومية، وبالتالي يكون قيدياً سواء على الدعوى الإدارية أو الدعوى العمومية وهذا لتحقيقه العديد من الإيجابيات، أهمها حل النزاع في مراحله الأولى إدارياً في أقصر وقت وبأقل تكلفة دون الحاجة للجوء إلى القضاء.

4- ضرورة تحديد المشرع الجزائري لمدى تأثير حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل الذي تصدره المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام على الصفقة العمومية في حال تم البدء في التنفيذ.

5- ينبغي على المشرع الجزائري تحديد للمبررات التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة لإصدار قرار فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، وهذا لتجنب تعسفها وتهديد مصلحة المتعامل المتعاقد، وعدم إستقرار العقود الإدارية.

- 6- ضرورة رفع الحصانة على عدم إلغاء قرارات المصلحة المتعاقدة المتعلقة بإلغاء الإجراء أو المنح أو فسخ الصفقة العمومية، لأن الإلغاء هو الجزاء الفعلي للقرارات الإدارية غير المشروعة.
- 7- ينبغي عدم متابعة القائمين بالأعمال التمهيدية للصفقة العمومية بجنحة إبرام صفقة العمومية مخالفة للتشريع والتنظيم الساري بهدف إعطاء منح إمتيازات غير مبررة، لأن الفاعل في هذه الجريمة هو الموظف المبرم أو المؤشر للصفقة العمومية، وهم لا يتمتعون بهذه الصلاحية وعملهم يبقى عملا تحضيريا لا يكتسي الطابع النهائي.
- 8- يجب على المشرع الجزائري تحديد المعيار المرجعي لما هو مبرر و ما هو غير مبرر في جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع بهدف إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير، لمنع تدخل القاضي الجزائري في السلطة التقديرية للإدارة.
- 9- كان من الأحسن الإلغاء الجزئي للمادة 55 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزء المتعلق بإبطال القاضي الجزائري للصفقة العمومية الناتجة عن جريمة من جرائم الصفقات العمومية، لأن هذا يعتبر من صميم إختصاص القضاء الإداري.
- 10- ينبغي تدخل المشرع والنص صراحة على أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة من الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، وهذا لما يفهم ضمنا من نصها.
- 11- ينبغي على المشرع الجزائري منح الإستقلالية العضوية والوظيفية للهيئات المختصة بالكشف عن جرائم الفساد عموما، والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية خصوصا والوقاية منها، وهذا لتفعيل رقابة هذه الهيئات جديا وعلى أكمل وجه على أرض الواقع.
- 12- ينبغي على المشرع عدم السماح للقاضي الجزائري بالرقابة على الصفقة العمومية في المراحل التمهيدية السابقة لإبرامها، كونها مرحلة تحضيرية تدخل في نطاق الرقابة الإدارية.

13- ضرورة إضفاء نصوص عقابية زجرية تدرج الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في الأحكام الخاصة بالجنايات، وليس الجرح كما هو عليه الحال في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الملاحق

ملحق رقم 1

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: بسكرة
الغرفة رقم:
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 19/00185
رقم الفهرس: 19/00273
جلسة يوم: 19/03/25

مبلغ الرسم/ 6000 دج

المدعي:

تجارة بالجملة
للمنتجات المرتبطة بتغذية
الانسان ممثلة في شخص
مسيرها

المدعي عليه:

مديرية
بسكرة الممثلة في شخص
مديرها

تجارة بالجملة
للمنتجات المرتبطة بتغذية
الانسان و لحم القصابة و
الحليب و مشتقاته ممثلة في
شخص مسيرها

إن المحكمة الادارية بسكرة القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في الخامس والعشرون من شهر مارس سنة ألفين و تسعة عشر

برئاسة السيد (ع):
و بعضوية السيد(ع):
و بعضوية السيد(ع):
و بمحضر السيد (ع):
و بمساعدة السيد (ع):

رئيسا
مستشارا مقرر
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 19/00185

يبين:

1) تجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية
الانسان ممثلة في شخص مسيرها الكائن مقرها حي
بني ثور ورقلة
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع):

من جهة

ويبين

1) مديرية الخدمات الجامعية بسكرة الممثلة في شخص المدعي عليه
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع):

2) تجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية
الانسان و لحم القصابة و الحليب و مشتقاته ممثلة في
شخص مسيرها
العنوان:

من جهة ثانيا

إن المحكمة الإدارية بسكرة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2019/03/25

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق
لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد
876، 884، 885، 888، 889، 896، 897، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ع)

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

صفحة 1 من 5

رقم الجدول: 19/00185
رقم الفهرس: 19/00273

الوقائع والإجراءات :

انه بموجب عريضة افتتاح دعوى استعجالية مودعة ومسجلة لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية بسكرة بتاريخ: 04 مارس 2019 تحت رقم : 19-185 اقام المدعي تجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية الانسان ممثلة في شخص مسيرها بواسطة محاميه .
دعوى قضائية ضد المدعي عليه مديرية الخدمات الجامعية : الممثلة في

شخص مديرها .

جاء فيها أن المدعي يرفع دعواه وفقاً لأحكام المادة 946 من ق | م | المتعلقة بالاستعجال في مادة ابرام العقود والصفقات وذلك نتيجة الإخلال بالتزامات الأشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات ابرام العقود الادارية و الصفقات العمومية .

موضحاً انه تم اعلان عن طلب عروض رقم 01-دوب-2018 خاصة بتموين المطاعم الجامعية بمادة اللحوم الحمراء الطازجة(عجل وخروف) في الموقعين رقم 01 و 02 وتم تحديد واختيار اجراءات الابرام وفقاً للشروط الملائمة لتحقيق الاهداف المسطرة من المصلحة المتعاقدة هذه الاخيرة التي حددت دفتر شروط الذي بموجبه تم الاعلان عن طلب العروض الملتن بموجب المناقصة الوطنية رقم 2018-دوب-01 الذي حدد حقوق دفتر الشروط ومكان ايداع العروض وفقاً للقانون .

وتم دراسة جميع العروض المقدمة ومن بينهم العرض المقدم من طرف المدعي وتم دراسة كل العروض وفقاً لدفتر الشروط وخاصة المواد التي تنص على كيفية تقييم العروض ومن بينها ملف الترشيح والمنف التقني والمنف المالي وأن عرضه حاز على احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية كما تشترطه المادة 72 من قانون الصفقات.

وتم قبول ملفه بعد دراسته من جميع الجوانب وجاز عرضه المرتبة الاولى من بين العارضين كما يثبتته محضر تقييم العروض اعتبر عرضه الاقل سعراً بينه وبين المتعاملين الاقتصاديين .

وأن المدعي تحصل في بداية الامر على المنح المؤقت من مدير الخدمات الاجتماعية بناء على التقييم الخاص بلجنة العروض وتم الاعلان المؤقت بتاريخ 22 ديسمبر 2018 .

ويعد الطعن في قرار المنح من بعض المتعاملين تم تعديل المنح وسلم للمدعو الحاصل على المرتبة 04 ويعتبر الاعلى سعراً من جميع المتعاملين .

وأن المدعي اقترح سعر للحصة الاولى بمبلغ اجمالي 78.022.500.00 دج والحصة الثانية مبلغ 73.810.000.00 دج في حين . المبلغ الخاص به في الحصة الاولى 95.700.000.00 دج ومبلغ الحصة الثانية 90.200.000.00 دج.

وبالتالي فإن المدعي هو الاقل سعراً والمؤهل قانوناً ما يجعل ان المعيار المعتمد في منح الصفقة بعد الطعن الى الاعلى سعر دون ان تقدم المدعي عليها التبريرات القانونية واللازمة لالغاء المنح الخاص بالمدعي

وانه بلغ بحصوله على المرتبة الاولى وتم استدعائه لتقديم التبريرات حول الاسعار الخاصة باللحوم الحمراء الطازجة وقدم تبريره القانوني المتعلق بكونه مربى مواشي ولديه اتفاقات مع موالين آخرين لتمويله بهاته المادة من مصدرها.

وأن اللجنة القطاعية خالفت المادة 72 من قانون الصفقات

موضحاً انه سبق وان تعامل مع المدعي عليها للسنة المالية 2018 ويسعر اقل من السعر المقترح .

وبالتالي فان قرار منح الصفقة جاء منافياً لقانون الصفقات ودفتر الشروط .

ملتصاً بالقضاء بإلغاء المنح المؤقت الصادر بتاريخ 26 جانفي 2019 مع امر المدعي عليها

بمواصلة الاجراءات الادارية مع المدعي.
وانه وبموجب عريضة تدخل في الخصام للتدخل بواسطة محاميه
جاء فيها ان المدعي عليها اعلنت عن طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
رقم 18-01 خلال سنة 2019 خاصة بتموين مطاعم الاقامات الجامعية بالمواد
الغذائية المعلن عنه بتاريخ 10 سبتمبر 2018 وبعد تقييم العروض تحصل المدعي على
منح مؤقتة للحصة رقم 01 وتم الاعلان عن المنح المؤقت وقام المتدخل في الخصام بالطعن
امام اللجنة الوطنية التي قبلت الطعن وبعدها تم منحه الصفقة بموجب منح المؤقت بعد دراسة
الملفات.

ابن قان المدعي بالطعن امام اللجنة المذكورة التي رفضت الطعن.
موضحا ان دعوى الحال فيها مساس باصل الحق وفي الموضوع فان المدعي عليها وعند
دراستها لملف المدعي توصلت الى ان اسعاره المقترحة منخفضة بالمقارنة مع معدل الاسعار
المرجعية حسب معطيات مديرية التجارة وكذا بالنظر للسوق في حد ذاته وان العرض الذي
تقدم به مناسب وواقعي وان المدعي رفض التجديد بحجة ان الاسعار مرتفعة ليتقدم بعرض
يتقارب من ناحية السعر القيمة التي تم الاتفاق عليها في صفقة سنة 2018 باضافة مبلغ 35
دج بالنسبة للحم العجل ومبلغ 100 دج بالنسبة للحم الخروف .
وان دفتر الشروط لم يتطرق لعبارة اقل عرضا ملتصقا في الشكل يقول التدخل في الخصام وفي
الموضوع التصريح بعدم قبول الدعوى واحتياطيا رفض الدعوى لعدم التأسيس.
وان المدعي عليها اجابت بمذكرة جوابية بنفسها جاء فيها انه لم يتم ادخال الديوان الوطني
للخدمات الجامعية.

موضحة انها قامت بالاعلان عن طلب عروض رقم 01-2018 خلال 2019 المتعلق
بالحصة رقم 01 و 02 المتعلقة باللحوم الحمراء الطازجة.
وان عملية فتح الاظرفة ودراسة العروض التقنية والمالية لجميع المتعهدين تمت بطريق
قانونية ومطابقة لدفتر الشروط والمادة 72 من المرسوم التنفيذي 15-247 .
وانه وحسب دفتر الشروط حول احسن عرض مالي فانه يجب ان تكون الاسعار متوافقة مع
متوسط اسعار مديرية التجارة للثلاث سنوات الاخيرة فان متوسط اسعار مديرية التجارة
بالنسبة للثلاث سنوات الاخيرة هو 1033 بالنسبة للحم العجل و 1360 للحم الخروف
وبالتالي فان التقييم الاداري حسب دفتر الشروط هو لحم العجل 950 دج ولحم الخروف
1250 دج .

وانه بعد عملية فتح الاظرفة ودراسة العروض التقنية والمالية لجميع المتعهدين حصل
المدعي على المركز الاول بحكم انه اقل عرض من بين جميع المتعهدين المقبولين وتم طلب
توضيحات حول الاسعار المنخفضة وتم الاعلان عن المنح المؤقت لفائدته .
وان احد المتعهدين قام بالطعن في المنح المؤقت لدى اللجنة القطاعية للصفقات العمومية
بوزارة التعليم العالي التي اصدرت قرار بقبول الطعن للمتعهدين عندها باشرت
لجنة تقييم العروض عملها وتم المنح المؤقت للمدعو عندها قام بقية المتعهدين
بالطعن امام اللجنة المذكورة التي رفضت الطعن وبالتالي فالمدعي لا يملك احسن عرض من
حيث المزايا الاقتصادية ملتصقة برفض الدعوى لعدم التأسيس.
وان المدعي رد بمذكرة رد جاء فيها ان التدخل جاء مخالف للاجراءات القانونية وانه تحصل
على المنح المؤقت وبعد الطعن تم تعديل المنح وسلم للمدعو .
وان طعنه قوبل بالرفض من قبل لجنة الطعن القطاعية مخالفة بذلك قانون الصفقات العمومية .
موضحا انه تحصل على اعلى نقطة من حيث السعر والعرض وانه سبق وان تعامل مع
المدعي عليها متمسكا بسابق طلباته.

وان المدعي عليها ردت بمذكرة جوابية بواسطة محاميه
الشروط حول احسن عرض مالي فانه يجب ان تكون الاسعار متوافقة مع متوسط اسعار
مديرية التجارة للثلاث سنوات الاخيرة فان متوسط اسعار مديرية التجارة بالنسبة للثلاث
سنوات الاخيرة هو 1033 بالنسبة للحم العجل و 1360 للحم الخروف وبالتالي فان التقييم

الإداري حسب دفتر الشروط هو لحم العجل 950 دج ولحم الخروف 1250 دج .
وأنه حصل المدعي على المركز الأول بحكم أنه أقل عرض من بين جميع المتعهدين
المقبولين وتم طلب توضيحات حول الأسعار المنخفضة وتم الإعلان عن المنح المؤقت لفائدته

وأن أحد المتعهدين قام بالطعن في المنح المؤقت الذي للجنة القطاعية للصفقات العمومية
بوزارة التعليم العالي التي اصدرت قرار بقبول الطعن للمتعهد .
عندها باشرت
لجنة تقييم العروض عملها وتم المنح المؤقت للمدعو .
عندها قام بقية المتعهدين
بالطعن امام اللجنة المذكورة التي رفضت الطعن وبالتالي فالمدعي لا يملك احسن عرض من
حيث المزايا الاقتصادية متمسكة بسابق طلباتها.
وأنة وبعد أن أصبحت القضية مهياة للفصل فيها تم ايداع التقرير في الملف وعرض الملف على
محافظ الدولة لإبداء التماساته والذي التمس الامن بوقف المنح المعطن عنه بتاريخ 22 ديسمبر
2018 وامر المدعي عليها بمواصلة الاجراءات الادارية مع المدعي.
ووضعت القضية في المداولة لجلسة: 2019/03/25.

**** وعليه فإن المحكمة ****

في الشكل:

حيث ان الدعوى جاءت وفقا للاشكال والاجراءات المنصوص عليها قانونا مما يتعين قبولها.
حيث ان التدخل في الخصام جاء وفقا للاجراءات القانونية مما يتعين قبوله.

في الموضوع:

حيث ان المدعي يرافع المدعي عليها ويلتمس القضاء بالقضاء بإلغاء المنح المؤقت الصادر
بتاريخ 26 جانفي 2019 مع امر المدعي عليها بمواصلة الاجراءات الادارية مع المدعي.
حيث ان المدعي عليها تلتزم رفض الدعوى لعدم التأسيس.
حيث ان التدخل في الخصام يلتمس رفض الدعوى لعدم التأسيس.
حيث ان موضوع المطالبة القضائية يتعلق بطلب المدعي إلغاء المنح المؤقت الصادر بتاريخ
26 جانفي 2019 مع امر المدعي عليها بمواصلة الاجراءات الادارية مع المدعي.
حيث تبين للمحكمة من خلال ملف الدعوى ان المدعي يدعي انه تم اعلان عن طلب عروض
رقم 01-دوب-2018 خاصة بتمويل المطاعم الجامعية بمادة اللحوم الحمراء الطازجة(عجل
وخروف) في الموقعين رقم 01 و 02 وتم تحديد واختيار اجراءات الاجرام وفقا للشروط
الملائمة لتحقيق الاهداف المسطرة من المصلحة المتعاقدة هذه الاخيرة التي حددت دفتر شروط
الذي بموجبه تم الاعلان عن طلب العروض المعطن بموجب المناقصة الوطنية رقم 2018-
نوب- 01 الذي حدد حقوق دفتر الشروط ومكان ايداع العروض وفقا للقانون .
وتم دراسة جميع العروض المقدمة ومن بينهم العرض المقدم من طرف المدعي وتم دراسة
كل العروض وفقا لدفتر الشروط وخاصة المواد التي تنص على كيفية تقييم العروض ومن
بينها ملف الترشيح والملف التقني والملف المالي وان عرضه حاز على احسن عرض من
حيث المزايا الاقتصادية كما تشترطه المادة 72 من قانون الصفقات.
وتم قبول ملفه بعد دراسته من جميع الجوانب وحاز عرضه المرتبة الاولى من بين
العارضين كما يتبته محضر تقييم العروض اعتبر عرضه الاقل سعرا بينه وبين المتعاملين
الاقتصاديين .

وان المدعي تحصل في بداية الامر على المنح المؤقت من مدير الخدمات الاجتماعية بناء على
التقييم الخاص بلجنة العروض وتم الاعلان المؤقت بتاريخ 22 ديسمبر 2018 .
وبعد الطعن في قرار المنح من بعض المتعاملين تم تعديل المنح وسلم للمدعو
الحاصل على المرتبة 04 ويعتبر الاعلى سعرا من جميع المتعاملين .
وان المدعي اقترح سعر للحصة الاولى بمبلغ اجمالي 78.022.500.00 دج والحصة الثانية
مبلغ 73.810.000.00 دج في حين
المبلغ الخاص به في الحصة الاولى
95.700.000.00 دج ومبلغ الحصة الثانية 90.200.000.00 دج.
وبالتالي فان المدعي هو الاقل سعرا والمؤهل قانونا ما يجعل ان المعيار المعتمد في منح

الصفقة بعد الطعن الى الاعلى سعر دون ان تقدم المدعى عليها التبريرات القانونية واللازمة
لإلغاء المنح الخاص بالمدعى
وانه بلغ بحصوله على المرتبة الاولى وتم استدعائه لتقديم التبريرات حول الاسعار الخاصة
باللحوم الحمراء الطازجة وقدم تبريره القانوني المتعلق بكونه مربي مواشي ولديه اتفاقات
مع موالين آخرين لتمويله بهاته المادة من مصدرها.
وان اللجنة القطاعية خالفت المادة 72 من قانون الصفقات
موضحا انه سبق وان تعامل مع المدعى عليها للسنة المالية 2018 وبسعر اقل من السعر
المقترح.

وبالتالي فان قرار منح الصفقة جاء مناقيا لقانون الصفقات ودفتر الشروط.
وحيث انه من المقرر قانونا وطبقا للمادة 72 من قانون الصفقات العمومية فانه في حالة رفض
المصلحة المتعاقدة العرض المالي الاجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار فان ذلك يجب ان
يكون بمقرر معلل وهو المنعدم في قضية الحال هذا من جهة ومن جهة اخرى بان السعر
المقدم لا يمكن اعتباره منخفض بشكل غير عادي وهو سابق لأوانه ذلك انه لا يمكن معرفة ما
اذا كان المتعاقل الاقتصادي قد احترم دفتر الشروط ام لا إلا خلال مرحلة التنفيذ اي التوريد و
وبالتالي فان الرفض غير قانوني ومخالفا لقاعدة الاقل سعرا المعتمد من طرف المصلحة
المتعاقدة سيما الاعلان عن المنح المؤقت الذي يؤكد قاعدة الاقل سعرا في خانة الترتيب
النهائي اضافة الى ان المادة 72 من قانون الصفقات العمومية تم توظيفها في غير محلها.
حيث انه ولما كان الوضع كذلك فانه يتعين التصريح بإلغاء منح مؤقت للصفقة الخاصة
بالحصصة رقم 01 المتعلقة باللحوم الحمراء الطازجة العجل والخروف الموقع 01 و 02
الخاصة بتمويل مطاعم الاقامات الجامعية مع الزام المدعى عليها بالتقيد بالعرض اقل
سعرا.

حيث ان المصاريف القضائية تتحملها المدعى عليها طبقا للمادة 419 من ق ا م .

**** لهيئة الاستئناف ****

أمرت المحكمة ابتدائيا علنيا حضوريا
في الشكل: قبول الدعوى و التدخل في الخصام
وفي الموضوع: القضاء بإلغاء المنح المؤقت الصادر عن المدعى عليها بتاريخ 2019/01/26
الخاصة بالحصصة رقم 01 المتعلقة باللحوم الحمراء الطازجة (العجل و الخروف) الموقع 01 و
02 لسنة 2019 و الخاصة بتمويل مطاعم الاقامات الجامعية بسكرة و بالزام المدعى عليها
بالتقيد بالعرض المالي اقل سعرا ، وتحملها المصاريف القضائية .
بذا صدر الامر وأمضي من طرف الرئيس والمستشار المقرر وأمين الضبط.

الرئيس (5) المستشار المقرر أمين الضبط

ملحق رقم 2



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بإسـم الشعب الجزائري

قرار

مجلس الدولة

المرقة الأولى

القسم الثالث

رقم الملف: 123346

رقم المرسوم: 00104/18

قرار بتاريخ:

01/02/2018

قضية:

الشركة ذات المسؤولية

المحدودة

ضد /

بلدية الشعبية

(صفقات عمومية)

مبلغ الرسم: 2250 دج

فصلا في الدعوى المرفوعة بين :

1 (الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

الكلان مرقه (هم) :-

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة):

الكلان مرقه :- حي 252 عمارة 01 رقم 01 (حي الوادي) بسكرة .

من جهة

في حين:

1 (بلدية الشعبية ممثلة في شخص رئيسها الشعبية - بسكرة

الكلان مرقه (هم) :- مقر البلدية

من جهة أخرى

إن مجلس الدولة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

الأول من شهر فيسفرى سنة ألفين وثمانية عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 98/01 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 30/05/1998 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، المعدل و المتمم.

بمقتضى القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و 916 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) مستشار الدولة المقرر

في تلاثة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيدة(ة) محافظ الدولة

والاستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي:

الوقساتع و الإسراوات

- بموجب عريضة مسجلة لدى أمانة الضبط مجلس الدولة في 30/12/2015

استأنفت الشركة ذات المسؤولية المحدودة بواسطة وكيلها الأستاذ

المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة الكائن مكتبه بسكرة
الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بسكرة في 05/10/2015 الذي قضى برفض
الدعوى.

- حيث جاء في ملخص العريضة:
- حيث أنه بموجب سند طلب مؤرخ في 31/12/2013 تقطعت المستأنف عليها
لدى المستأنفة لأجل الحصول على خدمات تتمثل في توفير أربعة حافلات ثلاثة منها
تخص لنقل الطلبة التعليم المتوسط والثانوي من منسقة حاسي السيدة إلى أولاد جلال.
- حيث أن المستأنفة قدمت الخدمات البلدية وقدمت بذلك فواتير :
- فاتورة رقم 010/14 المؤرخة في 30/01/2014 :
- بمبلغ إجمالي قدره 933.660,00 دج تتعلق بكراء ثلاثة حافلات لنقل طلبة
التعليم الثانوي من الشعبية إلى طووقة خلال شهر جانفي 2014.
- فاتورة رقم 0011/14 مؤرخة في 30/01/2014 بمبلغ إجمالي قدره :
311.220,00 دج تتعلق بكراء حافلة لنقل طلبة التعليم المتوسط الثانوي من حاسي
السيدة إلى أولاد جلال خلال شهر فيفري 2014.
- فاتورة رقم 022/14 مؤرخة في 27/02/2014 بمبلغ إجمالي 982.800,00
دج تتعلق بكراء ثلاثة حافلات لنقل طلبة التعليم الثانوي بين الشعبية إلى طووقة خلال
شهر فيفري 2014.
- فاتورة رقم 023/14 مؤرخة في 27/02/2014 :
- بمبلغ إجمالي قدره ب 327.600,00 دج تتعلق بكراء حافلة لنقل طلبة التعليم
المتوسط والثانوي من حاسي السيدة إلى أولاد جلال شهر فيفري 2014.
- فاتورة رقم 034/14 مؤرخة في 23/03/2014 :
- بمبلغ إجمالي قدره 737.100,00 دج تتعلق بكراء ثلاث حافلات لنقل طلبة
التعليم الثانوي من الشعبية إلى طووقة خلال شهر مارس 2014.
- فاتورة رقم 035/14 مؤرخة في 23/03/2014 :
- بمبلغ إجمالي قدره 245.700,00 دج تتعلق بكراء حافلة لنقل طلبة التعليم
المتوسط والثانوي من حاسي السيدة إلى أولاد جلال خلال شهر مارس 2014.
- حيث أن المدعى عليها أقرت بإتمام الخدمات محل الفوترة وأشرت على الفواتير
بختامها الرسمي مشفوح بعبارة (تمت الخدمات).
- حيث أن الحكم المستأنف قضى برفض الدعوى على أساس أن المستأنفة لم تقدم
ما يثبت قيامها بالخدمات المطلوبة.

- حيث أن هذا التأسيس جاء على نحو غير سديد لأن المستأنفة قدمت الفواتير المؤثر عليها من طرف المستأنف عليها وعليه.
- إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليها بأن تقدم للمستأنف مبلغ 3.538.080,00 دج و 1.000.000 دج كتعويض.
- حيث أن السيد محافظ الدولة التمس إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد يتمكن المستأنفة من مستحقاتها المالية.
- حيث أنه تم تحديد الجلسة بتاريخ 04/01/2018 وأكد محافظ الدولة طلباته ووضعت القضية في المداولة لجلسة 01/02/2018.

وعليه فإن مجلس الدولة

- من حيث الشكل:
- حيث أن الإستاناف استوفى شروطه الشكلية فهو مقبول شكلا.
- من حيث الموضوع:
- حيث أن المستأنفة تأسس هذا الإستاناف كونها قدمت خدمات للمستأنف عليها تتمثل في النقل المنبرسي والتأجير عن ذلك قدمت عدة فواتير تحمل عدة مبالغ وأرسلتها للمستأنف عليها التي أشرت عليها وأقرت بالخدمات المؤداة لكنها رفضت تسويتها و المبلغ الإجمالي لها ب 3.538.80,00 دج وتعييب على الحكم المستأنف أنه رفض الدعوى على أساس أنها لم تقدم ما يدل على أداء الخدمات والحال أنها قدمت عدة فواتير مؤثر عليها من المستأنف عليها وإقرار المستأنف عليها بالخدمات المؤداة بموجب إرسالية صادرة عن المستأنف عليها وختمت عن بضمة الإستاناف بطلب إلغاء الحكم المستأنف وأداء لها مبلغ 3.538.080,00 دج عن الخدمات المؤداة.
- حيث أن المستأنف عليها لم ترد رغم تليينها بعرضة الإستاناف في 28/05/2016 على يد محضر قضائي.
- حيث يتضح لمجلس الدولة من دراسة الملف أن النزاع الحالي يتعلق بتقديم خدمات للمستأنف عليها تتمثل في توفير أربعة حافلات نقل طلبية الثنوي في مناطق لولاية بسكرة وقد طالبت المستأنفة قيمتها بمبلغ 3.558.080,00 دج ورفضت المستأنف عليها أمام المحكمة أن المستأنفة قدمت الفواتير بعد مضي الأجل القانوني وأنها مستعدة لتسديدها في حدود مقدرتها المالية.
- حيث يتضح للمجلس من دراسة الملف أن المستأنفة قدمت عدة فواتير مؤثر عليها من المستأنف عليها وهي الفاتورة بمبلغ 933660,00 دج مؤرخة في 30/01/2014 الموقعة والفاتورة رقم 11 بمبلغ 311.220,00 دج مؤرخة في

30/01/2014 والفاكتورة رقم 22 بمبلغ 982.800,00 دج مؤرخة في 27/02/2014
المرققة الفاتورة رقم 23 بمبلغ 327.600,00 دج مؤرخة في 27/02/2014 والفاكتورة
رقم 34 بمبلغ 737.100,00 دج مؤرخة في 23/03/2014 المرققة والفاكتورة رقم 35
بمبلغ 245.700,00 دج مؤرخة في 21/04/2015 المرسلة إلى المستأنفة والمرققة.
- حيث أن المستأنف عليها لم تتكرر الدين الصالح في ذمتها بمبلغ 3.538.800,00
دج وهذا ما تؤكد المراسلة المرقمة من رئيس المجلس الشعبي البلدي في
21/04/2015 المرسلة إلى المستأنفة والمرققة.
- حيث أن الفاتورات المشار إليها أعلاه تؤكد وضعية أداء المستأنفة للخدمات
المسندة إليها بقبول المستأنف عليها.
- حيث أن الحكم المستأنف أخطأ وجانب الصواب لما قضى برفض الدعوى لعدم
التأسيس والحال أن المستأنفة أثبتت أنها أدت الخدمة ومن ثم فهي تستحق مقابلها المالي.
- حيث أن الإستئناف جاء مؤسسا ويوجد ما يبرره وبالتالي فيتمتع إلغاء الحكم
المستأنف وإفادة المستأنفة بمستحقاتها المالية.
- حيث أن تماطل المستأنف عليها في الوفاء بالمقابل المالي يحضي للمستأنف الحق
في إقتضاء التصويض القانوني المناسب.

- يقرر مجلس الدولة: صلاتها حضورياً إعتبارياً ونهائياً
- في الشكل: قبول الإستئناف.
- في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف وفصلاً من جديد إلزام المستأنف عليها البلدية الشعبية ممثلة في رئيسها بأدائها للمستأنفة الشركة ذات المسؤولية المحدودة ممثلة في شخص مسيرها مبلغ 3.538.800,00 دج (ثلاثة ملايين وخمسمائة وثمانية وثلاثون ألف وثمانون دينار) مقابل الخدمة المؤداة وتعويض قدره 150.000 دج (مائة وخمسون ألف دينار).
- المستأنف عليها معفاة من الرسوم القضائية.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجملة العلنية المتعددة بتاريخ

الأول من شهر فيفوري سنة ألفين و ثمانية عشر

من قبل الغرفة الأولى القسم الثالث بمجلس الدولة المتكلمة من السيدات والسادة :

الرئيس	بن منصور حفيظة
مقرر	مستشار الدولة
مستشار الدولة	مستشار الدولة
مستشار الدولة	مستشار الدولة
محافظ الدولة	مستشار الدولة
أمين الضبط	مستشار الدولة
أمين الضبط	مستشار المقرر
	الرئيس

نسخة مطابقة للأصل

إضاء : الطاهر فكيري
الصفة : قاضي مكلف برئاسة المحكمة العليا للدولة
مجلس الدولة
تاريخ : 27-03-2018 15:53:35

ملحق رقم 3

التعليمة الصادرة عن فخامة رئيس الجمهورية , السيد عبد العزيز بوتفليقة (تعليمة
رئاسية متعلقة بتفعيل مكافحة الفساد) :

لقد جددت بمناسبة افتتاح السنة القضائية , يوم 28 أكتوبر المنصرم , إصرارنا على مكافحة
كافة أشكال الفساد ومظاهره , كما ذكرت بوجوب تعزيز آليات مكافحة هذه الآفة , وفي
الأخير , أكدت مرة أخرى على أن قوانين الجمهورية ستطبق على الجميع بلا إستثناء .
فباعت من هذه الروح أصدر هذه التعليمة الرامية مضاعفة فعالية مكافحة الفساد .

إن ما بلغه هذا المشكل من خطورة يستوقف جميع المسؤولين ومختلف فئات أعوان الدولة
وسائر المواطنين المتضررين من شرور هذه الآفة على حد سواء . ومن ثمة , يجب إعتبار
مكافحة الفساد , من حيث غايتها , فريضة من قبيل الواجب الوطني .

إن ما يزيد خطر الفساد حجما ينجم عن كونه يحاول الغنم من القدرات المالية التي تتوفر
عليها البلاد , عبر برامجها التنموية التي تشمل آلاف المشاريع , ومن خلال تنفيذ ميزانية
تسيير الدولة التي ما فتئت تتراد .

إنني أذكر بأنه تم , في إطار برنامجنا السياسي , إتخاذ العديد من الإجراءات التشريعية
والمؤسسية والقضائية لأخلقة الحياة العمومية ومكافحة الفساد , من هذا الباب , وعلى وجه
الخصوص :

. كنا من البلدان السبّاقة إلى التصديق على إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد المعتمدة بتاريخ
31 أكتوبر 2003 .

. تم إصدار القانون المؤرخ في 21 محرم 1427 هـ الموافق 20 فبراير 2006 م , المتعلق
بالوقاية من الفساد ومكافحته .

. حدد المرسوم الرئاسي المؤرخ في أول ذي القعدة 1427 هـ الموافق 22 نوفمبر 2006 م ،
تشكيله الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها .

. يتوخى القانون المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 هـ الموافق 6 فبراير 2006 م ، الوقاية
من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها .

. عدل الأمر المؤرخ في 18 ذي الحجة 1423 هـ الموافق 19 فبراير 2003 م ، وتمم الأمر
الصادر سنة 1996 م المتعلق بقمع مخالفات التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة
رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم .

. جاء المرسوم التنفيذي المؤرخ في 24 محرم 1423 هـ الموافق 26 أكتوبر 2008 م ، وتمم
المرسوم الرئاسي رقم 02 . 250 لسنة 2002 م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

. تم توسيع صلاحيات المفتشية العامة للمالية بحيث شملت مراقبة وتدقيق تسير المؤسسات
العمومية الاقتصادية بموجب الأمر المؤرخ في 21 صفر 1429 هـ الموافق 28 فبراير
2008 م .

. قمنا ، منذ سنة 2001 م ، بزيادة تدريجية فعلية في رواتب وأجور جميع أعوان الموظفين
العمومي ، بمن فيهم الإطار وأصحاب الوظائف العليا .

ومن أجل مكافحة الفساد ، تم كذلك تزويد المؤسسات والهيئات العمومية بإجراءات وأجهزة
مراقبة قانونية مستقلة ، إلا أن هذه تابعة لقطاعات شتى لا بد أن يتكامل عملها .

يجب أن تصبح مكافحة الفساد مسعى تدأب عليه السلطات العمومية ويشمل سائر مجال
النفقات العمومية .

ويجب أن تتجسد ، فيما يخص الحكومة ، بصياغة وتطبيق برنامج حقيقي متسق ودائم
يتوخى أول ما يتوخى تعزيز مكافحة هذه الآفة وترقية أخلاق الحياة العامة على نحو أوفى .

ذلك أن المعايينات المؤكدة وتحليل العوامل المواتية لهذه الآفة تفرض كلها تعزيز وسائل
المكافحة على صعيد التنظيم والوقاية والعمل الحكومي على حد سواء .
والمطلوب هو تطبيق إجراءات كفيلة بالتصدي لظاهرة الفساد وتقليصها وتوطين المجتمع
على ضرورة مكافحة الفساد ودعمها بكافة الإجراءات التي سيتم إتخاذها في مجال المراقبة
ومكافحة أشكال الغش أو إهدار الممتلكات والأموال العمومية .
لهذا الغرض , يجب على الحكومة أن تنكب عاجلا على تطبيق الإجراءات والتدابير التالية :

على الصعيد المؤسسي :

1. القيام عاجلا بتتصيب الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التي تم إنشاؤها في
نوفمبر 2006 .
وسيتعين على هذه الهيئة أن تسهم إسهاما فعالا في تطبيق سياسة وقائية على المستوى
الوطني وفي سياسية التعاون الدولي في هذا المجال .
2. تعزيز مسعى الدولة بإحداث ديوان مركزي لقمع الفساد , بصفته أداة عملياتية تتضافر في
إطارها الجهود للتصدي قانونيا لأعمال الفساد الإجرامية وردعها .
3. التعجيل بتجديد تشكيلة خلية معالجة الاستعلام المالي , التي إنقضت عهدها قانونا .
4. الإطراد في تنشيط دور كل من مجلس المحاسبة , والمفتشية العامة للمالية وبنك الجزائر ,
في مجال مكافحة الفساد .

أما على الصعيد العملي :

فتحتاج الأطر التشريعية والتنظيمية للأمر بالصرف في مجال تدبير الإقتصاد والمالية
العمومية وتنفيذهما ومراقبتهما إلى التحيين والتحديث الذين سيسمحان بالانقليل من تأثيرات
البيروقراطية وتجفيف منابع الفساد

في المقام الأول : وفيما يخص تعزيز فعالية معالجة القضايا المتصلة بالفساد من قبل الأجهزة القضائية , يتعين السهر على :

1. التكييف المتواصل والصارم للنصوص التشريعية والتنظيمية لكي يتأتى الحكم في قضايا الفساد المطروحة على العدالة وفقا لخطورة الأفعال المقترفة . إن مراجعة القوانين حتمية لا مناص منها .

2. معالجة قضايا الفساد من قبل خلايا متخصصة (أقطاب مالية) على مستوى العدالة ومصالح الشرطة القضائية , وسيسمح إسهام الخبراء المتخصصين بمضاعفة الفعالية في معالجة الملفات على مستوى الجهات القضائية .

ستتحسن فعالية المحاربة بفضل دعم الجهات القضائية وتخصصها هي وأعوانها .

وفي المقام الثاني : وفيما يخص تحسين الشفافية في التعاطي مع الصفقات العمومية , سيكون من الأهمية بمكان السهر على :

1. تعبئة القدرات البشرية المتوفرة على المستوى الوطني (من قضاة ونواب عامين ومحامين) من أجل أن يتم لدى الإدارات العمومية , إحداث مناصب و/أو وظائف المستشارين القانونيين القادرين على إعمال الخبرة على الإجراءات المتبعة في مجال الصفقات العمومية , وعند الإقتضاء تنبيه السلطات في الوقت المناسب .

2. تحديد المجال الذي يبرر اللجوء المفرط على المتعامل الأجنبي وعلى تثمين خبرة المتعاملين الجزائريين .

3. فرض حتمية مراقبة الملائمة فيما يتعلق بإختيار الشركاء المتعاقدين من قبل المتعاملين العموميين بما يضمن تفضيل الشركاء الجزائريين كلما أمكن ذلك , وإذاك تمنح الفرصة للقطاع الوطني للإزدهار وتجاوز الطور البدائي حيث هو قابع .

4 تجميع دراسات الجدوى والملائمة المنجزة , على المستوى المركزي قصد إحداث بنك مراجع ومعلومات يستفاد منها في إعداد البرامج الحكومية مستقبلا .

ولقد إستقاء بعض الإشارات تفيد بوجود سوق حقيقية في الخارج لدراسات إفتراضية ووهمية تباع بالعملة الصعبة من قبل بعض المتعاملين الأجانب لمتعاملين جزائريين من حيث لا يدورون أو بتواطؤ منهم .

5 صياغة أسسية قانونية للتصريح بالنزاهة الذي يتعين التوقيع عليه من قبل الشركاء المتعاقدين الجزائريين منهم والجانب الراغبين في تقديم عروض للحصول على الصفقات , ومن قبل من يعمل معهم بالمناولة .

يلتزم الشريك المتعاقد بتوقيعه على التصريح بالنزاهة بعدم منح أية عمولة للوسطاء ويقبل الإعتراف بما ينسب إليه من أخطاء في حالة الإتيان بالبينة التي تثبتها .

وبما أن لمبدأ التصريح بالنزاهة آثارا إيجابية , يتعين العمل به كلما إستعملت الأموال العمومية وتطبيقه على جميع المتعاملين (العموميين والخواص الجزائريين منهم والأجانب) وعلى جميع أنواع الصفقات إبتداء من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي , كما يجب فرض هذا التصريح بالنسبة لصفقات الشركات والمؤسسات العمومية والشركات المختلطة التي تملك الدولة جزءا من رأسمالها .

في المقام الثالث : وفيما يخص عملية مراقبة الفساد والوقاية منه , يتعين على الحكومة العمل على :

1. الإطراد على تعبئة الأمرين بالصراف المعنيين من قبل غيرهم , وتعبئة المراقبين الماليين والمحاسبين العموميين الذين يتعين عليهم إحلال هذه المحاربة بين أولوياتهم .

2. تصور بنية تنظيمية محينة تضمن على كافة المستويات أفضل مراقبة فعلية للإجراءات المتعلقة بالصفقات العمومية , ويجب أن يكون التنظيم المحين كفيلا بتحسين شروط الشفافية والرقابة الوقائية .

3. دعم المراقبة الإدارية من الناحية الوقائية من خلال تطبيق إجراءات جديدة تسمح للمراقبين الماليين وللمفتشية العامة للمالية بأداء دور الملاحظ الفاعل والمبادر بتحويله ما يسوغ له فحص جميع إجراءات القيام بنفقات ذات صلة بالصفقات العمومية .

4. تحيين الإجراء القانوني للتصريح بالتمتلكات الذي يسري على جميع أعوان الدولة , ويجب أن يطبق التصريح بالتمتلكات على الإطار (على جميع المستويات) وأن يشمل ذلك التصريح بتمتلكات الزوجة والأولاد .

5. المعالجة الملائمة لمؤشرات الفساد من مثل مظاهر الثراء السريع للموظف , من أجل تعزيز الجانب الوقائي في محاربة الفساد .

6. التحكم في المعاملات العقارية التي تكتسي طابعا حساسا بإعتبار أنها تتيح تبييض ما إكتسب من الأموال إكتسابا غير مشروع , فيجب تأطير هذه المعاملات بعدة تنظيمية مناسبة

7. تعزيز عمليات تقفي مجريات العمليات البنكية .

8. دعم محاربة الغش والتلصص من أداء الضرائب من حيث هما من قبيل الإنحرافات التي تغذي الفساد وتضعف جانب الدولة , لا بد للمنظومة الجبائية الوطنية أن تتكيف بسرعة حتى تسهم بفعالية في محاربة الفساد , من خلال سد الثغرات التي تستغلها وتستفيد منها مختلف أشكال الإجرام .

فضلا عن ذلك يجب دعم إجراء التصريح بالمداخيل بتنظيم جديد من أجل محاربة أساليب التستر والتدليس التي يعمد إليها الإقتصاد الموازي الذي له ضلوع بالغ في التملص الجبائي وإستئصال النشاط غير القانوني .

إن محاربة الفساد تفرض كذلك إنشاء بنوك للبيانات الضريبية والمالية والجمركية تسمح بتشبيك المجال ومراقبة نشاط الفاعلين الإقتصاديين وتحركاتهم .

إن الإجراءات الواردة أعلاه ليست شافية , فيتعين على المسؤولين كل وفق صلاحياته أن يعززوا بنية الإجراءات والعمليات التي تسهم في المحاربة الناجعة لآفة الفساد هذه .

إن محاربة الفساد تعني كافة القطاعات إلا أنها ستكون أكثر فعالية إن هي أعطت الأسباب للقطاعات الأكثر عرضة للظاهرة , بحكم طبيعة الخدمات التي تقدمها وبحكم الوساطات المتشابكة المباشرة والمتنوعة التي تمنحها للمواطنين .

أما في بقية القطاعات , فمن الأهمية بمكان أن يتم وضع خارطة للمناصب الحساسة المعرضة للفساد وإخضاعها لمتابعة خاصة , من باب الوقاية , بما في ذلك لتأمين حماية إطارات الأمة وخدمتها الأمناء .

قصارى القول , ينبغي التأكيد على أهمية الرهانات , لأن هذه النشاطات غير القانونية وغير المشروعة تتضافر جميعها لتوسيع مجال اللاقانون وتسبب في أضرار قد تقوض أركان إستقرار البلاد , من خلال محاولة المساس بمصالح المجموعة الوطنية .

ومن ثمة إنه لمن الأهمية بمكان ألا يكتسي البرنامج الذي سيشرع فيه لمحاربة الفساد بالنسبة للأمرين بالصراف والمتعاملين والرأي العام طابع مجرد حملة عابرة , إن الأمر يتعلق بقرار سياسي رصين ومهيكل ودائم يزمي إلى الحفاظ على جذوة تنمية البلاد .

إنني أنتظر من الحكومة ومن السلطات العمومية تعبئة تامة , وعملا ميدانيا ونتائج حقيقية
تتيح لبلادنا تجنب التأثيرات السلبية لهذا الداء الإجتماعي القادر على إرباك مجرى تنميتنا
وعلى الإخلال بتوازن مجتمعا , بل وحتى المساس بأمننا الوطني .

حرر بالجزائر يوم 26 ذي الحجة 1430 هـ الموافق 13 ديسمبر 2009 م .

عبد العزيز بوتفليقة

ملحق رقم 4

صفقة عمومية

القرار رقم 078670 المؤرخ في 2014/02/06
قضية ولاية بومرداس ضد الشركة ذ.م.م «فودميد»

الموضوع: صفقة عمومية-منح مؤقت-منح نهائي-قضاء كامل-قضاء
الإبطال.
مرسوم رئاسي رقم 02-250.

المبدأ: القضاء الكامل هو المختص بالفصل في النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية.
لا يعد إلغاء الصفقة أو فسخها قرارا إداريا، بالمعنى الاصطلاحي للقرار الإداري ولا يقبل الطعن فيه بالإبطال.
تنشأ العلاقة التعاقدية بالمنح النهائي و إبرام الصفقة و توقيع الطرفين عليها و ليس بالمنح المؤقت.

وعليه فإن مجلس الدولة

من حيث الشكل:
حيث أن الاستئناف الحالي جاء طبقا للإجراءات القانونية مما يتعين قبوله شكلا.

من حيث الموضوع:
حيث أن المستأنفة تطالب بإلغاء الحكم المستأنف بناء على أوجه الاستئناف المذكورة أعلاه في الوقائع.

حيث أن المستأنف عليها تعرضت طالبة تأييد الحكم المستأنف لأن الاستئناف غير مؤسس.

حيث يجب الإشارة أولاً إلى أن المستأنفة تطالب فقط بإلغاء الحكم المستأنف رغم أنه من أبعدييات التقاضي أن جهة الاستئناف عندما تلغى الحكم المستأنف فإنها تتصدى للدعوى الأصلية و تفصل فيها و لا يمكن بأي من الأحوال إلغاء الحكم المستأنف و عدم التصدي للدعوى الأصلية و تركها معلقة.

حيث أنه ثابت من الملف أن الدعوى الأصلية موضوعها إلغاء قرار إلغاء المنح المؤقت الصادر عن الإدارة لعدم مشروعيتها كما تدعي المدعية المستأنف عليها الحالية و التعويض و أن قضاة أول درجة استجابوا لذلك و قضوا بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة و القاضي بإلغاء المنح المؤقت للصفحة محل النزاع على أساس ذلك تم بدون مبرر قانوني مما يعد مساساً بمبدأ المشروعية.

حيث أن هذا التحليل في غير محله على الإطلاق أولاً لأن النزاعات المترتبة عن الصفقات العمومية هي دعوى القضاء الكامل لأنها عبارة عن نزاعات ناتجة عن عقود و مدى تنفيذ كل طرف لالتزاماته و التعويض المترتب عن ذلك و لا علاقة لها بدعوى الإلغاء للقرارات الإدارية أو تفسيرها أو فحص المشروعية و أن قرار إلغاء المنح المؤقت أو قرار فسخ الصفقة ليس قراراً إدارياً بمفهومه التقليدي و الذي يخضع لدعوى الإلغاء وثانياً فإن الإدارة لها حق الفسخ أو إلغاء المنح المؤقت أو النهائي لأن ذلك يدخل في حرية التعاقد للإدارة و لا علاقة له بمبدأ المشروعية و بالتالي لها حق الفسخ بسبب أو بدون سبب و أن القرارات التي تصدرها في هذا الشأن تجسد فيها فقط نيتها في الفسخ و يبقى للمتعاقل مع الإدارة فقط طلب التعويض في الحالة التي يرى فيها أن الفسخ لم يكن على

مسؤوليته و هذا المبدأ قد استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة كما أن الإلغاء فسخ يعني إجبار الإدارة على التعاقد مع متعامل معين و هذا يمس بمبدأ السلطة التقديرية للإدارة في اختبار المتعاملين معها و عليه يتعين إلغاء الحكم المستأنف في هذا الشأن ورفض طلب إلغاء قرار إلغاء المنح المؤقت لعدم التأسيس.

حيث أنه و فيما يخص طلب التعويض عن المنح المؤقت فهو الآخر طلب غير مؤسس لأن العلاقة التعاقدية تنشأ بالمنح النهائي و إبرام الصفقة والإمضاء عليها من الطرفين و أن المنح المؤقت هو إجراء أولي لا يثبت قيام العلاقة التعاقدية و لا يثبت أي التزام بين الطرفين و عليه فإن المستأنف عليها إذا كانت تدعي أنها قامت بشراء بعض المواد بمجرد المنح المؤقت فإن ذلك لا تتحمل مسؤوليته الإدارة و عليه يكون قضاة أول درجة قد أخطأوا في تطبيق القانون و يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف و فضلا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها من خسر الدعوى.

لهذه الأسباب

يقرر مجلس الدولة، علنيا، حضوريا و نهائيا:
في الشكل: قبول الاستئناف.
في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف و فضلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس.
تحميل المستأنف عليها المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس من شهر فيفري سنة ألفين وأربعة عشر من قبل الغرفة الأولى- القسم الأول- المشكلة من السيدات والسادة:

الرئيسة	ميمون رتيبة
مستشار الدولة المقرر	ميسوري أعمارة
مستشارة الدولة	بن منصور حفيظة
مستشار الدولة	غربي الهاشمي

بحضور السيدة درار دليلة، محافظ الدولة ومساعدة السيد بوخش محمد، أمين الضبط.

ملحق رقم 5

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: بسكرة
الغرفة رقم:
القسم الاستعجالي

إن المحكمة الادارية بسكرة القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في الرابع عشر من شهر ديسمبر سنة ألفين و خمسة عشر

رقم القضية: 15/00980
رقم الفهرس: 15/01140
جلسة يوم: 15/12/14

رئيسا مقرر
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

برئاسة السيد (ع):
وعضوية السيد(ع):
وعضوية السيد(ع):
والمحضر السيد (ع):
والمساعدة السيد (ع):

مبلغ الرسم / 6000 دج

المدعي:

صدر الأمر الآتي بيباته في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00980

يبين:

1 (المدعي

المدعي عليه:

العنوان:

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع):

من جهة

ويبين

1 (المدعي عليه

العنوان : الكائن مقرها بثانوية السعيد عبيد العالية الشمالية بسكرة
المباشر للخصام بنفسه

من جهة ثانيا

ويحضر:

1 (محافظ الدولة لدى المحكمة الادارية بسكرة

إن المحكمة الإدارية بسكرة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/12/14

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق
لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق
لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد
876، 884، 885، 888، 889، 896، 897، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ع)

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد (5) معلوم شعبان
والإستماع إلى ملاحظاته (ها) الشفوية.
ويعد المداولة القانونية مصدر الأمن الآتي

التوقيت والإجراءات :

بتاريخ 02 /12 /2015 رفعت الشركة ذات المسؤولية المحدودة ممثلة في شخص مسيرها والمباشرة الخصام بواسطة الأستاذ/ دعوى ادارية القسم الاستعجالي ضد مديرية الخدمات الجامعية ممثلة في شخص مديرها أتمست من خلالها أمر المدعي عليها الامتثال لالتزاماتها القانونية المضمنة بدفتر الشروط من خلال الغاء المنح المؤقت لفائدة المنافس للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم 02 م.خ.ج.ب/ 2016 الخاصة بالنقل الجامعي للملحة لسنة 2016 والمعلن عنها بالجريدة اليومية الحياة بتاريخ 17 /09 /2015 والاعلان عن المنح المؤقت للصفقة المتعلقة بالحصصة رقم 01 للمدعية وتحميل المدعي عليها المصاريف القضائية .
مبررة دعواها أن المدعي عليها أعلنت مناقصة وطنية محدودة تحت رقم 02 م.خ.ج.ب/2016 خاصة بالتكفل الجامعي للطلبة على شكل حصتين منفصلتين وتم نشر الاعلان بصحيفة الحياة اليومية بتاريخ 17 /09 /2015 وأن المدعية سمحت بدفتر الشروط وشاركت بعروضها وتبين بعد فتح العروض التقنية والمالية بتاريخ 07 /10 /2015 أن المدعية قدمت أحسن وأقل عرض بالحصصة رقم 01 المتعلقة بالنقل الحضري (45 حافلة) وذلك باقتراح سعر فردي خارج الرسوم يقدر بمبلغ 9.500 دج وهو أقل عرض يؤهلها للحصول على الصفقة طبقا لنص المادة 18 من دفتر الشروط بينما قدم أحسن عرض متعامل منافس على الحصصة رقم 02 الا أن المدعية تفاجأت باعلان عن المنح المؤقت لصفقة شملت كتيبا الحصتين للمتعامل المنافس اذ قامت المدعي عليها بدمج الحصتين خلافا لمقتضيات المادة 18 من دفتر الشروط .
وأن المدعية تقدمت بطعن معطل لدى لجنة الصفقات لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي بن عكون الا أن هذه الاخيرة رغم انتهاء الأجل لم تبلغ المدعية برأيها .
وذكرت أن منح الصفقة على هذا النحو من شأنه الاضرار بها ومن شأنه كذلك المساس بالمال العام إذ أن منح الحصصة رقم 01 بشكل غير قانوني للمتعامل المنافس من شأنه أن يكلف خزينة الدولة خسارة قدرها 25.682.460 دج سنويا وأن المدعية تستند في دعواها على أحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .
أجابت المدعي عليها مديرية الخدمات الجامعية ممثلة في شخص مديرها والمباشرة الخصام بواسطة الأستاذ/ ملتزمة : القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس .
مبررة ذلك أنه خلافا لما تزعمه المدعية فإن المادة 18 نصت فيما يخص العرض التقني على حصتين وذلك لان كل حصصة تختلف عن الاخرى تقنيا من حيث عدد العمال والمراقبين أما بالنسبة للعرض المالي فإن أقل عرض هو الاولي بالاختيار ونتيجة لذلك فإن العرض المالي يشتمل على الحصتين معا لاختيار أحسن عرض وهذا طبقا للمادة المذكورة لذلك تم اختيار أحسن عرض مالي هو 206.399.232 دج وأن منح الصفقة تم بطريقة قانونية للحفاظ على المال العام وذلك لان العرض المالي لا يمكن تجزئته وهو ما يؤكد اختيار أحسن عرض من طرف المدعي عليها من العروض المقدمة لهذه الصفقة طبقا لدفتر الشروط وتطبيقا لقانون الصفقات العمومية وأن المدعية غير قادرة أصلا على تنفيذ الصفقة ويتضح ذلك جليا من خلال طلبها بمراجعة الاسعار لسنة 2015 رغم أنه كان أكثر من السعر المقترح الحالي بحيث كان خلال السنة المذكورة بمبلغ 11.470.00 دج .
وبعدا أن أصبحت القضية جاهزة للفصل أعد تقرير بشأنها تم إحيل الملف الى محافظ الدولة الذي أتمس تطبيق القانون وبعدها وضعت القضية في المداولة لجلسة 14 /12 /2015 .

****وعليه فإن المحكمة****

بعد الاطلاع على المواد:13- 65- 800- 801- 815- 844 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

بعد الاستماع الى التقرير المكتوب من طرف السيدة/ نوار عياش الرئيس المقررة .

بعد تمكين الاطراف من ابداء ملاحظاتهم.

بعد الاطلاع على أوراق الدعوى ومذكرات الاطراف.

بعد المداولة القانونية.

في الشكل/ حيث أن الدعوى جاءت مستوفية للشروط الشكلية المطلوبة قانونا وكذا لاحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية المتعلقة بالاستعجال في مادة ابرام العقود والصفقات لذلك تعين قبولها .

في الموضوع/ حيث يستفاد من معطيات القضية ومستنداتها أن موضوع المطالبة القضائية للمدعية يتمحور حول أمر المدعي عليها الامتثال لالتزاماتها القانونية المذكورة بدفتر الشروط من خلال الغاء المنح المؤقت لفائدة المنافس .

للمدعية المتعلقة بالمنافسة رقم 02 /2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 والاعلان المؤقت للصفقة المتعلقة بالحصصة رقم 01 للمدعية وذلك للأسباب المذكورة في الوقائع أعلاه .

وحيث أن المدعي عليها دفعت برفض الدعوى لعدم التأسيس وذكرت أن منح الصفقة تم بطريقة قانونية وتم اختيار أحسن عرض مالي هو مبلغ 206.399.232 دج .

وحيث أن دعوى الحال تخص الطعن السابق للتعاقد وتعلق بالاشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية وأن كل اخلال يخضع لرقابة القاضي الاداري الاستجالي طبقا لنص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

حيث الثابت من ملف القضية أن المدعي عليها مديرية الخدمات الجامعية بسكرة قامت باعلان عن مناقصة وطنية محدودة رقم 02 م.خ.ج.ب/ 2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة وأن هذه المناقصة حسب دفتر الشروط تشمل حصتين حصصة رقم 01 النقل الحضري والحصصة رقم 02 النقل شبه الحضري وذكرت في الاعلان انه يمكن للعارضين المشاركة في حصصة أو أكثر حسب مؤهلاتهم .

وحيث أنه حسب تقييم العروض التقنية الخاصة بالمنافسة المذكورة فان المدعية مؤهلة تقنيا في الحصتين حصصة النقل الحضري وحصصة النقل شبه الحضري بنقطة 02 .78 وأن كل حصصة لها نقطة التأهيل الخاصة بها كما أن تقييم العروض المالية فان المدعية قدمت عرض مالي للحصصة رقم 01 النقل الحضري بمبلغ 120.042.000 دج وعرض مالي للحصصة رقم 02 النقل شبه الحضري بمبلغ 89.631.360 دج بينما الشركة المنافسة:

قدمت عرض مالي للحصصة رقم 01 النقل الحضري بمبلغ 145.124.460 دج وعرض مالي للحصصة رقم 02 النقل شبه الحضري بمبلغ 61.274.772 دج وبذلك فان أحسن عرض مالي للحصصة رقم 01 النقل الحضري يكون للمدعية والحصصة رقم 02 يكون لمؤسسة .

لكن المدعي عليها قامت بالاعلان عن المنح المؤقت للصفقة لفائدة مؤسسة بجمع العروض المالي الحصصة رقم 01 و 02 بمبلغ 206.399.232 دج .

وحيث أن المدعية طعننت في هذا الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة أمام لجنة الصفقات لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي لكن هذه الاخيرة رغم انتهاء الأجل لم تبلغ المدعية برأيها وحيث أن الجمع بين الحصتين من حيث العرض المالي مخالف لدفتر الشروط ولا يوجد ما يبرره ، فضلا عن ذلك أن فيه خسارة مالية للمصلحة المتعاقدة والخزينة العمومية بمبلغ 25.082.460 دج لذلك قررت المحكمة القضاء بالغاء الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 وأمر المدعي عليها بالامتثال لالتزاماتها القانونية وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصصة وفقا لدفتر الشروط.

وحيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق المدعي عليها .

**** لهدو الأسياب ****

امرت المحكمة ابتدائيا عنيا حضوريا:
في الشكل / قبول الدعوى .
وفي الموضوع / القضاء بالغاء الاعلان عن المتح المؤقت للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم 102 /
2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 .
و امر المدعى عنها بالامتنال لانتزاعاتها وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة و فقا لدفتنر
الشروط و تحميل المدعى عليها المصاريف القضائية.
هكذا صدر الحكم و لصحته امضاه كل من الرئيس المقرر و امين الضبط.

الرئيس (5) المقرر

أمين الضبط

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1. قائمة المصادر

أولاً: النصوص القانونية

أ- التشريع الأساسي :

01) المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02، المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية عدد 25، الصادرة في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 63، الصادرة في 16 نوفمبر 2008، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة في 07 مارس 2016.

ب- القوانين العضوية :

01) القانون العضوي رقم 11/04، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004.

ج- القوانين :

01) القانون رقم 05/80، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية عدد 10، الصادرة في 04 مارس 1980.

02) القانون رقم 01/88، المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة في 13 جانفي 1988.

- 03** القانون رقم 21/90، المؤرخ في 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 35، الصادرة في 15 أوت 1990.
- 04** القانون رقم 32/90، المؤرخ في 18 أوت 1990، المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، الجريدة الرسمية عدد 53، الصادرة في 05 ديسمبر 1990.
- 05** القانون رقم 01/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 01 جوان 1998.
- 06** القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05/10، المؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 01 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/11، المؤرخ في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 10 أوت 2011
- 07** القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
- 08** القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فيفري، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 05، الصادرة في 23 أبريل 2008.
- 09** القانون رقم 10/11، المتعلق بالبلدية، المؤرخ في 22 جوان 2011، الجريدة الرسمية عدد 37، الصادرة في 03 جويلية 2011.

د- الأوامر:

- 01** الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة في 09 جوان 1966. (ملغى).
- 02** الأمر رقم 155/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 10 جوان 1966، المعدل والمتمم.
- 03** الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 49، الصادرة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

- (04) الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة في 27 جوان 1967.
- (05) الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10، المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة في 18 أوت 2010.
- (06) الأمر رقم 03/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة في 16 جويلية 2006.
- (07) الأمر رقم 01/07، المؤرخ في 01 مارس 2007، المتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، الجريدة الرسمية عدد 16، الصادرة في 07 مارس 2007.

د-المراسيم الرئاسية :

- (01) المرسوم رقم 53/80، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية، الجريدة الرسمية عدد 10، الصادرة في 04 مارس 1980.
- (02) المرسوم الرئاسي رقم 116/84، المؤرخ في 12 ماي 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 20، الصادرة في 15 ماي 1984.
- (03) المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، الصادرة في 28 جويلية 2002. (ملغى).
- (04) المرسوم الرئاسي رقم 128/04، المؤرخ في 19 أفريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 06، الصادرة في 25 أفريل 2004.
- (05) المرسوم الرئاسي رقم 137/06، المؤرخ في 10 أفريل 2006، المتضمن التصديق على إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بمابوتو في 11 جويلية 2003، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة في 16 أفريل 2006.
- (06) المرسوم الرئاسي رقم 413/06، المؤرخ في 22 نوفمبر 2003، المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، الجريدة الرسمية عدد 74،

- الصادرة في 22 نوفمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 64/12، المؤرخ في 7 فيفري 2012، الجريدة الرسمية عدد 08، الصادرة في 15 فيفري 2012.
- (07) المرسوم الرئاسي رقم 246/11، المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، الجريدة الرسمية عدد 68، الصادرة في 14 ديسمبر 2011، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 209/14، المؤرخ في 23 جويلية 2014، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة في 31 جويلية 2014.
- (08) المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58، الصادرة في 7 أكتوبر 2010. (ملغى).
- (09) المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

و- المراسيم التنفيذية :

- (01) المرسوم التنفيذي رقم 434/91، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، الجريدة الرسمية عدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991. (ملغى).
- (02) المرسوم التنفيذي رقم 502/91، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الإقتصاد، الجريدة الرسمية عدد 67، الصادرة في 23 ديسمبر 1991.
- (03) المرسوم التنفيذي رقم 32/92، المؤرخ في 20 جانفي 1992، المتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية عدد 06، الصادرة في 26 جانفي 1992.
- (04) المرسوم التنفيذي رقم 33/92، المؤرخ في 20 جانفي 1992، المحددة لتنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية وبضبط إختصاصاتها، الجريدة الرسمية عدد 06، الصادرة في 26 جانفي 1992.
- (05) المرسوم التنفيذي رقم 78/92، المؤرخ في 22 فيفري 1992، المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة في 22 فيفري 1992.
- (06) المرسوم التنفيذي رقم 414/92، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية عدد 82، الصادرة في 15 نوفمبر 1992.

- (07) المرسوم التنفيذي رقم 364/07، المؤرخ في 28 نوفمبر 2007، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، الجريدة الرسمية عدد 75، الصادرة في 02 ديسمبر 2007.
- (08) المرسوم التنفيذي رقم 272/08، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 07 سبتمبر 2008.
- (09) المرسوم التنفيذي رقم 273/08، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 07 سبتمبر 2008.
- (10) المرسوم التنفيذي رقم 274/08، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المحدد لتنظيم المفتشيات العامة للمالية وصلاحياتها، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 07 سبتمبر 2008.

ي- القرارات الوزارية :

- (01) القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية عدد 06، الصادرة في 19 جانفي 1965.
- (02) القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.
- (03) القرار المؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.

ثانيا :القرارات والأحكام والأوامر القضائية:

أ- قرارات مجلس الدولة :

- (01) قرار رقم 04529، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 11/02/2009، قضية بلدية حاسي الرمل ضد مؤسسة فلوبيكس للتجهيزات المكتبية والكهرومنزلية (قرار غير منشور).
- (02) قرار رقم 045359، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 11/02/2009، في قضية بلدية بطيوة ضد مؤسسة الأشغال العمومية بوهران (قرار غير منشور).
- (03) قرار رقم 045619، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 18/03/2009، في قضية الشركة الوطنية لكبريات أشغال الطرق بالرغاية ضد ولاية ورقلة (قرار غير منشور).

- 04) قرار رقم 049432، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10، قضية مقاوله الأشغال العمومية والري(س أ) ضد والي وهران ومن معه (قرار غير منشور).
- 05) قرار رقم 050305، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2009/12/10، في قضية بلدية رأس العيون ضد مقاوله الإتصالات (ط ع) (قرار غير منشور).
- 06) قرار رقم 14/00885، صادر عن المحكمة الإدارية لبومرداس، بتاريخ 2014/10/07، في قضية المؤسسة الوطنية للسيارات الصناعية ضد ولاية بومرداس والقرض الشعبي الجزائري (قرار غير منشور).
- 07) قرار رقم 123346، صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2018/12/1، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (أ.ع) للنقل ضد بلدية شعبية (قرار غير منشور).
- ب- أحكام المحكمة العادية :
- 01) حكم رقم 16/02378، صادر عن محكمة بسكرة، بتاريخ 2016/11/29، في قضية النيابة العامة ضد(ب ع)-(س ع)-(ص م)-(ع ك)-(ع ف)-(م خ)-(ط ف)-(ع ع)،(غير منشور).
- ج- الأوامر الإستعجالية :
- 01) أمر إستعجالي رقم 15/00980، صادر عن المحكمة الإدارية ببسكرة، القسم الإستعجالي، بتاريخ 2015/12/14، في قضية بين الشركة المسؤولية المحدودة(ع.أ) للنقل ضد مديرية الخدمات الجامعية (غير منشور).
- 02) أمر إستعجالي رقم 00185/19، صادر عن المحكمة الإدارية ببسكرة، القسم الإستعجالي، بتاريخ 2019/03/25، قضية بين(ح ق)، تجارة بالجملة للمنتجات المرتبطة بتغذية الإنسان ضد مديرية الخدمات الجامعية ببسكرة ومن معه (قرار غير منشور).

II. قائمة المراجع باللغة العربية

أولاً : الكتب

- 01) أوبكر عمر صديق، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 02) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015/2014 .
- 03) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الخامسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016/2015.
- 04) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 05) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- 06) خالد خليفة، دليل إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- 07) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية "شروط قبول الدعوة الإدارية"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 08) عبد الحكم فوده، حجية الأمر المقضي فيه وقوته في المواد المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- 09) عبد العزيز سعد، شروط ممارسة الدعوة المدنية أمام المحاكم الجزائرية، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2015.
- 10) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 11) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

- 12) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري "نظرية الدعوى الإدارية"، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 13) فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016.
- 14) لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 15) عزالدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، دون سنة نشر.
- 16) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.
- 17) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.
- 18) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية "نظرية الاختصاص"، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 19) مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
- 20) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 21) مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15، موفم للنشر، الجزائر، 2018.

ثانيا: الرسائل العلمية:

أ- أطروحات الدكتوراه :

- 01) الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015.
- 02) أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012/2011.
- 03) حليلة بروك، مكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2015/2014.
- 04) راضية رحماني، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017/2016.
- 05) سعاد بن سرية، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2018.
- 06) عبد العالي حاحة، الآليات القانونية للمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2012.
- 07) عبد الكريم تبون، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018/2017.
- 08) عمر حماس، جرائم الفساد المالي وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017/2016.

(09) كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2013/2012.

(10) مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، أطروحة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2007.

(11) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013.

(12) ياقوتة عليوات، الصفقات العمومية في الجزائري، رسالة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2009/2008.

ب- رسائل الماجستير:

(01) إسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2009/2008.

(02) المسعود ضحوي، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2014/2013.

(03) أمال مقري، الطعن بالنقض في الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، مذكرة ماجستير، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2011/2010.

(04) حكيم طيبون، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في إطار رسالة الدكتوراه، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2013/2012.

(05) زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012/2011.

06) سليمة بن يطو ، جريمة الرشوة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2013.

07) سهام شقطني، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2011/2010.

08) سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016.

09) عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام ، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018 /10/22.

10) فاطمة الزهرة فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق-بن عكنون-، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2007/2006.

11) وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/10/20.

ج- مذكرات إجازة المدرسة العليا للقضاء:

01) شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008/2005.

ثالثا: المحاضرات:

01) الزين عزري، الأعمال الإدارية ومنازعاتها، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة حقوق (نظام كلاسيكي) والسنة الأولى ماستر تخصص قانون إداري، مخبر الإجتهد القضائي وأثره على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2010.

رابعا: المقالات:

01) بومدين كعبيش، أساليب التحري الخاصة في جرائم الفساد، مجلة القانون، المجلد 05، العدد 07، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة-غليزان، الجزائر، ديسمبر 2016.

02) جلول هزيل، المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، العدد 02، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سبتمبر 2016.

03) جمال الدين عنان، جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، سبتمبر 2017.

04) جميلة فار، واقع ورهانات الهيئة الوطنية والديوان المركزي في مجال مكافحة الفساد، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 02، العدد 01، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، مارس 2016.

- 05) حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، مارس 2018.
- 06) حسين كمون، مدى فعالية التنظيم الإداري كإجراء للتسوية الودية للمنازعات الإدارية في قانون الإجراءات المدينة والإدارية والقوانين الخاصة، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 04، العدد 02، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2018.
- 07) حليلة بروك، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، المجلد 09، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سبتمبر 2014.
- 08) حميد زقاوي- شكري قلفاط، دور مجلس المحاسبة في مكافحة جرائم الصفقات العمومية، مجلة المعيار، المجلد 07، العدد 02، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، ديسمبر 2018.
- 09) حمزة خضري، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، المجلد 11، العدد 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، فيفري 2016.
- 10) خيرة بن سالم، جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 01، العدد 02، مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، أكتوبر 2014.
- 11) رمزي حوحو- لبنى دنش، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 04، العدد 05، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ديسمبر 2009.
- 12) زينة مقداد، سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، سبتمبر 2018.

- 13) سليمة جدي، رقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 01، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، جوان 2017.
- 14) سلوى بزاحي، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، سبتمبر 2012.
- 15) شريفة خالدي، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد 09، العدد 01، جامعة العربي تبسي تبسة، الجزائر، جوان 2018.
- 16) شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، جانفي 2018.
- 17) صوفية عباد، الأساس القانوني لجزاء التأخير في صفقة الأشغال وأثرها على إمتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، المجلد 17، العدد 03، جامعة أحمد دارية أدرار، الجزائر، سبتمبر 2018.
- 18) عادل قرانة، إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، العدد 5، قسم الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، سبتمبر 2013.
- 19) عادل مستاري- موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام) في ظل قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 04، العدد 05، مخبر الإجتهد القضائي وأثره على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ديسمبر 2009.
- 20) عبدالحليم مجدوب، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، العدد 04، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سبتمبر 2017.
- 21) عبد القادر دراجي، سلطة الإدارة في توقيع الإجراءات الإدارية، مجلة المفكر، المجلد 09، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، جانفي 2014.

- (22) عبد الوهاب محمد-جمال رواب، الإنهاء الإفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، مارس 2018.
- (23) عماد الدين رحايمية، المتابعة الجزائية لجرائم الفساد والعقوبات المقررة لها-في ظل القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته-، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 2، العدد 2، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، مارس 2016.
- (24) فاطمة بن الدين ، مجلس المحاسبة آلية رقابة للحد من الفساد في الجزائر، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد 02، العدد 02، مخبر تشريعات حماية الوظيفة العامة، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، ديسمبر 2017.
- (25) فتيحة حابي، فسخ صفقات إنجاز الأشغال العمومية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 04، العدد 03، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، سبتمبر 2015.
- (26) فوزية هاشمي، سلطة الإدارة المتعاقدة في تطبيق الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، الجزائر، مارس 2018.
- (27) فولجة بن عبد المالك، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 9، العدد 17، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، جوان 2017.
- (28) قدور ظريف، جنحة منح إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 02، العدد 04، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2017.
- (29) كمال العطاروي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، جانفي 2018.
- (30) ليلي كميلا حبشي، الغرامة التأخيرية"آلية لضمان احترام آجال تنفيذ الصفقة العمومية"، دراسة تحليلية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 5، العدد 1، جامعة طاهر مولاي سعيدة، الجزائر، سبتمبر 2018.

- 31) محمد الصادق قابسي، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائري للصفقة العمومية، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد14، العدد02، جامعة العربي تبسي تبسة، الجزائر، ديسمبر2018.
- 32) مراد جدي - وليد شريط، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة آفاق للعلوم، المجلد05، العدد03، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، جوان2018.
- 33) مرية العقون، تنظيم التظلم الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد01، جامعة زيان عاشورالجلفة، الجزائر، مارس2017.
- 34) مسعودة عمار، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بين الضرورة المؤسساتية ومحدودية الاختصاصات، حوليات جامعة الجزائر، المجلد32، العدد02، جامعة الجزائر، جوان2018.
- 35) نبيلة زراقي، إستراتيجية جهاز الضبط القضائي في الكشف عن جرائم الفساد، مجلة الحقوق والحريات، المجلد02، العدد02، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، مارس2016.
- 36) نبيلة زراقي، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد04، العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة-2، الجزائر، جوان2015.
- 37) نسرين بوعكاز، القرارات القابلة للإنفصال في عقود الصفقات العمومية (صفقة الأشغال العامة)، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد08، العدد01، جامعة العربي التبسي تبسة، الجزائر، جوان2017.

خامسا : المجلات

- 01) مجلة مجلس الدولة، العدد رقم07، الجزائر، 2005.
- 02) مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 05، الجزائر، 2004.
- 03) مجلة مجلس الدولة، العدد رقم13، الجزائر، 2015.

سادسا: المداخلات

01) أحمد أسعد توفيق - شوقي يعيش تمام، الرقابة القضائية على الصفقة العمومية، مداخلة مقدمة إلى المؤتمر الوطني الأول حول قانون الصفقات العمومية بين تجديد آليات الرقابة وتسيير الرشادة في صرف المال العام، جامعة البليدة-02، الجزائر، يومي 23-24 ماي 2017.

III. قائمة المراجع باللغة الأجنبية

LES ARTICLES :

- 01) Mohammed Karim Noureddine, Le Recours Administratif Préalable Rempart Ou Regarant Des Drios Des Administrés , RevueDrois De L’homme Et Liberté Publique, Volume03, Numéro02, Université Abdellhamide Ibne Badise De Mostgeneme, Juin2018.
- 02) Slimani Kahahina- Debiane Mouloud, Etendue Et Limltesdef Mesures De Lutte Contre La Corruption Dans Les Marché Publiques, Revue Forum D’études Et De Recherche économiques , Volume 04, numéro 02, Université ZianiAchoure De Djelfa, Décembre2017.

الفقه الرسا

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
/	شكر وعران
/	إهداء
/	قائمة المختصرات
أ	مقدمة
7	الفصل الأول: رقابة القاضي الإداري على الصفقات العمومية.
8	المبحث الأول: رقابة القاضي الإداري على منازعات إبرام الصفقات العمومية
8	المطلب الأول: نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية
9	الفرع الأول: معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة
9	أولاً: المعيار الذاتي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة
10	ثانياً: المعيار الموضوعي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة
12	الفرع الثاني: مجالات الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية
13	أولاً: رقابة القاضي الإداري على القرارات القابلة للانفصال السابقة لإبرام الصفقة العمومية
18	ثانياً: رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بإبرام أو عدم إبرام الصفقة العمومية
21	المطلب الثاني: طبيعة رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقة العمومية
21	الفرع الأول: رقابة قاضي الإلغاء على الصفقات العمومية
22	أولاً: شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية
35	ثانياً: آثار الحكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل في مجال الصفقات العمومية

37	الفرع الثاني: رقابة القاضي الإداري الإستعجالي قبل التعاقد على الصفقات العمومية
38	أولاً: شروط الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية
44	ثانياً: سلطات القاضي الإستعجالي قبل التعاقد في منازعات إبرام الصفقات العمومية
48	المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ وفسخ الصفقات العمومية
49	المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري على منازعات تنفيذ الصفقات العمومية
50	الفرع الأول: الرقابة على منازعات دفع مستحقات المتعامل الإقتصادي
50	أولاً: الرقابة على منازعات الدفع مقابل تنفيذ الصفقة العمومية
53	ثانياً: الرقابة على منازعات الدفع مقابل الملحق
57	ثالثاً: الرقابة على منازعات تطبيق بندي التحيين والمراجعة
59	الفرع الثاني: الرقابة على منازعات حماية التوازن المالي للصفقة العمومية
60	أولاً: نظرية فعل الأمير
61	ثانياً: نظرية الظروف الطارئة
61	ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
62	الفرع الثالث: الرقابة على سلطة المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات
63	أولاً: الرقابة على إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزام تمكين المتعامل الإقتصادي من البدء في التنفيذ
64	ثانياً: الرقابة على توقيع الجزاءات المالية
70	ثالثاً: الرقابة على توقيع الجزاءات الضاغطة
72	المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على منازعات فسخ الصفقة العمومية
72	الفرع الأول: الرقابة على طلب الفسخ من أحد طرفي الصفقة العمومية
73	أولاً: الرقابة على طلب المتعامل المتعاقد فسخ الصفقة العمومية
75	ثانياً: الرقابة على طلب المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية
75	الفرع الثاني: الرقابة على قرار الفسخ الإفرادي للصفقة العمومية
76	أولاً: الرقابة على مشروعية قرار الفسخ لدواعي المصلحة العامة

78	ثانيا: الرقابة على قرار مشروعية الفسخ الجزائي
81	ثالثا: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على قرار فسخ الصفقة العمومية
84	الفصل الثاني: رقابة القاضي الجزائي على الصفقات العمومية
85	المبحث الأول: الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية
85	المطلب الأول: جريمة منح الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية
86	الفرع الأول: جريمة المحاباة
87	أولا: أركان جريمة المحاباة
102	ثانيا: قمع الجريمة
110	الفرع الثاني: جريمة الإستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
111	أولا: أركان الجريمة
118	ثانيا: قمع الجريمة
119	المطلب الثاني: جريمة الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية
120	الفرع الأول: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
121	أولا : أركان جريمة
126	ثانيا: قمع جريمة
127	الفرع الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
129	أولا: أركان الجريمة
135	ثانيا: قمع الجريمة
137	المبحث الثاني: المتابعة الجزائية للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية
137	المطلب الأول: الهيئات المختصة في الكشف عن جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية
138	الفرع الأول: الشرطة القضائية
139	أولا: التسليم المراقب
140	ثانيا: إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور أو التردد الإلكتروني

140	ثالثا: التسرب أو الإختراق.
141	الفرع الثاني: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي لقمع الفساد
142	أولا: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته
145	ثانيا: الديوان المركزي لقمع الفساد
148	الفرع الثالث: المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة
148	أولا: المفتشية العامة للمالية
151	ثانيا: مجلس المحاسبة
156	المطلب الثاني: علاقة الدعوى الجزائية بالدعوى الإدارية في مجال الصفقات العمومية
156	الفرع الأول: أثر التظلم الإداري في الدعويين الإدارية والجزائية في مجال الصفقات العمومية
157	أولا: أثر التظلم الإداري في الدعوى الإدارية في مجال الصفقات العمومية
162	ثانيا : أثر التظلم الإداري في الدعوى العمومية في مجال الصفقات العمومية
164	الفرع الثاني: علاقة الحكم الجزائي بالحكم الإداري في مجال الصفقات العمومية
165	أولا: أثر الحكم الجزائي على الدعوى الإدارية
168	ثانيا: أثر الحكم الإداري على الدعوى الجزائية
173	الخاتمة
182	الملاحق
213	قائمة المصادر والمراجع
231	الفهرس

الملخص:

إن الرقابة القضائية على الصفقات العمومية توضح لنا مدى حرص المشرع الجزائري على حماية الصفقات العمومية من جميع أشكال الفساد، بإعتبارها أهم مسار تتحرك فيه الأموال العمومية، وذلك من خلال دور كل من القاضي الإداري الذي يهدف إلى إحترام مبدأ المشروعية، سواء عن طريق قضاء الإلغاء، قضاء الإستعجال أو القضاء الكامل تحقيقا للمصلحة العامة، فهو صاحب الإختصاص الأصيل في منازعات الصفقات العمومية .

إضافة إلى إختصاص القاضي الجزائري من خلال تجريمه للأعمال التي تكتسي طابعا جزائيا، ووضع آليات للكشف عنها ومكافحتها حماية للمال العام، وهذا دون تجاوز الدور الأصيل للقاضي الإداري في هذا المجال.

Abstract :

The judicial control of public deals reveal to us the extent to the Algerian legislator is keen to protect public deals from all forms of corruption, considering it the most important course where public funds move, through the role of the administrative judge, which aims to respect the principle of legality, whether by canceling, The urgency judiciary or the complete elimination to achieve the public interest, because he is the original specialist in a disputes of public deals.

In addition to the jurisdiction of the criminal judge by criminalizing the acts that are criminal character, and putting the mechanisms to detect and combat them for protecting the public funds, without exceeding the original role of the administrative judge in this area.