

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية



آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
التخصص: قانون

إشراف الأستاذ
أ. د. تاجر محمد

إعداد الطالبة
تياب نادية

لجنة المناقشة

- أ. د. كايس شريف، أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... رئيساً
أ. د. تاجر محمد، أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... مشرفاً ومقرراً
أ. د. بوضياف عمار، أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة...
أ. د. محمودي مراد، أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة...
أ. د. حداد العيد، أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة...

تاريخ المناقشة 23 نوفمبر 2013

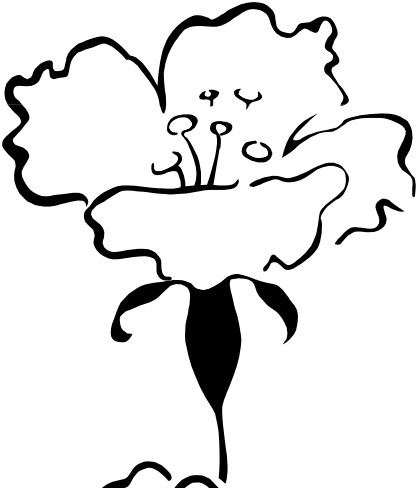
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ المائدة، الآية 33 .

﴿ وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴾ القصص، الآية 77 .

صدق الله العظيم



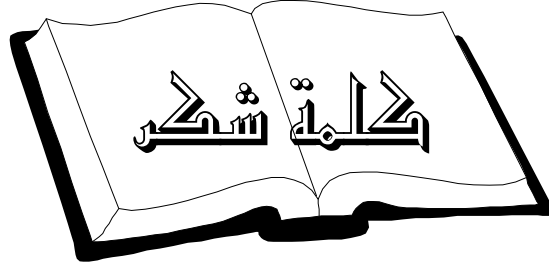
الأهداء



أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

- معلمي ومثلي الأعلى في الحياة والدي الحبيب .
- من غرست في نفسي مخافة الله في السر والعلن وحببت إلى قلبي العلم والفضيلة والإيمان واجتهدت في تربيته والدتي الغالية .
- أختي فاتن وأخوي محمد وممدوح حفظهم الله جميعاً .
- كل من علمني حرفاً وأنا مربي دمر بآو كان لي على الصعاب معيناً ،
- وأخص أساتذتي في كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو .
- كل محاربي الفساد المحصنين بالإيمان والأخلاق والمبادئ السامية .

نادية تياب



أتوجه بالحمد والشكر لله تعالى المبدئ المعيد الغني الحميد ذو العفو الواسع والعقاب
الشديد، من هداه فهو السعيد ومن أضله فهو الطريد البعيد ومن أمرشده إلى سبيل النجاة ووفقه
فهو الرشيد، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ذو العرش المجيد والبطش الشديد.

اعترافاً بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير

والامتنان إلى الأستاذ

الدكتور تاجر محمد

الذي أشرف على هذا العمل، وتعهده بالتصويب في جميع مراحل
إنجازه، وزودني بالنصائح والإرشادات التي أضاءت أمامي سبيل

البحث

فجزاه الله عني كل خير

مكتبة نادي

قائمة أهم المختصرات

ج ر ج ج :	جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
د د ن :	دون دار النشر.
د س ن :	دون سنة النشر.
د م ج :	ديوان المطبوعات الجامعية.
د ج :	دينار جزائري.
ص :	صفحة.
ص ص :	من الصفحة إلى الصفحة.
ق إ م و إ :	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق إ ج :	قانون الإجراءات الجزائية.

Liste des principales abréviations

CERDI :	Centre D'Etude et de Recherche sur le Développement International.
Ed :	Edition.
Ibid :	(Ibidem), au même endroit.
LGDJ :	Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
N° :	Numéro.
OP.cite :	(Opère Citato), référence précédente cité.
P :	Page.
PO :	Politique.
PP :	de la Page jusqu'à la Page.
RASJEP :	Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques.
RCE :	Revue du Conseil d'Etat.
RFDA :	Revue Française de Droit Administratif.
Ss/ Dir :	Sous la Direction.

مُتَكَلِّمًا

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق النفع العام، إذ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية.

كما تعتبر النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية، وذلك من أجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد.

مر النظام القانوني للصفقات العمومية بمراحل شهد خلالها تطورات عديدة، تماشيا مع النظام الاقتصادي المنتهج في كل مرحلة.

لوحظ في الفترة الاستعمارية أنّ النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر كانت تحكمه نصوص أساسية مطبقة على الصفقات العمومية الفرنسية.

وتم تمديد العمل بالقانون الفرنسي في الجزائر بعد الاستقلال بصور القانون رقم 62-157¹ إلى حين صدور قانون جزائري، إلا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية.

استوجبت المعطيات المستجدة ومقتضيات المصلحة العامة إصدار نصوص تنظيمية كان أولها الأمر رقم 67-90² وفي محاولة من المشرع لتلافي النقص الوارد به وتماشيا مع التيار الاشتراكي لجأ إلى إصدار المرسوم رقم 82-145³.

كما وجد المشرع نفسه مضطرا إلى مسايرة التطورات الاقتصادية الحاصلة والاستجابة لها، فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 91-434⁴.

تم في المرحلة الرابعة إصدار المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم

1- قانون رقم 62-157، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج ر عدد (02)، بتاريخ 11 جانفي 1963.

2- أمر رقم 67-90، مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد (52)، بتاريخ 27 يونيو 1967 (ملغى).

3- مرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (15)، بتاريخ 13 أبريل 1982 (ملغى).

4- مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (57)، بتاريخ 1991 (ملغى).

الرئاسي رقم 301-03⁵، وبالمرسوم الرئاسي رقم 338-08⁶ نتيجة التغيرات والمستجدات الطارئة، التي فرضت إيجاد الحلول التي واجهت الأطراف المتعاقدة في ظل سريان النصوص السابقة.

ورغم التعديلات التي قام به المشرع لتلافي النقص الحاصل والتناقض الموجود، إلا أنها لم تحقق الغرض المنتظر منها، مما أدى به إلى إلغاء النصوص السابقة بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 236-10⁷.

تعرف الصفقات العمومية في ظل أحكام هذا المرسوم أنها عقودا مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة⁸.

أدى ارتباط الصفقة بالمال العام إلى جعلها من أهم القنوات المستهلكة له، لهذا أعطاه المشرع أهمية خاصة وخصها عن بقية النفقات بقانون خاص ينظمها، فإذا ما أسيء استغلالها عن طريق الاتجار بها أو الإخلال بواجب النزاهة، أصبحت صفقات مشبوهة ترتب أضرارا خطيرة، لأن الحق المعتدى عليه هو المال العام ونزاهة الوظيفة العمومية.

إذ تكلف الصفقات العمومية خزينة الدولة، مبالغ باهضة قد تدفع الدولة في الكثير من الحالات إلى الحصول على تمويلات من دول أخرى أو منظمات أو بنوك دولية خاصة إذا تعلق الأمر بالمشاريع الكبرى.

5- مرسوم رئاسي رقم 301-03، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250-02، المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (55)، بتاريخ 14 سبتمبر 2003 (ملغى).

6- مرسوم رئاسي رقم 338-08، مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250-02، المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (62)، بتاريخ 9 نوفمبر 2008 (ملغى).

7- مرسوم رئاسي رقم 236-10، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58)، بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 98-11، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14)، بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 222-11، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34)، بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 23-12، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4)، بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 03-13، مؤرخ في 13 يناير سنة 2013، ج ر عدد (2)، بتاريخ 13 يناير 2013.

8- انظر المادة 4 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

وعليه يستمد موضوع الدراسة أهميته من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية، لذا حرص المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة عبر كم هائل من التعديلات تحكم العمل التعاقدى بمختلف أشكاله وأنواعه، فقتن الوسائل التي يتم بها هذا التعاقد وأعطى من الامتيازات ما يخدم المصلحة العامة، لكن لن تصل هذه النصوص إلى جوهرها ولن تبلغ مبتغاها في وجود الفساد⁹.

لهذا يعتبر الفساد من أكبر المشاكل التي تواجه الدول وهو العقبة الرئيسية أمام الإصلاح والتنمية والاستثمار، ورغم تعدد مجالات الفساد وصوره تعتبر الصفقات العمومية أكثر المجالات عرضة لهذه الظاهرة، إذ أظهر الواقع نقشي صارخ للفساد.

والواضح أن الجزائر لم تسلم من هذا الفيروس الفتاك نظرا لحجم الفضاء الاقتصادي التي كانت ولا زالت في تعاقب من سنة لأخرى وبسببه ضيقت الملايير من الدولارات ومئات الملايير من الدينارات على وقع سلسلة من الفضائح التي طالت الاقتصاد الوطني.

إذ تنتشر يوميا فضائح مالية لعدد هام من صفقات الجهات الإدارية¹⁰ المختلفة من وزارات وجماعات محلية ومؤسسات عمومية، الأمر الذي جعل الشبهات تحوم بصفة رئيسية حول كيفية منح هذه الصفقات، فأصبح العام والخاص متيقنا بأن إبرام الصفقات لا يتم إلا بموجب صفقات

9- الفساد لغة، هو البطلان فيقال فسد الشيء أي بطل واضمحل ويأتي للتعبير على معاني عدة بحسب موقعه. أما اصطلاحا، فليس هناك تعريف محدد فقد عرفه البنك الدولي على أنه "استغلال المنصب العام بغرض تحقيق مكاسب شخصية" وعرفه صندوق النقد الدولي بأنه "اغتيصاب السلطة العامة من أجل المصلحة الخاصة". وهناك اتفاق دولي على تعريف الفساد كما حدته منظمة الشفافية الدولية بأنه "كل عمل يتضمن سوء استخدام المنصب العام لتحقيق مصلحة خاصة ذاتية لنفسه أو جماعته". غير أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد اتجهتا إلى حصر أنشطة وأفعال محددة لتصنيفها كجرائم للفساد دون اعتماد تعريف قانوني له.

انظر: تقرير التنمية الصادر عن البنك الدولي 1998، www.worldbank.org

10- والأمثلة على هذا الوضع كثيرة على غرار ما أحدثته قضية بنك وشركة الطيران الخليفة كذلك فضيحة بنك الجزائر وفضيحة الشركة المختلطة "بروان روث كوندور" المكلفة بإنجاز مشاريع لفائدة شركة سونطراك ووزارة الدفاع الوطني. ناهيك عن فضيحة البنك الصناعي والتجاري وبعض البنوك الأخرى.

لمزيد من التفصيل انظر: سوماتي شريفة، المتابعة الجزائية في جرائم الفساد في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 2.

باطنية تبرم في الكواليس وما هو ظاهر يعد سوى تمثيل شكلي لا غير، بما يجعل الكثير من ذوي النفوس المؤمنة الطيبة والنزيهة تعزف عن الدخول في المنافسات الشكلية.

لذا تبقى الجزائر في المراتب الأخيرة حسب تقرير منظمة الشفافية الدولية الصادر عام 2011، إذ تحتل مرتبة 112 عالمياً من أصل 182 دولة بعدما كانت تحتل المرتبة 84 في تقرير 2006.

فوجود الفساد في هذا المجال الحساس يعد أمراً خطيراً¹¹، لذا يتعين الوقوف عنده، فجرائم الصفقات العمومية من بين الجرائم الخطيرة التي تتخر المجتمع ومؤسسات الدولة على حد سواء، وقد أخذ منحى هذه الجرائم تصاعداً مستمراً لاسيما أثناء التحولات التي لا يزال يعرفها الاقتصاد الوطني.

لذا تستدعي مقتضيات الحكم الراشد وجود آليات فعالة شاملة ومحكمة لضمان تجسيد فكرة دولة القانون وضمان حماية المصلحة العامة. والتقليل من فرص الفساد يمكن الدولة من تحقيق بيئة اقتصادية قوية مبنية على السير الحسن والشفاف لكل القطاعات¹².

تلك هي الأسباب التي فرضت عليّ اختيار الموضوع ودراسته، إذ أثار في نفسي فضولا علميا لمعرفة خباياه والتوصل إلى تحديد مواطن القوة والضعف فيه.

أما الدوافع الشخصية التي كان لها دورا فعالا في تحريك البحث فيمكن إجمالها فيما يلي:

- الاهتمام بالدراسات القانونية المرتبطة بالمجالات الإستراتيجية في البلاد التي لها تأثيرا مباشرا على الجانب الاقتصادي، خاصة ما تعلق بمجال الصفقات العمومية.

11- وذلك بتأكيد رئيس الجمهورية عندما قال "إنّ المحاباة والبيروقراطية وأكثر منهما، الرشوة والفساد، هي الآفات الخبيثة التي يعاني منها مجتمعنا أكثر مما يعاني من الفاقة والإملاق، ذلك أنّ هذه الآفات تمس بأعز ما يملكه الجزائريون والجزائريات...".

مقتطع من الكلمة التي ألقاها رئيس الجمهورية بتاريخ 30 أكتوبر 2002، بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2002 - 2003، منشور بـ **مجلة مجلس الدولة**، العدد الثاني، الجزائر، 2002، ص 12.

يعتبر هذا التشخيص دق لناقوس الخطر لما أصبح يمثل الفساد من خطر على وجود الدولة.

12- GHEWOPO Attila, Corruption, fiscalité et croissance économique dans les pays en développement, Thèse pour l'obtention du titre de docteur en sciences économiques, centre d'études et de recherches sur le développement international (CERDI), faculté des sciences économiques et de gestion, université d'Auvergne clermont ferrand I, 2007, P10.

Publié sur le site :

<http://tel.archives-ouvertes.fr>.

- الكشف عن مواطن الضعف والقوة في النصوص المرتبطة بآليات مواجهة الفساد سواء ما تعلق بالجانب الوقائي أو الردعي.

وكل باحث لا أنكر أن هذه الدراسة تهدف أساسا إلى إثراء المكتبة القانونية، خاصة أمام ما تعيشه من نقص في مجال الدراسات المتخصصة المتعلقة بالفساد كموضوع من أهم مواضيع الساعة ومواضيع القانون الإداري.

ولم تبق الجزائر بمعزل عن الحركية الدولية المتعلقة بمواجهة الفساد، بل وإيماننا منها بوجوب ضم جهودها إلى جهود المجتمع الدولي، انضمت إلى جميع الاتفاقيات الدولية والإفريقية والعربية المناهضة للفساد بغرض تكامل أفضل وتعاون أنجع في هذا المجال.

فقد صادقت الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد¹³ المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتعتبر أحكام هذه الاتفاقية سابقة في القانون الدولي وعلى درجة كبيرة من الحساسية، مما جعل العديد من الدول تتردد في التصديق عليها ومنها من لم تصادق عليها أصلا¹⁴.

يلاحظ أن الجزائر كانت حاضرة على المستوى العالمي، إلا أنها كانت أكثر حضورا على الصعيد القاري، وذلك بمشاركتها الفعالة في بلورة استراتيجية إفريقية لمكافحة الفساد، فبموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-137¹⁵ صادقت على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة في مابوتو بتاريخ 11 يوليو 2003.

ولم تكتف الجزائر بالانضمام إلى الاتفاقيات الدولية، بل ترجمت التزاماتها الدولية بتبنيها لقانون خاص يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، إذ قام المشرع الجزائري بسن النص

13- بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-128، مؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة المعتمدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج ر عدد (26)، بتاريخ 25 أبريل 2004.

14- علما أن الجزائر صادقت على الاتفاقية من تاريخ اعتمادها، وبذلك كانت من الدول الثلاثين الأولى التي مكنت هذه الآلية من الدخول حيز التنفيذ.

15- بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-137، مؤرخ في 10 أبريل سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو سنة 2003، ج ر عدد (24)، بتاريخ 16 أبريل 2006.

التشريعي المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006، تكريسا للمبادئ التي تضمنتها الاتفاقيتين¹⁶.

لم يظهر هذا التشريع من محيط فارغ، إذ تم وضعه ضمن منظومة تشريعية واسعة، ففي سنة 2004 تم تعديل قانون العقوبات¹⁷ بشكل جذري وبمقتضاه تم إخراج جرائم الصفقات العمومية من أحكام قانون العقوبات¹⁸، واعتبارها من جرائم الفساد لأهمية قطاع الصفقات العمومية ولخصوصية الجريمة المرتكبة في هذا المجال.

أما على الصعيد الإجرائي، تم معاينة عدم تجاوب ق.إ.ج مع جرائم الفساد بوصفها جرائم ذات طابع منظم، الأمر الذي استوجب إضفاء المرونة على إجراءات التحري والتحقيق وتخفيف القيود الإجرائية التقليدية المفروضة على التحريات الأولية.

لذا يجب الاعتراف بحقيقة جرائم الصفقات العمومية التي تعتبر من جرائم الفساد¹⁹، إذ تثير الكثير من الصعوبات والإشكالات المتعلقة بكيفية مكافحتها، باعتبار مرتكبيها ما

16- قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14)، بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج ر عدد (50)، بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر عدد (44)، بتاريخ 10 أوت 2011.

كما أصدر رئيس الجمهورية تعليمية رئاسية رقم 03 المؤرخة في 13 ديسمبر 2009 جاء فيها "يجب أن تكون مكافحة الفساد تسعى تدأب عليه السلطات العمومية ويشمل سائر مجال النفقة العمومية، يجب أن يتجسد فيما يخص الحكومة بصياغة وتطبيق برنامج حقيقي متناسق ودائم يتوخى تعزيز مكافحة هذه الآفة، وترقية أخلاقية الحياة العامة على نحو أوفى".

17- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (49)، بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم بقانون رقم 01-09، مؤرخ في 26 جوان 2001، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (34)، بتاريخ 27 جوان 2001، معدل ومتمم بقانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (84)، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم بقانون رقم 11-14، مؤرخ في 02 أوت 2011، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (49)، بتاريخ 10 أوت 2011.

18- بموجب قانون رقم 01-09، مؤرخ في 26 جوان 2001...، سابق الإشارة إليه.

19- وذلك بإقرار صريح من المشرع الذي اعتبر الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنها "جرائم الفساد" وبالرجوع لأحكام هذا الباب نجده ينص صراحة على جرائم الصفقات العمومية.

يتصفون بصفات المجرم المعلوماتي، أي المجرم الذي يتميز بالذكاء الذي يعود إلى اكتساب هؤلاء المجرمين المهارة الفنية والخبرات في مختلف مجالات الحياة التي تتعلق غالباً بالأصول والقواعد المالية والمصرفية والقانونية، صف إلى ذلك صلاتهم القوية بأفراد المجتمع خاصة أصحاب المناصب والنفوذ والسلطة، الأمر الذي يعيق إمكانية متابعتهم ومحاكمتهم جزائياً.

وباعتبار الفساد ظاهرة مركبة لها جوانب متعددة، فمعالجتها تقتضي اعتماد استراتيجية موضوعية واضحة المعالم طويلة الأمد تأخذ في الاعتبار كل نواحي الظاهرة.

فالقضاء على الفساد ليس قراراً يُتخذ ولكنه منظومة من الإصلاحات وإعادة بناء الأنظمة، وهو ما حرص المشرع على تكريسه بصفة صريحة في تنظيم الصفقات العمومية، وكذا قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إذ أراد من خلالهما سدّ الطريق أمام الموظف وتجنبيه إساءة استعمال السلطة وتغليب اعتبارات المصلحة الخاصة على المتطلبات القانونية ومقتضيات المصلحة العامة.

وعليه تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الاستراتيجية المتبعة لمواجهة الفساد في أهمّ مجال اقتصادي هو الصفقات العمومية على ضوء النصوص القانونية المنظمة لها، في مرحلة هامة وحاسمة في مسار الصفقة العمومية يكثر فيها ارتكاب الجرائم وهي مرحلة الإبرام وتحديد مدى كفاية هذه الآليات لمواجهة كافة أشكال الصفقات المشبوهة.

وبغرض توضيح الموضوع ارتأينا اتباع المنهج التحليلي لإجراء دراسة تحليلية لتنظيم الصفقات العمومية، وكذا قانون مكافحة الفساد وتفسير مضمون النصوص القانونية والربط بينها، لتبيان مدى تمكن أو إخفاق المشرع في وضع آليات كفيلة لمواجهة الفساد.

مع الرجوع عند اللزوم إلى المنهج التاريخي، باعتبار تنظيم الصفقات العمومية قد تم تعديله مرات عديدة، فكان من اللازم الرجوع من حين إلى آخر إلى هذا المنهج لمقارنة النصوص السابقة بالنصوص الحالية، لاكتشاف أسباب التعديل ومدى نجاعته ومحاولة استقصاء التطور الحاصل.

وإيماناً منا بأن وضع الآليات الكفيلة لمواجهة الفساد قرينة لمفهوم دولة القانون وتفعيلاً

لمقتضيات الحكم الراشد، فإنّ حسن استيعاب الموضوع يفرض البحث والتساؤل عن: مدى توفيق المشرع في إيجاد أحسن السبل والآليات للحفاظ على المال العام في مجال الصفقات العمومية، أو بتعبير أدق هل المشرع الجزائري وفّق في معالجة موضوع الفساد في قانوني الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد؟

الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي دراسة الآليات الوقائية التي أوجدها المشرع للحيلولة دون وقوع هذه الجرائم (الباب الأول).

ورغم تعدد هذه الآليات وتنوعها ترتكب الجرائم ولا يزال الفساد متفشيا في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي يستدعي تدخل القضاء للرقابة وقمع الفساد بعد وقوعه (الباب الثاني).

الباب الأول

آليات الوقاية من الفساد

في مجال الصفقات العمومية

تقتضي أهمية الصفقات العمومية تبني المشرع سياسة وطنية لمواجهة هذا الوباء الذي أصبح ينخر دواليب الاقتصاد.

وسيوّدي تطبيق القواعد العامة²⁰ على النحو المتعارف عليه في قانون العقوبات لا محالة إلى إفضال جهود المشرع، لذا كان المساس بهذه القواعد ضرورة لا مفرّ منها، فبدل المسارعة في تقرير قسوة العقاب والردع يتعين البحث أولاً لماذا ترتكب هذه الجرائم خاصة في مجال الصفقات العمومية؟ وبعبارة أخرى يجب البحث عن الأسباب الحقيقية للإجرام والدوافع المؤدية لاقتراف هذا النوع من الجرائم، بمعنى يجب إتباع أسلوب "الطب الوقائي قبل الطب العلاجي" فلا ربّما تكون الطريق المجدي للقضاء على هذه الجرائم أو حتى الإنقاص منها وذلك بإزالة الأسباب المؤدية لارتكابها.

يعني هذا أنّ الإجراءات الإدارية ومعاقبة الأفراد لا يمكن أن تنفع كشكل وحيد لمكافحة جرائم الصفقات العمومية²¹.

لهذه الأسباب، دعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى ضرورة إتباع سياسة الوقاية من جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية، وذلك بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة الأولى التي نصّت على "أغراض هذه الاتفاقية هي: ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأنجع...".

« De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace »

قد تطرقت الاتفاقية إلى هذه التدابير ضمن أحكام الفصل الثاني بعنوان "التدابير الوقائية" وبمصادقة الجزائر على الاتفاقية، فمن المنطقي أن ينص قانونها الداخلي على هذه التدابير التي تحول دون وقوع هذه الجرائم.

هذه التدابير في الأصل نص عليها تنظيم الصفقات العمومية ومع تقاوم الفساد في مجال الصفقات، سن المشرع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم ليؤكد على هذه التدابير وذلك في الفقرة الأولى من المادة الأولى التي جاء فيها "يهدف هذا القانون إلى ما يأتي:

20- المقصود بالقواعد العامة في هذا المقام تلك القواعد المنصوص عليها في قانون العقوبات التي تقتضي تطبيق العقوبة لمجرد ارتكاب الفعل المجرم.

21- على حدّ قول الدكتور بشار الأسد رئيس الجمهورية العربية السورية "ليس المقصود بمكافحة الفساد مطاردة الناس ومعاقبتهم، وإنما المقصود بذلك هو إزالة الأسباب التي أدت إليه وتحصين الأشخاص الموجودين كي لا يقعوا في الخطأ".
نقلا عن: هارون نورة، جريمة الرشوة في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأثرها في التشريعات الجزائية الداخلية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2008، ص 03.

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته...²².

تتنوع وتتعدد هذه الآليات والتدابير بتعدد وتنوع النصوص المنظمة لها، فتم المساس بأهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام العقود وهو مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك بتنظيم عملية إبرام الصفقات العمومية (الفصل الأول) ولم تتوقف جهود المشرع ومساعيه على هذا الحد، فعند اختيار المتعامل المتعاقد يتم إخضاع هذا الاختيار وكل الإجراءات التي تمت في عملية إبرام الصفقة إلى آليات الرقابة التي تتنوع هي الأخرى بين رقابة داخلية وخارجية ورقابة وصائية هذا بالإضافة إلى ما جاءت به بعض القوانين المكملة التي تضمنت أحكاماً للرقابة المالية، والرقابة أمر طبيعي من أجل ضمان السير الحسن للصفقة العمومية وتقادي صور الفساد فيها (الفصل الثاني).

22- إعتبر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته جرائم الصفقات العمومية صورة من صور الفساد، وبتعبير أدق من جرائم الفساد، لذا فالتدابير الوقائية المنصوص عليها في أحكام هذا القانون تنطبق أيضاً على جرائم الصفقات العمومية.

الفصل الأول

تنظيم عملية إبرام الصفقات العمومية

إبرام الصفقة العمومية مرحلة حاسمة في مسار حياتها، لذا لابد من خضوعها لآلية إبرام معينة سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب المناقصة، أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي.

تعد مرحلة الإبرام المجال الخصب الذي يكثر فيه ارتكاب الجرائم، لذا انصبّت جهود المشرع ومساعيه إلى تنظيم عملية الإبرام لتقييد المصلحة المتعاقدة.

فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بإبرام صفقاتها وفق كفايات وقواب وطرق رسمها لها القانون مسبقاً.

بدأت جهود المشرع ومساعيه بفرض قيود وقواعد خاصة على موظفي المصالح المتعاقدة، إذ تعتبر أولى آليات مواجهة الفساد باعتبارهم الأداة البشرية المنفذة لكل مراحل إبرام الصفقة ولاعتبارهم الأداة البشرية المنفذة لجرائم الصفقات العمومية (المبحث الأول).

كما كرّس المشرع من جهة أخرى مبادئ هامة يقوم عليها إبرام الصفقات تلزم المصالح المتعاقدة باحترامها طوال حياة الصفقة وكلّ مساس بها يعرضها للإبطال (المبحث الثاني).

كما تدخل المشرع لتحديد أساليب وطرق إبرام الصفقات، وذلك بجعل المناقصة القاعدة العامة واعتماد أسلوب التراضي في حالات جاء تنظيمها وتحديدها دائماً من قبل المشرع (المبحث الثالث).

إذن فالمصلحة المتعاقدة أو بتعبير أدق موظفيها ليسوا أحرار في كيفية إبرام الصفقة ومنحها للمتعاقد الذي يروق لهم، إذ حدّد القانون ومن وراءه المشرع المبادئ والقواعد والإجراءات حمايةً للمال العام وترشيدها للنفقات العمومية.

المبحث الأول

إخضاع الموظف العام لقواعد قانونية صارمة

يُعدّ الموظف العام الأداة المرتكبة لجرائم الصفقات العمومية، لذلك فأولى أساليب الوقاية يجب أن تبدأ به، فالسياسة المنتهجة لمكافحة الفساد تبدأ بتطوير نظم التوظيف التي يجب أن تقوم على معايير موضوعية لاختيار الموظفين وترقيتهم (المطلب الأول).

كما ألقى المشرع على عاتق الموظفين العموميين القائم بأعباء السلطة العامة واجب

التصريح بالامتلاكات، وإخبار السلطة الرئاسية عن وجوده في حالة تعارض المصالح (المطلب الثاني)، ويبقى التجريم المسبق لأفعال الفساد وتكريس مبدأ حماية الموظف من الأوامر غير المشروعة أهم الضمانات لتجسيد الشفافية والحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تبني سياسة توظيف متطورة

إن نجاح الإدارة في تنفيذ مهامها يتوقف على حسن اختيارها للموظف الكفاء وتعيينه في الوظيفة التي تتلاءم ومؤهلاته²³ خاصة وأن عملية إبرام الصفقات العمومية من العمليات الصعبة التي يدخل في تركيبها عدة إجراءات وقواعد، الأمر الذي يفرض كفاءة القائمين بها، لذا يتعين اعتماد قواعد ومعايير موضوعية في تعيين الموظفين (الفرع الأول)، كما يتعين وضع برامج تعليمية وتدريبية لرفع كفاءتهم (الفرع الثاني) وإصلاح نظام الرواتب والأجور حتى لا يكون الموظف العام عرضة للفساد وكذا الحث على وضع مدونات السلوك (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاعتماد على معايير موضوعية في تعيين الموظفين

من بين أهم أسباب انتشار الفساد في مجال الصفقات العمومية هو وضع رجل غير مناسب في وظيفة عمومية، لذا أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على ضرورة الاعتماد على معايير موضوعية في تعيين الموظفين وترقيتهم، وهذا ما جاء صراحة في نص المادة السابعة التي جاء فيها "تسعى كل دولة طرف، حيثما اقتضى الأمر ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين المدنيين وغيرهم من الموظفين العموميين غير المنتخبين عند الاقتضاء، واستخدامهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد تتسم بأنها:

23- وفي هذا يقول د. كمال دسوقي "إن الموظف الذي يشعر أنه عين في وظيفة لا لكفاءته وجدارته وإنما لدرجة قرابته ونفوذ معارفه... لا يمكن أن ينظر إلى المصلحة العامة على أنها شيء ذو خطر أو أهمية، وإنما يتركز اهتمامه في تملق من ساعدوه في الحصول على وظيفته ورد الجميل وهو ما قد يؤدي بدوره إلى ترقية أو تعيين قريب آخر، وهكذا تصبح المصالح الحكومية مغنم ومساعدات متبادلة بين القائمين عليها لأمؤسسات تخدم الصالح العام...".
لمزيد من التفصيل أنظر: كمال دسوقي، سيكولوجيا الإدارة العامة وأخلاقيات الخدمة المدنية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000، ص 49.

أ- تقوم على مبادئ الكفاءة والشفافية والمعايير الموضوعية مثل الجدارة والإنصاف والأهلية...»، وهي الأحكام التي تضمنتها المادة الثالثة من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إذ نصّت على "تراعي في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسيير حياتهم المهنية القواعد الآتية:

1. مبادئ النجاعة والشفافية والمعايير الموضوعية مثل الجدارة والإنصاف والكفاءة...". عملاً بالنصوص السابقة فعملية تعيين الموظفين تخضع لمجموعة من المبادئ جاءت نتيجة ظهور الديمقراطية التي تقتضي مساواة المواطنين في تولي الوظائف العامة.

فتوضع الشروط وفق ضوابط موضوعية تهدف إلى شغل الوظائف بأفضل العناصر وأصلحها، فتكون تبعاً لذلك حقاً لكل مواطن تنطبق عليه شروطها أيّاً كان مركزه الاجتماعي²⁴.

نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ بصريح نص المادة 74 من الأمر رقم 06-03²⁵ المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية إذ جاء فيها "يخضع التوظيف إلى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية".

يجد هذا النص أساسه من نص المادة 51 من الدستور الجزائري لسنة 1996 "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون"²⁶.

وبقاء الموظف في الوظيفة يكون مرهوناً باستقامته وحسن سلوكه وعدم إساءة استعمالها وإخلاله بذلك يؤدي إلى مساءلته على نحو يقضي بعزله²⁷.

24- في النظام الأمريكي قديماً تعتبر الوظائف غنائم توزع على أنصار الحزب الفائز في الانتخابات ويضل هؤلاء في وظائفهم لمدة 4 سنوات وهي مدة بقاء الحزب في الحكم وبعدها تؤول إلى أنصار خلفه المنتصر والحجج التي يتذرع بها الأمريكيان لتبرير نظام تأقيت الوظيفة بأربع سنوات هو كفالة المساواة.

أنظر في ذلك: رناي فريد، حماية حقوق الموظف في النظام القانوني للوظيفة العمومي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 39.

25- أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر، عدد (46)، بتاريخ 16 يوليو 2006.

26- أنظر المادتين 29 و51 من الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد (76)، بتاريخ 8 ديسمبر 1996. معدل ومتمم بقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد (25)، بتاريخ 14 أبريل 2002، معدل ومتمم بقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد (63)، بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

27- رسلان أنور أحمد، "الرقابة الإدارية على تقارير كفاية الموظف العام": دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، الإمارات العربية المتحدة، 1995، ص 128.

كما ينبغي أن ينطلق تعيين الموظفين من مبدأ أساسي لا يقل أهمية عن مبدأ المساواة وهو مبدأ تكافؤ الفرص كأسلوب لاختيار الموظفين العموميين والاحتفاظ بهم، مما يؤدي إلى تحسين الأداء بشكل يحقق المصلحة العامة ولعل هذا ما يعنيه البعض بقوله "إن الأداء الفعال لوظائف الإدارة لا يعتمد على كفاءة ما يوضع من نظم إدارية فعالة فحسب، وإنما يعتمد بشكل أوفى على كفاءة أولئك الذين يعهد إليهم تنفيذها، لأنه دون موظف كفأ تظل الإدارة التي أحسن وضع نضمها عاجزة على تحقيق أهدافها".

يزكي البعض²⁸ تلك النظرة بقوله "إنه يجب أن يحسن اختيار الموظفين لضمان إجابة أعمالهم وإلا لباءت بالفشل كل خطط الدولة في سبيل تحقيق مصالح أفرادها، وانهار تبعاً لذلك بناؤها".

فاختيار الأصلح يعدّ من أهم مقتضيات سير المرافق العامة، فالموظف غير الكفء يكون ولا ريب في ذلك سبباً في إعاقة السير المنتظم وعاملاً محركاً لارتكاب الجرائم، كما يحرم مرافق الدولة من أفضل العناصر البشرية التي تعدّ وسيلة فعالة في زيادة أدائها.

هذان العاملان هما اللذان يحكمان عملية اختيار الموظف للالتحاق بالوظيفة العامة، ونظراً للأهمية المبدئية فقد حظيّا بالحماية في الأنظمة القانونية، كما أنّ الدساتير الحديثة قد تضمنتهما وأكدت على ضرورة الالتزام بتطبيقهما.

قد تنوّعت طرق الالتحاق بالوظيفة العامة فقد يتمّ الالتحاق بها عن طريق الانتخاب وهو الأسلوب المعتمد لاختيار حكام الولايات ونوابهم، ولكن ما يؤاخذ على هذه الطريقة أن الانتخاب لا يأتي بأصحاب الكفاءات والقدرات، لأنّ الأفراد لا يضعون هذه الاعتبارات عند إنتخابهم لهؤلاء، وإنما يختارون وفق اعتبارات أخرى²⁹.

لذلك كان أفضل أسلوب لاختيار واستحقاق الوظيفة العامة هو نظام المسابقة والاختيار على أساس الجدارة، فيجتاز المرشح للوظيفة الامتحان المقرر لشغلها وهي الطريقة التي شيع استخدامها في معظم الدول.

وقد نص المشرع الجزائري على كفايات الالتحاق بالوظائف العمومية بموجب المادة 80

=أنظر أيضاً: يوسف خليفة يوسف، "الفساد الإداري والمالي - الأسباب والنتائج وطرق العلاج-"، مجلة العلوم

الاجتماعية، المجلد الثالث، العدد الثاني، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2002، ص 273.

28- أمثال د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 391.

29- هارون نورة، مرجع سابق، ص 181.

من الأمر رقم 06-03 إذ تنص "يتم الالتحاق بالوظائف العمومية عن طريق

-المسابقة على أساس الاختبارات.

-المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين.

-الفحص المهني.

-التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعوا تكوينًا متخصصًا منصوصًا عليه في

القوانين الأساسية لدى مؤسسات التكوين المؤهلة".

الأصل أن يتم الاختيار عن طريق لجان نزيهة وعادلة ويتعين على هذه اللجان أن تتخذ أسس ومعايير موضوعية في الاختيار، وإذا تم الاختيار والتعيين بهذه الطريقة سيؤدي إلى إحساس الموظف بالمساواة والعدل وهذا ما يعطيه الأمن والاستقرار الوظيفي، وشعور الموظف بعدالة الإدارة يساهم في تقوية انتمائه وولائه للوظيفة التي يشغلها، الأمر الذي يؤدي إلى الإخلاص والتفاني في خدمة الإدارة التي يعمل بها.

فالموظف العمومي في هذه الحالة يخضع لقانون الوظيفة العامة تسري قواعده على جميع الموظفين المتمثلين في الرتبة وهي من وضع السلطة العامة قبل التحاق الفرد بالوظيفة وليست وليدة الاتفاق أو التفاوض.

الفرع الثاني

الاعتماد على البرامج التعليمية والتدريبية لرفع كفاءة الموظفين

يعد من أهم عوامل الوقاية دعم الوعي لدى الموظفين، هذا ما استدعى ضرورة وضع آليات التدريب والإعداد المهني للموظفين في جميع الهياكل الإدارية.

لذا يرى الفقه أن عملية التكوين تمثل نوعًا من الاستثمار البشري بل أفضل استثمار متى كان هادفًا، جادًا، ومثمرًا، وهذا ما يؤدي في النهاية إلى تحولات إيجابية في فلسفة الإدارة وفي طريقة عملها، لذا يعدّ التكوين أحد أهم العوامل المساعدة للقضاء على الفساد.

فالتكوين والتدريب³⁰ من الموضوعات البالغة الأهمية في عصرنا هذا لما له من أثر في تزويد الموظفين بالمعلومات والمعارف التي تزيد من مهاراتهم وقدراتهم في أداء العمل وتنمية وتطوير ما لديهم من مهارات ومعارف وخبرات، مما يزيد من كفاءتهم في أداء عملهم.

30- يختلف التدريب عن التعليم، فيتركز الأول على زيادة القدرات والمهارات التي لها علاقة بعمل محدد ويغلب عليه الجانب التطبيقي، ويعتبر الثاني زيادة في المعارف والمدارك التي لا ترتبط بالضرورة بعمل محدد ويغلب عليه الجانب النظري. لمزيد من التفصيل أنظر: د. سليمان بن ناصر المسلم، إدارة الموارد البشرية في ظل نظام العولمة، د د ن، الرياض، 2005، ص 159.

وبتعبير آخر "هو نشاط دقيق مخطط بعناية وحرص يهدف إلى تحقيق تقدم وزيادة مهارة وخبرة وفهم الموظف العام وتنمية مداركه، ومن ثمة إحداث تغييرات في الفرد والجماعة بما يجعلهم لائقين للقيام بأعمالهم بكفاءة وإنتاجية عالية".

لذا حرصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على تشجيع الدول لوضع برامج تعليمية وتدريبية لتمكين موظفيها القيام بمتطلبات الأداء الصحيح والمشرق والسليم للوظائف العمومية³¹.

وهو ما جاءت به الفقرة ب "... تشمل على إجراءات مناسبة لاختيار وتدريب أفراد لتولي المناصب العمومية التي تعتبر عرضة للفساد بصفة خاصة وضمان تناوبهم على المناصب عند الاقتضاء"³².

ونظراً لأهميته اعترف المشرع الجزائري بحق التدريب³³ وبيعض الحقوق المتعلقة به على غرار القوانين العمالية المقارنة، مما جعل العمل التكويني التزاماً لكافة الهيئات المستخدمة، بتكوين مستخدميها وتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم المهنية بصفة دورية وربط ترقيتهم بذلك.

فحق التكوين والتدريب مضمون للموظفين بحكم القانون كحق من حقوق الموظفين الأساسية وواجب من واجبات المصالح العمومية قصد ضمان تحسين مردودها وتأهيل الموظفين وترقيتهم مهنيًا.

ومن أجل تجسيد هذا الحق صدر مرسوم تنفيذي رقم 96-92³⁴ لينص على جملة من المسائل وهي:

- الشروط المتعلقة بأعمال التكوين المتخصص.
- كيفية تحسين مستوى الموظفين التابعين للمؤسسات والإدارات العمومية وتجديد معلوماتهم.
- القواعد والكيفيات التي يتم في إطارها تنظيم أعمال التكوين³⁵.

كما نصّت المادة 104 من الأمر رقم 06-03 سالف الذكر على ضرورة تكوين

31- أنظر المادة السابعة فقرة د من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد سالف الذكر.

32- د. ناصر عبيد ناصر، ظاهرة الفساد مقارنة - سوسيولوجية - اقتصادية -، دار المدى للثقافة والنشر، سوريا 2002، ص 74.

33- وهذا ما سعى إليه المشرع بموجب أحكام الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل متمم، سابق الإشارة إليه.

34- مرسوم تنفيذي رقم 96-92، مؤرخ في 3 مارس 1996، يتعلق بتكوين الموظفين وتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم، ج ر عدد (16)، بتاريخ 1996، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 04-17، مؤرخ في 22 جانفي 2004، ج ر عدد (04)، بتاريخ 25 جانفي 2004.

35- أنظر المادة الأولى من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 96-92، السابق الإشارة إليه.

الموظفين وجاء فيها "يتعين على الإدارة تنظيم دورات التكوين وتحسين المستوى بصفة دائمة، قصد ضمان تحسين تأهيل الموظف وترقيته المهنية وتأهيله لمهام جديدة".

فالمتعارف عليه أن قلة المعارف قد تدفع إلى ارتكاب أعمال منافية للنصوص القانونية، خاصة وأن جرائم الصفقات العمومية تقوم لمجرد مخالفة النصوص القانونية سواء تمت المخالفة عن قصد أو دون قصد.

خاصة وأن المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية تسند الاختصاص في إبرام الصفقات العمومية لمناصب لا توجد بشأنها قوانين تبين شروط الالتحاق بها أو على الأقل تضع شروط صارمة تضمن تعيين مسؤولين يتمتعون بالكفاءة والنزاهة اللازمة لتسيير الأموال العمومية، فعلى سبيل المثال ما يزال القانون لا يضع شروطاً صارمة للترشح لرئاسة المجلس الشعبي البلدي، مما رتب انتخاب مجموعة من رؤساء البلديات غير مؤهلين لإبرام الصفقات العمومية، والأمر نفسه بخصوص المدراء التنفيذيين المختصين بإبرام الصفقات العمومية على مستوى الولاية.

ترتب عن ذلك إبرام صفقات عمومية مخالفة للقانون، مما دفع البعض إلى القول أن معظم الصفقات تبرم بطريقة غير قانونية³⁶.

على عكس ما هو معمول به في الدولة المغربية إذ قامت السلطات ابتداءً من 1980 باتفاق مع المدرسة الوطنية للإدارة المغربية من أجل تدريب وتكوين جميع المكلفين بإبرام الصفقات العمومية وتوعيتهم بمخاطر الفساد، فضلاً عن ذلك قامت بتكوينات خاصة لفائدة المكلفين بإبرام الصفقات حول قانون الصفقات العمومية المغربي الصادر في 2007³⁷.

لذا يرى الفقه أن للتدريب دور كبير في توجيه الموظف إلى اكتساب الأخلاقيات الإدارية الحميدة والالتزام بها سلوكياً ومهنياً، كما يجعله مدركاً لمعنى الصالح العام وأهميته للفرد والمجتمع.

كما أن سياسة التدوير الوظيفي تعدّ هي الأخرى آلية للوقاية من الفساد خاصة لدى الجهات التي تعاني من ارتفاع معدلاته، ذلك أن بقاء المسؤول الإداري لفترة طويلة في الموقع نفسه يساعده على ارتكاب جرائم الصفقات العمومية لتزايد معارفه، أما انتقاله إلى منصب جديد من فترة إلى أخرى سيمنّنه من العمل بنفسية جديدة، لذا يجب إجراء تنقلات جغرافية إجبارية

36- خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 3.

37- O.C.D.E, Liste de vérification pour renforcer l'intégrité dans les marches publics,

Publier sur le site :

<http://www.oecd.org/document/33/0,3746,fr>

ودورية للموظفين³⁸.

الفرع الثالث

إصلاح نظام الرواتب والأجور

يعاني موظفي المصالح العمومية في الدول النامية من نقص ذريع في الرواتب³⁹ لذا يجد الموظف نفسه عرضة لقبول الهدايا والرشاوى وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية ليسد بها النقص المادي الناتج عن ضعف الراتب.

فالتباين الطبقي واختلال معدلات الدخل وارتفاع الأسعار وعجز الرواتب عن تلبية المطالب الأساسية يعد من أسباب تفشي الفساد الإداري⁴⁰ فالموظفون الذين يتقاضون رواتب غير كافية أكثر ضعفاً أمام الإغراءات من أولئك الذين يتقاضون رواتب جيدة فالظروف السيئة تجعلهم فريسة سهلة للإغراء والفساد، فتؤثر على أدائهم وتجعلهم يلجئون إلى وسائل عديدة لتغطية هذا النقص وفي ذلك إضرار بالمصالح العامة.

لذا يتعين على الدولة أن تبادر بإصلاح نظام الأجور بزيادة رواتب الموظفين وجعلها كافية لضمان حياة كريمة وهذا ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب الفقرة "ج" من المادة السابعة التي جاء فيها "تسعى كل دولة طرف، حينما يقتضى الأمر ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين،... تتسم بأنها تشجع على تقديم أجور كافية ووضع جداول أجور منصفة مع مراعاة مستوى النمو الاقتصادي للدولة الطرف المعنية".

وتقابلها المادة الثالثة فقرة 3 من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم إذ تنص "تراعى في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسير حياتهم المهنية القواعد الآتية:

.....

3. أجر ملائم بالإضافة إلى تعويضات كافية".

38- د. ناصر عبيد ناصر، مرجع سابق، ص 74.

39- الراتب هو المبلغ النقدي الذي يتقاضاه الموظف نظير عمله اليومي، يتوقف رضاه بالراتب الذي يتقاضاه بمدى كفايته لإشباع حاجاته الأساسية مقارنة بالجهد المبذول.

والراتب حق للموظف وهو ما أكدته المادة 32 من الأمر رقم 06-03 وعملاً بالمادة 119 من القانون نفسه فإن الراتب يتكون من الراتب الرئيسي، العلاوات والتعويضات...

40- قد أكدت نتائج مدركات الفساد لعام 2007 عن وجود علاقة قوية وواضحة بين الفساد والفقر إذ 40% من الدول حصلت على نتيجة أقل من 3 نقاط وجميع هذه الدول تعاني من انخفاض في الدخل.

تطبيقاً لما سبق سارع المشرع الجزائري سنة 2007 إلى تحسين رواتب الموظفين، وذلك بإدخاله تعديلات ملموسة على الشبكة الاستدلالية للأجور في قطاع الوظيفة العمومي.

لذا صدرت عدة مراسيم رئاسية في هذا الشأن منها المرسوم الرئاسي رقم 07-304⁴¹، والمرسوم الرئاسي رقم 07-305⁴² وكذا المرسوم الرئاسي رقم 07-306⁴³ والمرسوم الرئاسي رقم 07-307⁴⁴.

من النصوص السابقة يتضح واجب الدولة نحو توفير ضرورات الحياة للموظف العام، مما يجعله مطمئناً ومستقراً في عمله قادراً على الوفاء بمتطلبات أسرته، الأمر الذي يجعله لا يفكر في استغلال الوظيفة والمتاجرة بها ولا استغلال المال العام استغلالاً يمسّ الصالح العام.

تطرح هذه الترسنة من النصوص القانونية التي تخص رفع الرواتب، التساؤل الآتي: هل هذه الزيادة في الرواتب تؤدي فعلاً إلى القضاء على الفساد في مجال الصفقات العمومية؟!.

يعدّ إصلاح نظام الأجور وزيادة مدخول الموظف العام عاملاً هاماً للوقاية من الفساد، وهو رأي سليم في شكله النظري، ولكنه غير كافٍ⁴⁵ لذا فزيادة راتب الموظف ليس بالحلّ الوحيد والأمثل فعلى المشرع تدعيمه بوسائل أخرى.

41- مرسوم رئاسي رقم 07-304، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

حدد هذا المرسوم قيمة النقطة الاستدلالية بخمسة وأربعين ديناراً، وهذا بموجب المادة الثامنة من ذات المرسوم التي تطبق بصفة موحدة بالنسبة لكل الموظفين في قطاع الوظيفة العمومي، وعملاً بالمادة 22 فإن أحكام هذا المرسوم تسري ابتداء من أول جانفي 2008 مهما يكن تاريخ المصادقة على القوانين الأساسية.

42- مرسوم رئاسي رقم 07-305، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228 مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

43- مرسوم رئاسي رقم 07-306، مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2007، يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007. وعملاً بالمادة الخامسة منه فإن مفعول هذا المرسوم يسري ابتداءً من أول جانفي 2008.

44- مرسوم رئاسي رقم 07-307، مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2007، يحدد كفاءات منح الزيادة الاستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

45- قد ذكر أحد المراقبين قائلاً: "ليس هناك ما يدل بشكل واضح على أن زيادة أجور العاملين في القطاع العام يمكن أن يؤدي إلى خفض الفساد".

ولمزيد من التفصيل أنظر: باسم سكجها، كتاب المرجعية الشفافية الدولية، مواجهة الفساد، عناصر بناء نظام النزاهة الوطني، مؤسسة الأرشيف العربي، عمان، 2002، ص 25.

ولن يكون لجهود المشرع القوة والفعالية، إذا لم يكن فعل النزاهة ثابتاً ومرسماً في قيم الموظف نفسه.

وتتعلق النزاهة بالصدق والأمانة والإخلاص في العمل، وهذه القيم لا يفرضها القانون، بل توجد في الموظف نفسه يعززها ويحافظ على استمراريتها وجود القانون.

لهذا نص المشرع الجزائي في المادة 7 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على دعم مكافحة الفساد من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة للوظائف العامة والعهد الانتخابية.

ما يلاحظ من نص المادة أن المشرع فرض على الهيئات المذكورة وضع مدونات وقواعد سلوكية لكن دون ذكر المقصود بهذه المدونات ولا مضمونها هذا الأمر يؤثر على التطبيق الصارم لقواعد قانون مكافحة الفساد.

تعني مدونات السلوك اعتماد معايير لأخلاقيات وسلوكات العمل في إطار المؤسسات العامة والهيئات المنتخبة، تحدد للموظفين القيم الواجب مراعاتها أثناء أداء مهامهم وفي علاقتهم بالجمهور، إذ ترتبط هذه المدونة بنظام الخدمة وتتميز عن النصوص القانونية بأنها التزام أخلاقي حيث يكون الضمير أداة رقابية فعالة⁴⁶.

فالوصول إلى بناء منظومة النزاهة في الوظيفة العامة والوظيفة الانتخابية، يعتبر الهدف الأساسي لبناء قطاعات فعالة تحض باحترام المواطنين، من خلال هذه المدونة يُحصن المجتمع من الفساد وتوفر الآليات الفعالة للتعامل مع ظواهره.

فالمدونة تعبير عن احترام الموظف وإخلاصه لقواعد العمل السليم والخدمة العامة واستعداده الطوعي للعمل بموجب قيم النزاهة ومبادئ الشفافية ونظم المساءلة هذا إلى جانب احترام سيادة القانون.

لذا يمكن القول أن مدونة السلوك تعتمد على مبادئ أساسية تنتهجها الهيئات العمومية والموظفين وكذا المنتخبين أثناء تأدية مهامهم وتتمثل أساساً:

- وضوح الأنظمة والإجراءات داخل الإدارة،
- الالتزام بإبلاغ الجهات المختصة عن أي شخص بغض النظر عن منصبه يقوم بنشاط غير قانوني أو أي سلوك يوصف بالفساد،

46- مصلح عبير، النزاهة والشفافية والمساءلة في مواجهة الفساد، الإئتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، -أمان- (فرع فلسطين لمنظمة الشفافية الدولية) فلسطين، 2007، ص 37، منشور في موقع: www.aman-palestine.org

- التعامل بجدية وصرامة في حالة اكتشاف قضايا الكسب غير المشروع،
- الامتناع عن قبول أية هدية أو مكافئة أو منحة مباشرة أو بواسطة الغير بغرض تقديم تسهيلات أو معلومات تحقيقاً لمصالح شخصية.

إن اعتماد هذه القيم والسلوكيات من قبل الموظفين والمنتخبين على اختلاف درجاتهم وفي مختلف قطاعات الدولة تمثل أول لبنة للحكم الراشد وهنا تكمن أهميتها وصعوبتها في الوقت نفسه، لأن الإخلال بها يؤدي إلى انتشار الفساد بينما الالتزام بها وتداولها كأساسيات ومسلمات يحمي مختلف الهيئات والمجتمع وبالتالي الدولة من تفشي الفساد⁴⁷.

وما يزيد من فعالية هذه الآليات توسيع الفئات التي يشملها وصف الموظف العام وهو مايتضح من أحكام الفقرة ب من المادة 2 التي تظهر عدم تبني المشرع الجزائري للفكرة الإدارية للموظف العام، إذ يتسع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تحديده للفئات التي تدخل في مفهوم الموظف العام، وذلك بإضافته لفئات لا تدخل في مفهوم الموظف طبقاً للمفهوم الإداري الدقيق.

كما يتسع من جهة أخرى في تحديد الهيئات التي ينتمي إليها الشخص حتى يمكن اعتباره موظفاً عاماً، ليُطال بذلك كل الهيئات التي حددتها المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وخير ما فعل لضمان عدم إفلات الجناة ويدخل ذلك في إطار السياسة المنتهجة للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية⁴⁸.

المطلب الثاني

فرض إجراء التصريح بالامتلاكات

تعد الوظائف العليا في الدولة الأكثر استهدافاً، ولاشك أن هناك جهود بذلت وأخرى مازالت تبذل للوقوف في وجه الفساد، فكانت مواجهة الأداة المنفذة لجرائم الصفقات العمومية أولى جهود المشرع وذلك بتطوير السياسة المنتهجة في التوظيف.

وبانتشار الفساد الإداري والمتاجرة بالوظيفة العامة، اتجهت جهود المشرع ومسايعه إلى

47- موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 95.

48- هارون نورة، مرجع سابق، ص 46.

إتباع نظام إلزام الموظفين بالتصريح بممتلكاتهم.

يعتبر هذا التصريح من متطلبات حماية الممتلكات العمومية وضمان نزاهة الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة⁴⁹ وهذا ما نادى به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة الثامنة فقرة 5 التي نصت على "تسعى كل دولة طرفاً، عند الاقتضاء ووفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يفصحوا للسلطات المعنية بما لهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي واستثمارات وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تفضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين"⁵⁰.

هذا ما دعا إليه المشرع الجزائري قصد ضمان الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة⁵¹.

فالتصريح بالممتلكات من أهم الإجراءات التي تتبعها الدول لمتابعة الموظفين العموميين، فهو أداة لمراقبة حركة الأموال التي يحوزها الموظف العام وهذا من أجل الكشف عن حالات الثراء السريع الذي قد تنتاب البعض منهم تنبئ إمكانية تورطهم في قضايا الفساد.

يتمثل هذا الإجراء في إلزام كل شخص يحمل وصف الموظف العام⁵² بأن يفصح عن كافة ممتلكاته واستثماراته التي يتمتع بها خارج الوظيفة التي يشغلها، وبالتالي فهو إقرار عن ذمته المالية بهدف الوقوف عن أي كسب غير مشروع يدخل ثروته ومساءلته عن كل ما يحصل

49- ضويحي محمد، "التصريح بالممتلكات كآلية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 2 و 3 ديسمبر 2008، ص3. وهو ما أكدته أيضاً أحكام المادة 4 فقرة 1 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

50- تشير إلى أن المشرع الجزائري قد سبق ونص على إخضاع الموظفين العموميين لواجب التصريح بالممتلكات، وهذا بموجب أمر رقم 98-04، مؤرخ في 11 جانفي 1997، متعلق بالتصريح بالممتلكات، ج ر عدد (3)، بتاريخ 12 جانفي 1997 (ملغى). حيث نصت المادة الأولى منه على "يؤسس هذا الأمر التصريح بالممتلكات الواجب على كل شخص قائم بأعباء السلطة العمومية بغية ضمان الشفافية المالية في الحياة السياسية والإدارية وضمان الحفاظ على الممتلكات العمومية وكرامة الأشخاص المدعويين لخدمة الجماعة الوطنية".

51- وهو ما أشارت إليه أيضاً المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، في المادة الثالثة التي جاءت تحت عنوان "الإفصاح عن الأصول".

52- يلاحظ على نص المادة 2 فقرة ب استعمال المشرع في النص العربي لمصطلح الموظف العمومي وقابله في النص الفرنسي مصطلح "Agent public" في حين أن المصطلح المعتمد في المنظومة القانونية الجزائرية للتعبير عن الموظف العمومي Fonctionnaire.

عليه من مال لنفسه دون وجه حق، وعن كل زيادة في ثروته أو ثروة زوجه أو أولاده القصر لا تتناسب مع موارده المالية⁵³.

نظراً لأهمية الإجراء كآلية للوقاية من جرائم الصفقات العمومية يحتم علينا الأمر التعرض إلى كيفية إتمام هذا الإجراء (الفرع الأول) وإلى الجزاءات المقررة عند الإخلال بأحكامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعميد المشرع لكيفية التصريح بالامتلاكات

ألزم المشرع كل شخص يحمل وصف الموظف العام باكتتاب تصريح بالامتلاكات جاعلاً من هذا الإجراء آلية وقائية في القطاع العام، من أجل إضفاء أكبر قدر من الشفافية على الحياة السياسية والشؤون العمومية، وحماية الممتلكات العمومية وصون الأشخاص المكلفة بالخدمة العامة،⁵⁴.

غير أن الكيفيات المتبعة في ذلك ليست نفسها فهناك من الكيفيات التي يخضع لها جميع الموظفين على اختلاف درجاتهم (أولاً)، في حين هناك كيفيات تلتزم بها فئة منهم خصّها المشرع بذلك نظراً لحساسية المناصب التي يشغلونها، وبذلك فإن الكيفيات قد اختلفت باختلاف صفة المصرح (ثانياً).

أولاً - الكيفيات التي يشترك فيها الملزمين بالتصريح بالامتلاكات:

وحدّ المشرع بين الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات من حيث آجال التصريح (1) والامتلاكات الواجب التصريح بها (2).

1- من حيث آجال التصريح بالامتلاكات

أخضع المشرع الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بامتلاكاتهم للمواعيد نفسها سواء عند بداية المسار المهني (أ)، أو عند كل زيادة معتبرة (ب) أو عند نهاية المسار المهني (ج).

أ- التصريح الأولي

تنص المادة 4 في فقرتها الثانية من قانون رقم 06-01 على "... يقوم الموظف العمومي باكتتاب تصريح بالامتلاكات خلال الشهر الذي يعقب تنصيبه في وظيفته أو بداية عهده الانتخابية".

53- يُعد الخليفة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أول من طبق هذا النظام وأطلق عليه اسمه المعاصر "من أين لك هذا" وقد طبقه على الجميع بلا استثناء.

54- إلى جانب المشرع الجزائري نجد المشرع الأردني الذي نظم بدوره التصريح بالامتلاكات في إطار قانون رقم 62 بموجب نص المادة 8 فقرة "و" التي جاء فيها "على كل من الرئيس والأعضاء والموظفين العاملين في الهيئة أن يفصح على ممتلكاته وممتلكات زوجه وأولاده القصر قبل مباشرته لعمله".

يفهم من نص المادة أن جميع الموظفين العموميين ملزمين بالإفصاح والكشف عن ذممهم المالية، وذلك خلال الشهر الذي يلي تاريخ التعيين في الوظيفة أو عند بداية العهدة الانتخابية إن كانوا منتخبين كما هو الحال بالنسبة لرئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، أعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة.

ولا يعقل أن يتم توقيع العقاب لمجرد عدم التصريح بالممتلكات خلال الشهر الذي يلي تاريخ التنصيب في الوظيفة أو بداية العهدة الانتخابية وهو الأمر الذي لم يشر إليه المشرع في ظل أحكام قانون رقم 01-06 ولا حتى في ظل التعديلات المتعاقبة التي خصت هذا القانون.

لكن بالرجوع إلى المادة 36 من القانون ذاته فتنص على "... كل موظف عمومي خاضع قانونا لواجب التصريح بممتلكاته ولم يقم ذلك عمدا، بعد مضي شهرين من تذكيره بالطرق القانونية...".

مما يعني ضمنا أن الموظف العام الذي لم يقم بالإدلاء بممتلكاته في الميعاد المحدد تمنح له مدة شهرين دون شهر لتدارك الوضع وذلك بعد تذكيره بالطرق القانونية.

الملاحظ أن هذه المادة لم تحدد في أي مرحلة يتم التذكير إن كان في التصريح الأولي أو التجديدي أو النهائي مما يعني أنه يتم في جميع المراحل⁵⁵.

ب- التصريح التجديدي:

تنص المادة 4 في فقرتها الثالثة من القانون رقم 01-06 على "يجدد هذا التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العمومي بنفس الكيفية التي يتم بها التصريح الأول".

واضح من نص المادة أنه ينبغي على المصرح أن يجدد التصريح بممتلكاته عند كل زيادة معتبرة في ذمته المالية.

غير أن المشرع لم يحدد مقدار الزيادة الذي يستدعي التصريح لكن باستعماله عبارة معتبرة، فهذا يعني أن تكون ذات أهمية ملفتة للنظر.

ج- التصريح النهائي

أغفل المشرع تحديد المدة التي يجب التصريح فيها بالممتلكات عند نهاية العهدة الانتخابية أو عند انتهاء الخدمة، إذ ترك المجال مفتوحا مكتفيا فقط بالنص على "... يجب التصريح

55- عثمانى فاطمة، التصريح بالممتلكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 77-78.

بالممتلكات عند نهاية العهدة الانتخابية أو عند انتهاء الخدمة⁵⁶ على عكس ما فعله عند البداية⁵⁷.

لذا كان ينبغي على المشرع الجزائري أن يقوم بتحديد المدة اللازمة للقيام بالتصريح النهائي للممتلكات، لأن عدم تحديدها يجعل المعنيين بهذا التصريح يتهربون من ذلك، فهذا الأمر يفرغ إجراء التصريح بالممتلكات من محتواه طالما أن الغرض منه أصلاً هو الوقوف على الفارق غير المبرر في الذمة المالية الذي قد يطرأ بين فترتي تولي المهام وانتهاءها ولن يتأتى هذا دون أن يكون هناك تحديد لميعاد التصريح عند انتهاء المهام.

2- من حيث محتوى التصريح بالممتلكات

عملاً بالمادة الخامسة فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فإن التصريح بالممتلكات يحرر طبقاً لنموذج يحدد عن طريق التنظيم⁵⁸، وهذا ما حدده المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-414⁵⁹، الذي وضع نموذجاً للتصريح بالممتلكات وعملاً بالمادة الثالثة من المرسوم ذاته، فإن هذا النموذج يعدّ في نسختين يوقعهما المكتب والسلطة المودع لديها على أن تسلم بعدها نسخة للمكتب.

يحتوي التصريح بالممتلكات على بيانات تخص الموظف العام كاسمه واسم أبيه وعنوانه وذكر تاريخ تعيينه أو تاريخ تولي وظيفته⁶⁰.

56- أنظر المادة 4 فقرة الأخيرة من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

57- من هنا نلاحظ تراجع المشرع عما كان عليه في ظل الأمر رقم 97-04 الملغى إذا كان يوجب على الأشخاص الملزمين بالتصريح بممتلكاتهم أن يجددوا التصريح خلال الشهر الذي يعقب انتهاء عضويتهم أو مهامهم إلا في حالة الوفاة مع تمديد هذا الأجل إلى شهر آخر في حالة القوة القاهرة.

58- أسند المشرع مهمة تحديد نموذج التصريح بالممتلكات إلى التنظيم بناءً على نص المادة 5 فقرة الأخيرة من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم، مما يعني أن مهمة ذلك تعود إلى الوزير الأول استناداً إلى المادتان 125 و185 من دستور 1996.

59- مرسوم رئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالممتلكات ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

الملاحظ أن المرسوم الذي يحدد نموذج التصريح بالممتلكات قد صدر في شكل مرسوم رئاسي لا تنفيذي وهو المرسوم الرئاسي رقم 06-414 وبذلك يكون هو الآخر غير دستوري شأنه شأن المرسوم الرئاسي المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها.

60- من الناحية العملية لم يتم احترام محتوى التصريح بالممتلكات إذ تارة يتم ذكر تاريخ التعيين أو تولي الوظيفة وتارة أخرى يتناساه المصريح، هذا وأن جميع التصريحات الصادرة تطبيقاً لقانون رقم 06-01 لم يتم فيها ذكر اسم والدي المصريح ولا تاريخ ومكان الميلاد وحتى الممتلكات الواجب التصريح بها لاقت هي الأخرى بعض التهميش إذ نجد من المصريحين من اكتفى فقط بذكر أنه يملك حساب بنكي في الخارج دون ذكر قيمته.

وبالنسبة للممتلكات المصرح بها فعملا بالمادة الخامسة فقرة 1 من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم، فإن التصريح بالممتلكات المنصوص عليه في المادة الرابعة من القانون أعلاه وكذا المرسوم الرئاسي رقم 06-414 يحتوي جردا مفصلا لكافة الأملاك التي يحوزها المكتب العقاري والمنقولة وكذا السيولة النقدية والاستثمارات، هذا بالإضافة إلى أملاك أخرى.

ما يلاحظ عدم اكتتاب ممتلكات زوجة المصرح، إذ يكفي باكتتاب أمواله العقارية والمنقولة فقط وكذا أموال أولاده القصر ولعل هذا راجع لكون النظام المالي للزوجين في الإسلام وفي القانون الجزائري يقوم على الفصل في الذم المالية للزوجين.

وأيّا كان السبب فإن عدم اكتتاب ممتلكات الزوجة وحتى الأولاد البالغين، لا يضمنان مكافحة فعالة للفساد الإداري، إذ يمكن للموظف أن يكتتب ممتلكات له باسم زوجته أو أولاده فما فائدة التصريح بالممتلكات بعد ذلك؟ هذا ما حثت عليه التعليمات الرئاسية المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد الصادرة سنة 2009.

غير أن هذه الاقتراحات لم تؤخذ في الاعتبار عند تنميط قانون مكافحة الفساد سنة 2010 فلم يتم النص على إلزامية اكتتاب الموظف ممتلكات زوجته في حين أن الجميع يدرك أن الأملاك التي تم الحصول عليها بطرق مشبوهة لا ينسبها الموظف إليه أبدا ويفضل تسجيلها باسم المقربين له وغالبا ما تكون زوجته.

يتم التصريح بالأملاك العقارية بتحديد موقع الشقق والعقارات والمنازل أو أية أرض سواء كانت زراعية أو معدة للبناء أو محلات تجارية يملكها المكتب و/أو أولاده القصر في الجزائر أو في الخارج.

كما نصّ التنظيم على ضرورة ذكر النظام القانوني لهذه الأملاك إن كانت أملاك خاصة أو مملوكة على الشيوع.

أمّا بالنسبة للأملاك المنقولة، فإنّ التصريح بها يشمل تحديد الأثاث ذي القيمة المالية المعتبرة وكلّ تحفة أو أشياء ثمينة، كما يشمل التصريح بالسيارات والسفن والطائرات أو أية

=لاستخلاص هذه التفاصيل أنظر:

- تصريح بالممتلكات ج ر عدد 06، مؤرخ في 24 يناير سنة 2010.
- تصريح بالممتلكات ج ر عدد 07، مؤرخ في 27 يناير سنة 2010.

ملكية فنية أو أدبية أو صناعية وكل القيم المنقولة المسعرة وغير المسعرة في البورصة التي يمتلكها المكتتب و/أو أولاده القصر في الجزائر أو في الخارج.

أما بالنسبة للسيولة النقدية، فإن التصريح بها يشمل تحديد وضعية الذمة المالية من حيث أصولها وخصومها، وبخصوص هذه الأموال بالذات حرص المشرع الجزائري في المادة 61 من قانون رقم 06-01 على إلزام الموظفين العموميين الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد أجنبي أو حق أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى على ذلك الحساب أن يبلغوا السلطات المعنية عن تلك العلاقة وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة تتعلق بتلك الحسابات وذلك تحت طائلة الجزاءات التأديبية ودون الإخلال بالعقوبات الجزائية المقررة.

ثانيا - الكيفيات المتباينة بين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات:

ميز المشرع بين الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات من حيث الجهة التي تتولى تلقي التصريحات (1)، ومن حيث نشر بيانات التصريح بهذه الامتلاكات (2).

1- من حيث الجهة المكلفة بتلقي التصريح بالامتلاكات

جعل المشرع مهمة تلقي التصريح بالامتلاكات كاختصاص أصلي لسلطة إدارية مستقلة وهي الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته (أ)، لكن لم يضمن لها الاختصاص المانع، إذ تم اقتسام هذه المهمة مع الرئيس الأول للمحكمة العليا (ب) لتختلف بذلك الكيفيات المتبعة تبعا لاختلاف الجهة المكلفة بتلقي التصريح بالامتلاكات.

أ - التصريحات التي تكون أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

تتلقى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التصريحات بالامتلاكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية وتقوم بدراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها⁶¹.

لكن ليس جميع الموظفين العموميين إذ أقصى المشرع المناصب القيادية والسامية في البلاد من التصريح أمامها.

الأصل أن يتم التصريح بالامتلاكات أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مباشرة، لكن هناك بعض التصريحات التي تصل إليها عن طريق السلطة الوصية أو السلطة

61- وهو ما أكدته المادة 20 فقرة 6 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

على عكس الأحكام الواردة في ظل الأمر رقم 97-04 الملغى إذا كان كل الأعوان ملزمين بالإفصاح والكشف عن ذممهم المالية أمام لجنة التصريح بالامتلاكات دون استثناء بما في ذلك البرلمان والقضاة.

السلمية وتشمل فئة الموظفين العموميين الذين يشغلون وظائف عليا في الدولة وغير المنصوص عليهم في المادة 6 من قانون رقم 01-06 ف هؤلاء أحال التشريع بشأنهم إلى التنظيم. وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 90-225 نجده يحدد هؤلاء على النحو الآتي⁶²:

- مستشار.
- مدير دراسات.
- مدير.
- مكلف بالدراسات والتلخيص.
- نائب مدير.

بالنسبة لهؤلاء جميعاً يكون التصريح بممتلكاتهم أمام السلطة الوصية، خلال الآجال المنصوص عليها في المادة 4 من قانون رقم 01-06 أي خلال أجل شهر من تاريخ التعيين في الوظيفة وفور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية لهذا الموظف وعند انتهاء الخدمة.

وعقب التصريح بالممتلكات تقوم السلطة الوصية أو السلمية حسب الحالة بإيداع التصريحات أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مقابل وصل.

غير أن المرسوم الرئاسي رقم 06-415⁶³ لم يحدد آجال تقديم هذه التصريحات واكتفى بعبارة "آجال معقولة" هذا ما يطرح التساؤل حول المدة التي قد تستغرقها إحالة التصريح أمام هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته والتي يمكن وصفها بالمعقولة؟!.

هذا الغموض في تحديد آجال إيداع التصريحات قد يفتح المجال أمام السلطة المختصة بتلقي التصريحات التماطل في تقديمها وهو أمر من شأنه التأثير على سرعة وفعالية معالجة المعلومات من قبل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

ب- التصريحات التي تكون أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا

سبق الذكر أن هيئة مكافحة الفساد لا تتمتع باختصاص مانع وأصيل في تلقي التصريحات بالممتلكات إذ يشاركها في ذلك الرئيس الأول للمحكمة العليا⁶⁴.

62- أنظر المادة الأولى من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 90-225، مؤرخ في 25 يوليو 1990، المحدد لقائمة الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان "رئاسة الجمهورية"، ج ر عدد (31)، بتاريخ 1990.

63- مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كليات التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة السادسة من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (74)، بتاريخ 2006.

64- وهو ما أكدته المشرع في المادة 6 من قانون رقم 01-06، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

وهذا بالنسبة لفئة الموظفين الذين يشغلون المناصب القيادية والسامية في الدولة، فهؤلاء الأشخاص يتمتعون بنوع من الحصانة وتشمل رئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، رئيس المجلس الدستوري وأعضاؤه، رئيس الحكومة وأعضاؤه، رئيس مجلس المحاسبة، محافظ بنك الجزائر، السفراء والقناصل، الولاة والقضاة.

فهؤلاء جميعاً يتعين عليهم التصريح بممتلكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا وينشر محتوى هذا التصريح في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية خلال الشهرين المواليين لتاريخ انتخاب الأشخاص المعنيين أو تسلمهم لمهامهم.

هنا بدا قانون الوقاية من الفساد ومكافحته واضحاً بإخضاع رئيس الجمهورية لواجب التصريح بالممتلكات خلال أجل شهرين من انتخابه على غرار باقي الوظائف السامية في الدولة، خلافاً للأمر رقم 97-04 الذي أشار إلى ضرورة قيام رئيس الحكومة بالتصريح بممتلكاته خلال الشهر الذي يعقب تعيينه على أن يمدد هذا الأجل في حالة القوة القاهرة، في حين لم يحدد الأجل الذي ينبغي على رئيس الجمهورية التصريح بممتلكاته خلاله.

إن استثناء وظائف الفئة الأولى من التصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته هو أمر مفهوم يعود لحساسية هذه المناصب، غير أن القانون لم يحدد ما إذا كانت الهيئة مخولة للتحقيق في تصريحات هؤلاء المسؤولين، كما لم يحدد ما إذا كان الرئيس الأول مخولاً للقيام بمثل هذه التحقيقات أم أن دوره يقتصر على تلقي التصريحات فقط؟!.

وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن مصير القضية في حال ما إذا تم اكتشاف تلاعب في تصريح إحدى المسؤولين فكيف يتم متابعة الملف جزائياً؟! هل يحركه الرئيس الأول للمحكمة العليا؟! أم تتدخل الهيئة لإحالة الملف إلى وزير العدل مثلما تنص على ذلك المادة 22 من قانون رقم 06-01؟! مع العلم أن الهيئة غير مخولة بتلقي تصريحات هؤلاء المسؤولين فكيف يكون لها أمر إحالة الملف إلى وزير العدل، وهو غموض يؤدي إلى بقاء ملف يتضمن مخالفة هؤلاء معلقاً طالما لم تحدد الجهة المخولة بإخطار الجهات القضائية المختصة ولأن الأمر يتعلق بمناصب حساسة فلن يتحمل أحد مثل هذه المسؤولية دون وجود نص صريح⁶⁵.

=على عكس ما فعله المشرع الفرنسي، إذ تتلقى لجنة الشفافية المالية في الحياة السياسية تصريحات أعضاء البرلمان والحكومة والمنتخبين المحليين ومسيري المؤسسات الإدارية والاقتصادية.

Voir l'Art 03 de la loi n° 88-227 du mars 1988, relative à la transparence financière de la vie politique, publier sur le site : www.legifrance.gouv.fr

65- هامللي محمد، "هيئة مكافحة الفساد والتصريح بالممتلكات كآليتين لمكافحة الفساد في الوظائف العامة في الدولة"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 10 و11 مارس 2009، ص65.

كما تجدر الملاحظة أنّ نص القانون أغفل تحديد الجهة المخولة بتلقي تصريح الرئيس الأول للمحكمة العليا لممتلكاته، مع العلم أنّ القضاة يصرحون بممتلكاتهم أمامه وهو ينتمي إلى هذه الفئة.

كان يمكن تفادي كلّ هذه الإشكالات لو نص القانون مثلاً على أن يكون التصريح أمام لجنة قضائية خاصة أو أمام هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته، ففي هذه الحالة سيكون بإمكان الرئيس الأول للمحكمة العليا أن يقوم بالتصريح بممتلكاته⁶⁶.

عند مقابلة نص المادة 4 من قانون رقم 06-01 التي تنص على إلزامية التصريح عند تسلم المهام أو بداية العهدة الانتخابية وعند نهايتها، مع نص المادة 6 من القانون ذاته الذي يشير - بالنسبة إلى الوظائف السامية التي سبق ذكرها - إلى إلزامية التصريح عند بداية الخدمة أو العهدة ويحدّد فترة الشهرين من تسلم المهام دون أدنى إشارة إلى إلزامية التصريح عند انتهاء المهام؟! يلاحظ غموض ما قد يفهم منه إعفاء هذه الفئة من التصريح لدى انتهاء المهام أو العهدة وهو أمر يفرغ إجراء التصريح بالممتلكات من محتواه، طالما كان الغرض منه الوقوف على الفارق غير المبرر في الذمة المالية الذي قد يطرأ بين فترتي تولي المهام وانتهائها.

هذه الفئات السامية وإن كانت تحمل وصف الموظف العام، إلّا أنّها غير معينة بإبرام الصفقات العمومية بمفهوم المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 - فمن المفروض ألا يتم دراسة هذه الأشخاص - إلّا أنّ جرائم الصفقات العمومية كثيراً ما تتم على أعلى مستوى لأن هذا النوع من الجرائم يخرج عن مفهوم الجاني بالمعنى التقليدي إذ كثيراً ما يعتمد المسؤولون وأصحاب المناصب العليا إلى استغلال نفوذهم ومناصبهم للوصول إلى فوائد ومنافع ذاتية، الأمر الذي يتعارض مع مبادئ الوظيفة العامة فغالباً ما يتحول هؤلاء عن المصلحة العامة التي أوكلهم القانون تحقيقها ليصبح شغلهم البحث عن أساليب تمكنهم من زيادة حجم أموالهم وثرواتهم والمتاجرة بالوظيفة العامة على حساب التنمية.

الغريب في الأمر أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ورغم تعديله وتنقيحه، لم يتضمن كل الأشخاص المعنية بإبرام الصفقات العمومية، مع أن واجب التصريح بالممتلكات قد جاء كإجراء وقائي للتقليل والحد من الجرائم المرتكبة أثناء عملية الإبرام، فكان على المشرع مسايرة التطور الحاصل في المجال التشريعي بإخضاع موظفي الأشخاص المنصوص عليها في المادة 2 لواجب التصريح بالممتلكات، حتى يحقق هذا الإجراء الغاية من إقراره خاصة وأن الصفقات

66- لو رجعنا إلى أمر رقم 97-04 لوجدنا حلاً لهذا الإشكال، حيث أن التصريحات بما في ذلك تصريح الرئيس الأول للمحكمة العليا وإن كانت تتم بصفة شخصية إلّا أنّها كانت تودع أمام لجنة سُميت "لجنة التصريح بالممتلكات".

العمومية تتجزأ بمساهمة جزئية أو نهائية من ميزانية الدولة وبالتالي هي أموال عمومية يتعين حمايتها والحفاظ عليها.

2- من حيث نشر التصريحات بالامتلاكات

أضف إلى اختلاف الجهة المكلفة بتلقي التصريح تبين كيفية نشره باختلاف صفة المصرح.

يفهم من نص المادة 6 من قانون رقم 01-06 أن التصريح بامتلاكات رئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، رئيس المجلس الدستوري وأعضاءه والوزير الأول، وأعضاء الحكومة، ورئيس مجلس المحاسبة ومحافظ بنك الجزائر والسفراء والقناصل والولاية تكون محل نشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية خلال الشهرين المواليين لتاريخ انتخاب المعنيين أو تسلمهم لمهامهم⁶⁷.

كما تكون محل النشر حسب المادة 06 من قانون رقم 01-06 المعدل والمتمم تصريحات أعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة وذلك بتعليقها في لوحة الإعلانات بمقر البلدية، أو الولاية حسب الحالة خلال شهر وبالنسبة لهذه الفئة فلم يحدد ما هي التصريحات التي تكون محل نشر، إن كانت متعلقة ببداية تولي العهدة الانتخابية أو عند نهايتها، أو عند كل زيادة معتبرة.

أما الموظفون العموميون الآخرون المعنيون بالتصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته باستثناء أعضاء المجالس الشعبية المنتخبة، فإن تصريحاتهم غير معينة بالنشر⁶⁸.

67- رغم اشتراط المشرع أن يكون التصريح محلا للنشر خلال الشهرين المواليين لتاريخ انتخاب المعنيين أو تسلمهم لمهامهم، إلا أنه يتم التماطل في نشر تصريحات هذه الفئة، فالتصريحات المنشورة في الجرائد الرسمية تعدّ على أصابع اليد في حين كان من المفروض أن تنشر كل تصريحات هؤلاء المسؤولين.

نذكر على سبيل المثال لا الحصر - تصريح السيد (ب ح) وزير البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال الذي حرر التصريح بالجزائر في 28 يوليو 2008 ولم ينشر في الجريدة الرسمية إلى 27 يناير 2010.

- تصريح بالامتلاكات ج ر عدد (07)، بتاريخ 27 يناير 2010.

نقلا عن عثمانى فاطمة، مرجع سابق، ص 93.

أيعقل أن ينتظر الرئيس الأول للمحكمة العليا أكثر من سنتين لكي يرسل التصريح إلى المطبعة الرسمية للجريدة الرسمية؟ أم أن هناك يد خفية سعت لإجبارية نشرها للتخفيف من غلبان الرأي العام لاسيما أن سنة 2010 فترة صادفت تقجير عدد من ملفات الفساد في أهم القطاعات الإستراتيجية في الجزائر كقطاع المحروقات وقطاع الأشغال العمومية وكلها ملفات أوقعت كبار المسؤولين وتوعدت الأسماء بين أسماء مدنية وأخرى عسكرية سواء في ملف طريق سيار شرق-غرب أو ملف سوناطراك أو ملف ميترو الجزائر الذي بدأت أولى خيوطه تجر أسماء اتجاه أروقه المحاكم.

68- عثمانى فاطمة، مرجع سابق، ص 93، 94.

الفرع الثاني

تقرير جزاءات عند الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات

حتى يؤدي التصريح بالامتلاكات الهدف الذي وجد من أجله يجب أن يكون صحيحا ومستوفيا للشروط القانونية وأي إخلال بأحكامه يؤدي إلى إضعاف كيان ومقومات الاقتصاد الوطني، لذا تتحرك الدولة عن طريق مشرّعها للدفاع عن أموالها ليتم تجريم كل إخلال بواجب التصريح بالامتلاكات (أولا) مقرر عقوبات وجزاءات عن كل صور لهذا الإخلال (ثانيا).

أولا - تجريم الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات:

يأخذ الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات صورتين، الإخلال الكامل بواجب التصريح بالامتلاكات (1) والإخلال الجزئي (2).

1. الإخلال الكامل بواجب التصريح بالامتلاكات

-عدم التصريح بالامتلاكات-

يتمتع الموظف العام في هذه الصورة عن اكتتاب التصريح بامتلاكاته، بعد تذكيره بضرورة التصريح بالطرق القانونية كالتبليغ بواسطة محضر قضائي وإهماله مدة شهرين اكتتاب هذا التصريح.

وعليه لا يمكن القول بأن الموظف قد أخل بواجب التصريح بالامتلاكات إلا بعد مضي هذه المدة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 36 من قانون رقم 06-01 التي جاء فيها "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل موظف عمومي خاضع قانوناً لواجب التصريح بامتلاكاته ولم يقيم بذلك عمداً، بعد مضي شهرين (2) من تذكيره بالطرق القانونية...".

يتضح من نص المادة أنه يشترط توافر القصد الجنائي الخاص، وهذا من شأنه أن يؤثر على المتابعة الجنائية للموظف المخالف، لاسيما وأن صفة التعمد غير مفترضة ومن الصعب إثباتها.

كما يلاحظ أن المادة أغفلت حالة وقوع الجريمة من قبل شخص يتمتع بالحصانة القانونية كما هو الحال بالنسبة لنواب البرلمان مثلاً حيث تنص المادة 110 من دستور 1996 على أنه "لا يجوز الشروع في متابعة أي نائب أو عضو مجلس أمة يتسبب في جناية أو جنحة إلا بتنازل صريح منه أو بإذن حسب الحالة من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يقرر رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضائه"، في هذه الحالة يتعذر متابعة الأشخاص المتمتعين بالحصانة حالة ارتكابهم للجرم المشار إليه في المادة 36 من قانون رقم 06-01 وبالتالي إمكانية إفلاتهم

من العقاب، وقد أثارت هذه النقطة جدلاً قانونياً في البرلمان لدى مناقشة هذا القانون، خاصة وأن النسخة التي عرضت على البرلمان لمناقشتها كانت تتضمن أحكاماً تقضي بإسقاط الحصانة وهو ما أثار اعتراض النواب.

كما يُلفت انتباهنا أيضاً نص المادة 37 من قانون رقم 06-01 التي تنص "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 200.000 إلى 1000.000 دج، كل موظف عمومي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة التي طرأت على ذمته المالية مقارنةً بمداخله المشروعة".

إن الأخذ بالمبرر من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، وهنا نتساءل عن مصير قرينة البراءة التي نصت عليها المادة 45 من الدستور "كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون".

2. الإخلال الجزئي بواجب التصريح بالامتلاكات

-التصريح الكاذب للامتلاكات-

في هذه الصورة يقوم الموظف بالتصريح بامتلاكاته ولكنه لا يكون صادقاً في ذلك، إذ يُدلي بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 36 من قانون رقم 06-01 "...أو قام بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ، أو أدلى عمداً بملاحظات خاطئة أو خرق عمداً الالتزامات التي يفرضها عليه القانون".

فإذا كان الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات كاملاً في الصورة الأولى فيعدّ الإخلال جزئياً في هذه الصورة، وفي كلا الصورتين يجب أن يكون المخل بالإلزام متعمداً بمعنى أن لا يكون الإخلال نتيجة إهمال أو لامبالاة.

غير أنه من الصعب الفصل بين التعمد والإهمال لاسيما عندما يتعلق الأمر بعدم التصريح والتصريح غير الكامل، لذلك يتعين على القضاة في كل الأحوال الإثبات أن الإخلال بواجب التصريح كان نتيجة تعمد دون إهمال.

عموماً يعتبر نظام التصريح بالامتلاكات آلية قانونية للوقاية من جرائم الصفقات العمومية يكون في جميع مراحل وحياة الوظيفة العامة، ابتداءً من الشهر الذي يعقب تاريخ التنصيب أو بداية العهدة الانتخابية، وفور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العام وعند نهاية الوظيفة أو العهدة الانتخابية بالكيفية نفسها التي تم بها التصريح الأول.

لذلك هو أداة لمراقبة حركة رؤوس الأموال التي يحوزها الموظف العام، أو بتعبير آخر هو رقابة الذمة المالية للموظف العام باعتبارها مؤشراً على نزاهته أو انحرافه.

ورغم ما جاء به قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من ضمانات لأجل إنجاح نظام التصريح بالامتلاكات، إلا أنه غير كاف أمام تقييد القانون لسلطة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في تحريكها للدعوى العمومية، فعندما تتوصل الهيئة إلى وقائع ذات وصف جزائي، تقوم بتحويل الملف إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يخطر النائب المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء⁶⁹.

ثانيا - العقوبات المقررة لجريمة الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات:

يعاقب على الإخلال الكامل والجزئي بواجب التصريح بالامتلاكات العقوبة نفسها أي الحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة مالية من 50000 دج إلى 500.000 دج⁷⁰ ويجوز توقيع عقوبات تكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية⁷¹.

والسلطة التقديرية في هذا الشأن تعود للقاضي الجزائي وتشمل عقوبة الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من إصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة⁷².

ويمكن تشديد هذه العقوبة بحسب صفة المصرح فإذا كان الشخص الذي لم يقوم بالتصريح أو إذا قام به لكن غير صحيح قاضيا أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا أو عضوا في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته... فإن العقوبة التي تسلط عليه هي من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج⁷³.

69- أنظر المادة 22 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه. وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسي نلاحظ أن اللجنة المكلفة بضمان الشفافية المالية للحياة السياسية وهي ما يقابل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في ظل قانون رقم 06-01 هي أكثر استقلالية إذ كلفت بتلقي التصريحات سواء تعلق الأمر بأعضاء البرلمان أو الحكومة أو المنتخبين المحليين أو مسيري المؤسسات الإدارية والاقتصادية بالإضافة إلى نشر تقاريرها في الجريدة الرسمية وإمكانية تقاضيتها أمام السلطة القضائية.

أنظر في ذلك: بوزبرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2008، ص 108.

70- أنظر المادة 36 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

71- المادة 50 من القانون السابق الإشارة إليه.

72- ديدان مولود، قانون العقوبات حسب آخر تعديل له قانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فبراير 2009، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 84.

73- أنظر المادة 48 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

ولا تتقدم الدعوى العمومية في جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات إلا بمرور ثلاث سنوات كاملة، تسري من يوم اقتراف الجريمة إذا لم يتخذ في تلك الفترة أي إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق وإذا اتخذت إجراءات في تلك الفترة، فلا يسري التقدم إلا بعد ثلاث سنوات كاملة من تاريخ آخر إجراء.

أما عن تقدم العقوبة في جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات، فيطبق عليها نص المادة 614 من ق إ ج أي القواعد العامة التي جاء فيها **تتقدم العقوبات الصادرة بقرار أو حكم يتعلق بموضوع الجرح بعد مضي خمس سنوات كاملة ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه هذا القرار أو الحكم نهائياً**.

كما يلتزم الموظف العام وفقاً لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة وكان من شأن ذلك التعارض أن يؤثر على ممارسة مهامه إخبار السلطة الرئاسية بوجود ذلك التعارض⁷⁴.

حدّد المشرع مجال تطبيق هذا الالتزام إذ يطبق على شاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة يمارسونها ضمن الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية 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 التحكيم⁷⁵ إذ يمنع شاغلوا هذه المناصب من أن تكون لهم خلال فترة نشاطهم بأنفسهم أو بواسطة أشخاص آخرين داخل البلاد أو خارجها، مصالح لدى المؤسسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها⁷⁶ أو أصدروا رأياً بغية عقد صفقة معها.

كما حدّد المشرع من جهة أخرى النشاطات المحظورة على الموظف العام التي من شأنها

74- باستقراء نص المادة 8 من قانون رقم 06-01 يظهر التباين بين نص المادة بالصيغة الفرنسية والصيغة العربية، فتنص المادة 8 بالصيغة الفرنسية على أنه:

« Lorsque les intérêts privés d'un agent public coïncident avec l'intérêt public et susceptibles d'influencer l'exercice normal des ses fonctions, ce dernier est tenu d'informer son autorité hiérarchique ».

أما الصيغة العربية فتتص على أنه "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد". من هنا يظهر التباين بين النص الفرنسي والنص العربي في عبارة "أو يكون" وكان الأجدر بالمشرع أن يستعمل عبارة "أو كان" وبهذا يكون النص بالصيغة الفرنسية أصح وأكثر انسجاماً مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

75- أنظر المادة الأولى من أمر رقم 07-01، مؤرخ في 1 مارس سنة 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج ر عدد (16)، بتاريخ 7 مارس 2007.

76- أنظر المادة 2 من الأمر السابق الإشارة إليه.

أن تؤدي إلى تعارض المصالح، إذ يحظر على العاملين بالجهات التي يسري عليها تنظيم الصفقات العمومية الدخول بنفسها أو بالوساطة في المزايدات أو المناقصات التي تعقدتها الجهات التي يعملون بها حتى لا يؤدي إلى تعارض المصالح.

المطلب الثالث

تجريم أفعال الفساد

يعد الفساد ظاهرة ذات آثار مدمرة، مما يستوجب تجريم مختلف أشكاله، التي ترتكب عند إبرام الصفقات العمومية في نصوص قانونية رادعة صادرة عن السلطة التشريعية (الفرع الأول)، بهدف توفير الحماية المسبقة المطلوبة والضرورية للأموال العامة، بما يعزز فعالية الوظيفة الإدارية ويحمي أخلاقياتها وقيمتها المختلفة من الفساد.

إلا أنه لا يجب النظر دائما للموظف العام كأداة فساد، فقد يكون في الكثير من الأحيان عرضة له أو أداة يرتكب بها الفساد، لذا وجب حمايته من أشكال الفساد المختلفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأفعال التي تشكل جرائم من منظور قانون مكافحة الفساد

تتولى السلطة التشريعية المختصة سن القوانين ذات الصبغة الجنائية لإضفاء الصفة غير المشروعة على الأفعال المضرة بالمجتمع بصفة عامة وبالأموال العمومية بصفة خاصة.

إنّ اشتراط خضوع فعل الفساد لنص تجريمي لكي تكون له الصفة غير المشروعة هو لحصر التجريم والعقاب في نصوص قانونية صادرة عن البرلمان، الذي يتمتع بالاختصاص الأصلي والأصلي في إعداد القانون والتصويت عليه، فهو بأعضائه المنتخبين من طرف الشعب يمثل ضماناً لحماية حقوق وحريات الإنسان والمواطن.

تفعيلاً لوسائل الوقاية تضمن قانون رقم 06-01 في الباب الرابع منه أحكاماً خاصة بجرائم الفساد واعتبر جرائم الصفقات العمومية صورة من صور الفساد.

يهدف النص إلى تكريس قواعد قانونية جزائية حماية للمال العام من مخاطر الفساد وتحقيقاً لفكرة الردع العام.

إنّ التجريم المسبق لأفعال الفساد يحقق في الكثير من الحالات فكرة الوقاية، فالموظف العام والمتعامل المتعاقد على حد سواء على علم مسبق بأفعال الفساد من جهة وارتكاب الفعل

من هذه الأفعال يشكل جريمة وبالتالي العلم المسبق بالجزاء المترتبة عن ارتكاب كل فعل من أفعال الفساد من جهة أخرى.

تعتبر الصفقات العمومية المجال الذي تكثر فيه الجرائم، لذا فالنشاط الإجرامي في هذا النوع من الجرائم يتنوع ويتعدد تبعاً لتنوع جرائم الصفقات العمومية.

بالرجوع لنص المادتين 26 و 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يتضح أن المشرع قد اعتمد بخصوص الأفعال المجرمة بصفة الفاعل، فميز بين الأفعال المرتكبة من طرف الموظف العام (أولاً) وبين تلك المرتكبة من المتعامل المتعاقد (ثانياً).

أولاً - أفعال الفساد المرتكبة من طرف الموظف العام:

جرم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عدة أفعال يمكن أن ترتكب من قبل الموظف العام أهمها جنحة المحاباة (1) والرشوة السلبية (2) وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية (3).

1- المحاباة

جاءت المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت عنوان "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"⁷⁷ لتتنص على "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200 000 إلى 1.000.000 دج:

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

الجدير بالذكر أن النشاط الإجرامي في جريمة الامتيازات غير المبررة يتخذ إحدى صورتين وما يهمنا هو الصورة الأولى المتعلقة بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية من أجل إعطاء الغير امتيازات غير مبررة وهو ما يعرف بجنحة المحاباة⁷⁸.

المحاباة هي مخالفة التشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية من طرف موظف عمومي مكلف بإبرام أو بتأشير أو بمراجعة عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً من أجل إعطاء أحد

77- يُقصد بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية تلك الإمتيازات التي لا تستند إلى أساس قانوني، أي أن الإمتيازات المتحصل عليها قد جاءت دون وجه حق نتيجة مخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية.

78- يقصد بالمحاباة لغةً العطية، أي إعطاء الشيء بغير عوض.

أنظر في هذا الصدد: حسين مذكور، الرشوة في الفقه الإسلامي مقارنةً بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1948، ص 130.

المتعاملين امتيازات غير مبررة، وهذا الفعل يشكل جريمة وفقاً لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته. والمقصود بالصفقات العمومية وفق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا ينحصر في الصفقات العمومية بمفهوم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بل يتعداه إلى الاتفاقيات والعقود التي تبرمها الإدارات والمؤسسات العمومية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية التي لا تتجاوز قيمتها العتبة المالية المحددة في تنظيم الصفقات العمومية.

فإذا كان هذا النوع من الصفقات لا يخضع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فهذا لا يعني أنها لا تقع تحت طائلة أحكام المادة 26 من قانون مكافحة الفساد مثل طلبات التوريد التي تتم عن طريق طلبات أو فواتير⁷⁹.

أما المقصود من المخالفة التشريعية أو التنظيمية، فالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 قد تضمن الإجراءات الواجبة الإلتزام لإبرام الصفقة وحدد المؤسسات والهيئات العمومية المعنية بهذه الإجراءات والإخلال بها عنصراً مكوناً للركن المادي لجنحة المحاباة.

وبالرجوع للعبارة الأخيرة الواردة بالفقرة الأولى من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الناصة على "بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير" يتضح أن الغاية من تجريم هذا السلوك لا يتعلق بمخالفة التشريع والتنظيم وإنما يجب أن يكون الغرض من النشاط الإجرامي هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، إذ يجب أن يكون الغير هو المستفيد فإذا استفاد منه الموظف العام فالفعل المرتكب حينها يتخذ وصفا قانونيا آخر⁸⁰.

وفيما يلي يمكن إيراد بعض صور النشاط الإجرامي في جريمة المحاباة.

مظاهر المحاباة قبل فتح العروض

أ. اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير *Achat sur factures fractionnées*

أي

اللجوء إلى أسلوب تجزئة الصفقات العمومية

تنص المادة 6 بعد تعديلها بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 أو يقل عنه، لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوباً إبرام الصفقة في مفهوم هذا المرسوم...".

79- بلحيرش سمير، الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، 2012، ص 138.

80- المرجع نفسه، ص 139.

كما نصّت المادة 15 من المرسوم ذاته على إمكانية تجزئة الصفقة العمومية بنصها "يمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 11 أعلاه في شكل حصّة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة. وتخصص الحصّة الوحيدة لشريك متعاقد واحد كما هو محدد في المادة 21 من هذا المرسوم. وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر. وفي هذه الحالة، يجب تقييم العروض حسب كل حصّة...".

غير أن لجوء المصالح المتعاقدة لتجزئة الصفقة قد يهدف تفادي تطبيق قواعد تنظيم الصفقات العمومية، بما تفرضه من طرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية التعقيد ولأطر رقابية داخلية وخارجية خاصة هنا تكون تجزئة الصفقة مظهرًا من مظاهر الفساد.

وغالبًا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة، تحتوي على بيانات مزورة من حيث المبلغ أو من حيث التاريخ أو في أداء الخدمة وذلك من أجل إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب لإجراء المناقصة لم يتم بلوغه في حين تكون الخدمة المنجزة قد فاقت ذلك بكثير⁸¹.

ومن الأمثلة الواقعية عن تجزئة الصفقات العمومية، ما قام به أحد رؤساء بلديات ولاية جيجل، حيث قام بتجزئة مشروع توسيع مقر البلدية إلى سبع مشاريع ومنح كل مشروع إلى مقول بموجب سند لأمر، حتى لا يجد نفسه ملزمًا بالإعلان عن المشروع وطرحه للمنافسة وبصفة عامة بإجراءات المناقصة، وما تفرضه من إجراءات لذا قام بمنح الصفقة لمقاولين من اختياره ومن هنا تظهر إفادة الغير بامتيازات غير مبررة على إثرها تمت متابعته جزائيًا⁸².

وفي منازعة أخرى تحمل المضمون نفسه تتلخص وقائعها في كون النيابة العامة لدى محكمة جيجل وبناءً على طلب افتتاحي مؤرخ في 10-12-2006 لاحقت المسمى (ع ن) الذي يشغل منصب مدير ولائي لإحدى الهيئات الإدارية بعدة أفعال أهمها تلك المتعلقة بجنة إبرام عقود وصفقات مخالفة للتشريع والتنظيم الجاري به العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير ذلك الفعل المنصوص عليه في المادة 26 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁸³.

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في قيام السيدة (ب ح) مديرة الإقامة الجامعية بولاية بجاية بإصدار قرار الحرمان في حق المتعامل المتعاقد الذي فاز بالصفقة بصفة مؤقتة ومنحها

81- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص224.

82- محكمة جيجل، قسم الجنج، حكم رقم 3225، مؤرخ في 18-05-2008، قضية (النيابة) ضد (ص ع)، (حكم غير منشور).

83- محكمة جيجل، قسم الجنج، حكم رقم 2010/1994، فهرس رقم 3562، مؤرخ في 03-10-2010، قضية (النيابة) ضد (ت ج)، (حكم غير منشور).

للمدعوة (ر ش) دون احترام الإجراءات التي نص عليها التنظيم الخاص بالصفقات العمومية، على إثرها تابع وكيل الجمهورية لدى محكمة بجاية المتهم لارتكابها جنحة المحاباة بتقديم امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية⁸⁴.

ب. تسريب معلومات إمتيازية

قصد تمكين أحد المتعاملين من تقديم عرضه وفقاً لما هو مطلوب، مما يؤدي إلى إقصاء بقية المتنافسين وتقويت فرصة الفوز بالصفقة، وهذا الفعل يُعد إخلالاً جسيماً بمبدأ المساواة بين المتعهدين الذي يعتبر من أهم المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، كما يعد إخلالاً بمبدأ المنافسة الشريفة بين متعاملي المصلحة المتعاقدة.

مظاهر المحاباة بعد فتح العروض

Lors de l'examen des offres

تكريساً لمبدأ الشفافية يمنع التفاوض مع مقدمي العروض وعليه تقوم جنحة المحاباة عند التفاوض مع أحد المرشحين بعد فتح العروض، بغية تعديل العرض من أجل أن يحصل هذا الأخير على الصفقة، أو أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتعديل موضوع الصفقة أو زيادة الأسعار بعد الإعلان عنها، أو أن تقوم بمنح الصفقة لأحد المتعاملين دون أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة⁸⁵.

مظاهر المحاباة حتى بعد تخصيص الصفقة

Après l'attribution du marché

قد يتم في هذه الحالة إبرام ملاحق مخالفة للتشريع والتنظيم تحتوي على معلومات مخالفة لما هو في الواقع⁸⁶.

الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة الأصلية هدفه تعديل أحد شروطها نظراً للظروف التي طرأت بعد الشروع في تنفيذها دون أن يعدل من موضوع الصفقة تعديلاً جوهرياً.

84- مجلس قضاء بجاية، الغرفة الجزائية، ملف رقم 09/02213، فهرس رقم 09/05433، مؤرخ في 12-10-2009، قضية (النيابة) ضد (ل ه)، (قرار غير منشور).

85- وهو ما قام به رئيس المجلس الشعبي البلدي لبداية صدوق ولاية بجاية عندما منح صفقة لأحد أصدقائه رغم عدم حصول هذا الأخير على نقطة التأهيل.

مجلس قضاء بجاية، محكمة الجنايات، قرار رقم 09/00007، فهرس رقم 09/00138، مؤرخ في 21-12-2009، قضية (النيابة) ضد (ت ج ومن معه)، (قرار غير منشور).

86- بوزيرة سُهيلة، مرجع سابق، ص 51.

يعتبر الملحق مظهرًا من مظاهر الفساد يمكن أن يستعمل لتحقيق المحاباة وذلك بإبرام ملحق يتضمن التزامات وهمية بهدف زيادة الحقوق المالية للمتعاقل المتعاقل.

كما يتم اللجوء إلى نظام الملاحق من أجل تخصيص أشغال إضافية لمؤسسة يتم اختيارها دون اللجوء إلى إجراءات جديدة وكثيرًا ما يُلجأ إلى استعمال أسلوب الملاحق لتمرير عدة صفقات مشبوهة⁸⁷.

من خلال القضايا المعروضة على القضاء تظهر إمكانية تلازم جرائم الصفقات مع جرائم أخرى كالالاختلاس والتزوير والاستعمال المزور وكذا تبديد أموال عمومية⁸⁸.

2- الرشوة السلبية

تعتبر جريمة الرشوة من بين أكثر الجرائم شيوعًا في مجال الصفقات العمومية، ورغم أهمية وخطورة هذه الجريمة لم يتدخل المشرع بتجريمها والعقاب عليها إلا بموجب قانون رقم 01-09⁸⁹، وأعيد تنظيم أحكامها في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بإلغاء نص المادة 128 مكرر¹.

يكون الجاني في هذه الجريمة موظفًا عموميًا أو من في حكمه من المخول لهم قانونًا إبرام العقود أو الصفقات باسم الدولة أو الهيئات التابعة لها، يقوم هذا الموظف باستغلال وظيفته من أجل الحصول على مقابل، ونظرًا لخطورة الرشوة فقد قيل بشأنها عدة تعريفات ويمكن القول بأنها "طلب الفائدة أو قبولها من جانب الموظف العمومي أو عرضها عليه مقابل عمل وظيفي يختص به حقيقةً أو حكمًا".

وإذا كان النشاط الإجرامي يتسع في جرائم الصفقات العمومية، ففي جريمة الرشوة يكون

87- بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 127.

88- وهو الممساه فعلاً في قضية تعود وقائعها بتاريخ 1-12-2005، عندما أعلنت مديرية الخدمات الجامعية بتلمسان عن مناقصة وطنية مفتوحة لتزويد مطاعم الجامعة بالمواد الغذائية للسنة المالية 2006 تحت رقم 001/م خ ج ت/ 2005 الموزعة على عدة حصص، سجلت مصلحة المالية والصفقات العمومية إيداع 73 عرض لمختلف الحصص بتاريخ 26-12-2005، تم تقييم العروض التقنية ولم يتم بعدها تقييم العروض المالية مخالفين بذلك أحكام تنظيم الصفقات العمومية وعند إحالة المتهمين أمام محكمة الجناح تم متابعتهم بعدة جرائم: تبديد أموال عمومية، تزوير وإستعمال مزور، إبرام صفقات مخالفة للتشريع وإساءة استغلال الوظيفة والاستفادة غير الشرعية من الصفقات العمومية.

- محكمة تلمسان، غرفة التحقيق الأولى، رقم النيابة 07/66، رقم التحقيق 07/37، مؤرخ في 30 نوفمبر 2007، قضية (النيابة) ضد (ر م)، (ب خ)، (ح ب)، (ب ش)، (ب م)، (خ ع)، (ب س)، (ع أ)، (قرار غير منشور).

89- قانون رقم 01-09، مؤرخ في 26 جوان 2001، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (34)، بتاريخ 27 جوان 2001.

أكثر اتساعاً إذ يتسع النشاط الإجرامي ليشمل حتى مرحلة المفاوضات الأمر الذي لم يتم النص عليه في الجرائم الأخرى⁹⁰، وفيما يلي سيتم التعرض لعناصر النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة وهذه العناصر هي الطلب والقبول والأخذ.

أ. الطلب: هو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي يطلب فيها من صاحب الحاجة مقابلاً لأداء عمله الوظيفي، ويكفي تحقق الطلب على هذه الصورة حتى تتحقق جريمة الرشوة متى توافرت بقية أركانها، حتى ولو لم يصدر قبول من صاحب الحاجة⁹¹ ويشترط في الطلب أن يكون جدياً ويستوي أن يكون للموظف نفسه أو للغير.

ب. القبول: أي أن هناك إيجاباً أو عرضاً من صاحب الحاجة ويتم القبول من جانب الموظف العمومي، وليس للقبول شكل خاص فيصح بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة كما يستوي أن يكون صريحاً أو ضمنياً⁹².

يعد القبول من أصعب صور النشاط الإجرامي إثباتاً ولا سيما حين يكون القبول ضمنياً، لأن السكوت قد يدل على الرضا أو عدم الإكتراث وإنما يلزم أن يكون السكوت ملائماً أي محاطاً بقرائن مما يوحي بقبول الموظف العمومي، وعموماً تبقى جريمة الرشوة من أصعب الجرائم إثباتاً⁹³.

ج. الأخذ: وهو أخذ الأجرة أو الفائدة التي لم يحدد المشرع طبيعتها وهي عموماً لا تختلف عن الأجرة أو الفائدة التي يقبضها المرتشي لقاء أدائه عملاً أو الامتناع عنه طبقاً للقواعد العامة.

فالفائدة هي المحل الذي ترد عليه جريمة الرشوة وللفائدة معناً واسعاً يشمل كل ما يشبع حاجة المرتشي أيما كان اسمها أو نوعها، سواء كانت مادية أو معنوية، لذا يندرج تحت مفهوم الفائدة، النقود والهدايا والحصول على التسهيلات والمزايا دون وجه حق، وقد تكون الفائدة صريحة وظاهرة كما قد تكون ضمنية ومستترة، ويستوي أن تكون الفائدة مشروعة أو غير مشروعة في ذاتها فيمكن أن تكون مواد مخدرة أو أشياء أخرى.

وعليه فالنشاط الإجرامي في جريمة الرشوة يكون بقبول هدايا أو الحصول على وعود

90- عيساوي نبيلة، "جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد"، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، قالمة، يومي 24-25 أفريل، 2007، ص 04.

91- بوزيرة سهيلة، مرجع سابق، ص 63.

92- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات، الجزء الثاني، الجنايات والجناح المضرة بالمصلحة العامة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 256.

93- هذا ما يفسر صعوبة العثور على أحكام تخص جريمة الرشوة.

أو هبات أو أي امتيازات أخرى أيًا كانت بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁹⁴ وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

3- أخذ الفوائد بصفة غير قانونية

هذه الجريمة لا تقل أهمية عن الجرائم السالف ذكرها، وهو ذلك الفعل المجرم المنصوص عليه في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

يهدف المشرع من تجريم هذا الفعل حماية الوظيفة العامة، إذ يقع على الموظف العمومي واجب الإخلاص لوظيفته ولا يجوز له استغلالها لتحقيق مصالح شخصية.

وبالرغم من تجريم المشرع لهذه الجريمة إلا أنه لم يُعثر على أي حكم يخصها وكأن هذه الجريمة لم تعرف التطبيق في الجزائر، الأمر الذي يحتم اللجوء إلى القضاء الفرنسي للاستشهاد به حيث عاقب كل شخص مكلف بالرقابة أو الإدارة أو الدفع أخذ أو تلقي بصورة مباشرة أو غير مباشرة فائدةً أيًا كانت بمناسبة القيام بالعمليات الخاصة بالصفقات العمومية⁹⁵.

على غرار باقي جرائم الصفقات العمومية الأخرى يتجلى النشاط الإجرامي في تلقي الجاني أو قبضه فائدة من العقود والصفقات التي يكون فيها وقت ارتكاب الفعل مديرًا أو مشرفًا على العملية، كما يمكن أن يكون الجاني مكلفًا بإصدار أذونات دفع في عملية ما أو تصفية أمر ما، فهذه السلطات تعطي الجاني الحق في الإدارة والتصفية وحراسة العملية باسم السلطة العامة⁹⁶.

تقتضي هذه الجريمة أن يكون العمل من صميم اختصاص الموظف وقت ارتكاب الفعل، فلا تقوم الجريمة إذا تجاوز الموظف اختصاصه أو أقحم نفسه في عمل لا يدخل في اختصاصه.

والسؤال المطروح هل يشترط المشرع نوعًا محددًا من الفوائد؟! باستقراء نص المادة 35 لم ينص المشرع على نوع الفوائد، إذ عبر على ذلك بنصه "فائدةً أيًا كانت" وهذا يعني أنه يستوي أن تكون الفائدة مادية أو معنوية ولاتهم الطريقة التي تتحقق بها المنفعة أو الفائدة، فقد تتحقق مباشرة بقبض مبلغ من المال أو الحصول على أسهم في شركة وقد تتحقق بعقد صوري وغيره.

94- LARGUIER Jean, LARGUIER Anne-marie, Droit pénal spécial, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, France, 2000, P334.

95- VERON Michel, "Corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme", **Revue de jurisprudence commerciale**, n°11, Paris, 2001, P 39.

96- DIDIER Jean, Droit pénal des affaires, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, France, 2000, P 236.

وبذلك يتسع مجال النشاط الإجرامي في جرائم الصفقات العمومية من إعداد دفاتر الشروط إلى الإعلان عن الصفقات إلى فتح الأظرفة إلى تنفيذ صفقة إلى إعداد ملحق بشأنها⁹⁷.

ثانيا - أفعال الفساد المرتكبة من المتعامل المتعاقد:

جرم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إلى جانب الجرائم المرتكبة من الموظف العام، أفعالا يمكن أن ترتكب من قبل المتعامل مع الهيئات العمومية أهمها جنحتي الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية (1) والرشوة الإيجابية (2).

1- الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية

تعتبر الصورة الثانية لجريمة الامتيازات غير المبررة، واستنادا لأحكام المادة 26 فقرة 2 من قانون رقم 06-01 تقوم الجريمة من قبل كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستغلال نفوذ عون من أعوان الدولة من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة وبالتالي لا يكون الجاني موظفاً عمومياً وهذا ما يميز هذه الجريمة عن جرائم الصفقات الأخرى ورغم عدم قيام السلوك الإجرامي من الموظف العمومي إلا أننا دائماً أمام جرائم الصفقات العمومية، حيث يكون الموظف العمومي طرفاً في العلاقة وعنصراً لازماً لقيامها.

يقصد بالنفوذ درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه والعاملين معه لاعتبارات شخصية أو مهنية تجعله قادراً على توجيه القرارات والإجراءات بطرق غير مشروعة، فيمكن أن يكون رئيساً أو مديراً أو مسؤولاً مختصاً بإبرام الصفقات أو تنفيذ بند من بنودها، ويستوي لدى الفقه الفرنسي أن يكون النفوذ حقيقياً أو حكماً فلا يمنع من قيام الجريمة إذا كان لعون الدولة نفوذ افتراضي غير حقيقي.

يتمثل النشاط الإجرامي في هذه الجريمة في أن يتقدم شخص عادي أو معنوي لعون من أعوان الدولة طالباً منه استغلال نفوذه من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

قد عدّ المشرع هذه الإمتيازات في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لكن قبل ذلك يتعين الإشارة إلى اللبس الذي أحدثته الصياغة غير الدقيقة لنص المادة 26 فقرة 2 سواء في النص العربي أو الفرنسي حيث ورد فيها "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي..... ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان

97- بوصنبورة مسعود، "الرشوة"، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، قالمة، يومي 24 و25 أبريل، 2007، ص 5.

الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادةً أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين".

والأصح هو "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي..... ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادةً أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين".

فالهاء تعود هنا على التاجر أو الصناعي أو صاحب حرفة أو مقولة أو أي شخص طبيعي أو معنوي وهي الملاحظة نفسها المسجلة على نص المادة 128 مكرر 2 من قانون رقم 09-01 فكان على المشرع رفع هذا اللبس عند إلغاء المادة 128 مكرر 1 وتعويضها بالمادة 26 بموجب المادة 72 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والغرض من استغلال سلطة الأعوان أو تأثيرهم يكون من أجل:

- الزيادة في الأسعار.
- التعديل في نوعية المواد.
- التعديل في نوعية الخدمات.
- التعديل في آجال التسليم أو التموين.

الملاحظ أن الموظف العام في هذه الجريمة ليس هو من يعرض استغلال نفوذه، وإنما صاحب الحاجة هو الذي يلتبس ويطلب استغلال هذا النفوذ.

وعليه فالنشاط الإجرامي في هذه جريمة هو استغلال سلطة وتأثير أعوان الهيئات التابعة لنص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية من قبل شخص أيًا كانت صفته طبيعي كان أو معنوي⁹⁸ والغرض من هذا النشاط هو الحصول على امتيازات غير مبررة، ويجب أن يكون المستفيد منها هو الشخص صاحب الحاجة وليس الموظف أو عون الدولة وإلا كنا أمام جريمة الرشوة.

2- الرشوة الإيجابية

إذا كانت المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد حصرت نشاط الجاني في جريمة الرشوة السلبية في الموظف العمومي الذي يقوم بالقبض أو يحاول قبض أجره أو منفعة على النحو المقدم أعلاه.

98- VERON Michel, "Corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme", Paris, France, 2001, P 36.

فإنّ الجاني في الرشوة الإيجابية حسب الفقرة الأولى من المادة 25 من قانون مكافحة الفساد هو كل شخص يعد أو يعرض أو يمنح موظف عمومي مزية غير مستحقة قد يكون متعامل أو غير متعامل، ولثبوت جريمة الرشوة في صورتها الإيجابية يستوجب توافر عناصرها.

يتحقق الركن المادي للرشوة الإيجابية بوعده أو عرض أو منح الموظف العمومي مزية غير مستحقة مقابل قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو مقابل امتناعه عن هذا العمل.

استناداً لهذا المفهوم يعد راشياً، الشخص الذي يعرض هدية أو يعطيها لموظف إحدى المصالح المتعاقدة لحمله على أداء عمل من أعمال وظيفته بغرض حصوله على عقد أو صفقة⁹⁹.

يعدّ هذا العنصر من العناصر المشتركة بين الرشوة الإيجابية والرشوة السلبية وكذلك رشوة الموظفين الدوليين ورشوة موظفي المنظمات الدولية، فلا يؤخذ بعين الاعتبار فيما إذا كان سلوك الراشي قد أدى إلى تحقيق النتيجة المرجوة من عدمها وهو ما أوضحه القضاء المقارن في فرنسا بأنه لا يهم إذا تبين أن القرار الذي صدر لصالح الراشي لا يجد نفعاً أو أنه بدون موضوع، فالوسيلة المستعملة هي المقصودة بالعقاب¹⁰⁰.

تجدر الإشارة إلى أنّ المادة 29 من قانون العقوبات كانت أكثر وضوحاً بخصوص هذه المسألة، مما هو مقرر بالمادة 25 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد التي نصت على تجريم الفعل سواء أدّت الرشوة الإيجابية إلى النتيجة المرجوة منها أو لم تؤدها.

كما يشترط لقيام جريمة الرشوة الإيجابية في مجال الصفقات العمومية توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني وذلك باتجاه إرادة الجاني إلى وعد أو عرض أو منح مزية لموظف عمومي قصد أداء عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته¹⁰¹.

يستوي أن يتم الوعد أو العرض أو المنح بطريقة مباشرة للموظف أو عن طريق شخص آخر وهذا خلافاً لما كان مقرراً بالمادة 129 من قانون العقوبات الملغاة.

يقتضي قيام الركن المادي لجريمة الرشوة الإيجابية، أن يكون المستفيد من المزية

99- تطبيقاً لهذه المقتضيات على مستوى القضاء المقارن صرحت إحدى المحاكم الفرنسية بقيام جريمة الرشوة الإيجابية في حق من سلّم مبلغاً من المال إلى مسؤول مؤسسة عمومية للفوز بمشروع الصفقة.

نقلاً عن بلحيرش سمير، مرجع سابق، ص 149.

100- بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 84.

101- بلحيرش سمير، مرجع سابق، ص 4.

الموعود بها أو الممنوحة موظفا عموميا وفقا للمفهوم الموسع الوارد في المادة 2 فقرة "ب" من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

كما تقوم الجريمة إذا كان المستفيد من المزية المذكورة شخصا آخر غير الموظف المقصود كأن يكون شخصا طبيعياً أو معنوياً من شأنه التكفل بحمل الموظف على القيام بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه.

وهكذا تتنوع صور الفساد في مجال الصفقات العمومية وتحديد المشرع وتنظيمه لهذه الأشكال والصور مسبقا يعتبر دعامة حقيقة لآليات الوقاية السالف ذكرها.

الفرع الثاني

إرساء ضمانات لحماية الموظف العام من أفعال الفساد

يعدّ الفساد الإداري من أخطر أنواع الفساد لارتباطه بجميع القرارات غير المشروعة الصادرة من السلطة الإدارية¹⁰² ويبدأ بمجرد صدور قرار موصوف بعدم المشروعية، عندها يصبح البيئة التي تنمو فيها أنواع الفساد المختلفة، وعادة ما يكون التدرج الرئاسي أو السلطة الرئاسية نظراً لامتيازاتها مدخلاً من مداخل الفساد الإداري¹⁰³ (أولاً)، لذا لا يُنظر دائماً للموظف العام على أنه أداة الفساد، وإنما قد يكون في محيط تكثر فيه أفعال الفساد نتيجة الأوامر غير المشروعة الصادرة عن السلطة الرئاسية لذا وجب إيجاد ضمانات لحماية الموظف العام (ثانياً).

أولاً - امتيازات السلطة الرئاسية مصدر الأوامر غير المشروعة:

عرّف فقهاء القانون الإداري السلطة الرئاسية على أنها سلطة إصدار الأمر والنهي من طرف الرئيس الإداري المباشر المختص إلى المروّوس المباشر له¹⁰⁴، بالمقابل يكون لهذا الأخير واجب الخضوع والطاعة لما يتلقاه من تعليمات وتوجيهات وأوامر.

فالسلطة الرئاسية تقتضي وجود رئيس أعلى وفي درجاته الدنيا أعضاء تنفيذ لا تكون لهم سلطة اتخاذ القرارات، وإنما تقتصر مهمتهم على التنفيذ المادي للقرارات الصادرة إليهم¹⁰⁵ وبناءً على ذلك فإن فكرة السلطة الرئاسية تتشكل من عنصرين:

102- منير الحمّش، "الاقتصاد السياسي للفساد"، المستقبل العربي، السنة 29، العدد 328، الكويت، 2006، ص 60.
103- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، LEBED، سطيف، 2006، ص 249 وما بعدها.

104- عوايدي عمار، القانون الإداري، (النظام الإداري)، د م ج، الجزائر، 2007، ص 206.

105- عصام إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 323.

❖ **عنصر الرقابة:** وتسمى بالرقابة الرئاسية¹⁰⁶ وهي سلطة خاضعة لرقابة القضاء الإداري، وعادةً ما يمارسها الرئيس عندما تكون قرارات المروؤوس غير مشروعة تؤدي إلى إلغاء قرار المروؤوس أو تعديله متقيداً بالمبادئ العامة للقانون.

❖ **عنصر إصدار التعليمات:** وهو عنصر جوهري في التدرج الرئاسي، يتضمن أوامر الخدمة في شكل تعليمات أو منشورات أو أوامر مصلحية، تبين التصرف الذي ينبغي أن يلتزم به المروؤوس الذي يجب عليه قانوناً طاعة هذه التعليمات الخادمة للمرفق العام¹⁰⁷.

فالأوامر المصلحية عبارة عن أوامر وتعليمات وتوجيهات داخلية تصدر من رئيس مصلحة إلى مروؤوسيه الهدف منها ضمان السير العادي للمرفق وتنظيمه على نحو يكفل أداء الخدمة، قد تتضمن تفسير القوانين والتشريعات القائمة وقد تتضمن كليات تنفيذها¹⁰⁸ أو تنفيذاً لقرارات سابقة تأخذ هذه الأوامر اسم الإجراءات التنفيذية *les mesures d'exécution* وهي مجموعة الإجراءات التي تتخذها الإدارة بقصد تنفيذ قرار سابق أو تسهيل تطبيقه دون أن تضيف إليه شيئاً جديداً، كالإجراءات التي تستهدف وضع القرار الإداري موضع التنفيذ المادي للقرارات الفردية، لذا كان من مقتضيات مبدأ التدرج وجوب طاعة الموظف المروؤوس أوامر رئيسه المباشر.

وكل إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ إدارياً تقوم عليه المسؤولية الإدارية التي قد تؤدي إلى توقيع عقوبات تأديبية على الموظف المروؤوس.

إلا أن امتيازات السلطة الرئاسية قد تكون مدخلا واسعاً للفساد، في حالة الأوامر التي يصدرها الموظف الرئيس وتكون غير مشروعة.

والأمر غير المشروع هو الذي يصدره الموظف الرئيس بناءً على مبدأ التدرج الرئاسي مخالفاً في ذلك القوانين والتشريعات واللوائح المعتمدة، وقد يكون ذا طبيعة إيجابية في حالة الأمر بتنفيذ قرار معين، كما قد يكون ذا طبيعة سلبية في حالة الأمر بالرجوع عن قرار ما وهو الذي يشكل العناصر الأولية للفساد الإداري المنهجي الذي يحدث حين تتحول إدارة مؤسسة ما

106- طارق المجذوب، الإدارة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 672.

107- بولقصيات أحمد، لقشيري فاطمة الزهراء، "ضمانات حماية الموظف العام أمام الأوامر غير المشروعة ودورها في الوقاية من الفساد الإداري"، الملتقى الوطني الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 و 19 أبريل 2010، ص 1.

108- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 472.

إلى إدارة فاسدة، بمعنى أن يكون العمل الإداري برمته قائماً على شبكة مترابطة للفساد، يعتمد كل عنصر منها على الآخر.

والإشكال المطروح إذا أصدر الموظف الرئيس أمراً غير مشروع، فهل يحق للموظف المروءوس أن يبحث بصورة أولية في مدى المشروعية؟ وهل من حقه أن يرفض التنفيذ حالة تأكده من عدم مشروعيته؟ أو على الأقل مناقشة رئيسه في ذلك؟ في هذا الشأن انقسم الفقه إلى ثلاثة توجهات رئيسية:

التوجه الأول: يمثلته *I. Duguít* وأيده في ذلك الفقيه *Waline* حيث ذهب إلى إعطاء الموظف المروءوس الحق في مواجهة رئيسه إذا ما وقع في حالة الخيار بين تطبيق أوامر هذا الأخير غير المشروعة وبين تطبيق القواعد القانونية، فعندئذ يجب عليه الخضوع لأحكام القانون دون سواها، باعتباره مخاطباً بما تتضمنه القاعدة القانونية، فالأولية لتطبيق أحكام القانون وإذا نفذ ما أصدره الرئيس من أوامر غير مشروعة يكون قد ارتكب خطأ شخصياً، تترتب عليه المسؤولية المدنية¹⁰⁹.

التوجه الثاني: يمثلته الفقيه *Hauriou* فالموظف في منظوره ليس قاضياً حتى يكون له حق فحص مدى مشروعية الأوامر التي يصدرها الرئيس فهو بذلك يقرر مبدئاً مخالفاً لسابقه فإذا كان *I. Duguít* يقرر مبدئاً أولوية طاعة وتطبيق القانون، فإن *Hauriou* يقرر مبدئاً أولوية طاعة وتطبيق أوامر الرئيس حتى ولو كانت غير مشروعة، لأن إعطاء المروءوس حرية إبداء الرأي يؤدي بصورة حتمية إلى تعطيل الوظيفة العامة، وتبعاً لذلك المصلحة العامة.

التوجه الثالث: يمثلته الفقيه الألماني *Lapend* الذي أراد أن يجمع بين الرأيين السابقين، على أساس أن الموظف حتى ولو كان مروءوساً لا يعتبر أداة في يد الإدارة تحرمه من الإبداع والابتكار، إلا أنه إذا ترك له حق مناقشة أوامر رئيسه لاختل ميزان الوظيفة العامة، وبالتالي الصالح العام ولهذا كان للمروءوس حق التثبت من المشروعية الشكلية لأوامر رئيسه فقط وذلك بالتأكد من العناصر الآتية:

- التأكد من أن الأمر قد أصدرته سلطة إدارية مختصة،
- التأكد من أنه المختص بتنفيذ هذا الأمر كموظف مروءوس،
- التأكد من استيفاء الأمر لشكليته التي يجب أن يصدر فيها في حالة ورود نص قانوني بذلك.

ويمكن اعتبار التوجه الأفضل والأمثل هو ما ذهب إليه الفقيه *I. Duguít* خدمة لسياسة

109- علي أحمد مدحت، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص7.

مكافحة الفساد، بإعفاء المرؤوس من المسؤولية المدنية عند الامتنال لأوامر الرئيس غير المشروعة يوفر الجو الأمثل لتفشي الفساد، بتحقيق عنصر التواطؤ الذي يعدّ المنبت الحقيقي للفساد.

فإذا كان الفساد ظاهرة معقدة، فلا بدّ أن نواجهه بصورة منهجية بمعرفتنا للعقدة التي يبدأ منها، فالأمر غير المشروع يعتبر واحداً منها لأنه قد يكون وسيلة في يد الموظف الرئيس مستغلاً في ذلك مبدأ التدرج الرئاسي لمعرفة ما إذا كان تحت مسؤوليته المباشرة ممّن يأترون بأمره حتى ولو كان خارج إطار المشروعية، تحت ضغط الظروف المادية أو عدم الكفاءة¹¹⁰.

فإذا نفذ الموظف المرؤوس أمراً غير مشروع، فعندئذ يتيقن الموظف الرئيس من أن أهدافه سوف تتحقق بسهولة وذلك بالتواطؤ مع مرؤوسه في جرائم مالية مستقبلية سواء كان التواطؤ مقترناً بقصد¹¹¹ أو مقترناً بعدم الكفاءة وعندئذ يبدأ تشكل العناصر الأولية للفساد.

أما في حالة عدم تنفيذ الأمر غير المشروع، فإنّ الموظف الرئيس سوف يتأكد من أنه لن تكون له شبكة للفساد على مستوى المصلحة التي يعمل بها.

وحتى لا يُظلم أحداً فإنّ الائتثار بالأوامر غير المشروعة، قد يكون سببه انقاء الموظف لسوط رئيسه الذي يوقعه تحت طائلة التأديب بصورة تعسفية، وخوف الموظف من فقدان منصبه والذي يعزّز هذا الخوف تفشي البطالة والعوز المادي، كما قد يكون سبب ذلك عدم الكفاءة وضعف التكوين القانوني.

ثانياً - حماية الموظف العام من الأوامر غير المشروعة:

استوجبت خطورة الأوامر غير المشروعة من المشرع إيجاد ضمانات قانونية وواقعية تحيط الموظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري، حماية له من التعسف الذي يمكن أن يمارس عليه باستغلال امتيازات السلطة الرئاسية عن طريق توجيه الأوامر غير مشروعة خادمة للفساد المنظم.

يكاد لا يوجد نصاً ينظم مسألة الأوامر غير المشروعة سوى ما ظهر في المادة 47 في الأمر رقم 06-03¹¹² "كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسئول عن

110- بولقصيات أحمد، لقشيري فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 5.

111- هذا النوع من التواطؤ يعاقب عليه المشرع الجنائي تحت عنوان "تواطؤ الموظفين" في المادة 112 التي تنص "إذا اتخذت إجراءات مخالفة للقانون وكان تدبيرها عن طريق اجتماع أفراد أو هيئات تتولى أي قدر من السلطة العمومية أو عن طريق رسل أو مراسلات فيعاقب الجناة بالحبس من شهر إلى ستة أشهر...".

112- يقابله نص المادة 28 من القانون الأساسي للوظيفة العامة الفرنسي الذي نصّ صراحةً على "يجب على كل موظف أن يلتزم بالتوجيهات الرئاسية، إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة واضحة، وبطبيعته يعرض المصلحة العامة للخطر". =

تنفيذ المهام الموكلة إليه...

هذا النص يجعل الموظف مسؤولاً ضمناً عن كل ما يقوم به تنفيذاً للتعليمات والأوامر والتوجيهات الداخلية الواردة إليه من الموظف الرئيس، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة.

هذا الأمر يجعل الموظف المرؤوس واقعاً بين واجبات وحقوق تجعله متذبذباً في تنفيذ الأمر إذا ما اكتشف أنه مخالف للقانون، إلا أن نص المادة 26 من الأمر رقم 03-06 يضمن للموظف حرية الرأي في حدود احترام واجب التحفظ المفروض عليه.

هذه الضمانة تعطي للموظف حق مناقشة الرئيس في مسألة الأوامر المناقضة لأحكام القانون، وإلا لما كان لهذا النص معنى، لأنه في حالة الشك أو تيقن الموظف من عدم مشروعية الأمر الوارد إليه من رئيسه، يجب عليه قانوناً أن يلفت نظر رئيسه خطياً إلى موطن المخالفة التي أثارت حالة عدم المشروعية عندها فقط يصبح من حقه عدم تنفيذ هذه الأوامر إلا إذا أكدها رئيسه خطياً.

يتدعم نص المادة 26 من الأمر رقم 03-06 بنص المادة 30 التي تنص على وجوب تقديم الدولة حمايتها للموظف، مما قد يتعرض له من تهديد أو اعتداء من أي طبيعة كانت أثناء ممارسة وظيفته أو بمناسبة نتيجة إبداء رأيه في مواجهة أوامر رئيسه، زيادةً على ذلك فإن المادة 37 من الأمر ذاته تنص على أنه **"للموظف الحق في ممارسة مهامه في ظروف عمل تضمن له الكرامة والصحة والسلامة البدنية والمعنوية"**. وما يضمن له الكرامة هو أن يأتّم الموظف بأمر القانون لا أن يأتّم بأمر غير مشروع لهو أكبر كرامة له.

غير أن هذه الضمانات يعيق تطبيقها مجموعة من القيود، الأمر الذي يعيقه عن ممارسة حقوقه الواردة في المواد 26، 30، 31، وأول قيد يكبل حريته هو السر المهني، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 48 من الأمر رقم 03-06 التي جاء فيها **"يجب على الموظف الالتزام بالسر المهني، ويمنع عليه أن يكشف محتوى أي وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به أو اطلع عليه بمناسبة ممارسة مهامه ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة، ولا يتحرر الموظف من واجب السر المهني إلا بترخيص مكتوب من السلطة السّلمية المؤهلة"**.

وعليه يعتبر السر المهني قيداً على حرية إبداء الرأي في مواجهة الأوامر غير المشروعة، فإذا كان الموظف ممتلكاً لسر مهني متعلقاً بجريمة من جرائم الصفقات فكيف يكون

= « Tout fonctionnaire doit se conformer aux instructions hiérarchiques, sauf si l'ordre est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ».

موقفه هل يبلغ فيقع تحت وطأة المادة 180 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة التي تنص "تعتبر على وجه الخصوص أخطاء من الدرجة الثالثة الأعمال التي يقوم من خلالها الموظف بما يأتي: 4... إفشاء أو محاولة إفشاء الأسرار المهنية..." أم لا يبلغ فيقع تحت وطأة المادة 44 من قانون رقم 06-01 التي تنص على أنه "يعاقب بالحبس من ستة 6 أشهر إلى خمس 5 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج....."

3. كل من رفض عمداً ودون تبرير تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات المطلوبة".

كما يكبل إرادة الموظف غموض النصوص ونضرب لذلك أمثلة منها طبيعة المصلحة الواردة بشأن السر المهني المنصوص عليها في المادة 48 فهل يعتبر من المصلحة العامة التبليغ عن أوامر غير مشروعة وردت من موظف رئيس إلى موظف مرؤوس متعلقة بجريمة من جرائم الصفقات ؟.

فمصطلح "المصلحة" غير دقيق يسمح بتعدد وجهات النظر في تفسيره، الأمر الذي يعيق مساهمة الموظف في مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية خاصة وفي المجال الإداري بصفة عامة.

كما أن مصطلح "مبرر مقبول" الوارد في المادة 180 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة التي تنص "تعتبر على وجه الخصوص أخطاء من الدرجة الثالثة الأعمال التي يقوم من خلالها الموظف بما يأتي:

3. رفض تنفيذ تعليمات السلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته دون مبرر مقبول...".

فهل يعتبر مبرراً مقبولا في منظور هذا النص عدم مشروعية الأوامر الواردة من الموظف الرئيس إلى الموظف المرؤوس ؟!.

كما أن نص المادة 46 من الأمر نفسه ينص على "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 500000 دج كل من أبلغ عمداً وبأية طريقة كانت السلطات المختصة ببلاغ كيدي يتعلق بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ضد شخص أو أكثر"،

أمام وجود نص كهذا كيف يتجرأ موظف التبليغ عن أمر غير مشروع متعلق بجريمة من جرائم الصفقات العمومية ؟.

إذا كان الفساد يجد في غموض النصوص القانونية وسلطة الكتمان التي تفرض على الموظف العام، فإنه من اللازم إحداث التناسق على مستوى منظومتنا القانونية حتى لا تكون

التشريعات الموضوعية الخاصة بمكافحة الفساد من وجه خادمة له ومن وجه آخر مكافحة له، فلا بد من إعادة النظر في بعض النصوص منها نص المادة 48 من القانون الأساسي للوظيفة العامة، إذ يجب إضافة عبارة "... ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة ومكافحة الفساد..."

مع ضرورة التفكير في إضافة نص قانوني جديد للقانون الأساسي للوظيفة العامة يكون شبيهاً على الأقل لما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي ينص في المادة 28 من القانون الأساسي للوظيفة العامة على عدم وجوب الالتزام بالتعليمات الرئاسية إذا كانت غير مشروعة أو كانت بطبيعتها تعرض المصلحة العامة للخطر.

لذا يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 129 من القانون المدني المعدل والمتمم التي جاء فيها "لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسئولين شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

إن تطبيق نص المادة 129 - سالف الذكر - يؤدي إلى إمكانية حصول تواطؤ بين الرئيس والمرؤوس فيكون هذا الأخير أداة ترتكب بها الجرائم ما دامت مسألتته من الناحية القانونية غير واردة.

المبحث الثاني

تكريس مبادئ تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية

لا يكفي إخضاع القائمين بإبرام الصفقات العمومية لقواعد خاصة، إذ تم تكريس مبادئ تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية، خاصة بالنسبة للمناقصة التي تعتبر القاعدة العامة فهي بحاجة إلى هذه المبادئ لضمان شفافية إجراءاتها.

جاء تكريس هذه المبادئ في تنظيم الصفقات العمومية وكان ذلك بصفة ضمنية في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ويأتي التكريس الفعلي لها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338 ليتم التأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بموجب أحكام المادة 3 منه.

وعليه يقوم إبرام الصفقات العمومية من منظور تنظيم الصفقات العمومية على مبادئ ثلاثة كبرى (المطلب الأول)، ونظراً لأهمية هذه المبادئ جاء النص والتأكيد عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته معلناً عن الإجراءات الكفيلة لتكريسها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المبادئ التي تحكم إجراءات إبرام الصفقات العمومية

جاء تنظيم الصفقات العمومية ليؤكد على مبادئ هامة يقوم عليها إبرام الصفقات وهو ما تضمنته أحكام المادة 3 منه التي جاء فيها "ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

وعليه تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية على مبادئ ثلاثة كبرى حرية المنافسة (الفرع الأول) والمساواة في معاملة المترشحين (الفرع الثاني) ضماناً لشفافية الإجراءات¹¹³.

113- وهو الأمر الذي قضت به أيضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية في جلسة 1993/05/02 ملف رقم 293/1/54 "إن المبادئ الأساسية التي تحكم المناقصة العامة هي العلانية، وتكافؤ الفرص والمساواة، وحرية المنافسة، وأن هذه المبادئ هي التي تظلل المناقصات جميعها وتحيطها بسياج من الضمانات يمنع العبث في إجراءاتها والتلاعب في نتائجها، فإذا حُجبت هذه المبادئ في مناقصة من المناقصات أو مزايدة من المزايدات، فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة في نتائجها، بعد أن غابت عنها المبادئ التي تحكمها والضمانات التي تكفل صحتها وسلامتها...".

الفرع الأول

مبدأ حرية المنافسة

تعدّ المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها¹¹⁴، فلا يوجد أي مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة.

فحرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقّق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقاً¹¹⁵. بمعنى أنّ تقف المصلحة المتعاقدة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدّها، وقد جاء هذا تماشياً مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة¹¹⁶.

وبتكريس المبدأ تمّ توسيع نطاق المنافسة لتشمل كل المجالات الاقتصادية¹¹⁷.

يجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، وفي هذا المقام يُذكر ما أقرّت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق

=إن الفتوى مشار إليها في مرجع: سعد محمد علي المرى، مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2004، ص 29.

الجدير بالذكر أن تلك المبادئ تسري على كل طرق الإبرام، ولكن بمفهوم قد يضيق ويتوسع حسب طبيعة الصفقة المزمع إبرامها.

114- نظراً لأهمية المبدأ جاء تكريسه في قانون المنافسة بموجب أحكام المادة 2 منه التي تنص "تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، غير أنّه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية".

- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد (43)، بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم، بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جويلية 2008، ج ر، عدد (36)، بتاريخ 2 جويلية 2008، معدل ومتمم بقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر، عدد (46)، بتاريخ 18 أوت 2010.

115- أنظر في ذلك:

GIBAL Michel, "Le nouveau code des marches publics, une réforme composite", **la semaine juridique**, juris classeur périodique, édition général, №16-17, Paris, 2004, P722.

116- وهو من أهم المبادئ المعلن عنها في دستور 1996 إذ تنص المادة 37 منه على "حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

117- د. محي الدين القسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 99.

الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاماً أو خاصاً...¹¹⁸.

إذا ما رغبت المصلحة المتعاقدة التعاقد، فإنّ أول إجراء تتقيد به يتمثل في ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها، ممّن تتوافر فيهم المؤهلات اللازمة التي تمكنهم فيما بعد تنفيذ المشروع الموكل لهم، ولا يتحقق التنافس إلاّ إذا تمّ إعلام المعنيين وذلك بإتباع الوسائل المحددة قانوناً¹¹⁹.

ونظراً لأهمية المبدأ كرس المشرّع من القواعد ما يضمن ويكفل تجسيده (أولاً)، غير أنّ لكلّ مبدأ استثناء فهناك حالات وأوضاع تبرّر خروج المصلحة المتعاقدة عن أحكام ومقتضيات المبدأ دون أن يعتبر ذلك إخلالاً منها بأحكام المنافسة الحرة (ثانياً).

أولاً - إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان تحقيقاً لمبدأ حرية المنافسة:

الإعلان إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، لأنّ الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معيّنة من المترشحين وهو موضوع أساساً من أجل تحقيق فعالية الطلب العام وضمان المساواة بين المترشحين.

يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات التالية:

- المناقصة المفتوحة،
- المناقصة المحدودة،
- الدعوة إلى الانتقاء الأولي،
- المسابقة،
- المزايدة...".

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كلّ أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية، وكذا الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو حتى المزايدة.

118- القرار مشار إليه في:

LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI édition, Alger, 2007, P104.

119- BENOIT Francis-Paul, Le droit administratif Français, Dalloz, Paris, 1968, P 609.

يتمّ نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP" المحدثة بموجب مرسوم رقم 84-116¹²⁰، ويتم الأمر عملياً عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية، وذلك بصفة وجوبية وهذا ما أكدته المادة 49 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

يأتي هذا التأكيد كقيد جديد على المصلحة المتعاقدة، فقد اكتفى المشرع في النصوص السابقة بإحداث هذه النشرة دون أن يلزم بضرورة طرح الإعلانات فيها، حيث اكتفى بالزامية الإشهار الصحفي فقط.

كما ألزمت المادة 49 من المرسوم ذاته على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بالمناقصة ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني، وأن يتم تحرير الإعلان باللغة الوطنية أو بلغة أجنبية واحدة على الأقل¹²¹.

ما لوحظ على التنظيمات السابقة للصفقات العمومية أن المشرع لم يشر على الإطلاق للنشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية، وهو الأمر الذي حرص المشرع على تأكيده في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فنصت المادة 173 على "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية"، كما نصت المادة 174 على "يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية"، ويمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية".

إن وجود نصوص كهذه في تنظيم الصفقات العمومية، إنما يدلّ على مساهمة المشرع للتطور العلمي الحديث وبهذه القواعد جسد المشرع بحق المبادئ الأساسية في التعاقد، فلم يكتف بالزام المصالح المتعاقدة باللجوء كأصل عام لأسلوب المناقصة، بل فرض نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين به سواء عن طريق الإشهار الصحفي وحتى الإلكتروني، إذ تعتبر هذه الوسيلة الأكثر استخداماً في وقتنا الراهن¹²².

120 - مرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (20)، بتاريخ 15 مايو 1984.

121- يتجه أد. بعلي محمد الصغير إلى ضرورة قصر هذا الشرط على المناقصات الدولية فقط حمايةً وحفاظاً ودعمًا للثوابت الوطنية المكرسة في دستور 1996 ضمن نص المادة 3 منه.

أنظر في ذلك أد. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 41.

122- ACCORDO Christophe, La Dématérialisation des procédures de passation de marchés publics, mémoire pour le D.E.A. de droit public des affaires, U.F.R. des sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris x-Nanterre, 2005, P31.

وبغرض توسيع دائرة المنافسة بين أكبر عدد ممكن من العارضين، تدخل المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 فتمم مقتضيات المادة 43، وأجاز إجراء الإشهار المحلي بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها.

أما عن بيانات الإعلان فقد أشارت إليها صراحة أحكام المادة 46 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وتتمثل في:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي،
- كيفية المناقصة،
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
- موضوع العملية،
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
- مدة تحضير العروض¹²³ ومكان إيداع العروض،
- مدة صلاحية العروض¹²⁴،
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتض الأمر،
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة،
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

مقارنة بالنصوص السابقة جاءت بيانات الإعلان أكثر دقة ووضوحاً في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وعلى المصالح المتعاقدة احترام الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان من حيث المدة والكيفية، وإلا ترتب على ذلك بطلان المناقصة.

جعل المشرع هذه البيانات إلزامية بما يعني بمفهوم الموافقة أنها بيانات جوهرية يترتب على عدم مراعاتها البطلان¹²⁵.

123- إن تحديد مدة تحضير العروض من البيانات الجوهرية التي يتعين أن يشملها أي إعلان، ونظراً لأهميته أكدت عليه أحكام المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وفي حالة تمديد الأجل المتعلق بإيداع العروض، فيقع على المصلحة المتعاقدة إعلام المترشحين بكل الوسائل تطبيقاً للمادة 50 فقرة 2.

124- لا نرى فائدة في إدراج هذا البيان ذلك لأن مدة صلاحية العروض تنتهي بالمنح المؤقت للصفقة.

125- لم يترتب مجلس الدولة الفرنسي البطلان إذا لم يتضمن الإعلان أحد البيانات التي تضمنها تشريع الصفقات العمومية، أنظر في ذلك: أد. بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 41. أنظر أيضاً: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 220.

إذا كانت المناقصة الميدان الحقيقي لتطبيق المنافسة، فإنّ التراضي بشكليته لم يضع له تنظيم الصفقات إجراءات محدّدة وهذا راجع إلى أنّ هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد، غير أنّ ذلك لا يعني أبداً إعفاء المصلحة المتعاقدة من مبدأ التنافس، لكن على النحو الذي يتماشى وأسلوب التراضي.

ثانياً - الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة:

حرية المنافسة من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وقد حرص المشرّع على تكريسها سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في القوانين الاقتصادية الأخرى. غير أنّ تطبيق المبدأ لا يأخذ على إطلاقه دائماً، ففي بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالاً منها لمبدأ حرية المنافسة، ويكون ذلك إما تطبيقاً لنص قانوني إذ عادةً ما تحدّد نصوص بعض القوانين فئات يمنع عليها الدخول في المناقصات التي تجريها الإدارات العمومية لارتكابها لجرائم أو مخالفات (1) أو لأسباب عملية فقد تحدّد المصالح المتعاقدة بعض الشروط ويؤدّي فرضها جعل مجال المنافسة محصور على فئات محددة (2) ولا يعتبر ذلك إخلالاً منها بمبدأ حرية المنافسة¹²⁶. وعليه إذا كان المشرّع قد أخذ بمبدأ حرية المنافسة في كل طرق إبرام الصفقات العمومية فقد أخضعه لجملة من الضوابط منها:

1. المنع لأسباب قانونية

وهي قيود يفرضها المشرّع ويترتب على إعمالها منع المعنيين بها المشاركة في الصفقات العمومية، ونذكر منها ما جاءت به المادة 62 من أمر رقم 96-31¹²⁷ التي تقضي بأنّ "كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة عشرة سنوات".

لهذا السبب يشترط تقديم صحيفة السوابق القضائية إذا تعلّق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلّق الأمر بشخص معنوي.

كذلك يمنع من عقد صفقة عمومية كل شخص معنوي ارتكب إحدى المخالفات المنصوص

126- قد عبّرت على ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17 جوان 1992 "إلا أنّ هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان: أولهما يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمنافسة، وثانيها يتعلق بما تفرضه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة".

127- أمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج ر عدد (85)، بتاريخ 1996.

عليها في المادتين 1 و 2 من الأمر رقم 96-22¹²⁸ وذلك طبقاً لنص المادة 5 منه.

ومن أجل انتقاء أفضل المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة فلأول مرة بعد تنظيم الصفقات لعام 1967¹²⁹ جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236، في القسم الرابع منه تحت عنوان "حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية"، فنصت المادة 52 على "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين هم محل إجراء عملية التفليس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء 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،
- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع بعد استنفاد إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها،
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للقطاعات العمومية المنصوص عليها في المادة 61.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 61 يلاحظ أنها تتعلق بكلّ متعامل اقتصادي يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،

128- أمر رقم 96-22، مؤرخ في 9 يوليو 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (2)، بتاريخ 1996، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-03، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (50)، بتاريخ 1 سبتمبر 2010.

129- رغم اعتبار هذا النص أول تنظيم للصفقات العمومية، فقد تضمن الأسباب التي تؤدي إلى الإقصاء من المشاركة في الصفقات. أنظر المادة 12 من الأمر رقم 67-90.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
- الأجانب المستفيدون من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24.

ويظهر بالرجوع إلى أحكام المادة 24 أنها تتعلق بالمتعهدين الأجانب في إطار الصفقات الدولية، الذين يتعين عليهم الاستثمار في ميدان النشاط نفسه في إطار شراكة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وكلّ إخلال بهذا الشرط يترتب الجزاءات المنصوص عليها في نص المادة 24، ومن بين هذه الجزاءات تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعاقد في الصفقات العمومية¹³⁰.

إن طبيعة الأسباب التي تدعو إلى الإقصاء هي منطقية في فحواها، تتعلق جلياً بالتزامات التي يتعين على أصحابها القيام بها كأعوان اقتصاديين سواء من الناحية الأخلاقية أو ما يتعلق بواجباتهم المهنية، فعجز هؤلاء أو تهاونهم على القيام والالتزام بها يجعل منهم غير جديرين وغير مشرفين للدخول والمشاركة في المناقصات المعلن عنها من المصالح المتعاقدة، فمن باب أولى يتعين إقصاءهم.

أمّا عن كيفية تطبيق هذه الأحكام أو بتعبير أدق تطبيق حالات المنع فيتم ذلك بقرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.

ورغم وجود نص المادة 52 المحددة لحالات الإقصاء حصراً نص التنظيم الجديد للصفقات العمومية على التزام آخر، فعلى كل عون يرغب الدخول والمشاركة في المناقصات تقديم تصريح بنزاهته¹³¹.

2. المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة

إذا كان مبدأ حرية المنافسة من المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات، إلا أنه من حق المصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط الخاصة بالمناقصة¹³² خاصة ما تعلق منها بالقدرة المالية والفنية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المطروحة في المناقصة، وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال

130- راجع نص المادة 24 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

131- أنظر المادة 51 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

132- فعندما حصر المشرع نطاق المزايدة في المترشحين الوطنيين والأجانب العاملين بالجزائر لا يعتبر ذلك مساساً بمبدأي المنافسة والمساواة وإنما مراعاة لمبدأ هام هو السيادة الوطنية.

العمومية والري¹³³، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289¹³⁴ وألزمت حتى المؤسسات الأجنبية بها، وهو ما أكدت عليه أحكام الفقرة 3 من المادة 3 بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-114 التي جاء فيها "غير أنه يتعين على المؤسسات أو مجموعات المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصص والتصنيف المهنيين التي تسلمها السلطات الرسمية للبلد المتواجد فيه مقر المؤسسة أو مجموعة المؤسسات المصادق عليها من قبل السلطات القنصلية الجزائرية".

نظراً لارتباط هذه الشهادة بضمان حسن التنفيذ ولأهميتها، فقد عدل المشرع من الشروط التي يمنح على أساسها التصنيف، وذلك في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-114 مستنداً إلى المعايير التالية:

- العدد الإجمالي لعمال المؤسسة أو مجموع المؤسسات للسنة الأخيرة المصرح به لصندوق الضمان الاجتماعي، الذي يظهر فيه عدد عمال التأطير التقني المتكون من إطارات جامعية وأعوان التحكم ذوي الاختصاص المتصل بنشاط البناء والأشغال العمومية والري ويجب أن يمثل التأطير المصرح به على الأقل لدى صندوق الضمان الاجتماعي ما بين 10 % و 20 % من العدد الإجمالي للعمال، وبذلك يرفع من درجة الكفاءات المتخصصة في هذا الميدان، بما يحسن لا محالة من درجة التنفيذ.
- قيمة وسائل التدخل المادية الخاصة بالمؤسسة أو مجموعة المؤسسات.
- رأسمال المؤسسة أو مجموعة المؤسسات.
- رقم الأعمال المحقق في قطاع السكن والأشغال العمومية والري كما هو مبين في الحصيلة الجبائية ومستخرج جدول الضرائب للسنوات الثلاث المحاسبية الأخيرة.
- الشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب أو أصحاب المشاريع التي يثبت فيها أهمية الأشغال التي تنجزها المؤسسة أو مجموعة المؤسسات وتكاليفها ونوعيتها التقنية وكذا احترام آجال الإنجاز المحددة في العقد.

133- وهو ما حدث على سبيل المثال في الإعلان عن المناقصة الذي قامت به مديرية الشباب والرياضة لولاية تيزي وزو، قصد إنجاز ملعب متعدد الرياضات يتسع ل 50.000 مقعد مغطى وملحقاته، إذ وجه الإعلان إلى المؤسسات أو مجمع المؤسسات التي تملك شهادة التأهيل والتصنيف المهني بصنف 8 أو أكثر ذي النشاط الرئيسي في البناء والنشاط الثانوي في الأشغال العمومية، وقامت بإنجاز على الأقل مشروع مماثل (ملعب 40.000 مقعد مغطى).

134- مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج ر عدد (79)، بتاريخ 1993، معدل ومتم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 7 أبريل 2005، ج ر عدد (26)، بتاريخ 2005.

- كل الوثائق التي قد تشترطها المصلحة المتعاقدة، كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة السجل التجاري، الحصائل المالية والمراجع المصرفية.
- الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين والمتعهدين الأجانب الذين عملوا في الجزائر.

غير أن المشرع أورد استثناء على قاعدة تسليم الشهادات إذا تعلق الأمر بصفقات الأشغال، فأجاز تأخير تقديمها على أن لا يتجاوز تاريخ إمضاء الصفقة، حرصاً منه على توسيع المنافسة خاصة وأن استخراج تلك الشهادات وإعادة تجديدها يتطلب وقتاً طويلاً، بما قد يفوت الفرصة على الراغبين في الترشح من تقديم تعهداتهم في الأجل المحدد للإيداع.

غير أن المشرع قيد تطبيق هذا الاستثناء بموافقة المصلحة المتعاقدة، التي تشترط حتماً تقديم تعليل مقنع يقدمه المترشح الذي يطلب الإعفاء المؤقت.

- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي.

غير أنه يلاحظ استعمال المشرع لمصطلح "الشركة" فكان من الأجدر أن يستعمل مصطلح "الشخص المعنوي" لأن مدلوله أوسع وأشمل، وتغفى المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر من هذه الشهادة (صحيفة السوابق القضائية).

وفي حالة تقديم تصريحات كاذبة أو شهادات مزورة فإن صاحبها يتعرض للعقوبات المقررة لها، وإن كان نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 قد جاء عاماً وحتى المرسوم الرئاسي رقم 12-23 لم يتضمن أية إشارة لذلك.

كما تشترط المصالح المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات من الوزير المعني لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والأشغال العمومية والموارد المائية الذي يجدد كل ثلاث سنوات طبقاً لنص المادة 1 والمادة 7 من مرسوم رقم 68-652¹³⁵.

على العموم فإن تقييد مبدأ حرية المنافسة بهذه الضوابط من شأنه حصر التنافس بين أهل الخبرة والاختصاص ممن يشهد لهم بالكفاءة في الأداء، الأمر الذي يؤدي إلى منح هذا المبدأ

135- مرسوم رقم 68-652، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقوداً أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج ر عدد (2)، بتاريخ 7 يناير 1969. معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 20 ماي 2002، ج ر عدد (37)، بتاريخ 2002.

وجهاً آخر للتطبيق الأمثل يؤدي إلى الاصطلاح عليه "بآليات حماية مبدأ المنافسة".

الفرع الثاني

مبدأ المساواة بين المتنافسين

إذا كان مبدأ المنافسة الحرّة من المبادئ التي أقرّها وكرّسها تنظيم الصفقات العمومية فهذا المبدأ لن يجد صده ولن يتجسد قانوناً وواقعياً، إلا إذا تمّ إقراره بمبدأ المساواة بين المتنافسين.

مبدأ المساواة من المبادئ الأساسية التي كرسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن بعد الثورة الفرنسية لسنة 1789، بعدها كرس في الدساتير والقوانين الحديثة¹³⁶.

يقضي هذا المبدأ بأنّ كلّ من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين¹³⁷.

ويمكن تعريفه بأنّه إيجاد الفرصة نفسها لكلّ من يتقدم إلى المناقصة دون تمييز بين واحد وآخر¹³⁸.

إنّ حرص المشرّع الجزائري على مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية جاء تطبيقاً لأحكام الدستور، إذ تنص المادة 29 منه **"كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتنزع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي"**.

رغم أهميّة هذا المبدأ إلا أنّه أكثر المبادئ عرضة للانتهاك من خلال ما يتعرض له من ممارسات فادحة على المستوى العملي، إذ ثبت تواطؤ موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملون المتعاقدون على حد سواء جعل مجال إبرام الصفقات العمومية مرتعاً لجرائم الرشوة والمحاباة، حتى تكونت عند العام والخاص معادلة رياضية جازمة مفادها أنّ الحصول على صفقة إنّما كان نتيجة لصفقة باطنية مجرمة.

محاولة لقمع مثل هذه الآفات التي تنهش جسم الاقتصاد الوطني، فإننا نسجل مسعى المشرع الحثيث في التصدي لها من خلال تجنيد مختلف الوسائل القانونية.

في سنة 1996 أنشأ مرصداً وطنياً لمراقبة الرشوة والوقاية منها بموجب مرسوم رئاسي

136- ALFONSI Jean, "La notion de marché public", Revue du conseil d'Etat, N° 3, Paris, 2003, P61.

137- عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص40.

138- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص52.

رقم 96-233¹³⁹، الذي أوكل له ضمن جملة المهام المسندة إليه رصد كل المعلومات التي من شأنها التأثير على حرية المتنافسين وتحقيق المساواة بينهم، وذلك بموجب نص المادة 2 منه التي جاء فيها **يساهم المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها في إضفاء الشفافية على الحياة الاقتصادية والإجراءات العمومية وكذلك الوقاية من الرشوة ومحاربتها.**

ويكلف على الخصوص بما يأتي:

- **ينظم جمع المعلومات اللازمة لكشف وقائع الرشوة واستغلال النفوذ والاختلاس والاستيلاء غير المشروع على المصالح والمساس بحرية المرشحين للصفقات العمومية وبمساواتهم والوقاية من تلك الوقائع...**

إن المتصفح لعمل المرصد يجده يتمحور أساساً حول جمع المعلومات والقيام بالتحقيقات وتقديم التوصيات اللازمة بالإضافة إلى صلاحيته في إخطار النيابة العامة بالمتابعات القضائية المحتملة¹⁴⁰.

غير أن مركزية المرصد جعلته بعيداً عن الأسرار والكواليس التي تتم فيها غالبية جرائم الصفقات العمومية في مختلف أنحاء التراب الوطني مما ضعف أدائه، وهذا ما دفع بالمشروع إلى إلغائه بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 114-2000¹⁴¹.

إن النتيجة المترتبة عن هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية فهي غير مشروعة¹⁴².

غير أن مسعى المشرع وحرصه الأكيد على تكريس المبادئ السابقة يصطدم بتشجيعه للإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة الأجنبية، خاصة أمام فتح أبواب المشاركة للمرشحين الأجانب في إطار إنجاز الصفقات الدولية.

فمحاباة الإنتاج الوطني لا تتفق ومبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المترشحين وكذا قواعد التجارة العالمية التي تفرض نفسها على بلدان العالم في الآونة الأخيرة.

بعد أن تباينت تطبيقات المشرع لمبدأ الحماية بالنسبة للمنتوج الوطني في مختلف

139- مرسوم رئاسي رقم 96-233، مؤرخ في 2 يوليو 1996، يتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، ج ر عدد (41)، بتاريخ 1996 (ملغى).

140- أنظر المادة 7 فقرة 7 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

141- مرسوم رئاسي رقم 114-2000، مؤرخ في 11 مايو 2000، ج ر عدد (28)، بتاريخ 2000.

142- NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal, Q C M, Droit administratif des biens, Gualin éditeur, Paris, 2001, P103.

النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية بين التشديد والوسطية¹⁴³، يعود المشرع مرة أخرى إلى محاربة الإنتاج الوطني في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 من خلال نص المادة 23 منه التي تمنح نسبة أفضلية تقدر ب 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وذلك فيما يخص جميع أنواع الصفقات المنصوص عليها في نص المادة 13 وهذا الأمر لا يتماشى ومتطلبات التجارة العالمية وتشجيع الاستثمار في الجزائر¹⁴⁴.

المطلب الثاني

الإجراءات المكرسة لمبادئ إبرام الصفقات العمومية

بعد أن أكد المشرع في تنظيم الصفقات العمومية على جملة من المبادئ بصفة عامة ومجملية، جاء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وقبل تجريمه للمخالفات المتعلقة بعدم احترام إجراءات إبرام الصفقات العمومية ليؤكد على ذات المبادئ بصفة صريحة، وما استحدثه هذا القانون أنه وضع الإجراءات الكفيلة لتحقيق هذه المبادئ الهامة، جاء تحديدها في المادة 9 فقرة 2¹⁴⁵ من القانون

143- في أمر رقم 67-90 لم يتضح موقف المشرع الجزائري بصورة صريحة ولا ضمنية ومرد ذلك حداثة الدولة وانهمالها بالبناء والتشييد فلا حديث عن المنتج الوطني، أما مرسوم رقم 82-145 تميز فيه المشرع بالتحيز الواضح للإنتاج الوطني وهو ما يتضح جلياً في نص المادة 23 و 25 منه، وباستقراء هذه النصوص نجد أن المشرع عمل على تفضيل المنتج الوطني دون أن يفرض له قيود وضوابط تحكمه. لكن هذا الوضع لم يدم طويلاً إذ دخلت الجزائر في دوامة الأزمة التي ضربت النظاميين السياسي والاقتصادي، مما أدى إلى ثبوت عجز أغلب المؤسسات، الأمر الذي أثر سلباً على تنفيذ الصفقات العمومية، مما جعل المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 يخفف نسبياً من تبنيه لهذه المحاربة من خلال إلغائه لأولوية المتعاملون العموميون الوطنيون في إسناد الصفقة، ورغم ذلك نسجل وفاءه المحتشم للإنتاج الوطني من خلال نص المادتين 20 و 21 منه. وتناديا للسلبات التي تركتها التنظيمات السابقة وسعيا من المشرع إلى إنعاش الاقتصاد الوطني والنهوض به قدماً دفعه إلى إقرار العديد من الإجراءات وهو ما عمل على تكريسه المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الذي حاول إيجاد التوازن بين المتعاملين الأجانب والوطنين.

144- KESSAL Malik, "La Cour des comptes algérienne et le contrôle des marchés publics", Séminaire de Tunis sur le contrôle des délégations de service publics et des marchés publics, Tunis, 6-8 avril 2009, P19.

145- التي جاء فيها "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،

- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية،

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

نفسه التي سيتم تناولها بالتفصيل تبعاً للترتيب المعروف في إبرام الصفقات العمومية، بدءاً بالإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء (الفرع الأول)، علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة (الفرع الثاني) الموضوعية والدقة في اتخاذ القرارات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

باعتبار الصفقة عقد من عقود الإذعان، فإنّ المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المناقصة تقوم بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بها بإرادتها المنفردة باعتبارها صاحبة سلطة عامة والوثيقة التي تحدّد شروط التعاقد هي "دفتر الشروط" الملحق بالعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها.

دفتر الشروط عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها، الشروط المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعاقد وكيفية التقيط بالنسبة للعرضين التقني والمالي، كما تقتضي دقة دفتر الشروط تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، لذا يجب على المصلحة المتعاقدة إعداده بدقة تحقيقاً لمبدأ شفافية الإجراءات، ويتمّ إعداده حتى بالنسبة لصفقات التراضي.

تطبيقاً لنص المادة 132 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فإنّ مشاريع دفاتر الشروط تخضع لدراسة لجنة الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة¹⁴⁶.

ما يُلاحظ على أحكام هذا المرسوم هو إحساس المشرع بأهمية وخطورة دفاتر الشروط باعتبارها أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية وصلاحي هذه الخطوة يؤدي إلى صلاح المراحل اللاحقة، خاصة وأن دفتر الشروط هو المرآة العاكسة التي تتضمن موضوع الطلب ومدى جديته.

فدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها.

ووفقاً للمادة 10 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فإن دفاتر الشروط أنواع وهي:

أولاً - دفتر البنود الإدارية العامة:

تعدّ جزءاً أساسياً في العقود الإدارية تتضمن بنوداً تنطبق على كافة عقود الإدارات العامة

146- كانت مشاريع دفاتر الشروط وكأنها مصادق عليها بعد مضي أجل دراستها، لكن المشرع استدرك خطورة هذه المسألة خاصة عندما تكثر مهام اللجنة المختصة بالمصادقة، ففي هذه الحالة سيؤدي إلى إفلات مشاريع دفاتر الشروط من الدراسة وإن كان ذلك سيتسبب من جهة أخرى في تعطيل مشاريع المصالح المتعاقدة.

وتحدد الأحكام الإدارية المتعلقة بكل نوع من أنواع الصفقات هذا، وقد ميّز المرسوم ذاته في المادة 10 منه بين نوعين من دفاتر الشروط الإدارية العامة:

- ❖ دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال واللوازم والدراسات المبرمة من قبل الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات والدواوين العامة.
- ❖ دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال التي تضمنها القرار الصادر في 21 نوفمبر 1961.

ثانياً - دفاتر التعليمات المشتركة:

تحدّد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات والخاصة بكل وزارة من الوزارات يتمّ التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني، ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط العامة الإدارية¹⁴⁷.

ثالثاً - دفاتر التعليمات الخاصة:

وهي الدفاتر التي تتضمن الشروط المطبقة والخاصة بكل صفقة بالتفصيل، وإن دعت الضرورة إلى تضمينها بعض الاستثناءات عمّا جاء في دفتر الشروط الإدارية أو دفاتر التعليمات المشتركة، فيجب أن يُعبر عن ذلك بشكل صريح.

الجدير بالذكر أنه في المناقصات الدولية يجب أن تنص دفاتر الشروط على إلزامية الاستثمار في ميدان النشاط نفسه في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 24 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

من نص المادة يتضح أن اتفاق الشراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون إجراء إلزامي، يتقيد به المستثمرون الأجانب هذا يؤدي لامحالة إلى إقصاء المتنافسين الأجانب.

يتضح من نص المادة أيضاً أن المشرع الجزائري يقيد من حرية المستثمرين الأجانب لتحديد مجالات وقطاعات الاستثمار¹⁴⁸.

عموماً فإن الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة يجب أن يسبقها إعداد لدفتر الشروط

147- بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 23.

148- ZOUAIMIA Rachid, "Le régime des investissements étrangers a l'épreuve de la résurgence de l'état dirigiste en Algérie", RASJEP, N°2, Alger, 2011, P 13.

متضمنًا بيانات ملأمة لإعلام الراغبين في التعاقد بشروط العقد¹⁴⁹.

الفرع الثاني

الانبة المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة

الانبة من أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، يتعين على المصالح التعاقد الانزام بالمبدأ في جميع مراحل إبرام الصفقة¹⁵⁰.

أول إجراء لتجسيد المبدأ هو انبة المعلومات المتعلقة بالصفقة ويكون ذلك - كما سلف الذكر - بالإعلان عن الصفقة وهو إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلا عن طريق الإعلان¹⁵¹.

ومن ناحية أخرى فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة من المرشحين وهو موضوع أساسًا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام، ويكون ذلك عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 وجاء فيها "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميًا في الحالات الآتية:

- المناقصة المفتوحة،

- المناقصة المحدودة،

- الدعوة إلى الانتقاء الأولي،

- المسابقة،

- المزايمة".

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري يلزم المصالح التعاقد بمراعاته في كل أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية وكذا الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو حتى المزايمة.

يتم تحرير إعلان المناقصة باللغتين العربية والفرنسية وعلى الأقل في جريدين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني وأجاز إجراء الإشهار المحلي بالنسبة لمناقصة الولايات والبلديات

149- وهو ما أكدت عليه صراحة أحكام المادة 10 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236-10، المعدل والمتمم.

150- ALT Eric et LUC Irène, La lutte contre la corruption, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, P 25.

151- GUEDON Julien, La publicité dans les marchés publics : préalable indispensable à l'achat public ?, mémoire pour le DESS, management du secteur public : collectivités et partenaires, institue d'étude politique de lyon, univercité lumière, Lyon 2, 2004, P15 et 16.

Publié sur le site :

<http://www.doc.sciencespolitique.fr>

والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301-03 الذي تم مقتضيات المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 250-02 ليتم الإعلان عن الصفقات حتى بالطريقة الإلكترونية¹⁵².

كما يتم تجسيد مبدأ العلانية بنشر الإعلان الخاص بالمناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي المحدث بمرسوم رقم 84-116 وذلك بصفة وجوبية.

لم يكتف المشرع بضرورة الإعلان عن مناقصات المصالح المتعاقدة، إذ فرض على هذه الأخيرة بيانات يتعين أن تحتويها إعلاناتها، وهو ما جاء في صلب المادة 46 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

طبيعة هذه البيانات تؤكد رغبة المشرع الأكيدة في تجسيد مبدأ العلانية، خاصة وأن المشرع قد جعل منها بيانات إلزامية، بما يعني بمفهوم الموافقة أنها بيانات جوهرية يترتب على عدم مراعاتها البطلان ويكون بذلك قد كفل فرصة أكيدة لمشاركة أكبر المعنيين بموضوع الصفقة، وبذلك جسد المشرع مرة أخرى مبدأ العلانية والمساواة بين المتنافسين.

لم تتوقف جهود المشرع في تكريس المبدأ على حد الإعلان عن المناقصات، فقد ألزم المصالح المتعاقدة وضع وثائق المناقصة تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد، كما يمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى أي مترشح يطلبها، في إطار ما يسمى بدفتر شروط المناقصة يتضمن هذا الأخير المعلومات التي جاء تحديدها في صلب المادة 47.

طبيعة هذه الوثائق هي الأخرى تتضمن شرحاً مفصلاً لموضوع الصفقة وهذا إنما يدل على رغبة المشرع في إضفاء العلانية والشفافية على الصفقات المراد إبرامها.

وبالرجوع دائماً إلى نص المادة 47 يشد انتباهنا تذبذب موقف المشرع في استعماله للمصطلحات في المادة الواحدة ففي الفقرة الأولى استعمل لفظ "المؤسسة" ليضيق من دائرة المشاركة ليعيد توسيعها في الفقرة الثانية باستعماله لمصطلح المرشح.

وبعد تمكين المتنافسين من دفتر الشروط وإطلاعهم على كل الوثائق والمعلومات، فعلى كل

152- أنظر المادة 174 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

الملاحظة التي يمكن إيدائها في هذا الشأن أن الإعلان الإلكتروني غير ملزم للمصالح المتعاقدة عكس الإعلان الصحفي والإعلان في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي ويتضح ذلك من استعمال المشرع لكلمة "يمكن" في نص المادة 147، إلا أن هناك إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعاقد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال، فالرد العادي يضمن سرية أكثر إذ يفرض وجود ظرف تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ولا يفتح إلا في جلسة علنية بحضور المتعاهدين أنفسهم.

من يرغب في التعاقد تقديم عرضه أو عطاءه وفقاً للشروط المطلوبة وفي الأجل المعلن عنه.

بعد إخضاع الصفقة لمختلف أشكال الرقابة الداخلية والخارجية يتم منحها منحاً مؤقتاً على أساس معايير تم الإعلان عنها في دفتر الشروط ومبدأ العلانية يقتضي في هذه المرحلة نشر قرار المنح المؤقت بالإجراءات نفسها التي يخضع لها إعلان الصفقة.

وهكذا فمبدأ العلانية هو المبدأ الذي يعيش ويستمر طوال مراحل إبرام الصفقة العمومية، والغاية من الحرص على تطبيقه هو الحصول على أكبر عدد من المتنافسين تحقيقاً لمبدأ حرية المنافسة ومنح الفرصة لجميع المتعاملين للإطلاع على شروط المناقصة تجسيدا لمبدأ المساواة.

لكن ما هو مجسد أرض الواقع يبين العكس والدليل على ذلك القرار الوزاري المشترك¹⁵³، الذي تم نشره في 12-02-2012 بين وزير البريد وتكنولوجيا الاتصالات والإعلام والاتصال ووزير المالية، الذي جاء تطبيقاً لنص المادة 44 من تنظيم الصفقات العمومية المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، التي نصت على وجوب تحديد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات والأشغال التي لا تتطلب اللجوء إلى المناقصة، وبالرجوع إلى القائمة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشترك يلاحظ أن ليس لها طابع خاص يبرر ويستلزم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، مما يستتبع افلاتها من إجراء الإعلان المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثالث

الموضوعية والدقة في اتخاذ القرارات

لا يتم الحفاظ على المال العام إلا بتحري الدقة والموضوعية سواء في اختيار الأسلوب الأمثل لإبرام الصفقة أو في اختيار المتعامل المتعاقد.

لما كانت الصفقات العمومية المجال الذي يتم فيه صرف المال العام، لذا كان على المصلحة المتعاقدة الدقة في اختيار الأسلوب الأمثل والملائم لإبرام الصفقات العمومية.

وهو ما عمل المشرع على تأكيده في نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها اختيار كيفية إبرام الصفقات".

153- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 2 أوت 2011، يحدد قائمة الدراسات واللوازم الخاصة بتكنولوجيا الإعلام واتصال التي لا تتطلب اللجوء إلى مناقصة، ج ر عدد (06)، بتاريخ 12 فيفيري 2012.

يدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقاً لأحكام هذا المرسوم".

وحفاظاً على المال العام يتعين على المصلحة المتعاقدة تحري الدقة والموضوعية في اختيار المتعامل المناسب القادر على إنجاز الصفقة تحقيقاً للمصلحة العامة¹⁵⁴، سواءً من حيث الإمكانات المادية والبشرية التي يقترحها والضمانات التي يقدمها، ويجب على المصلحة المتعاقدة الأخذ في الاعتبار سيرة المتعامل المتعاقد وخبرته في إنجاز المشاريع من خلال شهادة التأهيل التي يقدمها، ومن خلال معاملاته السابقة معها أو مع مصالح أخرى لتقدير مدى جديته واحترامه لمقاييس ومدة إنجاز الصفقات¹⁵⁵.

على هذا الأساس تقوم بدراسة كافة العروض التي يتقدم بها المتعهدون لتكون لنفسها فكرة، ليتم بعدها اختيار المتعامل المتعاقد وفق أسس ومعايير جاء النص عليها في نص المادة 56 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

إن الجديد الذي جاء به المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أنه إذا كانت طبيعة الصفقة أشغال مرتبطة بالنشاطات الحرفية، فيتم تخصيص الصفقة للحرفيين وبذلك أصبح بإمكان الحرفي التعامل مع المصالح المتعاقدة بمفهوم المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

تلك هي المعايير التي يجب أن يبنى عليها اختيار المصلحة المتعاقدة وذلك وفق نظام تنقيط مؤسس منصوص عليه مسبقاً في دفتر شروط المناقصة احتراماً وتجسيداً لمبدأ العلانية وقد وردت هذه المعايير على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وذلك على حدّ تعبير المشرع "يمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة".

الواضح أن المشرع منح الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد إلا أن هذه الحرية قيدت بنص المادة 42 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة"، وعن كيفية تبرير عملية الاختيار فيتم عملياً بإعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يخص الصفقة يرفق بوثيقة تسمى بطاقة التقديم "*Fiche de présentation*" تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، تبرّر من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المحصل عليها يرسل هذا الملف إلى اللجنة المختصة من أجل التأشير على هذا الاختيار أو بتعبير أدق التأشير على قرار المنح المؤقت.

154- أنظر المادة 35 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

155- أنظر المادة 38 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

ونظراً لخطورة هذا الاختيار سواء على المال العام أو حتى على المصلحة المتعاقدة ونظراً لاعتباره المجال الذي تكثر فيه الممارسات المناهضة لمبدأ الشفافية والمساواة، فتعليل المصلحة المتعاقدة لاختيارها لا يكون أمام السلطات الإدارية المختصة فقط، بل يتعداه إلى الجهات القضائية، فبالنسبة للقضاء الإداري باعتباره الجهة المختصة بفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية تلزم المصلحة المتعاقدة بتوضيح جميع المعايير التي بنت على أساسها عملية الاختيار وإذا بني الاختيار على معايير غير سليمة يتم إلغاء قرار المنح من طرف القضاء الإداري¹⁵⁶.

ويبقى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية أهم المبادئ، ولن يتحقق ذلك إلاً بالتحديد الدقيق والمسبق لاحتياجات المصلحة المتعاقدة¹⁵⁷، للوصول إلى ترشيد النفقات العمومية وتقادي كل هدر للمال العام.

إنّ التحديد المسبق والدقيق للطلب العمومي يكون في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير العمل أو الإنتاج، ويكون ذلك على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها المصلحة المختصة مسبقاً وإن كان ذلك يؤدي إلى زيادة تكلفة إنجاز المشروع.

ومن أجل ضمان نجاعة الطلب العمومي نجد من الأهداف التي ترمي إليها الرقابة الخارجية هو التحقق من التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية¹⁵⁸، والسؤال المطروح كيف يمكن للجان الرقابة الخارجية التأكد من ذلك؟ هذا السؤال تجيب عنه نص المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "تخضع مشاريع دفاتر شروط المناقصات لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة حسب تقدير إداري للمشروع ضمن الشروط المحددة في المادة 11...".

وبالرجوع لأحكام المادة 11 فقد تضمنت شرحاً مفصلاً للشروط التي يتعين مراعاتها عند تحديد الطلب العام وذلك بالنسبة لكل نوع من أنواع الصفقات العمومية وكل خروج عن هذه الأحكام يعرض دفتر الشروط المتضمن لهذا الطلب العام رفض منح التأشيرة، كما تتأكد

156- المفروض أن تتم دراسة طرق الطعن الخاصة بقرار المنح المؤقت في هذا المقام باعتبارها من الإجراءات الكفيلة بتكريس المبادئ المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، إلا أننا سنحاول دراسة هذه المسألة بصفة مستقلة في إطار الباب الثاني "تدخل القضاء كآلية للتصدي وقمع الفساد" حتى نعطي هذه المسألة حقها من الدراسة والتحليل.

157- DEBIEVE Christian, La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?, mémoire pour le DESS management du secteur public, faculté de sciences de gestion (IEP de Lyon), 2004, P 08.

Publié sur le site :

<http://www.doc.sciences-po-Lyon.fr>

158- أنظر المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

المصلحة المتعاقدة من أن الطلب موضوع دفتر الشروط ليس موجهاً نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد وذلك منعاً للمحاباة التي تعتبر من أهم مظاهر الفساد في مجال الصفقات العمومية.

فرقابة مشاريع دفاتر شروط المناقصات من طرف لجان الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة أمر ضروري لتكريس فعالية الطلب العمومي ومطابقته للاحتياجات المصلحة المتعاقدة وهي خطوة ضرورية لتفادي كل التجاوزات التي يمكن أن تطرأ لاحقاً، فهي إذن رقابة قبلية.

ونظراً لأهميتها جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 للتشديد في منح التأشير إيماناً من المشرع لمخاطر منحها، فلا يُؤشر على دفاتر الشروط إلا بعد دراسة تتم في أجل 45 يوماً بعد أن كانت تتم في أجل 15 يوماً، فهذه المدة في الحقيقة غير كافية خاصة بالنسبة للصفقات ذات الأهمية الكبيرة وأمام ثقل المهام الملقاة على عاتق لجان الرقابة، لذا فمدة 45 يوماً تعدّ معقولة لإتمام الدراسة، كما أن تحديد مدة صلاحية دفاتر الشروط المؤشر عليها بـ3 أشهر وبانقضاء هذا الأجل يُعرض دراسة هذه الدفاتر من جديد على لجنة الصفقات المختصة، هي خطوة مشجعة تخدم عملية الرقابة.

وتبقى مسألة هامة لم يتناولها المشرع وتخص مشاريع دفاتر الشروط التي لم يؤشر عليها خلال الأجل المحدد لذلك وهو 45 يوماً فهل يعني ذلك اعتبار دفتر الشروط وكأنه مصادق عليه أم أن الدفتر يبقى لدى اللجان المختصة بالرقابة إلى غاية التأشير حتى ولو تم ذلك بعد مضي 45 يوماً، مما قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تعطيل المصالح المتعاقدة؟!

في غياب نص صريح يبقى موقف المشرع غامضاً لأنه لو أراد اعتباره وكأنه مصادق عليه لنص صراحةً على ذلك كما فعل في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250¹⁵⁹.

فالتحديد الدقيق والمسبق للطلب العام يكون في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير المرفق بانتظام وباضطراد، وبمفهوم المخالفة فكل طلب لا يتم تحديده مسبقاً بصفة دقيقة يؤدي إلى تجزئته لعدة عقود وبذلك يتم إفلاته من إجراءات المنافسة والإشهار، وذلك يؤدي لا محالة إلى المساس بأهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وهي حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات، كما أن تجزئة الصفقة تؤدي إلى إفلاتها من أطر الرقابة خاصة الرقابة الخارجية، فعدم تمتع أجهزة الرقابة بسلطة على هذه العقود من شأنه أن يفتح المجال واسعاً للتلاعبات والتجاوزات¹⁶⁰.

159- وذلك في نص المادة 118 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 (ملغى)، سابق الإشارة إليه.

160- SABRI Mouloud, "Le droit des marchés publics en Algérie : réalité et perspectives", **IDARA**, volume18, N°01, Alger, 2008, P20.

لكن بالرجوع إلى نص المادة السادسة دائماً نجد أنه "إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية تبرم حينئذ صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقاً وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية".

إذا كان المشرع قد نظم هذه المسألة وهذا ما يبين حرصه الواضح على إخضاع كل الصفقات لرقابة اللجان الخارجية، إلا أنه نظم هذه المسألة تاركاً نوعاً من الغموض، بحيث اقتصر النص عندما تكون الطلبات لدى المتعامل نفسه، لكن قد تكون عدة طلبات مماثلة خلال سنة مالية واحدة ومبالغها تفوق المبالغ المذكورة في المادة السادسة لدى عدة متعاملين فهل هذا يعني أنها صفقات مستقلة عن بعضها البعض ولا تدخل في اختصاص لجان الرقابة الخارجية؟!.

ويبقى الإشكال مطروحاً إذا لم تتمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام صفقة تدرج فيها كل الطلبات السابقة لعرضها على هيئة الرقابة الخارجية المسبقة خلال السنة المالية المعنية؟.

كانت هذه المسألة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 250-02 محل إشكال وتساءل، لكن المرسوم الرئاسي رقم 236-10 جاءنا بحل بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات من النوع الكثير الاستعمال وذي الطابع المتكرر وذلك بإبرام صفقة تسوية بصفة استثنائية خلال السنة المالية على أن تحدد قائمة الخدمات واللوازم المعنية بهذا الإجراء بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

غير أن المشرع لم يشر إلى إمكانية إخضاع صفقة تسوية لرقابة لجان الصفقات فهل هذا يعني عدم إخضاعها للرقابة أصلاً فما فائدتها إذن؟! ما دامت الصفقة تتم خلال السنة المالية لإنجاز عمليات اللوازم والخدمات، خاصة وأن رقابة لجان الصفقات الخارجية هي رقابة قبلية وقائية.

ومن جهة أخرى يبقى الإشكال قائماً بالنسبة لصفقات الأشغال والدراسات التي تتم لدى المتعامل نفسه أو لدى عدة متعاملين خلال السنة المالية الواحدة وكانت مبالغها تفوق المبالغ المذكورة في المادة السادسة فموقف المشرع يبقى غامضاً في غياب نص صريح يبين ذلك.

تلك هي مخاطر عدم التحديد الدقيق للطلب العام عند إبرام الصفقة العمومية، أما عند التنفيذ فتجبر المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى نظام الملاحق¹⁶¹ وهذا ما يرهق الخزينة العامة ويزيد من تكاليف المشروع ويرفع من مخاطر الفساد.

161- الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليصها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقات.

أنظر المادة 103 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236-10، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

ومن أجل تدعيم المبادئ المنصوص عليها في المادة 9 من الأمر رقم 10-05 تم إدراج إجراء جديد لم يسبق للمشرع أن نص عليه وهو التصريح بالنزاهة، الذي يعتبر من مشتملات العرض التقني بتأكيد من المشرع في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹⁶².

لكن المشرع الجزائري لم يوضح مضمون هذا التصريح على عكس المشرع التونسي الذي أشار في المادة 14 فقرة 5 بأنه يجب على المترشحين تقديم تصريح على الشرف يلتزمون من خلاله بعدم القيام مباشرة أو بواسطة الغير بتقديم وعود أو عطايا أو هدايا قصد التأثير على إجراءات إبرام الصفقة ومراحل إنجازها.

وهو الأمر المنصوص عليه أيضاً في قانون الصفقات العمومية المغربي في المادة 23 منه فتقديم تصريح بالشرف يعني إلزام المتنافس بالألا يقوم بنفسه أو بواسطة شخص آخر باللجوء إلى أفعال الغش أو رشوة الأشخاص الذين يتدخلون بأيّة صفة كانت في مختلف إجراءات إبرام الصفقة أو تقديم وعود أو هبات أو هدايا قصد التأثير في إجراءات إبرام الصفقة وخلال مراحل تنفيذها.

وبالرجوع إلى أحكام التعلية الرئاسية الصادرة سنة 2009 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد يتعين التوقيع على التصريح بالنزاهة من قبل الشركاء المتعاقدين جزائريين منهم وأجانب الراغبين في تقديم عروض للحصول على الصفقات ومن قبل من يعمل معهم بالمناولة.

يلتزم الشريك المتعاقد عند التوقيع على التصريح بالنزاهة بعدم منح أية عمولة للوسطاء ويقبل الاعتراف بما ينسب إليه من أخطاء في حالة الإتيان بالبيئة التي تثبتها.

للتصريح بالنزاهة آثار إيجابية لذا يتعين فرضه كلما استعملت الأموال العمومية وتطبيقه على جميع المتعاملين عموميين كانوا أو خواص، جزائريين أو أجانب وعلى جميع أنواع الصفقات من الصفقات المحلية إلى المركزية، كما يجب فرضه بالنسبة لصفقات المؤسسات والشركات العمومية والشركات المختلطة التي تملك الدولة جزء من رأسمالها.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه لماذا لم يرد مضمون التصريح بالنزاهة في تنظيم الصفقات العمومية خاصة وأن هذه التعلية صدرت سنة 2009؟ فهل يعني هذا أن المشرع لا يزال متخوف من فرض هذا الإجراء؟!

162- وبذلك يكون المشرع قد حذا حذو المشرع التونسي والمغربي.

- المادة 14 فقرة 5 من الأمر عدد 3158 لسنة 2002، بالنسبة للمشرع التونسي.

- المادة 23 من المرسوم رقم 338-06-2، الصادر في 5 فبراير 2007، يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتسييرها ومراقبتها، ج ر عدد 5518، صادر في 19 أبريل 2007، بالنسبة للمشرع المغربي.

المبحث الثالث

تدخل المشرع لتعديل أساليب إبرام الصفقات العمومية

مكافحة الفساد تقتضي تبني سياسة متكاملة، لذا لم تتوقف جهود المشرع على إخضاع الموظف العام لقواعد توظيف متطورة وتقرير مبادئ هامة تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك، فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بإبرام صفقاتها وفق كفاءات وقوالب وطرق رسمها لها القانون مسبقاً¹⁶³.

فلا تترك مجالاً لحرية المصلحة المتعاقدة وذلك من خلال إعتبار المناقصة القاعدة في إبرام الصفقات العمومية (المطلب الأول) وجعل التراضي أسلوباً استثنائياً (المطلب الثاني) وهو ما أكدته أحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

المطلب الأول

إختبار المناقصة أساس إبرام الصفقات العمومية

لما كانت المناقصة مرتبطة في وجودها بنظرية العقد الإداري، الأمر الذي أدى إلى انتشارها في العديد من الدول، خاصة المتبينة منها لهذه النظرية تأثراً بالمذهب اللاتيني والجزائر بصفتها إحدى هذه الدول المتأثرة كيف لا وقد خضعت للمستعمر مؤسس هذا المذهب قرابة القرن والثلاث القرن بما يجعل المناقصة نظاماً متأصلاً في تشريع الصفقات العمومية الجزائري¹⁶⁴.

أولى المشرع لأسلوب المناقصة أهمية خاصة في تنظيم الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها كماً معتبراً من المواد عملاً على التوفيق بين الاعتبارين المالي والفني.

163- بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص5.

164- قد شهدت الجزائر مختلف التحولات التي مرت بها نظرية العقد الإداري خاصة وأن فرنسا عملت على مدّ نطاق تطبيق قوانينها ومن بين هذه النصوص القانونية نذكر:

1. المرسوم الصادر في 1939/03/05 المتضمن كفاءات تطبيق الصفقات العمومية في كل المقاطعات الجزائرية وهيئاتها العامة وكذلك كفاءات تطبيق المادة 8 من المرسوم المؤرخ في 1935/10/03.
2. المرسوم رقم 56-256، المؤرخ في 1956/03/13، المتضمن قواعد سير وتنظيم صفقات الدولة.
3. المرسوم رقم 57-13، المؤرخ في 1957/01/08، المتضمن شروط العمل في الصفقات العمومية في المقاطعة الجزائرية، ليستمر سريان تطبيق هذا النص غداة الاستقلال بموجب القانون 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 ما عدا ما كان منها منافي للسيادة الوطنية.

فالمناقصة من أهم آليات الوقاية من الفساد لما تكتسيه من قواعد وإجراءات خاصة تهدف إلى تحقيق المنافسة بين عدة مترشحين، على أن يتم إرساء الصفقة آلياً لمن يقدم أقل الأسعار دون إهمال الجوانب الفنية في الصفقة، وبذلك تكون سلطة المصلحة المتعاقدة في أسلوب المناقصة مقيدة مقارنة بغيرها من الآليات هذا ما يبرر إلزام المصلحة المتعاقدة بإفراغ تعاقدها ضمن الأشكال المقررة قانوناً (الفرع الأول)، وتقييدها بالإجراءات والقواعد عند إعمال هذا الأسلوب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إفراغ المناقصة ضمن الأشكال المقررة قانوناً

تطبيقاً لأحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تعد المناقصة أهم أساليب اختيار المتعامل المتعاقد باعتبارها القاعدة العامة، وبالرجوع للنص الفرنسي نجده ينص على أن: « Les marches publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres ».

أي أن المصطلح المقابل للمناقصة هو "L'appel d'offres" الذي يراد به "طلب العروض" وهذه الترجمة لا تستقيم والمنطق القانوني ولم ينتبه المشرع إلى ذلك حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، ذلك أن طلب العروض أسلوب من أساليب التعاقد الإداري يتيح للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها في إطار من المنافسة دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأقل¹⁶⁵ في حين أن المبدأ الأساسي الذي يميز المناقصة عن غيرها من أساليب التعاقد هو مبدأ آلية الإرساء على العطاء الأقل سعراً¹⁶⁶.

وعليه فإقدام المشرع على رفع مكانة المناقصة بجعلها طريقاً عامة في الإبرام اتجاه يستحق الثناء عليه لكن أن يُعمل على طمس معالم هذه الطريقة بأن يدمج فيها أسس تتعلق بآليات غيرها فهو ما لا يجب إجازته¹⁶⁷.

جاء تعريف المناقصة ضمن أحكام المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنها "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

من أحكام النص حافظ المشرع على تطبيق مبدأ التنافس، بفتح نطاق المشاركة موازاة مع

165- بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 7.

166- لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، لباد Editeur، سطيف، 2004، ص 434.

167- عبيد ريم، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2006، ص 45.

تطور مجال الصفقات التي تبرم بموجب المناقصة، إذ جعل منها آلية صالحة لكل العمليات التي ترد عليها الصفقات، وبذلك يكون المشرع قد تخطى عن المفهوم الضيق للمناقصة ليتبنى مفهوماً واسعاً يتمشى والمكانة التي تحتلها المناقصة.

أمّا المعيار المعتمد عليه في إسناد الصفقة، فنجد المشرع قد اعتمد معيار "العرض الأفضل" ومعيار "أقل الأثمان" وهو في الواقع لا يتفق ومبدأ الإرساء الآلي كما لا يتفق مع ما هو معروف في الأنظمة القانونية العالمية المتبنية لهذه الكيفية، إذ تسند الصفقة للعارض الذي يقدم أقل الأثمان فهذا الأمر يفرغ المناقصة من محتواها¹⁶⁸.

فيستبدر التساؤل الآتي ما المقصود بأفضل عرض وهل يعتبر العرض الأفضل العرض الأقل ثمن؟. للإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "... وتتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقاءهم الأولي تقنياً، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم للقيام طبقاً لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض الأقل ثمناً إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إذا كان الاختيار قائماً أساساً على الجانب التقني للخدمات".

وهكذا صنف المرسوم المذكور الخدمات إلى صنفين عادية ومعقدة، فقصود بالخدمات العادية العمليات التي لا تحتاج إلى مهارات خاصة وخبرة وفنيات عالية وبإمكان أكبر عدد من المتعاملين القيام بها وإنجازها وتحقيقها، خلافاً للعمليات المعقدة التي لا يستطيع تحقيقها إلا المتعاقد الذي تتوفر لديه إمكانيات ومهارات خاصة كأن يتعلق الأمر بتجهيزات علمية لمخابر جامعية، فإن موضوع الصفقة يتطلب مؤهلات ومعايير خاصة ولا يمكن لكل العارضين تنفيذ موضوع العقد بحكم طابعه المتميز وغير العادي¹⁶⁹.

فإذا كان المشرع قد أصر على المعيار المالي في المناقصات المتعلقة بالعمليات العادية، فإنه رجّح معيار أحسن أو أفضل عرض اقتصادي إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة.

جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مانحاً للمصلحة المتعاقدة أشكالاً مختلفة للمنافسة¹⁷⁰، تجتهد فيها على ضبط الشكل والنمط المناسب لعقد الصفقة، بما يتوافق ونشاطاتها وإمكانياتها

168- شريفي شريف، "المناقصة العامة كأسلوب تعاقد في قانون البلدية"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية الحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و 19 أفريل 2012، ص 8.

169- أد. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 78.

170- أنظر المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم سابق الإشارة إليه. قد تمّ الإبقاء على نفس أشكال المنافسة المعروفة المنصوص عليها في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02-250، على عكس المشرع المصري الذي حصرها في أسلوبية والمزايدة والمناقصة طبقاً لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998.

وذلك في خمسة أشكال المناقصة المفتوحة والمحدودة (أولاً)، المزايدة (ثانياً) الاستشارة الانتقائية والمسابقة (ثالثاً) وبذلك تكون الجزائر من الدول التي تفضل التوسع في أشكال المنافسة.

أولاً - المناقصة المفتوحة والمحدودة:

كما يطلق عليهما بالمناقصة العامة والمقيدة، إلا أن أغلب التشريعات المتبنية لهذه الطريقة تقسمها إلى مناقصة مفتوحة وأخرى محدودة.

عُرِّفت المناقصة المفتوحة ضمن أحكام المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنها "إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد".

واضح من النص أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد في شكل مناقصة مفتوحة يكفل لكل عارض تقديم عرضه وبالتالي فإن هذا النوع من المناقصات مفتوح لعدد غير محدود من المتنافسين¹⁷¹.

والمناقصة المفتوحة قد تكون وطنية داخلية أي مفتوحة للمتعاملين الوطنيين لا غير أو دولية مفتوحة للمتعاملين الأجانب أيضاً، إلى جانب المتعاملين الوطنيين¹⁷².

أما المناقصة المحدودة فقد عرفتها المادة 30 على أنها "إجراء لا يُسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً"¹⁷³.

=أنظر: عبد الله حنفي، العقود الإدارية، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 274.

171- لو عدنا لنص المادة المماثلة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وهي المادة 24 نصل إلى نتيجة أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أضاف إلى تعريف المناقصة المفتوحة عبارة "مؤهل" فلا يعني أبداً أن يفسح المجال لكل عارض في المناقصة المفتوحة بل للمؤهل منهم فقط.

172- غالبية الدول المتبنية لأسلوب المناقصة تصنفها إلى مناقصات ذات الطابع الدولي وأخرى ذات الطابع الوطني. فتكون المناقصة وطنية إذا تم توجيه دعوة المشاركة فيها للمتعاملين الوطنيين، أو المتعاملين الأجانب المقيمين في الجزائر، أما المناقصة الدولية فلا يتسع نطاقها فتفتح فيها الدعوة للمنافسة أمام المتعاملين الأجانب الذين ليس لهم مؤسسات كائنة في الجزائر والتي يعبر عنها بالصفقات الدولية التي لا يسمح فيها بمشاركة الفئة المدعوة في المناقصات الوطنية لتأخذ بعداً دولياً. لمزيد من التفصيل أنظر:

- صادق مورييس، قانون المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، د ت ن، ص 96.

- عزت عبد القادر، مرجع سابق، ص 39.

173- بالربط مع المادة المماثلة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وهي المادة 25 نجد المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إستبدل عبارة "الشروط الخاصة" بعبارة "الشروط الدنيا المؤهلة" للتأكيد على ضرورة توافر عنصر التأهيل في كل مترشح خاصة وأن المناقصة محدودة.

يقتصر تقديم التعهدات والعطاءات على من تتوافر فيهم شروط ومواصفات محددة تضعها الإدارة مسبقاً كالمقاولين الذين لهم خبرة 10 سنوات مثلاً أو امتلاك إمكانيات معينة، وذلك نظراً لأهمية وضخامة وصعوبة العملية التي تتطلب مبدئياً الخبرة والإمكانيات اللازمة¹⁷⁴.

بمعنى يجوز للإدارة إذا كانت طبيعة الصفقة لا تسمح بفتح باب المنافسة أمام الجميع أن تحصرها بين فئة محدودة من المتنافسين، الذين تتوفر لديهم المؤهلات المالية والفنية المطلوبة على أن تحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفاتر الشروط¹⁷⁵.

فالمناقصة المحدودة بهذا المعنى تبدو ملائمة للأعمال والتوريدات ذات الأهمية الكبيرة كإنشاء مطار جوي أو ميناء بحري¹⁷⁶، التي فرض فيها المشرع على المقاولين المنفذين لها أن يكونوا حائزين لشهادة التخصص والتصنيف المهنيين كأصل عام، وعادة ما تدخل ضمن الفئة ب و ج المحددة في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988¹⁷⁷ وتضم هاتين الفئتين المنشآت ذات الطبيعة المعقدة نسبياً كمقرات البلديات والدوائر، ذات الكثافة السكانية القليلة ومقرات الشركات الصغيرة، المدارس الابتدائية والثانويات، المراكز الصحية، المحطات السياحية المتوسطة الدرجة... إلخ.

ثانياً - المزايدة:

إذا كانت الصفقات العمومية بأشكالها المختلفة ينجم عنها خروج مال من الخزينة العمومية، واستفادة المتعاقد مع الإدارة بمقابل نتيجة تنفيذ العملية موضوع الصفقة، فإن التعاقد بطريق المزايدة ينجم عنه تحقيق مداخيل ناتجة عن التعاقد، وذلك من خلال مداخيل عمليات البيع أو التأجير للعقارات أو المنقولات التابعة للمصلحة المتعاقدة¹⁷⁸.

أمّا على مستوى النصوص المنظمة لها فلم تحض المزايدة بأحكام خاصة وصريحة لا في أمر رقم 67-90 ولا في مرسوم رقم 82-145، ولعل الهدف من ذلك أن الإدارة في المناقصة جهة للدفع وفي المزايدة جهة يدفع إليها.

174- أ.د. بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم، عنابة، 2002، ص 31.

175- يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، (تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية)، د د ن، 1998، ص 472.

176- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 512.

177- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 15 مايو 1988، المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر عدد (43)، بتاريخ 1988.

178- د. عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 206.

تمّ ذكر أسلوب المزايدة بصورة مستقلة عن المناقصة لأول مرة بموجب المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، إذ تنص "المزايدة هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للعارض الذي يقترح أحسن الأثمان وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي، ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين أو الأجانب العاملين بالجزائر".

كما عرفت المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 "المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمن، وتشمل العمليات من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري"¹⁷⁹.

أما محل المزايدة فقد حدده المشرع بطريقة سلبية لا تتلاءم وطبيعة هذا الأسلوب فعبارة "العمليات البسيطة من النمط العادي" قد كانت موضوع المناقصة في النصوص السابقة وكانت تتفق وطبيعة العمليات التي تبرم وفقاً لهذا الأسلوب.

والغريب في الأمر أن المشرع لم يتقن لذلك حتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في حين وفق المشرع في تحديد الأشخاص التي يجوز لها الدخول في المزايدة وتتمثل في المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري مادام الأمر يتعلق بأملكها فمن باب أولى تمتعها بسلطة واسعة في التصرف فيها.

أما معيار المنح المطبق على المزايدة فقد حدده المشرع بأقل الأثمان وهو أمر غريب مثير للدهشة، خاصة وأن المغزى من اللجوء إلى المزايدة هو بيع أو إيجار ملك من أملاك الدولة الجزائرية، فكان من باب أولى أن يعتمد المشرع على معيار آخر وهو أحسن الأثمان أو أعلى الأسعار بما يتماشى وهذا الأسلوب¹⁸⁰.

ثالثاً - الاستشارة الانتقائية والمسابقة:

إنّ تطور مستوى العمليات المرتبطة بالصفقات العمومية، فرض على المشرع تحديد أشكال أخرى تتمكن من خلالها المصلحة المتعاقدة الحصول على عدة عروض متنافسة وذلك

179- إن اقتصار المزايدة على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري يعدّ خروجاً عن القاعدة العامة الواردة بالمادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص "يمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية" وباعتبار المزايدة شكل من أشكال المناقصة فمن المفروض أن تخضع لهذه القاعدة ولعل هذا التحديد راجع إلى احترام مبدأ السيادة على الأملاك الوطنية.

لمزيد من التفصيل أنظر: بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 16.

180- إن الربط بين هذا التعريف ومثيله في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وتحديداً في المادة 27 يبدو الفرق واضحاً، فالأول ورد فيه عبارة "أحسن عرض" والثاني لسنة 2010 ورد فيه عبارة الأقل ثمناً وقد رجعنا إلى النص الفرنسي لأننا اعتقدنا بأنها مجرد هفوة من المشرع في النص العربي وإذا في النص الفرنسي نجد النص يتضمن عبارة

« moins disant ».

إمّا على أساس الاستشارة الانتقائية (1) وإمّا على أساس المسابقة (2).

1. الاستشارة الانتقائية: ظهرت الاستشارة الانتقائية لأول مرة في المرسوم رقم 82-145 بعد أن غابت في أول تنظيم للصفقات العمومية، وكذا في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، إلا أنه لم يتم تنظيمها كطريقة مستقلة في الإبرام بل اعتبرت إحدى أشكال أسلوب الدعوة للمنافسة طبقاً لنص المادة 29.

أمّا المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فقد اعتبر الاستشارة الانتقائية كصورة لأسلوب المناقصة ضمن أحكام المادة 25، ليؤكد الاتجاه ذاته المرسوم الرئاسي رقم 10-236 طبقاً لنص المادة 28 منه، وقد عرفها المرسوم ذاته في المادة 31 بنصه "الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي".

فالاستشارة الانتقائية آلية لإبرام الصفقات العمومية تهدف إلى تحقيق التنافس بين مجموعة محددة من المترشحين المدعويين خصيصاً لتقديم عروضهم بعد أن تم انتقائهم بصفة أولية اعتماداً على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة الخاصة بكل المتعاملين المتعاقدين معها¹⁸¹ بما يمكنها من التعرف بصورة مبدئية على المترشحين المؤهلين مبدئياً إلى عملية الانتقاء¹⁸².

2. المسابقة: تعد المسابقة شكلاً من أشكال المناقصة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة عندما تريد إنجاز أعمال ذات سمة تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة، وهذا ما أفادت به المادة 28 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹⁸³، وبذلك خول المشرع المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الأسلوب إذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو جمالية من أجل حصولها على أحسن العروض من طرف المتنافسين من رجال الفن والإبداع.

يثير مصطلح "رجال" الوارد في المادة 34 إشكالية مفادها هل قصر النص أسلوب المسابقة على الأشخاص الطبيعية دون سواهم، اعتباراً أن النص استعمل عبارة "رجال الفن" فلا شك أن هذا المفهوم الضيق يتعارض مع مقتضيات مواد كثيرة من المرسوم ذاته، خاصة نص المادة 28 التي اعتبرت المسابقة شكلاً من أشكال المناقصة التي تعني فسح المجال للعارضين لتقديم عروضهم سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين هذا من جهة.

181- BENNADJI Cherif, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Alger, 2008, P144.

182- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 287.

183- إذ تنص المادة 34 "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة".

ومن جهة أخرى نجد نص المادة 21 من المرسوم نفسه التي جاءت بعنوان "المتعاملون المتعاقدون"، إذ بينت هذه الأخيرة أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين.

ووسعت المادة 22 من جهة أخرى من مجال المنافسة فقضت بإمكانية التعاقد مع الطرف الأجنبي وبالتالي لما كانت المسابقة شكلاً من أشكال المناقصة، ولما كان التعاقد يمكن أن يتم مع شخص طبيعي أو معنوي وطني أو أجنبي فلماذا ورد في نص المادة 34 عبارة رجال الفن؟!، فكيف يمكن تبرير استبعاد الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة من مجال المنافسة وحرمانهم من تقديم عروضهم للمشاركة في المسابقة تحت غطاء أن هذه الأخيرة حكر على الأشخاص الطبيعية.

وعليه كان من الأفضل لو جاء النص بالصيغة الآتية "المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة".

يبقى لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الأسلوب من أجل اختيار المتعامل المتعاقد محدوداً ونادراً ما تلجأ إليه مقارنة بالأشكال الأخرى، ولعل ذلك راجع إلى خوف المصالح المتعاقدة اللجوء إليه¹⁸⁴.

الفرع الثاني

تقييد المصلحة المتعاقدة بقواعد إجرائية خاصة

لا يكفي رسم طرق الإبرام حتى تتضح معالم الصفقة، بل يجب أن يتم تدعيمها بإجراءات مترجمة لها تتبعها المصلحة المتعاقدة وفقاً للحدود القانونية.

لذا حرص المشرع على وضع قواعد إجرائية خاصة بأسلوب المناقصة من خلال مواد كثيرة وردت في تنظيم الصفقات العمومية (أولاً) كما خص المشرع الصفقات التي تتم عن طريق الإستشارة الإنتقائية وكذا المسابقة هي الأخرى بقواعد تنفرد بها (ثانياً) والغاية من فرض هذه القواعد هو تقييد المصالح المتعاقدة رغبةً من المشرع في تفعيل سياسة الوقاية من الفساد.

أولاً - القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوب المناقصة:

حرص المشرع على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات¹⁸⁵ تجسيدا لهذه المبادئ ألزم المصالح المتعاقدة بقواعد إجرائية، فبعد أن تتم المراحل التحضيرية السابقة على عملية

184- RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 2^{ème} édition L.G.D.J, Paris, 1999, P 75.

185- وهي المبادئ التي حرص المشرع على تكريسها في المادة 3 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

التعاقد (1) تدخل المصلحة المتعاقدة مرحلة هامة تتوالى فيها الإجراءات التنفيذية للصفقة (2).

1. تحضير الصفقة العمومية:

أ. الحصول على غلاف مالي: حتى نكون أمام صفقة عمومية يتعين أن تكون ممولة من ميزانية الدولة وهو ما عبر عنه المشرع "... عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة..."¹⁸⁶.

فالصفقات على اختلاف أنواعها تحتاج إلى غلاف مالي تدفعه المصالح المتعاقدة للمتعاقدين معها قد تمول عن طريق ميزانية الدولة أو عن طريق ميزانية القطاع أو ميزانية المؤسسة¹⁸⁷.

ب. إعداد دفتر الشروط وإحالاته على لجنة الصفقات المختصة للمصادقة عليه: بعد الحصول على الغلاف المالي يتعين على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر شروط المناقصة يتضمن الشروط الواجب توافرها والمواصفات المرغوب الوصول إليها.

دفتر الشروط كما سلف الذكر وثيقة تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة.

ولما كانت الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالمال العام تعين على المشرع أن يفرض إطاراً رقابياً حتى على دفاتر شروط المناقصات لضمان سلامة المعاملات العقدية وإبعاد الجهات الرسمية عن كل ما يجلب الفساد المالي، لهذا الغرض نصّب المشرع لجان للرقابة على اختلاف مستوياتها تتولى صراحة دراسة دفاتر شروط المناقصات قبل الإعلان عنها¹⁸⁸.

2. مباشرة المراحل التنفيذية للصفقة

بعد عرض دفتر شروط المناقصة على لجنة الصفقات المختصة يتوج عمل هذه الأخيرة بمنح التأشير وذلك بالتأشير على دفتر شروط المناقصة، بعدها تتوالى المراحل التنفيذية للصفقة بدءاً بالإعلان عنها (أ) إلى استقبال العروض (ب) وفتح الأظرفة ودراسة العطاءات (ج) إلى الإعلان عن المنح المؤقت واعتماد الصفقة (د).

أ. الإعلان عن المناقصة

أول إجراء تنقيد به المصلحة المتعاقدة تنفيذاً لإجراءات إبرام الصفقة العمومية يتمثل في

186- أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

187- قد تعرض أد. بوضياف عمار لهذه المسألة بالتفصيل، أنظر: أد. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 140، 141.

188- أنظر المادة 132 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

ضرورة تحقيق المنافسة بين مجموعة من الراغبين في التعاقد معها، ممن تتوفر فيهم المؤهلات اللازمة التي تمكنهم فيما بعد تنفيذ موضوع الصفقة ولا يتحقق التنافس إلا عن طريق الإعلان.

يقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة.

تظهر أهمية الإعلان بالإضافة إلى كونه وسيلة لتحقيق التنافس هو إجراء جوهري، يتعين أن تقوم به المصالح المتعاقدة لتمكين المترشحين من إعداد عروضهم وفقا للشروط والبيانات الواردة ضمنه وإيداعها لدى المصلحة المتعاقدة¹⁸⁹.

ب. استقبال العروض (التعهدات)

بعد الإعلان عن الصفقة بالكيفية المنصوص عليها قانوناً، يجوز لكل من يرغب في التعاقد ممن هم مؤهلين في الاختصاص المطلوب، أن يقدموا عروضهم خلال الأجل المحدد، بعد تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد طبقاً لأحكام ومقتضيات نص المادة 47 من تنظيم الصفقات العمومية إذ تنص "تضع المصلحة المتعاقدة الوثائق المنصوص عليها في المادة 48 أدناه، تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد".

وحرصاً من المشرع على فتح باب التنافس أجاز للمصلحة المتعاقدة إرسال الوثائق المتعلقة بالمناقصة لكل مترشح يطلبها، وما يشد الانتباه مرة أخرى تذبذب موقف المشرع في استعماله للمصطلحات في المادة الواحدة، ففي الفقرة الأولى استعمل لفظ المؤسسة ليضيق من دائرة المشاركة ليعيد توسيعها في الفقرة الثانية وذلك باستعماله لمصطلح المرشح¹⁹⁰.

وبعد تمكين المتنافسين من دفتر الشروط وإطلاعهم على كل الوثائق والمعلومات بتعين على كل من يرغب في التعاقد تقديم عرضه أو عطائه وفقاً للشروط المطلوبة وفي الأجل المعلن عنه.

فالعطاءات هي العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة التي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للمواصفات المطروحة في الصفقة¹⁹¹.

يتم إيداع العروض في شكل ظرف مزدوج، فالظرف الخارجي لا يحمل إلا عنوان المصلحة المتعاقدة وعبارة "مناقصة لا يفتح" دون أن يحمل اسم صاحبه سواء كان شخصاً

189- لمزيد من التفصيل أنظر الصفحة 76 من هذا البحث.

190- أنظر المادة 47 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

191- د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 57.

طبيعياً أو معنوياً، ولا يتضمن أية إشارة تميزه عن غيره من العروض وإلاّ اعتبر لاغياً وذلك ضماناً للشفافية والمساواة بين المتعهدين.

أما داخل الظرف فيوضع ظرفين يتعلق الأول بالعرض الفني أو التقني للصفقة، أما الثاني فيتضمن العرض المالي ولا يحتويان على هوية وعنوان العارض إلاّ عبارة **"الملف التقني"** و**"الملف المالي"**.

يتمّ إيداع العروض ابتداءً من أول يوم لصدور الإعلان عن المناقصة أو المزايدة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو إصاقه في الأماكن المخصصة لذلك.

غير أن نص المادة 50 كغيرها من المواد لم تحدد الكيفيات التي يتم بها الإيداع، إما بالتسليم المباشر لدى المصلحة المتعاقدة مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته أو عن طريق إرسالها بالبريد، وفي هذه الحالة العبرة بتاريخ الاستلام لا بتاريخ الإرسال¹⁹² في حين يأخذ الواقع العملي بالأسلوبين.

ويجب أن تشمل التعهدات على الوثائق المحددة ضمن أحكام المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

ج. فتح الأظرفة ودراسة العطاءات

امتداداً إلى سلسلة القيود التي تضبط عمل المصلحة المتعاقدة في إبرامها للصفقة العمومية وضمناً لتحقيق أكبر قدر من الشفافية والمساواة بين المتعهدين، تدخل الصفقة مرحلة أخرى حفاها المشرع بمجموعة من الضوابط وجب أن يتم التصرف في حدودها تحقيقاً للمصلحة العامة.

تجسيدا لهذا الغرض نص المشرع في المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على **"تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"** ثم بين أشكال الرقابة مجسدة في رقابة داخلية وخارجية وأخرى وصائية¹⁹³.

ما يهمّ في هذه الدراسة هو الشطر المتعلق بالرقابة الداخلية باعتبارها إحدى مراحل إبرام الصفقة العمومية، تضطلع بهذه المهمة لجنتان يتم إحداثهما على مستوى كل مصلحة متعاقدة،

192- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 123.

193- علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004، ص 59.
- قرانة عادل، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2004، ص 19.

هما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض طبقا لنص المادتين 121 و125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ولكل لجنة صلاحيتها الخاصة ومجال تدخلها.

تتولى مهمة فتح الأظرفة لجنة فتح الأظرفة وإحداثها يعد أمراً إلزامياً على كل الهيئات التي لها صلاحية إبرام الصفقات العمومية¹⁹⁴.

بعد إتمام عملية الفتح تأتي مرحلة دراسة هذه العروض، وتتولى صلاحية ذلك لجنة تقييم العروض على مستوى كل مصلحة متعاقدة طبقا لنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

في هذه المرحلة تُسجل صرامة المشرع الجزائري من خلال منعه لأي إجراء تفاوضي قد تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين، حرصاً منه على ضمان الشفافية وتكافؤ الفرص بينهم، ومنعاً من أي محاباة قد يستفيد منها أحدهم طبقا لنص المادة 48 "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض، لاختيار الشريك المتعاقد...".

وحرصاً من المشرع على قطع كل السبل التي من شأنها المساس بنزاهة عملية الإبرام كوقوع تحايل أو محاباة لمصلحة أحد المتعاقدين، أكد على ضرورة الفصل بين العضوية في لجنة الفتح والعضوية في لجنة التقييم طبقا لنص المادة 125 فقرة 2 وهو اتجاه يستحق الثناء.

يستحب أن تكون تركيبة اللجنة متنوعة تجمع خبراء ماليين وقانونيين وتقنيين مساهمة لتقل المهام الموكلة لهذه اللجنة، بحيث يشترط معرفتهم بمعايير التقييم التي يتضمنها دفتر شروط المناقصة.

وبعد قطع الصفقة لتلك الأشواط المعقدة يأتي دور لجنة تقييم العروض الحاسم في اختيار المتعامل المتعاقد. يتم الإعلان عنه في شكل منح مؤقت.

د. الإعلان عن المنح المؤقت واعتماد الصفقة

يعتبر المنح المؤقت إجراءً اعلامياً تخطر المصالح المتعاقدة بموجبه المتعهدين والجمهور عن اختيارها المؤقت وغير النهائي، نظراً لحصول المتعهد المختار على أعلى تنقيط فيما يخص العرضين التقني والمالي.

يتم الإعلان عن المنح المؤقت عن طريق النشر يتضمن بيانات وعناصر كاسم ولقب العارض الممنوح له الصفقة أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقولة وموضوع المناقصة وآجال التنفيذ وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعاقد المختار¹⁹⁵.

194- قنوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص22.

195- أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

إن منح الصفقة مؤقتاً لا يُعد المرحلة الأخيرة بل لابد من اعتماد المناقصة لإضفاء الطابع النهائي والرسمي للصفقة والإعلان عن اتمام إجراءاتها.

جاءت المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 معلنّة أن الصفقات العمومية لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة،
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية،
- المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسة العمومية الوطنية والمحلية ذات الطابع الإداري،
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،
- مدير مركز البحث والتنمية،
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني،
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،
- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

وبذلك حملت المادة 8 مضموناً ينسجم تماماً مع مقتضيات المادة 2 التي رسمت مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية والهيئات المعنية به.

وباعتماد الصفقة وتركيز الانتقاء، تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ.

ثانياً - القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوبى الاستشارة الانتقائية والمسابقة:

بعد استكمال إجراءات المرحلة التحضيرية (الحصول على غلاف مالي وإعداد دفتر الشروط) وهي الإجراءات التي تشترك فيها كل الصفقات مهما كان الأسلوب المتبع في الإبرام، خص المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 نظام الاستشارة الانتقائية (1) والمسابقة (2) بإجراءات خاصة.

1. الإجراءات الخاصة بالاستشارة الانتقائية

استناداً إلى المادتين 31 و32 تمر الصفقة بمرحلتين:

المرحلة الأولى: توجيه الدعوة لعدد من المرشحين لا يقل عن ثلاثة

من مميزات هذا الأسلوب إتصال المصلحة المتعاقدة في البداية بمجموعة من المترشحين

تختارهم وتدعوهم بموجب رسائل استشارة إلى تقديم عروضهم التقنية الأولية دون العرض المالي¹⁹⁶.

في حال ما إذا كان عدد المرشحين أقل من 3 يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة للانتقاء الأولي من جديد وهو ما يفسر حرص المشرع على ضمان أكبر مشاركة ممكنة تكريساً لمبدأ المساواة من جهة ولتفادي المعاملات المشبوهة والوقاية من الفساد من جهة أخرى. أشار المشرع إلى تقديم عروض تقنية أولية بما يعني أن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب فيما بعد تقديم إيضاحات وتفصيلات عن عروضهم من الناحية التقنية، وأبعد من ذلك أجازت الفقرة 3 من المادة ذاتها في حالة الضرورة تنظيم اجتماعات القصد منها توضيح مضمون العروض من الناحية التقنية.

المرحلة الثانية: دراسة العروض ودعوة العارضين لاستكمال عروضهم النهائية

تباشر لجنة العروض على مستوى المصلحة المتعاقدة تقييم العروض طبقاً لما ورد في دفتر الشروط، تملك اللجنة سلطة اقضاء العروض التي لم تستوف المواصفات التقنية المطلوبة أو النجاعة التي يتعين بلوغها وهذا يدل على الطابع غير العادي للعملية محل المنافسة.

في سبيل ذلك أجاز المشرع استعانة لجنة تقييم العروض بخبرة خارجية أي خارج القائمة الإسمية للجنة التقييم، وهذا ما يضيف الخصوصية على هذا الشكل من أشكال المناقصة.

إذا كانت الفقرة 3 من المادة 32 فضلت أن يكون الخبير جزائرياً فليس هناك أي مانع من أن يتم اللجوء إلى خبير أجنبي، لأن المادة المذكورة ورد فيها عبارة "ويفضل أن يكونوا جزائريين" بما يعني جواز الاستعانة بخبرة أجنبية لدواعي موضوعية وهو ما يؤكد مرة أخرى الطابع التقني المعقد لأسلوب الاستشارة الانتقائية¹⁹⁷.

لتنولى المصلحة المتعاقدة بعدها دعوة العارضين الذين استوفوا الشروط الواردة في دفتر الشروط الذين تمت تركيتهم من قبل لجنة تقييم العروض لتقديم عروضهم التقنية النهائية وعروضهم المالية، فالعرض التقني في هذا النوع من الصفقات يقدم على مرحلتين (أولية ونهائية)، أما العرض المالي فيقدم مرة واحدة ووعدت الفقرة الأخيرة من المادة 32 بصور قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المعني ببيان قائمة المشاريع المشمولة بأسلوب الاستشارة الانتقائية بما يؤكد أنها وإن كانت شكلاً من أشكال المناقصة، إلا أن مجال المنافسة

196- أنظر المادة 32 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

197- أد. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 132.

فيها أضيق بكثير من المناقصة المفتوحة أو حتى المحدودة، هذا ما يجعل إجراءاتها معقدة وقواعدها خاصة.

2. الإجراءات الخاصة بالمسابقة

طبقاً للمادة 34 فقرة 3 يدعى المترشحون إلى مرحلة أولى لتقديم عروضهم التقنية فقط وهنا يكمن وجه الشبه بين أسلوب الاستشارة الانتقائية والمساابقة، ويظل الفرق بينهما واضحاً من جوانب عدة أبرزها أن نظام الاستشارة الانتقائية يعطي للمصالح المتعاقدة قدراً أوسع من الحرية والتحرك والاتصال بمن تراهم أصلح لتنفيذ موضوع الصفقة محل الاستشارة، بينما تفقد المصالح المتعاقدة هذه الميزة في أسلوب المسابقة حتى يكون مجال المنافسة أوسع.

بعد فتح أظرفة العرض التقني وتقييمها من قبل لجنة التقييم يدعى المترشحون لتقديم عروضهم المالية ولا ينبغي أن يقل هؤلاء حسب الفقرة 4 عن ثلاثة مترشحين وفي حالة ما إذا كان العدد أقل يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تعيد إتباع الإجراءات تكريساً لمبدأ حرية المنافسة والمساواة¹⁹⁸.

المطلب الثاني

المختار التراضي أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية

تعتبر المناقصة بأشكالها المختلفة، الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية، وعلى الرغم من ذلك قد لا تصلح هذه الآلية في الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز¹⁹⁹، أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص.

لذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمساابقة، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية، واتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي.

وباعتبار صفقات التراضي أكثر الصفقات عرضةً للفساد، حرص المشرع على أن يتم إعمال هذا الأسلوب وفق قواعد وضوابط خاصة رغم اعتباره أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات

198- أد. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، المرجع السابق، ص 169 وما بعدها.

199- وبذلك يكون المشرع قد تفادى النتائج السلبية المترتبة على مبدأ الإرساء الآلي خاصة في حالة عدم جدوى المناقصة كآلية يسترشد بها في إبرام الصفقات البالغة الأهمية أو تلك التي يتطلب تنفيذها اللجوء إلى أهل الاختصاص ممن تتوفر فيهم الخبرة العالية.

العمومية (الفرع الأول) ورغم تحرر المصلحة المتعاقدة وفقاً لآلية التراضي عليها أن تفرغ تعاقدها في إطار الحالات التي قررها المشرع تكريساً للطابع الاستثنائي للتراضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إعمال التراضي وفق قواعد خاصة

عرف أسلوب التراضي انتشاراً واسعاً في مختلف دول العالم خاصة تلك التي لا تنقيد فيها الإدارة بضوابط معينة، إذ يترك لها قدراً كبيراً من الحرية في اختيار الطرف الآخر²⁰⁰.

إبتداءً ينبغي التوضيح أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام، إذ لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، فالأساس في العقود هو مبدأ الرضائية.

والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن المصلحة المتعاقدة بموجبه تتحرر من القواعد الإجرائية المعروفة في المناقصة وتمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد بالإجراءات، فتتفاوض مع من تراه قادراً على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقاً لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام.

فالتراضي كأسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية وطريقاً من طرق اختيار المتعامل المتعاقد هو أسلوب معروف في التشريعات المقارنة ففي مصر يعرف بالاتفاق المباشر، أما في فرنسا فقد ظل مصطلح gré à gré متداولاً إلى غاية صدور مرسوم 1976/01/21 حيث تم استبداله بمصطلح les marchés négocier أي التعاقد بناءً على مفاوضة²⁰¹.

وعن موقف المشرع الجزائري فقد ظهر هذا الأسلوب بصفة متأصلة في مختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، إلا أنه فيما يخص استعمال المشرع لمصطلح التراضي - وهو ليس الوحيد في ذلك - ليس في محله، أو بتعبير أدق هو محل نظر، لأن التراضي هو أساس كل العقود سواء كانت تخضع للقانون الخاص أو للقانون العام كما هو الشأن في الصفقة العمومية فمهما اختلفت طريقة إبرامها فيستلزم توافره حتى في الحالات التي تبرم فيها الصفقة

200- صنفت هذه الدول ضمن المجموعة الأولى وتمتاز بوجود موظفين عموميين مختصين يتمتعون بحرية اختيار المتعاقد وقد أعتمد هذا التصنيف في المؤتمر العاشر للعلوم الإدارية في سبتمبر 1956 بمطريد.

أنظر في ذلك د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 30.

201 - MABROUK Mahieddine, Traite de droit administratif Tunisien, Tom1, Tunisie, 1994, P260.

تبعاً لأسلوب المناقصة أو المزايدة وحتى الاستشارة الانتقائية والمسابقة.

وبتحقق التراضي في الحالتين فبات من الضروري إيجاد مصطلح يتوافق والآليات التي تتم بها هذه الطريقة وبالتالي فإن أنسب مصطلح يوافق هذه الطريقة هو الاتفاق المباشر أو التفاوض²⁰².

جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليحافظ هو الآخر على المدلول نفسه وذلك في نص المادة 27 منه التي تنص على أن التراضي **إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...**

أما فيما يخص مدى اعتبار هذا الأسلوب قاعدة أو استثناء، فقد جاء نص المادة 25 واضحاً وصريحاً يجعل التراضي أسلوباً استثنائياً إذ تنص **تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفقاً لإجراء التراضي**.

وعليه فالتراضي إحدى طرق اختيار المتعامل المتعاقد، وهو إجراء استثنائي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب المناقصة بأشكالها المختلفة ولعل هذه الخاصية هي التي جعلت التشريعات المقارنة تولي عناية بالغة إلى ضبط حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب وتقرير قواعد وشروط إعماله.

وبعد تفحص ما هو معمول به في الميدان العملي وتصفح بعض الأنظمة المقارنة لاسيما التنظيم القانوني المصري والفرنسي، يمكن إجمال أهم المراحل والإجراءات التي يمر بها إبرام صفقات التراضي مجسداً في مرحلة الدعوة إلى التعاقد (أولاً)، ومن خلالها تقوم المصلحة المتعاقدة باستدعاء المتعاملين الذين ترغب في التعامل معهم.

ما يميز هذا الأسلوب التعاقدي الاستثنائي مروره بمرحلة أساسية، هي مرحلة المباحثات والمناقشات والمفاوضات التي تجريها المصلحة المتعاقدة مع أصحاب العروض (ثانياً)، يلي المرحلتين السابقتين بداية الخطوات الفعلية لمرحلة التعاقد وإبرام الصفقة (ثالثاً).

أولاً - الدعوة إلى التعاقد:

رغم أن أسلوب التراضي بشكليته لم يضبط ولم يضع له تنظيم الصفقات العمومية إجراءات محددة وهذا راجع إلى أن هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد، إلا أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها إعمال هذا الأسلوب إلا بضوابط محددة.

202- الاتفاق المباشر مصطلح يستعمله المشرع المصري أما التفاوض مصطلح يستعمله المشرع الفرنسي. ولمزيد من التفصيل أنظر: عبيد ريم، مرجع سابق، ص 100.

وعليه فإن دعوة المتعاملين للتعاقد تعد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها، فتقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد. وهو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقاً لمبدأ حرية المنافسة وذلك للحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة، إلا أن لجوء المصلحة المتعاقدة لهذه الإجراءات لا يكون إلا بعد تأكدها من توافر شرطين وهما:

◀ **الشرط الأول:** يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن قيمة الصفقة المزمع عقدها يفوق السقف المالي الذي حدد بـ 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات المقدمة لصالح المصلحة المتعاقدة، لأنه إذا كانت قيمة الصفقة تقل أو تساوي هذه المبالغ فإن الأمر لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة استناداً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهذا تطبيقاً لنص المادة 6 من المرسوم ذاته²⁰³.

◀ **الشرط الثاني:** سبقت الإشارة إلى أن أسلوب التراضي بشكلية (البسيط أو بعد الاستشارة) قد حدد تنظيم الصفقات العمومية حالات اللجوء إليه على سبيل الحصر، حرصاً من المشرع على عدم التوسع في أعماله حفاظاً على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب.

بعد تأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معاً تقوم بتوجيه دعوة للتعاقد إلى المهتمين والمختصين في موضوع العقد، إذ تلزم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد²⁰⁴ قد يتم باستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالاتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم.

203- الجدير بالإشارة أن العتبة المالية للصفقات العمومية حددت في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 في مادته 6 بـ 2.000.000 دج، ليتم رفع العتبة المالية للصفقة إلى 3.000.000 دج بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-198 ولما صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-87 حددت قيمة الصفقة في المادة 6 منه بـ 4.000.000 دج وهي العتبة المالية التي حافظ عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بموجب المادة 5 عدلت هذه المادة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 وتم رفع العتبة المالية إلى 6.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال والتوريدات، و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات، ليقوم برفع العتبة المالية في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 بـ 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات، وهكذا يلاحظ أن العتبة المالية في تزايد مستمر فكل تعديل يمس تنظيم الصفقات العمومية إلا ومس العتبة المالية برفعها. هذا الأمر يعاب على المشرع الجزائي فهذه الأموال التي يقوم برفعها أليست أموال عمومية، فكل عقد يقل عن العتبة يتم إخراجه عن أحكام تنظيم الصفقات العمومية ويستتبع ذلك إخراجه من مجال الرقابة، وفي ذلك خطر كبير على الأموال المتعاقدة بها التي تبقى أموالاً عمومية لذا يتعين صيانتها والحفاظ عليها بإدخالها ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

204- وليام أوري، فن التفاوض، ترجمة الدكتور نفين عزاب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص 164. أنظر أيضاً بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 51.

وما دامت المصلحة المتعاقدة معفاة من إجراء المنافسة فلها الحرية في اعتماد أية وسيلة تراها مناسبة لدعوة المتعاملين وجلب العروض لمنح الصفقة لأفضل المتعاملين من الناحية المالية والفنية والتحقق من مطابقتها للمواصفات المطلوبة²⁰⁵.

ثانيا - التفاوض:

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، تقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض.

فالتفاوض إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه²⁰⁶ دون أن يؤثر هذا النزول على تمتعها بصفقتها السلطوية أو في محتويات الصفقة من خلال ما تفرضه من بنود غير مألوفة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة²⁰⁷.

واعترافاً بأهمية المفاوضات في عمليات إبرام صفقات التراضي، أشار المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إلى هذا الإجراء في نص المادة 44 منه التي جاء فيها "...وفيما يخص العروض التي تكون مطابقة للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنه يمكن للجنة تقييم العروض أن تطلب، بواسطة المصلحة المتعاقدة، كتابياً، من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم..."

يفهم من نص المادة ضمناً إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض للحصول على توضيحات أو تفاصيل بشأن عروض الذين تمت استشارتهم، كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم.

كما يجعل النظام الفرنسي في مجمله المفاوضة كمرحلة أساسية في مجال التعاقد إذ يطلق عليها "les marches négociées" ويعني التعاقد بناءً على مفاوضة، وقد سار على هذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في عدة أحكام له، ونورد في هذا المقام الحكم الصادر في 10/03/1943 في قضية "sieur Danto" ويستفاد من أحكام هذا الحكم أن التفاوض إحدى المراحل التي يمر بها

205- قد يكون ذلك سبباً في تعسف المصلحة المتعاقدة، بحيث يقتصر توجيه الدعوة للتعاقد على بعض المترشحين دون غيرهم وغالباً ما يكون بناءً على اعتبارات ذاتية وشخصية تتنافى مع اعتبارات المصلحة العامة بهدف تحقيق أغراض خاصة وهذا التصرف من شأنه خلق وضعية احتكارية لبعض المتعاملين المتعاقدين.

206- محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 36.

207- عبيد ريم، مرجع سابق، ص 114.

التعاقد بأسلوب التراضي وانتهى هذا الحكم برفض طلب المدعى القاضي بإلغاء المفاوضات²⁰⁸.

كما أن النظام المصري لا يختلف عن نظيرة الفرنسي في تقريره لمرحلة المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، فالمادة 44 فقرة 03 من اللائحة التنفيذية أشارت إلى ضرورة مرور التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر بمرحلة المناقشات والمفاوضات، وعلى كل فالغاية من التفاوض هو تحقيق الأهداف الآتية:

1. رفع اللبس

فالتفاوض ضروري لطرح الأسئلة بين الطرفين لرفع اللبس والغموض عن جوانب أساسية في الصفقة، وذلك تجنباً للتأويلات وما يتبعها من أخطاء في التقييم والاختيار.

2. معرفة صاحب العرض

كما يسمح التفاوض للمصلحة المتعاقدة تكوين فكرة مبدئية عن المتعاقد معها من خلال الجلوس معه في مفاوضات حتى تتمكن من تحديد قدراته الفنية والتجارية وحتى المالية، لأن قدرات المتعامل المتعاقد تعد من أهم المعايير التي يركز عليها حسن الاختيار خاصة، وأن عامل الزمن قد لا يكون في صالح المصلحة المتعاقدة كما هو الوضع في حالة الاستعجال أو الضرورة.

3. تهيئة الاختيار

مهما كانت العروض غاية في الدقة والوضوح، فقد تختلف في بعض الأجزاء وقد تتقارب في جوانبها الأخرى، بما يجعل المصلحة المتعاقدة في حيرة لذلك فمن أهداف المفاوضات توضيح الرؤية لتهيئة الاختيار.

وحتى يتم تحقيق هذه الأهداف يجب أن يتم التفاوض وفق خطة محكمة مسبقاً تقوم على الشكل الآتي:

- تخصيص جلسات منفصلة للأخصائيين لدراسة المعطيات الفنية.
- كتابة المحاضر أثناء الجلسات ولو كانت نتائجها مؤقتة.
- احترام السرية التامة اتجاه المتنافسين قصد تحقيق المساواة بينهم.

تجد المفاوضات مجالها الخصب في الصفقات التي يكون أحد أطرافها متعامل متعاقد أجنبي للفصل في المسائل المتعلقة بالسعر، وحالات المراجعة، وكيفيات الدفع والجزء المتعلق

208- كما أقر مجلس الدولة في حكم آخر بتاريخ 1997/05/23 في قضية:

Commune de Fontenany Fleury وانتهى المجلس في قضاءه بوجوب إجراء مفاوضات مسبقة بشأن شروط التعاقد كمرحلة أساسية قبل كل التعاقد، ولمزيد من التفصيل فالحكم مشار إليه في مرجع د. محمد أحمد عبد النعيم، مرجع سابق، ص 167.

بالعملة الوطنية والأجنبية، وآجال التنفيذ، ويبقى أهم البنود تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، لأن المتعاملين الأجانب عادة ما يرفضون الخضوع للقضاء الجزائري ويفضلون اللجوء إلى التحكيم.

ثالثاً - مرحلة التعاقد:

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة المفاوضات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة وبطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن المصلحة المتعاقدة وإن كان لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقاً لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بأن تضع نصب أعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها، خاصة وأن المرسوم الرئاسي رقم 10-236، أفاد في المادة 42 منه على أنه "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلق اختيارها عند كل رقابة تمارسها سلطة مختصة".

ومن ثم وجب على المصلحة المتعاقدة التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وعليه فطبيعة صفقات التراضي ووقف ما هو معمول به في التشريعات المقارنة وكما هو وارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، تفرض مراعاة المراحل السابقة للوصول إلى الاختيار السليم والصحيح للمتعامل المتعاقد وتحصين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين.

الفرع الثاني

تكريس الطابع الاستثنائي للتراضي بتحديد مجالاته

لم تتوقف جهود المشرع الرامية إلى الوقاية من الفساد عند تقييد المصالح المتعاقدة بقواعد خاصة عند أعمال أسلوب التراضي، إذ ألزم المصالح المتعاقدة اللجوء لأسلوب التراضي في حالات محددة حصراً سواء في إطار ما يسمى بالتراضي البسيط (أولاً)، إلا أنه إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية بالغة، وترى المصلحة المتعاقدة أن أسلوب المناقصة لا يصلح ولن يجدي نفعاً فبإمكانها اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة (ثانياً).

فالتراضي أسلوب معروف في النظام القانوني للصفقات العمومية منذ صدور أمر رقم 67-90 إلا أنه لم يفصل في أشكال التراضي إلا بعد صدور مرسوم رقم 84-51²⁰⁹، وعلى

209- مرسوم رقم 84-51، مؤرخ في 25 فبراير سنة 1984 يعدل ويتمم المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل سنة 1982 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (9)، بتاريخ 28 فبراير 1984، (ملغى).

إثره تم تقسيم التراضي إلى بسيط والآخر بعد الاستشارة، وذلك في نص المادة 4 منه التي نصت على **يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى**.

وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع في أحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها **التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة...**

أولاً - حالات التراضي البسيط:

التراضي البسيط إحدى أشكال التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس لتقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه²¹⁰.

وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أزيل كل الغموض الذي شاب هذا النوع من التراضي وذلك من خلال توضيح أدق جوانبه بدءاً من جعله إجراء استثنائياً، إذ نصت المادة 27 فقرة 2 على **"إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم"**.

يتضح لكل من يطلع على أحكام هذا النص إعادة وتأكيد من المشرع على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط، رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام في نص المادة 25 فهذه الإعادة لم تكن لرغبة المشرع في التكرار، وإنما أراد التأكيد على أن التراضي في صورته البسيطة يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامة، بما يؤدي إلى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتمادها.

يدل هذا الأمر على تقطن المشرع لخطورة الإجراء وما يتمخض عنه من نتائج سلبية أثرت وستؤثر على المال العام وكذا حظوظ المتعاملين المتنافسين الراغبين في التعاقد، إذ أثبت الواقع أن التراضي البسيط مجالاً خصباً للفساد.

وما يزيد في الثناء على المشرع هو إفراجه للتراضي البسيط حالات حصرية تختلف عن حالات التراضي بعد الاستشارة، تم ذكرها ضمن أحكام المادة 43 من المرسوم ذاته وتم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، إذ تميزت بصيغتها القطعية في تحديد الحالات فنصت الفقرة الأولى منها على **"تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."** وتتمثل تلك الحالات في:

210- BENNADJI Cherif, op cit, P140.

1. الوضعية الاحتكارية للمتعاقل المتعاقل

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعاقل متعاقل وحيد إما لاحتلاله وضعية احتكارية، وقد عرفت المادة 3 فقرة ج من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المقصود بالاحتكار بأنه "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممولائها".

فالاحتكار هو الحالة التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يشغل السوق أو قطاع نشاط معين ويسمى هذا النوع بالاحتكار الفعلي، كما يقصد به تواجد بعض السلع لدى المحتكر من الناحية الواقعية بحيث لا يوجد له منافس.

وإما لانفراده بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، وهنا تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام متعاقل ينفرد بالطريقة التكنولوجية سواء الأجهزة التي تستعملها والتي اختارتها في وقت سابق مما يضطرها مرة أخرى للتعاقل معه من جديد²¹¹، وعندما تواجه المصلحة المتعاقدة هذه الحالة فما فائدة الإعلان أو الخضوع لإجراءات المناقصة، وهناك متعاقل وحيد يستجيب لشروط التعاقل ويلبي الخدمة؟!.

أو لاعتبارات ثقافية وفنية تبرر اللجوء لمتعاقل متعاقل وحيد على أن توضح الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وهو الأمر الذي استحدثه المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23²¹².

إلا أن الاعتبارات الثقافية والفنية مصطلح مرن يؤدي وجودها كحالة من حالات التراخي البسيط التي تبرر اللجوء إلى متعاقل متعاقل وحيد إلى توسيع دائرة إعماله.

2. حالة الاستعجال الملح

وهي حالة تبرر وتسمح للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة بطريق التراخي البسيط واللجوء لهذه الحالة قيده المشرع بشروط وهي:

«أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار وعلى المصلحة المتعاقدة تبيان حالة الضرورة والاستعجال، وتقديم التبرير الكافي وهو ما عبر عنه المشرع بالاستعجال الملح "المعلل" خاصة وأن تنظيم الصفقات العمومية لم يحدد ولم يضبط حالات الاستعجال الملح،

211- بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 45.

212- أنظر الفقرة 3 من المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

فقد وردت بصيغة عامة وهذا من شأنه أن يفتح المجال واسعاً أمام التحايل، لذا كان على المشرع أن يتجنب ذلك بضبط حالات الاستعجال الملح وتحديدها حصراً من أجل الحفاظ على الطابع الاستثنائي لهذا الأسلوب²¹³.

«أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، والوقاية منه لا تتكيف وآجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة مما يؤثر سلباً أو يزيد في النتائج السلبية التي يتعرض لها الملك أو الاستثمار.

«ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال لأنه لو حدث العكس لكان لازماً على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة للتقليل من آثاره بما يحافظ على سلامة العين المهددة.

«ألا يكون نتيجة مناورات للماطلة وهو الشرط الذي استحدثه المشرع بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ومفاده تماطل المصلحة المتعاقدة إلى أن يتعرض الملك أو الاستثمار إلى خطر داهم للجوء إلى المتعاقد الذي ترغب فيه لتحقيق مصالح شخصية، وبمفهوم المخالفة أن يكون نتيجة لقوة قاهرة وبذلك يقطع كل سبيل الاحتيال²¹⁴.

وبانتفاء إحدى هذه الشروط تزول حالة الاستعجال الملح التي تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقاً لإجراء التراضي البسيط، وعند كل رقابة تمارس على الصفقة فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط.

إن الاستعجال الذي يبرر اللجوء إلى التراضي البسيط لم يعد في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 يقتصر على وجود خطر يهدد ملك أو استثمار، فعندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات فبإمكان المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط بتبرير صريح من المشرع²¹⁵ وفق شروط وهي:

- ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال.

- ألا تكون نتيجة مناورات للماطلة.

- أن تتم الموافقة أثناء اجتماع الحكومة.

213- تطبيقاً لهذه الحالة قرر مجلس الوزراء المنعقد يوم 2003/12/28 اعتماد صيغة التراضي طبقاً للمادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وهذا لتحقيق البرنامج الذي يهدف إلى إنجاز 20 ألف سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر وبومرداس.

214- عبيد ريم، مرجع سابق، ص 111.

215- أنظر الفقرة 2 من أحكام المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

لكن ما يعاب على المشرع رغم تجديده لهذه الشروط عدم تحديده لطبيعة الخدمات التي تسمح وتبرر للمصلحة المتعاقدة اللجوء لأسلوب التراضي البسيط.

3. حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية

هذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة عن الحالة السابقة لأنها تدخل ضمن حالة الاستعجال، غير أن موضوع العقد يتعلق بالتموين وهي الوضعية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ماسة وسريعة لخدمة ما يتوقف عليها نشاطها. ولو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تستلزمه من نشر وآجال وإجراءات لتوقفت الحركة وفي ذلك إضراراً بها وللاقتصاد الوطني، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط²¹⁶.

في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تم ضبط هذه الحالة بشروطين وهو الأمر الذي لم يتم اعتماده في النصوص التي سبقت المرسوم وتتمثل هذه الشروط في:

« عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة.

« أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

وتتحقق هذه الحالة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة بمختلف أجهزتها السرعة في اتخاذ القرارات من أجل تغطية حاجات المنكوبين التي تبرز دفعة واحدة وتتعلق بمطالب متعددة في آن واحد مما يحتم ويسمح في الوقت نفسه للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممون أو مجموعة ممونين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة.

4. حالة مشروع ذي أهمية وطنية

مما لا شك فيه أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثراً إيجابياً يمس كل إقليم الدولة طالما وصفته المادة 43 بأن له أهمية وطنية ومن المؤكد أيضاً أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد ستكون ضخمة جداً.

وليس أدل على درجة أهمية المشروع من خضوع قرار إبرام الصفقة المحتواة لهذا النوع من المشاريع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف ذكره.

هذا التمييز جاء به المشرع في ظل المرسوم الرئاسي رقم 12-23²¹⁷ وهنا تقل مسؤولية

216- أد. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر...، مرجع سابق، ص 113.

217- أنظر الفقرة 6 من المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

المصلحة المتعاقدة لتتوزع بين مختلف الجهات التي يهملها تنفيذ العملية.

كما أن إبرام صفقة متضمنة لمشروع بهذه الأهمية وفقا لطريقة المناقصة التي تعرف بشكلياتها المعقدة أو حتى عن طريق المسابقة أو الاستشارة الانتقائية قد لا يحقق ذات النتائج المتوخاة، خاصة إذا لم تتمكن هذه الأساليب من رصد المتطلبات الأساسية كالسعر، آجال الإنجاز، اليد العاملة وخاصة المؤهلات التقنية العالية، كما أن إبرام هذه الصفقة يتم عادة على يد متعاملين أجنبيا نظراً للمؤهلات التقنية والتجارية والمالية التي يتمتعون بها.

تعد هذه الحالة من بين المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وبعد إلغاءه جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليؤكد الاتجاه نفسه بجعل الحالة من حالات التراضي البسيط وقد جاءت نتيجة الواقع العملي الذي عرفه مجال الصفقات العمومية، فقد كانت الصفقة الواحدة يستمر تنفيذها أكثر من 10 سنوات دون أن تكتمل خاصة المشاريع ذات الأهمية البالغة مما أدى إلى تدهور النمو الاقتصادي للبلاد.

5. عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً القيام بمهمة الخدمة العمومية

إن الصفة الحصرية المعترف بها لهذه المؤسسة لاتعني أبداً الإحتكار وإنما تعني أن هناك العديد من المؤسسات تنشط في مجال واحد فيصدر النص بمنح إحداها صفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية ومن ثمة إبرام صفقاتها عن طريق التراضي البسيط.

أستحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وما يعاب على المشرع أن الأمر يتعلق بالتراضي البسيط ومن المفروض أن يكون أكثر دقة وحذر، فما طبيعة المؤسسة التي يمنح لها النص التشريعي أو التنظيمي صلاحية القيام بمهمة الخدمة العمومية ؟ فهل هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو اقتصادي أو تجاري أو صناعي ما دام قد أقر بأحققتها في إبرام الصفقات العمومية بصريح نص المادة 2 من المرسوم ذاته، وعلى أي أساس يمنح لها هذا الحق ؟ وهل يعني ذلك أن كل صفقاتها تتم عن طريق التراضي البسيط ؟.

كل هذه الأسئلة لا نجد لها إجابة حتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 12-23 خاصة وأن المشرع كان صريحاً عندما نص أن قائمة المؤسسات المعنية ستحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، فالقرار المشترك يخص تحديد المؤسسات المعنية وليس الحالات التي يجوز فيها لجوء هذه المؤسسات إلى أسلوب التراضي البسيط.

مما لا شك فيه أن إعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها التعاقد بأسلوب التراضي ولو كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي ولو كانت المؤسسة مدرجة ضمن

القائمة المحددة في القرار الوزاري الموعود بإصداره، فهو أمر خطير على مبدأ المساواة الذي اعتبره المشرع من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية بصريح المادة 3 من تنظيم الصفقات العمومية.

6. عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية

هذه الحالة من الحالات التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهي لا تقل غموضاً عن سابقتها.

ونظراً لأهميتها يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة، إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف ذكره وهذا التمييز جاء به المشرع في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23²¹⁸.

ما تجدر إليه الإشارة أنه عندما يتعلق الأمر "بمشروع ذي أهمية وطنية" أو "بترقية الأداة الوطنية العمومية"، يمكن أن تخصص الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار صفقة دولية وبالكيفية المنصوص عليها في المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236²¹⁹.

لكن نص المادة 27 قد كان محل تعديل بموجب أحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 - السالف ذكره - فلم تعد الصفقات المبرمة وفقاً لإجراء التراضي البسيط تتم عن طريق الصفقات الدولية أو بتعبير أدق عندما تكون المصالح المتعاقدة أمام إحدى حالات التراضي البسيط يجب أن لا يكون ذلك في إطار صفقة دولية ويعود سبب ذلك في نظرنا إلى أن التراضي البسيط عندما يتم في شكل صفقة دولية يكون مجالاً خصباً للفساد والدليل على ذلك أن فضائح سوناطراك كانت بسبب صفقات التراضي التي تمت مع متعاملين أجنب، في حين تخضع الصفقات المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة لأحكام المادة 24 لكن المشرع استثنى صراحة تلك الصفقات التي تبرمها المؤسسات السيادية في الدولة فصفقاتها سواء تمت في شكل التراضي البسيط أو بعد الاستشارة فلا تخضع أبداً لأحكام المادة 24²²⁰.

7. عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23

تعد هذه الحالة من المستجدات التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 12-23 إذا كان

218- أنظر الفقرة 8 من المادة 43 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

219- أنظر المادة 27 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

220- أنظر المادة 27 فقرة 3 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

الأصل أن تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات، فإنه في حالة وجود خطر يهدد استثمار أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي يمكن لمسئول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة وهو ما أكدته المشرع في نص المادة 7 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

لكن ما سبب إدراج هذه الحالة ضمن حالات التراضي البسيط، فنص المادة 7 المذكورة أعلاه قد جاء واضحاً وصريحاً، يفيد أنه عند توفر شروط هذه الحالة يرخص للجهات المعنية الشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وليس إبرام صفقة عن طريق التراضي البسيط²²¹.

وفي الأخير يمكن الإشادة بموقف المشرع الحكيم في تحديده لحالات خاصة يلجأ فيها إلى التراضي البسيط، فالمصلحة المتعاقدة مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 43 على سبيل الحصر، إذ لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة، كما فرض قيود صارمة الغاية منها الوقاية من الفساد والحد من التلاعب والعمليات المشبوهة، وأكثر من ذلك فإن المتمعن فيها يجدها تتلاءم وطبيعة التراضي البسيط الذي لا يتطلب إجراء المنافسة.

ثانياً - حالات التراضي بعد الاستشارة:

يعد هذا الأسلوب شكلاً آخر من أشكال التراضي المنصوص عليها في المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236. كان المشرع الجزائري ومنذ صدور أول تنظيم للصفقات العمومية يؤكد على ضرورة اللجوء إلى الاستشارة المسبقة²²².

وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليؤكد الاتجاه نفسه في نص المادة 27 التي تنص "...أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملزمة". فالتراضي بعد الاستشارة أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام إحدى صفقاتها وذلك بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصاً فتقوم بعرض موضوع الصفقة المزمع إبرامها على المؤسسات المتخصصة بواسطة الوسائل المكتوبة المختلفة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في المناقصة.

أما الأهداف التي تحققها الاستشارة في طريقة التراضي فإنها تمكن المصلحة المتعاقدة التأكد من القدرات التقنية والتجارية والمالية للأطراف المدعوة، بما يضمن لها حسن تنفيذ الصفقة، خاصة إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب، وقد أجاز لها المشرع أن تسلك السبل

221- فالإسراع في تطبيق برنامج رئيس الجمهورية كانت نتيجته مسارعة الولاة إلى تطبيق حالة التنفيذ قبل الإبرام، ومن أمثلتها صفقات تعبيد الطرقات وإعادة تهيئة المدن.

222- أنظر المادة 60 من الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، سابق الإشارة إليه، (ملغى).

القانونية للتأكد من قدراتهم وذلك بالاستعانة بالبطاقات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة.

وقد حدد المشرع الجزائي حالات التراضي بعد الاستشارة بصفة حصرية في نص المادة 44 وتتمثل في الحالات الآتية:

1. عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية

فعدم جدوى الدعوة للمنافسة إن كانت تصح في المرسوم الرئاسي رقم 82-145 لسبب وحيد هو اعتماده لطريقة الدعوة للمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، فإن الأمر لا يستقيم بالنسبة لجميع المراسيم التي جاءت بعد هذا المرسوم، فكان على المشرع أن يتدارك ذلك بتصحيح العبارة بما يتلاءم والتعديلات التي أدخلت على طرق الإبرام ويعيد صياغة الفقرة بالشكل التالي "في حالة عدم جدوى المناقصة" وليس المنافسة.

أما عن حالات عدم الجدوى فيعتبر المرسوم الرئاسي رقم 12-23 أكثر النصوص وضوحاً إذ تناول حالات عدم الجدوى بصفة دقيقة متمثلة في حالة تسلم عرض واحد فقط، أو لم يتم استلام أي عرض أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.

فوصول عرض واحد لا يمكن أن يحقق مبدأ المنافسة وطالما كان التنافس من المبادئ الأساسية التي تحكم كيفية المناقصة، فإن تحقيقه يفرض على الأقل وجود متعهدين اثنين أو أكثر هذا من جهة.

ومن جهة أخرى وجود عرض واحد لن يقدم بالضرورة أفضل الشروط التي يتطلبها تنفيذ الصفقة، فإطلاع المصلحة المتعاقدة عليه بمفرده لن يمكنها من إجراء المفاضلة بين العروض المقدمة التي يتم على أساسها منح الصفقة.

كما أن حالة عدم الجدوى قد تظهر عند تقييم العروض في المرحلة الأولى المتعلقة بالتقييم التقني، ويتحصل عرض واحد على النقطة المؤهلة للمرحلة الموالية وهي حالة استحدثها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 وهو مصاب في ذلك، ليتم التأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

نظراً لأهمية الإعلان عن عدم الجدوى في إتمام مسار عملية الإبرام، تدارك المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 النقائص المسجلة في التنظيمات السابقة، فقام بتحديد حالات لعدم جدوى المنافسة أو بصفة دقيقة "حالات لعدم جدوى المناقصة" بصفة دقيقة سداً لكل التأويلات، التي قد تتخذها المصلحة المتعاقدة قصد التغيير في مسار عملية الإبرام لإتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة واختيار المتعامل الذي ترغب فيه، خاصة وأن هذه الحالة تعرف تطبيقات مختلفة على المستوى العملي.

وعند تحقق هذه الحالة تستطيع المصلحة المتعاقدة أن تنتقل من القاعدة العامة وهي المناقصة إلى الاستثناء وهو التراضي ولا تعفيها هذه الطريقة من إجراء الاستشارة.

وقد أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة استعمال دفتر الشروط نفسه، باستثناء كفالة التعهد وكيفية الإبرام والإزامية نشر إعلان المنافسة وهذا من باب تخفيف إجراءات الإبرام، حتى لا تضطر المصلحة المتعاقدة لإعادة دفتر الشروط وإحالاته على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه، وينبغي أن تذكر في رسالة الإستشارة التعديلات المتعلقة بكفالة التعهد وكيفية الإبرام والإزامية نشر إعلان المناقصة، حتى يساير ملف الصفقة الوضع الجديد وفرضت المادة 44 على المصلحة المعنية أن تستشير زيادةً على ثلاثة متعاملين إقتصاديين جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة.

من المؤكد أن غرض المشرع من ذلك هو توسيع دائرة المنافسة وإعطاء فرصة لكل المتعاملين، غير أن صياغة مشتملات المطة الأولى من المادة 44 وردت بصيغة تلزم المصالح المتعاقدة من جهة باستشارة متعاملين إقتصاديين مؤهلين وحددت عددهم لا يقل عن ثلاثة ومن المؤكد أن هؤلاء هم العارضين والمشاركين غاية ما في الأمر أن عروضهم هي الأفضل، لذلك استعمل النص عبارة متعاملين إقتصاديين مؤهلين.

ومن جهة أخرى ألزمت المطة ذاتها المصالح المتعاقدة باستشارة جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة فكأنما مجال الإستشارة على العموم سيشمل فقط المشاركين دون غيرهم، لذلك وفي المقطع الأخير من المطة الأولى ذاتها نص أنه في حال إنشاء تجمع مؤسسات فيتعين أن تكون من بين المتعاملين المتنافسين فهذا إمتياز مكفول لهم دون سواهم.

2. حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة

فالتبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة أعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، إلا أن المشرع لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها لكي يتسنى لنا فهم الغرض من عدم إخضاعها لأسلوب المناقصة.

كما أن مصطلح "الخاصة" أضفى عليها نوعاً من الغموض فيمكن أن يكون قصد المشرع صفقات الدولة التي تكتسي طابعاً سرياً في إبرامها وتنفيذها، كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، وهذا بحكم طبيعتها المهمة التي لا تتوافق وأسلوب المناقصة.

وقد أشارت المادة 44 إلى أن تحديد قائمة الخدمات واللوازم سيتم بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة²²³ أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني

223- ما يلاحظ على نص المادة 44 أن المشرع أعاد لسلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة الحق في تحديد قائمة الخدمات واللوازم بعدما استبعدتها من ذلك بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

حسب الحالة والوزير المكلف بالمالية.

ومن ثم فإن أعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة في هذه الحالة مقيد بالعودة إلى القائمة المحددة والمعدة مسبقاً، إذ لا يجوز للمصلحة المتعاقدة التعاقد في لوازم وخدمات أخرى لم تحددها هذه القائمة وقد تم أيضاً إخضاع الدراسات لهذه القائمة وهو وجه آخر من أوجه تقييد المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقات العمومية.

3. حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

قد استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338، وقد تم الإبقاء عليها في ظل المرسوم الرئاسي رقم 12-23 تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة، يتم تحديد طبيعتها بموجب قرار وزاري مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني حسب الحالة والوزير المكلف بالمالية.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصوداً من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر عن طريق المناقصة.

لتضاف حالات أخرى للتراضي بعد الاستشارة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338، ليُعيد المشرع تنظيمها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 12-23، وتتعلق بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية.

ما يعاب على المشرع أنه أمام حالات التراضي بعد الاستشارة أي أمام اختيار للمتعامل المتعاقد دون تلك الإجراءات الشكلية المعقدة، فعدم تحديد المشرع لطبيعة العمليات السابقة سيؤدي لا محالة إلى توسيع مجال أعمال هذا النوع من التراضي فما الفائدة إذن من تحديد حالات التراضي حصراً؟!

كما أصبح التراضي بعد الاستشارة سبباً لتخليص الدولة من ديونها، وذلك بتحويل تلك الديون إلى مشاريع تنمية²²⁴ كما يمكن منح الصفقة بالتراضي بعد الاستشارة بناءً على هبة لتقتصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط بالنسبة للحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

224- تجسيدا لذلك تم إتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية وتمت المصادقة على هذا الاتفاق بمرسوم رئاسي رقم 11-427، مؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفية تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، ج ر عدد (68)، بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

ولجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات السابقة²²⁵ يتم على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الاستشارة لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة.

وإذا تم استلام عرض واحد فقط، أو لم يتم إستلام أي عرض أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة يتعين الإعلان عن عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة.

ويجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الإستشارة محل نشر²²⁶ ويعتبر هذا الإلتزام أهم الآليات التي تكرر مبدأ الشفافية ومن بين نقاط القوة التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الذي لم يقصر شرط نشر الإعلان عن المنح المؤقت على أسلوب المناقصة بل مدّه لأسلوب التراضي بعد الإستشارة، فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم ممارسة حق الطعن عند معارضة إختيار المصلحة المتعاقدة.

أما في التراضي البسيط فلا تلزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان المنح المؤقت لأن المادة 43 خلت من الإشارة لذلك نظراً للطابع الخاص لأسلوب التراضي البسيط.

لتضاف حالات أخرى للتراضي بعد الاستشارة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 وتتعلق بصفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي تم صدور قرار المنح بشأنها لكن لسبب من الأسباب كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم وآجال مناقصة جديدة.

يضاف إليها العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية.

ما يعاب على المشرع أنه أمام حالات التراضي بعد الاستشارة أي أمام اختيار للمتعامل المتعاقد دون تلك الإجراءات الشكلية المعقدة، فعدم تحديد المشرع لطبيعة العمليات السابقة سيؤدي لامحالة إلى توسيع مجال أعمال هذا النوع من التراضي، فما الفائدة إذا من تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة؟!

وهكذا تخضع عملية إبرام الصفقات العمومية لنظام قانوني متميز فتتسم طرق إبرام الصفقات العمومية بطابعها الإجرائي الخاص والمعقد، وقد اعتمد المشرع في كل النصوص المنظمة للصفقات العمومية تحديد آليات إبرامها تحقيقاً للمصلحة العامة مستهدفاً بذلك تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة تفعيلاً لسياسة الوقاية من الفساد.

225- ما عدا الحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلقة بحالات عدم الجدوى.

226- وفي حالة الصفقات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعاً سرياً يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت إستشارتهم.

الفصل الثاني

إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للرقابة

إنّ تطوّر اقتصاد أيّ بلد يتوقّف على وجود إدارة فاعلة تستطيع تحقيق الأهداف المرسومة لها ولتحقيق ذلك لا بد من توفر نظام للرقابة كوسيلة مهمة تساعد الإدارة على إنجاز وظائفها المتعددة وكآلية لمراجعة وفحص عملها بهدف تطوير وتحقيق أقصى فعالية.

وقد أصبح للرقابة مكانة بارزة في مجال الصفقات العمومية²²⁷ كونها أحد أخصب مجالات صرف المال العام، هذا ما استوجب إخضاعها لنظام رقابي فعال خوفاً من انتهاك قواعد وإجراءات إبرامها وقبل الوقوع في جرائم الصفقات العمومية والوصول إلى أروقة المحاكم، وهو الأمر الذي نلتمسه عند التدقيق في النصوص المنظمة للصفقات، إذ نلمس اهتمام المشرع وحرصه الأكيد على رقابة المال العام وذلك بتنظيمه لمختلف أشكال الرقابة فتنص المادة 116 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 " تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"، كما أكدت المادة 118 على المبدأ ذاته فنصت على "تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها".

وهكذا تنتوع أوجه الرقابة على صرف المال العام بين رقابة إدارية (المبحث الأول)، وأخرى مالية (المبحث الثاني)، ولم تتوقف جهود المشرع ومساعيه عند هذا الحد فقد عمل على إنشاء هيئة وطنية مستقلة كجهة مدعمة لعمل أجهزة الرقابة المنصوص عليها قانوناً (المبحث الثالث).

227- قد خصص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 باباً بأكمله للرقابة (الباب الخامس)، وأدرج فيه مجموعة من الأقسام وفصل في أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام أخرى حيث خصص لها 57 مادة (من المادة 116 إلى المادة 172) بما يعكس أهمية الرقابة على مستوى منظومتنا القانونية.

المبحث الأول

الرقابة الإدارية

امتدادًا إلى سلسلة القيود التي تضبط عمل المصالح المتعاقدة في إبرامها للصفقات العمومية وضمنًا لتحقيق إحترام قواعد إبرام الصفقات ومبادئها، حرص المشرع على فرض ضوابط وجب التصرف في حدودها تحقيقًا للمصلحة العامة التي تسعى لها المصلحة المتعاقدة من خلال صفقاتها.

تجسيدًا لهذا الغرض نص المشرع في تنظيم الصفقات العمومية على إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للرقابة، وما يهم في إطار هذه الدراسة هو الشطر المتعلق بالرقابة الإدارية.

تعدّ الرقابة الإدارية إحدى الوظائف الإدارية الهامة لما لها من دور في التأكد من جودة الأداء والتحقق من تنفيذ ماتم التخطيط له بكفاءة عالية²²⁸.

فالرقابة الإدارية على هذا النحو وظيفة إدارية تركز على متابعة النشاطات من أجل مطابقتها للخطط المرسومة²²⁹.

فالرقابة الإدارية الحقيقية هي تلك الرقابة التي تسبق الأحداث فتعمل على التنبيه إلى الانحرافات المتوقعة ومنع حدوثها ليتم التنفيذ طبقًا للمقاييس المقررة²³⁰ هذا الأمر يجعلها آلية أخرى من آليات الوقاية.

تضطلع بهذه المهمة لجنتان يتم إحداثهما على مستوى كل مصلحة متعاقدة وبالتالي هي نوع من الرقابة الذاتية تتم على مستوى المصالح المتعاقدة لفحص مدى صحة الإجراءات التي تمت في إبرام الصفقة العمومية (المطلب الأول)، كما يدخل في إطار الرقابة الإدارية رقابة لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها وهي رقابة خارجية تتم على مستويات مختلفة (المطلب الثاني).

228 -AL-JERAISSY Khaled, La gestion du temps du point de vue islamique et administratif, Riyadh : King Fahd Nationale Library, 2001, P87.

229- ROBBINS Stephen, DECENZO David, Management l'essentiel des concepts et des pratiques, 4^{ème} édition, Pearsan Education, France, 2004, P434.

230- محمد قاسم القريوتي، مهدي حسن زويلف، المفاهيم الحديثة في الإدارة: النظريات والوظائف، دار الشروق، عمان، 1993، ص 229.

المطلب الأول

الرقابة الداخلية - الرقابة الذاتية-

تمارس الرقابة الداخلية من السلطة الإدارية بنفسها على نفسها ويستوي في ذلك أن تكون الرقابة شاملة تضم كل أعمال الإدارة في جوانبها المختلفة أو تخصصية تنصب على جانب من جوانب أعمالها كالأعمال القانونية أو المحاسبية أو وثائقية تتعامل مع المستندات والأوراق²³¹.

أما المعنى الضيق للرقابة الداخلية فهي تلك المنفذة من المصلحة المتعاقدة على يد موظفيها أو المصالح التابعة لها فهي نوع من الرقابة الذاتية التي يسميها البعض بالرقابة الروتينية.

تكمن أهمية هذه الرقابة في كشف الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء فهي تتبني على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها.

فالرقابة الداخلية على هذا النحو نظام يضمن التحكم في إجراءات إبرام الصفقات وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية، وتجسيد مبدأ الشفافية²³².

وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للصفقات العمومية تقوم بالرقابة الداخلية لجنتان تنشأن لدى كل مصلحة متعاقدة هي لجنة فتح الأظرفة (الفرع الأول)، ولجنة تقييم العروض (الفرع الثاني) وذلك طبقاً للمادتين 121 و 125 من الأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم²³³.

الفرع الأول

إنشاء لجنة دائمة لفتح الأظرفة

تتولى مهمة فتح الأظرفة لجنة تنشأ لهذا الغرض، تستمد صلاحيتها من تسميتها لذلك فاستحداثها يعدّ أمراً إلزامياً على كل الهيئات التي لها صلاحية إبرام الصفقات العمومية²³⁴.

231- راغب ماجد الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص 393.
232- فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 10.

233- لم يشر القانون الفرنسي إلى الرقابة الداخلية وإنما توجد لجنة المناقصة حسب نصوص المواد 22، 23، 25 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي التي تتولى عملية فتح الأظرفة وتقييم العروض.

أنظر: Code des marchés publics français 2009, version consolidée au 21/12/2008.

Publié sur le site :

www.marchéspublicspme.com

234- إذ تنص المادة 121 "تحدث في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة..."، سابق الإشارة إليه.

تعمل هذه اللجنة في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها ولإلزام بالنصوص المنظمة لها، لذا سيتم تناول دراسة تشكيلة اللجنة (أولاً)، وتحديد الاختصاصات التي تتمتع بها (ثانياً).

أولاً - تشكيلة اللجنة:

نصّت المادة 121 فقرة 2 على "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

وبذلك يكون المشرع قد منح المصلحة المتعاقدة حرية تشكيل واختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة من بين موظفيها مع ضرورة مراعاة الإطار القانوني والتنظيمي الساري المفعول²³⁵.

وبذلك تختلف التشكيلة حسب طبيعة المصلحة المتعاقدة ويكون المشرع الجزائري بذلك قد أحسن صنعا، ذلك لأن التشكيلية التي تصلح لهيئة قد لا تصلح لهيئة أخرى.

كما أنّ المشرع لم يقدّر بتحديد عدد أعضاء اللجنة²³⁶ وهذا يدل على أن لمسؤول المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية وحرية تامة في تحديد عدد الأعضاء فيمكن تصور لجنة لفتح الأظرفة بعضو واحد أو عضوين وفي هذه الحالة هل يمكن لعضو واحد أو لعضوين القيام بالمهام المحددة في نص المادة 122؟! وما يزيد الأمور سوءاً أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة تكون صحيحة مهما يكن عدد أعضائها²³⁷.

كما أن المشرع لم يشترط للعضوية في لجنة الفتح أي شرط، بما يعكس طبيعة مهمتها كلجنة معاينة لما تم ايداعه من عروض لكنها مع ذلك على قدر من الأهمية فلجنة فتح الأظرفة هي من يفصل في القائمة الإسمية للمتنافسين وتحدد هويتهم ووثائقهم وتثبتهم في سجل خاص.

ومن جهة أخرى عدم تحديد شروط العضوية في لجنة فتح الأظرفة يفتح المجال لمسؤول المصلحة المتعاقدة بأن يختار من يشاء دون أي اعتبار وهذا بدوره يشكل عائق أمام السير الحسن لعمل اللجنة.

235- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989، ص 339.

236- على عكس المشرع الفرنسي الذي قام بتحديد عدد أعضاء لجنة المناقصة برئيس وخمسة أعضاء، كما أن المشرع التونسي حدد من جهته أعضاء لجنة فتح الظروف التي تضم أعضاء لا يتجاوز عددهم 5، ويرأس أعمال لجنة فتح الظروف مراقب المصاريف العمومية أو مراقب الدولة.

237- أنظر المادة 124 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

يمكن التنويه في هذا المقام إلى أن المشرع قد أخطأ حين منح الاختصاص بالدعوة للاجتماع للمصلحة المتعاقدة، لأنها عبارة عن شخص معنوي يتصرف عن طريق ممثله وهو المسؤول وبالتالي فهو من له صلاحية الاستدعاء وليس المصلحة المتعاقدة.

يعدّ تاريخ وكيفية اجتماع اللجنة من المسائل الضرورية التي يتعين الوقوف عندها وهو ما ذكره المشرع في صلب المادة 123 التي جاء فيها "يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 50 أعلاه".

جاء النص أكثر وضوحًا من النصوص السابقة إذ حدد بدقة العمل الذي تقوم به اللجنة والمتمثل في فتح العروض التقنية والمالية، كما كرّس مرة أخرى مبدأ العلانية وذلك باشتراطه حضور جميع المتعهدين في يوم وساعة فتح الأظرفة.

غير أن المادة المذكورة أحالتنا إلى نص المادة 50 من المرسوم ذاته التي أشارت بصريح النص أن لجنة فتح الأظرفة تجتمع في "آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض"، مما يعني أن أجل العرض تم اختزاله أو انهاءه قبل الأوان، فاليوم الأخير للعرض يوم قانوني بإمكان كل عارض طبقاً لمبدأ المساواة تقديم عرضه طيلة اليوم ولو في آخر ساعة عمل، فوجود النص بهذه الصيغة يؤدي إلى هدر الآجال وعدم احتساب المواعيد كاملة.

تجتمع اللجنة في مقرها الرسمي وهو المصلحة المتعاقدة وتخضع اجتماعاتها لمبدأ العلانية وذلك بتمكين المتعهدين أو من ينوب عنهم الحضور إلى أشغال اللجنة.

ورغبةً من المشرع في مواجهة الفساد ابتداءً من أول مرحلة من مراحل الرقابة نص بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على ضرورة توقيع كل وثائق الأظرفة المفتوحة بالأحرف الأولى منعاً للتلاعب والمحابة.

ثانياً - التحديد الدقيق لمهام لجنة فتح الأظرفة:

كان موقف المشرع الجزائري غامضاً إذ لم يحدد بصفة صريحة مجال تدخل لجنة فتح الأظرفة فيما إذا كان يقتصر دورها على فتح العروض التقنية أو يمتد لفتح الأظرفة المالية، الأمر الذي أدى إلى حدوث تداخل في رسم نطاق عمل اللجنتين - لجنة الفتح ولجنة التقييم - إلى أن أزيل هذا الغموض بموجب القرار الصادر عن لجنة الصفقات العمومية المؤرخ في 2002/09/30 تحت رقم 215/02 حيث تم الفصل بين عملية فتح الأظرفة المالية والأظرفة

التقنية فنصت المادة الأولى منه على "تفتح الأطراف المالية من طرف لجنة فتح العروض" وهو ما تبناه المشرع صراحةً في صلب المادة 123 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها: "يتم فتح الأطراف التقنية والمالية في جلسة علنية...".

وعن مهام اللجنة فقد جاء تحديدها في صلب المادة 122²³⁸ وبذلك يكون دور لجنة فتح الأطراف إعدادي (1) واستشاري (2).

1. الدور الإعدادي: إن اختصاص اللجنة مقيد بما رسمه لها المشرع بموجب أحكام المادة 122 إذ تعدّ لمرحلة أخرى لاحقة لها وهي مرحلة التقييم، لكنها مع ذلك تتمتع باختصاص نهائي في بعض الحالات لأن من حقها إستبعاد كل عطاء أو عرض لا يكون مستوفيا للشروط المطلوبة كتقديم العرض بعد فوات الميعاد أو أن يكون العرض مخالفا للنموذج المعد لذلك، أو عدم تقديم الوثائق اللازمة خاصة إذا تعلق الأمر بالتصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد والعرض التقني، كما لها أن تتأكد من أن مقدم العطاء غير محروم من الإشراك في المناقصة للأسباب - السالف ذكرها- وتتمثل مهام اللجنة في:

- التثبت من صحة تسجيل العروض على سجل خاص.
- إعداد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أطراف عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض.

وما يجدر ذكره أنه بعد تعديل تنظيم الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة ممثلة في - لجنة فتح العروض- ضرورة إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها التعهد وبذلك يكون المشرع قد أضفى على عملية إبرام الصفقات شفافية أكثر خاصة وأن لجنة فتح الأطراف يحضرها المتعهدون أنفسهم أو من ينوب عنهم.

كما أصبح من مهام لجنة فتح الأطراف إمكانية دعوة المتعهدين كتابياً عند الاقتضاء من أجل استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة في أجل أقصاه 10 أيام وهذا باستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد والعرض التقني.

- تحرير محضر عند الاقتضاء بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون عندما يتم

238- هي أشبه ما تكون بجلسة الفرز في الانتخابات.

استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض²³⁹.

هناك سؤال يطرح نفسه يتعلق بالمحضر الذي تحرره لجنة فتح الأظرفة الخاص بعدم جدوى المناقصة، فهل يعتبر هذا المحضر قراراً نهائياً بعدم مواصلة إجراءات إبرام الصفقة ؟ أم قراراً قابلاً للطعن فيه أمام القضاء من قبل المترشحين؟.

لم ينص المشرع على إمكانية الطعن في هذا المحضر حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 ولكن بما أنه يتضمن قرار إداري فيمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري، خاصة إذا كانت لجنة فتح الأظرفة تابعة لمصالح عمومية إدارية كالولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لكن الإشكال يثور دائماً عندما تكون لجنة فتح الأظرفة تابعة لمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة²⁴⁰.

فمحضر عدم جدوى المناقصة الصادر عن هذه المؤسسات لا يمكن أن يكون محل طعن أمام القضاء الإداري لأن هذا الأخير يختص فقط بإلغاء القرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية وكذلك البلدية والمصالح الأخرى للبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري²⁴¹.

لم يعالج المشرع الجزائري هذه المسألة وترك غموضاً كبيراً في مسألة الإختصاص وكان من المفروض أن يكون أكثر دقة في تحديد مهام لجنة الفتح لضمان شرعية إجراءات اللجوء إلى المنافسة ومصادقيتها وشفافيتها للحد من الفساد والتلاعب الذي انتشر في مجال الصفقات العمومية.

239- هذه الحالات قد تم إعادة النظر فيها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 وذلك حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و34 و44 من المرسوم ذاته.

240- أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

241- أنظر المادة 801 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21)، بتاريخ 23 أبريل 2008.

كما أضيف لمهام اللجنة مهمة أخرى تتعلق بإرجاع الأطراف غير المفتوحة إلى أصحابها وهذا دائماً في إطار أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

2. **الدور الاستشاري:** ويتجلى هذا الدور فيما تبديه اللجنة من تحفظات وملاحظات وآراء، إذ ألزمها المشرع بتحرير محضر يتضمن تلك التحفظات والمقترحات سواء تعلق الأمر بالعروض ذاتها أو ما تعلق بأصحابها²⁴².

وهكذا تخضع الصفقات العمومية لرقابة داخلية تتجسد في لجنة دائمة لفتح الأطراف، ولا شك في أن السبب في أحداثها على مستوى كل مصلحة متعاقدة هو تحقيق مبدأ التسيير الجماعي للصفقة وإضفاء إطار رقابي داخلي.

الفرع الثاني

إنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض

عمل هذه اللجنة وجهاً آخر للرقابة الذاتية إذ يتم إنشاء اللجنة ليكون عملها مكملاً لمهام لجنة فتح الأطراف ولتتمارس مهمة الرقابة الداخلية على مرحلة حاسمة من مراحل إبرام الصفقة العمومية، فبعد إتمام عملية فتح الأطراف على النحو - السالف ذكره - تأتي مرحلة دراسة هذه العروض وتتولى صلاحية ذلك لجنة تقييم العروض على مستوى كل مصلحة متعاقدة وذلك طبقاً لأحكام ومقتضيات نص المادة 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إذ تنص "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض...".

في هذه المرحلة نسجل صرامة المشرع الجزائري من خلال منعه لأي إجراء تفاوضي قد تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين حرصاً منه على ضمان الشفافية وتكافؤ الفرص ومنعاً من أي محاباة قد يستفيد منها أحدهم فطبقاً لنص المادة 58 "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأطراف وأثناء تقييم العروض..." ونظراً لأهمية الدور الذي تلعبه اللجنة سيتم التعرض لها بدراسة تشكيلتها (أولاً)، وبيان اختصاصاتها (ثانياً).

أولاً - تشكيل لجنة تقييم العروض:

حرصاً من المشرع على قطع كل السبل التي من شأنها المساس بنزاهة عملية الإبرام كوقوع تحايل أو محاباة لمصلحة أحد المترشحين، أكد على ضرورة الفصل بين العضوية في

242- فنينش محمد الصالح، القيود الواردة على الإدارة لدى تعاقدها، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986، ص 142 وما يليها.

لجنة التقييم والعضوية في لجنة الفتح وذلك طبقاً لنص المادة 125 فقرة 2 وهو اتجاه يحمد عليه لفرض منهجية منظمة في إبرام الصفقات وحتى تتحمل كل لجنة مسؤوليتها في حدود المهام المنوطة لها²⁴³.

يخضع تشكيل اللجنة هي الأخرى للسلطة التقديرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة ويتم التعيين بمقرر²⁴⁴.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع في نص المادة 125 لم يوضح إن كان أعضاء اللجنة ينتمون للإدارة نفسها أم لا لكن بنصه في المادة ذاتها على إمكانية استعانة المصلحة المتعاقدة وتحت مسؤوليتها بكل كفاءة لتكفل بإعداد تقرير تحليل العروض يفهم منه أنه يمكن أن لا ينتمي أحد أعضاء لجنة التقييم إلى المصلحة المعنية بالرقابة.

المهم أن المشرع قد أكد على ضرورة تأهيل الأعضاء الذين يختارون ويستحب أن تكون تركيبتهم متنوعة تجمع خبراء ماليين وقانونيين وتقنيين مساهمة لتقليل المهام الموكلة لهذه اللجنة، إذ يشترط معرفتهم بمعايير التقييم التي تضمنها دفتر شروط المناقصة.

ورغم أهمية الدور الذي تلعبه هذه اللجنة مقارنةً بدور لجنة الفتح لم تحض بالقدر الكافي بالتنظيم والعناية، فلم يتطرق المشرع حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 إلى النصاب القانوني الواجب توافره حتى تصح اجتماعاتها، ولا حتى إلى كيفية استدعاء الأعضاء فكان من الأجدر على المشرع أن يتدخل على الأقل لتحديد تاريخ اجتماع اللجنة²⁴⁵ لأن احتمال التلاعب بالعروض يبقى وارداً في ظل غياب ضابط قانوني، الأمر الذي قد يستغله موظفي المصلحة المتعاقدة تحقيقاً لأغراض أخرى.

كما أن المشرع لم ينص على طبيعة جلسات اللجنة فيما إذا كانت علنية كسابقتها أم على العكس من ذلك وكان من الأفضل فتح إمكانية حضور المتنافسين حتى تتم عملية التحليل والتقييم

243- أد. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر...، مرجع سابق، ص 183.

244- قد أحسن المشرع صنعاً، فهذه النقطة بالذات كانت محل تساؤل فما هو سبب اختلاف طريقة تشكيل كل من لجنة الفتح ولجنة التقييم؟ أو بتعبير آخر لماذا لم يسوي المشرع بين طريقة تشكيل اللجنتين مع أن كلاهما وجهاً من أوجه الرقابة الداخلية أو الذاتية؟! فتعيين أعضاء لجنة فتح الأطراف - كما سلف الذكر - يكون بمقرر في حين تعيين أعضاء لجنة تقييم العروض كما هو واضح أعلاه يكون بموجب قرار. وبعد التعديل تم حسم هذه المسألة وتم توحيد طريقة التعيين.

245- فإذا كان المشرع قد حدد تاريخ انعقاد لجنة فتح الأطراف، فمن باب أولى أن يقوم بتحديد تاريخ انعقاد لجنة تقييم العروض.

في جو من الشفافية والمساواة.

وفي كل الأحوال يجب أن تلتزم اللجنة بإتباع القواعد والإجراءات المقررة قانوناً.

ثانياً - صلاحيات لجنة تقييم العروض:

تستمد لجنة تقييم العروض مهامها من نص المادة 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236-10 ونص المادة 02 من قرار اللجنة الوطنية للصفقات العمومية رقم 215/02 المؤرخ في 2002/09/30²⁴⁶ وتتميز في مجملها بطابع تقييمي (1) والبعض منها بطابع استشاري (2).

1. الدور التقييمي للجنة تقييم العروض

أول ما تقوم به لجنة تقييم العروض هو دراسة مدى مطابقة التعهدات للشروط الواردة في دفتر شروط المناقصة لمعرفة ما قد يتضمنه كل تعهد من شروط واقتراحات فنية.

على هذا الأساس يكون للجنة صلاحية إقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولدفتر الشروط²⁴⁷.

يجدر ذكر أن المشرع لم ينص في هذا المقام على ضرورة تقديم تعليل لكل إقصاء يصدر عن لجنة التقييم، حتى يتمكن المتعهد التأكد من ثبوت الأخطاء التي أدت إلى إقصائه حتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 23-12 خاصة وأن للتسيب مكانة بارزة في ممارسة حق الدفاع من قبل المتعهد المقصى.

وتظهر صرامة المشرع في حالة الإقصاء لغياب أحد الوثائق في الملف الإداري وإن كان من الأجدر وتيسيراً لعملية التنافس أن يسمح بإعطاء مهلة وجيزة يتم فيها تدارك الوضع، وهو ما تبناه المشرع فعلاً في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236-10، إذ سمح للجنة فتح الأظرفة دعوة المتعهدين - عند الاقتضاء - وليس في كل الحالات إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة باستثناء التصريح بالاكنتاب وكفالة التعهد والعرض التقني وذلك تجنباً لإقصاء هذه العروض عند التقييم.

وبعد إتمام عملية التصفية تنتقل اللجنة إلى تحليل العروض المتبقاة عبر مرحلتين هما:

❖ **المرحلة الأولى:** ويتم خلالها إجراء دراسة تقييمية للعروض التقنية وفقاً لجدول تنقيط تضعه المصلحة المتعاقدة مسبقاً في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة، إذ تضع جملة من المعايير

246- أ.د. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 44.

247- أنظر المادة 125 فقرة 5 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236-10، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

وتخصص لكل معيار منها نقطة معينة لتتمكن من خلالها تقييم القدرة التقنية للمتعهد التي تختلف باختلاف موضوع الصفقة المزمع إبرامها، وعلى أساسها يتم حساب مجموع النقاط المحصل عليها في كل عرض تقني لكل متعهد ليتم بعدها الترتيب التقني للعروض بتحديد نقطة دنيا للتأهيل التقني وعادة لا تقل عن نصف مجموع النقاط المخصصة للعرض التقني ليتم بعدها إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

يتضح أن المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الاختيار والبت النهائي في العروض، إذ يجب عليها التقيد بجملة من الضوابط التي يتم الإعلان عنها عملاً بنص المادة 56 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

❖ **المرحلة الثانية:** على إثر نتائج التقييم التقني يتم فحص ودراسة العروض المالية للمتأهلين في المرحلة الأولى ولأجل بعث ضمانات أكبر تتم المراجعة التفصيلية لأهمية النواحي المالية في الصفقة²⁴⁸ ويتم التدقيق في العروض بالتحقق من العناصر التالية:

- وجود كل الأسعار الوحدوية في جدول الأسعار بالأرقام وبالأحرف.
- مطابقة الأسعار الوحدوية في جدول الأسعار بالأرقام والأحرف.
- مطابقة الأسعار بين كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري والأخذ بعين الاعتبار عند عدم المطابقة بينهما بالسعر الوارد بالأحرف وبحسب المبلغ المحدد في العرض.
- الحساب الأفقي والعمودي للبيان الكمي والتقديري ومقارنة مختلف المبالغ الواردة في العرض.

تسترشد اللجنة في تقديرها للعرض المالي بأسعار السوق المتعلقة بالمواد محل الطلب سواء تعلق الأمر بعمليات الأشغال أو التوريدات أو حتى الخدمات قصد تقديم الاقتراحات المناسبة للمصلحة المعنية، وتقوم اللجنة عند الضرورة بدراسة تغيرات العروض وبدائلها والأسعار الاختيارية المنصوص عليها في المادة 11، وهذه المسألة الأخيرة استحدثها المشرع بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

هذا ما يفسر اشتراط المشرع ضرورة تعيين أعضاء مؤهلين يختارون، نظراً لكفاءتهم من

248- محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، مطبعة اخوان موراقتلي، القاهرة، 1984، ص111.

أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصالح المعنية²⁴⁹، للقيام طبقاً لدفتر شروط المناقصة بانتقاء إما العرض الأقل ثمناً إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وإما لأحسن عرض اقتصادي إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنياً، في ظل احترام أحكام ومقتضيات نص المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لإضفاء قدر من الشفافية والنزاهة.

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم تطرقه إلى حالة عدم قبول أي عرض من طرف لجنة تقييم العروض فهل يتم تحرير محضر بعدم جدوى العملية؟، خاصة وأن الواقع العملي يثبت إمكانية حصول هذه الحالة.

كما يُسجل إحجاماً في حق المتعهدين الذين رفضت عروضهم في الحصول على تبرير وتسبب لهذا الرفض مكتفياً بحق الطعن في قرار المنح المؤقت أمام اللجنة المختصة، خاصة إذا كانت اللجنة تابعة للمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري.

وقد تذهب جهود اللجنة هباءً لأنّ المشرع مكن المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول المختار مؤقتاً إذا كان يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، وذلك بقرار معلل وأصبح يتم بمقرر في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

لوحظ أن المشرع قد أعطى للمصلحة المتعاقدة إمكانية رفض العرض المنخفض لكن دون ذكر الحد الأدنى الذي على أساسه يتم هذا الرفض، وهذا يفتح المجال إلى رفض بعض المتنافسين على أساس أن عروضهم منخفضة إلى درجة غير معقولة وهذا دون علمهم بالحد الأدنى الذي لا يجوز تجاوزه عند تحضير عروضهم، ولم ينتبه المشرع إلى هذه المسألة حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

وباستعراض عمل لجنة تقييم العروض في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لوحظ اعتناء المشرع وحرصه الواضح والأكيد على تنظيم عمل اللجنة، باعتبارها الوسيلة والأداة لانتقاء المتعامل المتعاقد، فبعد تخصيص مادة واحدة فقط²⁵⁰ لمعالجة كيفية تقييم العروض المتعلقة بأسلوب المناقصة، جاءت المادة 125 للإحاطة بكيفية تقييم العروض وذلك بالنسبة لكل أسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية، سواء تعلق الأمر بالمناقصة أو الاستشارة الانتقائية

249- أنظر المادة 125 فقرة 1 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

250- وهي نص المادة 111 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مؤرخ في 24 يوليو سنة 2002، (ملغى).

أو حتى المسابقة وهو ما عملت على توضيحه فقرات المادة 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236²⁵¹.

فاختصاصات اللجنة واسعة لا تقتصر على تحليل ودراسة وتقييم العروض فحسب فيمتد اختصاصها إلى البت فيها بانتقاء العرض المناسب، حيث تقوم اللجنة بتقديم اقتراح أو أكثر للمصلحة المتعاقدة التي تبقى من صلاحياتها اختيار المتعامل المتعاقد.

2. الدور الاستشاري للجنة تقييم العروض

فضلاً عن المهام المتعلقة بالتقييم، فللجنة اختصاصات استشارية محضة تهدف إلى تنوير وإرشاد المصلحة المتعاقدة نتيجة الدراسة والتحليل الدقيق للعروض المقدمة لها لدرجة إمكانية تقديم اقتراح رفض العرض المقبول إذا ثبت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت وهو ما نصت عليه المادة 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236²⁵².

ويستشف ذلك باستعمال المشرع لعبارة - تقترح - بمعنى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة قبول الاقتراح أو رفضه وهو ما يجعل لجنة تقييم العروض لجنة استشارية لا تملك سلطة اتخاذ القرار، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن أهمية وجود هذه اللجنة إن كانت أعمالها غير ملزمة خاصة وأن الأمر يتعلق بالإخلال بأحكام المنافسة²⁵³.

251- لم تظهر أهمية لجنة تقييم العروض على مستوى أحكام المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فحسب بل لوحظت أيضاً على مستوى أحكام القضاء.

يحضرنا في هذا المقام مثال أين اعتبر مجلس الدولة أن منح صفقة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض خرقاً للقانون يستوجب معه التعويض وكان هذا بمناسبة فصله في استئناف رفع أمامه في قضية بين بلدية العلمة التي أعلنت عن مناقصة وطنية مفتوحة قصد انجاز دراسة معمارية لمجمع مدرسي ومسكن وظيفي على إثرها أعلنت لجنة فتح الأظرفة عن وجود 12 عرض واجتمعت لجنة تقييم العروض وقامت برفض 10 عروض من عدد العروض المذكور ثم تفاجأ أصحاب العروض المقبولة من لجنة التقييم بإعلان تدعو فيه المصلحة المتعاقدة مقاولاً تم رفض عرضه من لجنة التقييم وهو الأمر الذي دفع أصحاب العروض المقبولة اللجوء إلى القضاء على إثرها صدر قرار. مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 014637، مؤرخ في 15 جوان 2004، قضية بين بلدية العلمة ضد (ه ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص 132.

252- نظراً لخطورة هذه الوضعية أو الحالة، أوجب المشرع إطلاع المتعهدين في دفتر الشروط عن أحقية المصلحة المتعاقدة في استبعاد المترشح الفائز في حالة توافر شروط الاحتكار أو اختلال السوق.

253- في حين يختلف دور لجنة المناقصة في القانون الفرنسي بحسب ما إذا كانت الصفقة تابعة للدولة فهنا يكون لها دور استشاري وسلطة اتخاذ القرار فيها تكون من نصيب الشخص المسؤول عن الصفقة، أما إذا كانت الصفقة تابعة للجماعات المحلية فهنا يكون لها دور تقييري.

=

وهكذا قيد المشرع حرية المصلحة المتعاقدة بإحداثه للجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض في إطار ما يعرف بالرقابة الداخلية أو الذاتية على عملية إبرام الصفقات العمومية حرصاً منه على مطابقة الصفقات المبرمة للتشريع والتنظيم المعمول بهما تصدياً لكل أشكال الفساد التي يمكن أن تحصل في هذا المجال، ليتم بعدها عرض الإجراءات التي مرت بها عملية إبرام الصفقات العمومية على لجان الرقابة الخارجية.

المطلب الثاني

تعدد أجهزة الرقابة الخارجية

رقابة لجان الصفقات العمومية الخارجية آلية أخرى من آليات الوقاية من الفساد تهدف إلى تحقيق البرنامج الحكومي بكفاءة وفعالية²⁵⁴. ولتحقيق هذا الغرض تم تأسيس لجان الصفقات على مستويات مختلفة تكفل الرقابة المسبقة للصفقات كل في مجال اختصاصها المحدد عبر التنظيم²⁵⁵.

ونظراً لأهمية الدور الذي تلعبه هذه اللجان، عمل المشرع على تجسيدها بإنشاء لجان لرقابة الصفقات على المستوى المحلي (الفرع الأول)، وصولاً إلى المستوى المركزي (الفرع الثاني) يعني هي رقابة من القاعدة إلى القمة تبعاً لاختلاف السقف المالي للصفقة المزمع إبرامها. هذا بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه الجهات الوصية في الرقابة على الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

رقابة اللجان المحلية على الصفقات العمومية

تميّزت الرقابة على الصفقات العمومية في بداية الأمر بالمركزية عن طريق البنك الجزائري للتنمية واللجنة المركزية للصفقات العمومية، أدت هذه الطريقة إلى فشل إداري نظراً لاستحالة قيام هذه الهيئات بالرقابة على كل الصفقات التي تجرى على التراب الوطني، هذا ما

= أنظر:

LAJOYE Christophe, Droit de marches publiques, BERTI édition, Alger, 2007, P 77.

254- خرباشي عقيلة، "دور تعدد أشكال وهيئات الرقابة في ضمان مشروعية الصفقات العمومية"، الملحق الوطني

حول الصفقات العمومية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، يومي 13 و 14 ماي، 2007، ص5.

255- لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص85.

أدى بالمشروع إلى إقرار الرقابة على كل المستويات بدءاً بالمصالح المتعاقدة المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية إلى المستوى البلدي وصولاً إلى المستوى الولائي.

أولاً - رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية، ولمراكز البحث والتنمية الوطني والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية:

تم استحداث هذه اللجنة تماشياً ومقتضيات تطور المعيار العضوي، إذ أعلن المرسوم الرئاسي رقم 08-338 سالف الذكر عن استحداث المادة 119 مكرر، وبموجبها تم إنشاء صفقات المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مثبتاً وجود هذه اللجنة بموجب المادة 134، وستتم دراسة هذه اللجنة وبيان اختصاصاتها، اقتناعاً من المشرع بأن الرقابة الفعالة هي تلك التي تفرض على كل الصفقات وعلى كل الهيئات المنصوص عليها في المادة 2 محاصرة للفساد على كل مستوياته.

تختص لجنة الصفقات لمركز البحث والتنمية الوطني أو المؤسسة العمومية الوطنية أو المؤسسة العمومية الاقتصادية بدراسة دفاتر شروط مناقصات الجهات المذكورة.

كما تختص بدراسة ملف المناقصة منح التأشير بشأنه وفق ما هو مقرر بالنسبة لباقي لجان الصفقات العمومية.

يتضح من نص المادة 114 خروج المشرع الواضح عن القاعدة المعمول بها في كل لجان الصفقات العمومية إذ لم يعترف لهذه اللجنة دون سواها بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، بل أوكل الاختصاص بالنظر في الطعن للجنة البلدية للصفقات أو اللجنة الولائية أو الوزارية للصفقات أو اللجنة الوطنية حسب كل حالة.

يطرح هذا الاستثناء تساءلاً في غاية الأهمية لماذا استثنى المشرع فقط هذا النوع من المؤسسات²⁵⁶؟!

على العموم يتحدد اختصاص اللجنة وفق المعيارين العضوي والمالي:

- المعيار العضوي: يقصد به أن الاختصاص لا ينعقد للجنة إلا إذا كان الطرف المعني بالصفقة أو الخاضع للرقابة من الجهات المذكورة في المادة 134، وهي مراكز البحث والتنمية

256- أد. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 278.

والمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري والمؤسسة العمومية الاقتصادية.

- **المعيار المالي:** إن السقف المالي المطلوب لاختصاص اللجنة يكون في حدود المبالغ المذكورة في المواد 146-147-148²⁵⁷.

❖ **بالنسبة لصفقات الأشغال واقتناء اللوازم:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المواد عرضها على اللجنة عن 1.000.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بها²⁵⁸ وما زاد عن هذا السقف المالي يدخل في اختصاص اللجنة الولائية للصفقات.

أما عن صفقات اقتناء اللوازم فعرضها على اللجنة مرهون بعدم تجاوز سقفها المالي 300.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة²⁵⁹.

❖ **بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات:** رجوعاً لأحكام المادة 148 ينعقد الاختصاص للجنة بالنسبة لصفقات الخدمات شريطة ألا يتجاوز مبلغ الصفقة 200.000.000 دج²⁶⁰، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة وألا يتجاوز مبلغ 60.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة²⁶¹.

ثانياً - رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في القائمة المنصوص عليها في المادة 134:

إنشاء لجنة خاصة بصفقات المؤسسات العمومية المحلية يعود هو الآخر إلى المرسوم

257- وهو ما أشارت إليه صراحةً نص المادة 136 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

258- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 600.000.000 دج. أنظر المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

259- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 150.000.000 دج. أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

260- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 100.000.000 دج.

261- تعتبر صفقات الدراسات الصفقات الوحيدة التي لم يتغير سقفها المالي بعد التعديل.

الرئاسي رقم 08-338، الذي أدخل محتوى جديد لنص المادة 122 الذي صار يحمل عنوان المادة 122 مكرر التي أعلنت عن استحداث لجنة صفقات على مستوى المؤسسات المحلية لكل من الولاية والبلدية.

وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مثبتاً وجود هذه اللجنة في المادة 138 منه، بما يؤكد استقلالها عن باقي اللجان وهذا أمر طبيعي، فالمؤسسات المحلية تتمتع بالشخصية الاعتبارية لها وجود ذاتي ومستقل عن كل من الولاية والبلدية وتبعاً لذلك تستقل بلجنة خاصة. تكون لجنة صفقات المؤسسة العمومية بلدية إن كانت المؤسسة تابعة للبلدية وهي من أنشأها وتكون المؤسسة العمومية ولائية إذا كانت المؤسسة تابعة للولاية وهي من أنشأتها، فتشريع الإدارة المحلية في الجزائر اعترف لكل من الولاية والبلدية بإنشاء مؤسسات عمومية محلية لتلبية الحاجات العامة²⁶².

إذا كان الأمر واضحاً بالنسبة للمؤسسات العمومية المحلية، فالإشكال يثور بالنسبة لشخص آخر تدخل صفقاته ضمن هذه اللجنة وهو الهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المذكور في المادة 134، فالمشرع لم يحدد المقصود بهذه الهياكل.

يتحدد اختصاص اللجنة وفق معيار عضوي ومالي.

- المعيار العضوي للجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركز

للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في المادة 134

لا ينعقد اختصاص اللجنة إلا إذا كان الطرف المعني بالصفقة أو الخاضع للرقابة الخارجية مؤسسة عمومية محلية، قد تكون تابعة للبلدية أو للولاية فكل مؤسسة محلية لجنتها الخاصة.

- المعيار المالي: أما السقف المالي المطلوب لعقد الاختصاص لهذه اللجنة فهو كما يلي:

❖ بالنسبة لصفقات الأشغال واقتناء اللوازم: يجب أن يقل السقف المالي لصفقة الأشغال

أو اقتناء اللوازم المراد عرضها على اللجنة 200.000.000 دج وكذا كل مشروع

ملحق بهذه الصفقة²⁶³ وما زاد عن هذا المبلغ يدخل في اختصاص اللجنة الولائية

262- أ.د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 271.

263- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان المبلغ محدد ب 50.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.

أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

للصفقات، وبتعبير أوضح إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يزيد عن 200.000.000 دج يدخل في اختصاص اللجنة الولائية للصفقات، وإن قلّ عن المبلغ المذكور خضع لاختصاص هذه اللجنة.

❖ بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات: بعد تعديل تنظيم الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 مّيز المشرع بين صفقات الدراسات والخدمات، فحدد مبلغ 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات، وهو مبلغ الذي كان موجوداً قبل التعديل، وحدد مبلغ 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات بمعنى ينعقد الاختصاص إلى اللجنة إذا كان مبلغ صفقة الدراسات يقل عن 20.000.000 دج ويقلّ عن 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات، وإذا كان المبلغ يفوق أو يساوي المبالغ المذكورة تدخل الصفقة في اختصاص لجنة الصفقات الولائية²⁶⁴.

ثالثاً - الرقابة على الصفقات العمومية البلدية:

يقوم بالرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية على المستوى البلدي كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي وهو ما أكدّه قانون البلدية (1) وكذا اللجنة البلدية المحدثة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 والتنظيمات المتلاحقة للصفقات العمومية (2).

1. رقابة رئيس المجلس الشعبي البلدي على الصفقات العمومية

نصّت المادة 82 من قانون رقم 11-10²⁶⁵ المتعلق بالبلدية على "رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم باسم البلدية، وتحت مراقبة المجلس بجميع الأعمال الخاصة بالمحافظة على الأموال والحقوق التي تتكون منها ثروة البلدية لاسيما ما يأتي:

- تسير إيرادات البلدية والإذن بالإئفاق ومتابعة تطور مالية البلدية،
- إبرام عقود اقتناء الأملاك وعقود بيعها، وقبول الهبات والوصايا والصفقات أو الإيجارات،
- إبرام المناقصات أو المزايدات الخاصة بأشغال البلدية ومراقبة حسن تنفيذها..."

يُلاحظ أنّ هناك تجانس بين نص المادة 82 من قانون البلدية وتنظيم الصفقات العمومية

264- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 عمل المشرع على توحيد السقف المالي لكل من صفقات الدراسات والخدمات بـ 20.000.000 دج.

265- قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37)، بتاريخ 3 يوليو 2011.

التي تجعل من رئيس المجلس الشعبي البلدي السلطة المختصة بإبرام صفقات البلدية وكذا مراقبتها²⁶⁶.

لكن الإشكال يثور في نص المادة 84 من قانون البلدية التي جاء فيها "عندما تتعارض مصالح رئيس المجلس الشعبي البلدي مع مصالح البلدية، باسمه الشخص أو باسم زوجه أو أصوله أو فروعه إلى الدرجة الرابعة أو بصفته وكيلًا، يعين المجلس الشعبي البلدي المجتمع تحت رئاسة منتخب آخر غير رئيس المجلس الشعبي البلدي، أحد أعضائه لتمثيل البلدية سواء أمام القضاء أو عند إبرام العقود".

واضح من النص أن المشرع خول المجلس الشعبي البلدي صلاحية سحب سلطة إبرام العقود من رئيس المجلس الشعبي البلدي وهذه السلطة أي سلطة السحب ضرورية للحفاظ على المال العام وحتى لا يسيء رئيس المجلس الشعبي البلدي استعمال سلطته، لكن الإشكال يثور من زاويتين:

أ. فقدان المادة 84 من قانون البلدية لموضوعها ولمحتواها بمجرد الاطلاع على نص المادة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه..... رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية".

إن مجرد استقراء نص المادتين يظهر لنا عدم التجانس في موضوعهما، فمن جهة نجد من صلاحيات المجلس الشعبي البلدي سحب سلطة إبرام العقود من رئيسه وتعيين عضو من المجلس لتولي هذه السلطة.

ومن جهة أخرى لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافق عليها رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ب. الغموض الذي تركته المادة 84 فيما يخص الحالات التي تتعارض فيها مصالح رئيس المجلس الشعبي البلدي مع مصالح البلدية، فما هي الحالات التي تؤدي إلى تعارض المصالح؟ إن مشكل تعرض المصالح في إطار صفقة معينة مفادها مصالح مادية ، وفي هذه الحالة يقوم

266- غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 191 من قانون البلدية دائمًا يفهم أن البلدية لا يمكنها أن تبرم عقود خارج إجراء المناقصة وهذا يتعارض مع تنظيم الصفقات العمومية، الذي جعل البلدية إدارة مؤهلة بإبرام الصفقات العمومية بصريح نص المادة 2 منه ومن ثمة فهي مؤهلة بإبرام صفقاتها وفقًا لإجراء المناقصة أو التراضي. لمزيد من التفصيل أنظر: شريفي شريف، مرجع سابق، ص 2.

المجلس بتعيين منتخب يبرم الصفقة نيابة عن المجلس بناءً على مداولة هذا الأخير، وهنا يطبق قانون البلدية بناءً على قاعدة الخاص يقيد العام.

لعل الإشكال يطرح بأكثر حدة إذا ما نظرنا إلى نص المادة 194 من قانون البلدية، التي فرضت إرسال محضر الصفقة العمومية إلى الوالي بعد إجراء مداولة عليه من طرف المجلس الشعبي البلدي، فهذا الأمر يتناقض تماماً مع نص المادة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جعلت الصفقة نهائية إذا وافق عليها رئيس المجلس الشعبي البلدي، الأمر الذي يحتم علينا تقديم ملاحظتين أساسيتين هما:

أ. إن الصفقات التي تخص البلدية لا تحتاج إلى مداولة من طرف المجلس الشعبي البلدي بل إلى توقيع رئيس المجلس الشعبي البلدي فقط.

ب. إن الصفقات التي تختص البلدية بإبرامها لا يحتاج إرسالها إلى الوالي بل تصبح نهائية ونافاذة بمجرد توقيع رئيس المجلس الشعبي البلدي عليها، وما سلطة الولاية هنا إلا رقابة وصائية تعمل على التحقق من مدى مطابقة الصفقة مع أهداف الفعالية والاقتصاد²⁶⁷.

ورغم تضارب النصوص وتناقضها يبقى رئيس المجلس الشعبي البلدي الجهة المكلفة بإبرام الصفقات والرقابة عليها، وهذا ما أكدت عليه صراحةً نص المادة 82 من قانون البلدية وكذا المادة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

فضلاً عن سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي أحدث المشرع بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية لجنة تدعى باللجنة البلدية للصفقات.

2. رقابة اللجنة البلدية للصفقات العمومية

نتناول كل من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وقانون البلدية تحديد الجهة المكلفة بالرقابة على الصفقات العمومية على المستوى البلدي.

نصت المادة 137 على "إنشاء لجنة بلدية لمراقبة الصفقات العمومية تتشكل من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيساً،

- ممثل المصلحة المتعاقدة،

267- أنظر المادة 127 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

- منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي،
 - ممثلين اثنين من الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،
 - ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة".
- غير أن المادة 191 من قانون البلدية جاءت بتشكيلة أخرى تنشأ لجنة بلدية للمناقصة تتشكل كما يأتي:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيساً
- منتخبان (2) يعينهما المجلس الشعبي البلدي، عضوين
- الأمين العام للبلدية، عضواً
- ممثل مصالح أملاك الدولة".

الغريب في الأمر أن كل من تنظيم الصفقات العمومية وقانون البلدية يتضمنان اللجنة نفسها وهي لجنة الصفقات كهيئة مكلفة بالرقابة على صفقات البلدية إلا أن المشرع في تنظيم الصفقات عبر عن اللجنة بمصطلح "اللجنة البلدية للصفقات" وفي قانون البلدية عبر عن اللجنة بمصطلح "لجنة بلدية للمناقصة".

هذا الأمر يؤدي إلى تضيق نطاق عمل لجنة الصفقات بمنظور قانون البلدية مقارنةً بتنظيم الصفقات العمومية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تجانس النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.

يلاحظ أن رئاسة اللجنة هي من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي سواء من منظور تنظيم الصفقات العمومية أو حتى من منظور قانون البلدية، هذا الأمر يثير إشكال كيف أن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو رئيس البلدية والصفقات هي صفقات البلدية وهذا الأخير هو من يقوم بإبرامها وفي الوقت نفسه هو رئيس اللجنة البلدية للصفقات، هذا الأمر يشبه فكرة الإدارة القاضية أين كانت خصماً وحكماً في الوقت نفسه.

وقد أحسن المشرع صنعاً عندما نص في كل من تنظيم الصفقات العمومية وقانون البلدية على أن رئاسة اللجنة تكون لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، لأن رئيس المجلس الشعبي البلدي قد لا تتوافر فيه الكفاءة المهنية المطلوبة لمراقبة الصفقة العمومية فله أن يعين ممثلاً له يتميز بالكفاءة المطلوبة والغاية المرجوة.

أما بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة فله دور أساسي يتمثل في تزويد اللجنة البلدية للصفقات بجميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة ورغم أهمية الدور الذي يلعبه

لم يتضمنه قانون البلدية ضمن تشكيلة اللجنة.

تختص لجنة صفقات البلدية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط قبل نشر إعلان المناقصة وذلك طبقاً للمادة 132 التي جاءت بحكم عام ينطبق على كل لجان الصفقات.

وبذلك تمارس اللجنة رقابة سابقة قبل الإعلان عن المناقصة للتأكد من جدية الطلبات أو الاحتياجات، فحسباً دقيقاً ومعماً وهذا ما يجسد الطابع الوقائي لهذه الرقابة وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 132 مدة 45 يوماً لدراسة مشروع دفتر الشروط ويتضح من صياغة المادة أن المشرع إستعمل عبارة "مقرر التأشيرة" ولم يرد عبارة "رفض" كما هو الحال بالنسبة للمادة 141 فالإبقاء على نص المادة بهذه الكيفية يجعل منح التأشيرة أمراً مقضياً²⁶⁸.

كما تختص اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية أخذاً بعين الاعتبار السقف المالي، إذ ميز المشرع بين صفقات الدراسات والخدمات، فكل صفقة دراسات يقل مبلغها عن 20.000.000 دج يعقد الاختصاص بشأنها إلى اللجنة البلدية والأمر نفسه بالنسبة لصفقات الخدمات التي يقل مبلغها عن 50.000.000 دج وأن يقل السقف المالي لصفقة الأشغال أو اقتناء اللوازم عن 200.000.000 دج²⁶⁹.

يتوج عمل اللجنة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال 20 يوماً من تاريخ ايداع الملف لدى كتابة ضبط اللجنة وهذا ما نصت عليه المادة 141 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236. كما تتولى اللجنة البلدية للصفقات دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة²⁷⁰.

وفي حال ثبوت التجاوز يمكن للجنة الصفقات إلغاء المنح المؤقت وفي هذه الحالة أوجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 خضوع إلغاء المنح المؤقت للموافقة المسبقة للوالي.

وعند ربط مقتضيات المادة 134 والمادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يتبين أن المشرع أضاف لاختصاص اللجنة البلدية اختصاصاً جديداً يتعلق بدراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة خارج صفقات البلدية، وهذا بعد توافر معيارين هما المعيار العضوي والمالي يضاف إليهما معيار النطاق الجغرافي أو الاختصاص الإقليمي.

268- أد. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 256.

269- المادة 136 بعد تعديلها بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

270- أنظر المادة 114 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

- **المعيار العضوي:** حتى يعقد اختصاص اللجنة البلدية بدراسة طعن خارج إطار صفقات البلدية وجب أن تكون الجهة المعنية بالصفقة والطعن هي:
- مؤسسة عمومية على اختلاف أنواعها المحددة في المادة 2 وهي المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع التقني،
- مركز بحث والتنمية وطني،
- مؤسسة عمومية اقتصادية،
- مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بعد توافر شرط التمويل الكلي من خزينة الدولة.

- **المعيار المالي:** حتى يعقد الاختصاص للجنة البلدية بدراسة الطعون الناتجة عن اختيار المتعاقد بخصوص هذا النوع من المؤسسات يتعين أن يكون في الحدود المبينة في المادة 136 أعلاه.

- **المعيار الجغرافي:** قد أشار المشرع في نص المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية إلى "... وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات المعنية والطبيعة الجغرافية للمؤسسة"، وهو ما يعني أن الاختصاص بالنظر في الطعن الناتج عن المنح المؤقت للصفقة لا ينعقد للجنة البلدية إلا في حدود المؤسسات الموجودة في نطاقها الجغرافي.

غير أن المؤسسات الموجودة في النطاق الجغرافي منها ما يكتسي طابع المؤسسة الوطنية أو مركز بحث وتنمية وطني، فكيف يمكن عرض طعن يخص مؤسسة وطنية على لجنة بلدية²⁷¹؟!

رابعاً - رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

أنط المشرع إلى اللجنة الولائية²⁷² رقابة الصفقات على المستوى الولائي، فعهد إليها دراسة مشاريع دفاتر الشروط (1)، دراسة مشاريع الصفقات (2) ودراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة (3).

271- أ.د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 258، 259.

272- قبل تعديل قانون الولاية كان للوالي دور في الرقابة على الصفقات التي تبرمها الولاية وكذا المؤسسات العمومية الواقعة تحت وصايتها مراعاةً للسقف المالي المحدد في المادة 136 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

1. دراسة مشاريع دفاتر الشروط

طبقاً للمادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تتولى اللجنة الولائية للصفقات دراسة مشاريع الصفقات المتعلقة بالمناقصات، قبل إعلان المناقصة خلال مدة حددتها المادة نفسها وهي 45 يوماً وينتج عنها صدور مقرر التأشيرة وتكون صالحة لمدة 3 أشهر، فإذا انقضى الأجل يتعين على المصلحة المتعاقدة عرض الملف من جديد على لجنة الصفقات. ويعقد الاختصاص لهذه اللجنة متى توافر المعيارين العضوي والمالي.

- **المعيار العضوي:** حتى ينعقد الاختصاص لرقابة اللجنة الولائية للصفقات وجب أن تكون الإدارة المعنية بالصفقة إما:
- الولاية.

- الصفقات العمومية التي تبرمها البلدية ضمن حدود مالية خارجة عن اختصاص اللجنة البلدية للصفقات.

- الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات المحلية ضمن الحد المالي الذي يخرج عن اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسة المحلية.

- الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح غير الممركزة للدولة ويتعلق الأمر هنا بالمديريات التنفيذية الموجودة على مستوى الولاية.

- **المعيار المالي:** إلى جانب المعيار العضوي وجب توافر المعيار المالي المبين في المادة 136 بعد التعديل، وذلك حسب نوع كل صفقة من الصفقات الآتية:

- **بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات:** حتى ينعقد الاختصاص إلى اللجنة الولائية ينبغي

أن يكون السقف المالي لصفقة الدراسات يساوي أو يفوق 20.000.000 دج²⁷³ و 50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات²⁷⁴.

في حين يختلف السقف المالي بالنسبة للصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على النحو المبين في نص المواد 146-147-148 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

- **بالنسبة لصفقات الأشغال:** حتى يتقرر اختصاص اللجنة الولائية في دراسة مشاريع

دفاتر الشروط الخاصة بصفقات الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة، ينبغي أن تكون العتبة

273- بالنسبة لصفقات الدراسات لم يتغير السقف المالي سواء قبل أو بعد التعديل.

274- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي يساوي أو يفوق 20.000.000 دج.

المالية لصفقة الأشغال يساوي أو يقلّ عن 1.000.000.000 دج²⁷⁵، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة وما زاد عن هذا الحد يدخل في اختصاص اللجنة الوطنية.

-**بالنسبة لصفقات اللوازم:** حتى يتقرر اختصاص اللجنة الولائية بالنسبة لهذا النوع من الصفقات ينبغي أن يكون السقف المالي يساوي أو يقل 300.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة²⁷⁶.

-**بالنسبة لصفقات الخدمات:** حتى يتقرر اختصاص اللجنة الولائية بالنسبة لصفقات الخدمات ينبغي أن يكون السقف المالي للصفقة يساوي أو يقل عن 200.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة²⁷⁷.

-**بالنسبة لصفقات الدراسات:** فكل صفقة دراسات يقل مبلغها أو يساوي 60.000.000 دج وكل مشروع ملحق بها يخضع قانوناً لاختصاص اللجنة الولائية للصفقات²⁷⁸.

2. **دراسة مشاريع الصفقات:** لا تتوقف اختصاصات اللجنة الولائية للصفقات عند دراسة مشروع دفتر الشروط الخاص بالمناقصة والمصادقة عليه بل تمتد لمشروع الصفقة في حدّ ذاته.

تجد سلطة الرقابة هذه أساسها القانوني في مواد كثيرة²⁷⁹ أهمها المادة 136 "تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة التي تساوي مبلغها أو يقل عن المستويات المحددة في المواد 146 و 147 و 148 و 148 مكرر".

3. **دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت:** أفضل إجراء جاء به المرسوم الرئاسي رقم 250-02 هو استحداثه لآلية جديدة تمثلت في المنح المؤقت للصفقة.

275- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي محدد بـ 600.000.000 دج.

أنظر المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

276- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي محدد بـ 150.000.000 دج، أنظر المادة

147 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

277- في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كان السقف المالي محدد بـ 100.000.000 دج

أنظر المادة 148 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، من المرسوم السابق الإشارة إليه.

278- صفقات الدراسات هي الصفقات الوحيدة التي لم يرفع سقفها المالي بعد التعديل.

279- المواد 130 و 131 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليثبت هذا الإجراء نظراً لأهميته في المادة 130 منه التي جاء فيها "تقدم لجنة الصفقات مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها وتقدم رأياً حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة".

وجاءت المادة 114 تحت عنوان "تسوية المنازعات" أين اعترف المشرع لكل متعهد الطعن في نتائج اختيار المصلحة المتعاقدة²⁸⁰.

فالإعلان عن اختيار المتعامل المتعاقد لايعني بحال من الأحوال غلق ملف المناقصة، بل يجوز طبقاً للمادة 114 أن يرفع طعناً أمام اللجنة الولائية للصفقات وهذا خلال 10 أيام من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت وتتولى اللجنة المذكورة دراسة الطعن خلال مدة 15 يوماً.

بالربط بين مقتضيات المادة 134 والمادة 114 يتبين أن المشرع أضاف للجنة الولائية للصفقات اختصاصاً جديداً يتعلق بدراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة المتعلقة بالمؤسسات والجهات المذكورة في المادة 134 لكن هذا بعد توافر معيارين العضوي والمالي.

- **المعيار العضوي:** حتى يعقد اختصاص اللجنة الولائية بدراسة طعن خارج إطار صفقات الولاية، وجب أن تكون الجهة المعنية بالصفقة أو المطعون ضدها هي إما:

- مؤسسة عمومية على اختلاف أنواعها المحددة في المادة 2 وهي المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع التقني.

- مركز بحث وتنمية وطني.

- مؤسسة عمومية اقتصادية.

- مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بعد توافر شرط التمويل الكلي أو الجزئي من قبل خزانة الدولة²⁸¹.

- **المعيار المالي:** حتى يعقد الاختصاص للجنة الولائية بدراسة الطعون الناتجة عن اختيار المصلحة المتعاقدة أو الطعون الناتجة عن المنح المؤقت لا يكفي توافر المعيار العضوي فحسب، بل لابد من توافر المعيار المالي، وذلك في ألا يتجاوز السقف المالي لصفقات الأشغال واللوازم

280- أ.د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 266.

281- وهي الهيئات الوارد ذكرها في نص المادة 134 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

والخدمات والدراسات تلك الحدود المرسومة في المواد 146-147-148 المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

الفرع الثاني

الرقابة على الصفقات العمومية المركزية

نظراً لأهمية الرقابة على الصفقات العمومية جهود المشرع ومساغيه لم تتوقف على تقرير رقابة محلية، فوجود مشاريع ضخمة تقوم بها هيئات على المستوى المركزي خاصة وأن هذه الصفقات أكثرها عرضة للفساد، أدّى إلى ضرورة إيجاد نظام رقابي مركزي تقوم به لجان أنشئت لهذا الغرض، تتمثل في لجنة صفقات الهيئات الوطنية المستقلة (أولاً) واللجان الوزارية بالنسبة لصفقات الوزارات المختلفة (ثانياً)، كما أن هناك مشاريع ذات أهمية وطنية تصرف فيها أموال ضخمة، فلا يعقل أن تبقى هذه المشاريع دون رقابة، لذا عمل المشرع على إنشاء لجنة وطنية للرقابة على الصفقات العمومية، وتمّ تدعيم عمل هذه اللجنة بإحداث لجنتين وطنيتين كل واحدة منها تختصّ بمجال من مجالات الصفقات العمومية لضمان فعالية هذه اللجان الوطنية (ثالثاً).

أولاً - رقابة لجنة الصفقات الخاصة بالهيئات الوطنية المستقلة:

لم يرد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ذكر القائمة الكاملة للجنة صفقات الهيئة المستقلة واكتفت المادة 128 بالاعتراف لمسؤول الهيئة المستقلة بالإعلان عن تشكيلة اللجنة، حيث جاء فيها "ويحدد مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه تشكيلة لجنة الصفقات الموضوعة لدى المؤسسة المعنية...".

يعود اختيار أعضاء لجنة صفقات هذه الهيئة لمسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، كأن يتعلق الأمر برئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي فهؤلاء جميعاً يملكون طبقاً للمادة 128 حق اختيار أعضاء لجنة الصفقات ولعل سر الاعتراف لرئيس الهيئة بهذا الامتياز نظراً لمكانة الهيئة في حد ذاتها ضمن هيكل الدولة ولخصوصيتها كونها لا تخضع لوصاية معينة.

تختص اللجنة كباقي لجان الصفقات الأخرى بدراسة دفاتر شروط مناقصات الهيئة المستقلة، كما تختص بدراسة ملف المناقصة وتمنح على اثرها التأشير وعلى غرار الاختصاص المنوط لباقي لجان الصفقات تتولى دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت.

- غير أن تولي اللجنة لهذه الاختصاصات مرهون بتوافر المعيارين العضوي والمالي.
- **المعيار العضوي:** فلا يعقد الاختصاص للجنة إلا إذا كان الطرف المعني بالصفقة أو الخاضع للرقابة الخارجية هو هيئة وطنية مستقلة كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي.
- **المعيار المالي:** أما عن الحد المالي المطلوب لعقد الاختصاص لهذه اللجنة فقد أحالتنا المادة 128 إلى المادة 133 وهذه الأخيرة أحالتنا للمواد 146 و 147 و 148 المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23.
- **بالنسبة لصفقات الأشغال:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على هذه اللجنة عن 1.000.000.000 دج²⁸².
- وبتعبير آخر إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور، فالصفقة تدخل في اختصاص لجنة صفقات الهيئة المستقلة، كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.
- **بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة اللوازم المراد عرضها على لجنة صفقات الهيئة المستقلة عن 300.000.000 دج²⁸³، بمعنى إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور فالصفقة من اختصاص اللجنة، كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.
- **بالنسبة لصفقات الدراسات:** ينبغي أن لا يفوق سقفها المالي عن 60.000.000 دج أي إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يقل عن المبلغ المذكور، فالصفقة من اختصاص الهيئة كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.
- **بالنسبة لصفقات الخدمات:** ينبغي أن لا يفوق سقفها المالي عن 200.000.000 دج لعرضها لرقابة اللجنة، ومازاد عن هذا السقف يجعل الصفقة من اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات العمومية²⁸⁴.

282- أنظر المادة 146 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

283- أنظر المادة 147 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

284- أنظر المادة 148 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

ثانياً - رقابة اللجنة الوزارية للصفقات العمومية:

تجسدت سياسة الرقابة على المستوى الوزاري في سقف مالي معين لبعض الصفقات وهو ما نصّت عليه المادة 119 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 التي أحدثت لجنة وزارية للصفقات العمومية على مستوى كل وزارة²⁸⁵.

إنّ السؤال الذي يطرح في هذا المقام هل تتشكل هذه اللجنة حتى على مستوى الوزارات المنتدبة وكتابات الدولة على مستوى الحكومة المكلفة ببعض القضايا الهامة؟

لقد نصت المادة 2 فقرة 2 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-157²⁸⁶ أنها تخضع للوزارة التابعة لها تحت توجيهات الوزير والمشرع بفعله هذا يكون قد أحسن صنعاً لأنه لا يعقل أن تبقى الاعتمادات المالية الضخمة للوزارات المنتدبة دون رقابة.

لا تبتعد اللجنة الوزارية للصفقات العمومية عن باقي لجان الصفقات الأخرى، إذ تصادق على مشاريع دفاتر الشروط الخاص بالمناقصات التي تدخل نطاق اختصاصها (1) كما تتولى دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت (2).

1. المصادقة على مشاريع دفاتر الشروط

بعد وضع دفتر الشروط من المصالح المتعاقدة يتضمن المواصفات التقنية المتعلقة بتنفيذ المشروع، تتولى بعدها اللجنة الوزارية للصفقات دراسة مشروع دفتر شروط المناقصة قبل نشر الإعلان في أجل 45 يوماً من ايداع المشروع لدى كتابة اللجنة وتصدر في حال الموافقة مقرر التأشير يكون صالحاً لمدة 3 أشهر من توقيعها، وإذا انقضى هذا الأجل تعرض دراسة دفاتر الشروط من جديد على لجنة الصفقات الوزارية.

2. دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت

على غرار الاختصاص المنوط بباقي لجان الصفقات تتولى اللجنة الوزارية دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت للصفقة وفق القواعد المشار إليها في المادة 114 من تنظيم الصفقات العمومية وحتى تمارس اللجنة هذا الاختصاص وجب توافر المعيار العضوي والمالي.

285- كما أخذ القانون الفرنسي بنظام اللجان الوزارية المشتركة ومن بين أهم اللجان اللجنة الوزارية المشتركة للبناء والهندسة المدنية، لجنة الإعلام الآلي، لجنة الإلكترونيك.

لمزيد من التفصيل أنظر: علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 62.

286- مرسوم تنفيذي رقم 92-157، مؤرخ في 21 أبريل 1992، المتضمن تنظيم المصالح الخاصة بكتاب الدولة لدى الوزير، ج ر عدد (30)، بتاريخ 1992.

- **المعيار العضوي:** حتى تمارس اللجنة الوزارية رقابتها وجب أن تكون الجهة المعنية هي الوزارة، فالوزارة معنية بالدخول في روابط عقدية وإبرام الصفقات العمومية حسب نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية.

- **المعيار المالي:** حتى تمارس اللجنة الوزارية للصفقات رقابتها وجب إلى جانب توافر المعيار العضوي، أن يتوافر المعيار المالي في حدود المبالغ المذكورة في المواد 146-147-148 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حسب ما هو مبين كآلاتي:

- **بالنسبة لصفقات الأشغال:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على لجنة الصفقات الوزارية عن 1.000.000.000 دج بمعنى أن يكون مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور كما يعود للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106²⁸⁷.

- **بالنسبة لصفقات اقتناء اللوازم:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة اقتناء اللوازم المراد عرضها على اللجنة عن 300.000.000 دج بمعنى أن مبلغ الصفقة يساوي أو يقل المبلغ المذكور.

كما يعود دائماً للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية²⁸⁸.

- **بالنسبة لصفقات الدراسات:** ينبغي أن لا يفوق السقف المالي لصفقة الدراسات المراد عرضها على اللجنة الوزارية عن 60.000.000 دج، كما يعود دائماً للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة في المادة 106.

- **بالنسبة لصفقات الخدمات:** ألا يفوق السقف المالي لصفقة الخدمات المراد عرضها على اللجنة الوزارية عن 200.000.000 دج أي أن يكون مبلغ الصفقة المراد عرضها على اللجنة يساوي أو يقل المبلغ المذكور، كما أن للجنة سلطة مراقبة ملاحق الصفقات العمومية ضمن الحدود المبينة دائماً في صلب المادة 106²⁸⁹.

287- أنظر المادة 146 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

288- أنظر المادة 147 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، سابق الإشارة إليه.

289- أنظر المادة 148 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

يتضح من خلال الربط بين مقتضيات المادة 134 والمادة 114 أن المشرع أضاف لاختصاص اللجنة اختصاصاً جديداً، يتعلق بدراسة الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة خارج إطار صفقات الوزارة، وذلك بخصوص صفقات:

- المؤسسات العمومية الوطنية على اختلاف أنواعها الواردة في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع التكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي،
- مركز بحث وتنمية وطني،
- مؤسسة عمومية اقتصادية،

يتحدد اختصاص اللجنة بالنظر في طعون هذه الهيئات وفق السقف المالي نفسه المشار إليه أعلاه.

يكنم الاختلاف فقط في المعيار العضوي وفي جانب معين من اختصاص اللجنة الذي يخص الطعون الموجهة ضد اختيار المصلحة المتعاقدة.

غير أنّ هناك صفقات ذات أهمية كبرى لدرجة أنّ عبر عنها المشرع بالصفقات ذات الأهمية الوطنية، هذا النوع من الصفقات هو من اختصاص لجنة أو لجان ذات مستوى أعلى نظراً لضخامة سقفها المالي وهو ما سوف يتمّ التعرض له من خلال رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية.

ثالثاً - رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية:

تنبه المشرع الجزائري منذ بداية الاستقلال إلى أن الصفقات العمومية ذات البعد الوطني والأهمية الاقتصادية يجب أن تخضع لنظام رقابي مركزي فعال.

كان أول حديث عن هذه الرقابة منذ سنة 1964 أي حتى قبل إصدار أول تنظيم للصفقات العمومية في الجزائر، وتم تجسيد ذلك بإنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية بموجب مرسوم رقم 64-103 المؤرخ في 26 مارس 1964.

الغريب في الأمر أن هذه اللجنة رغم أهميتها تتمتع برأي استشاري، ولما تم إعادة تنظيم هذه اللجنة بمناسبة إصدار الأمر رقم 67-90 حافظ المشرع على الطابع الاستشاري لرأي اللجنة، وتبين ذلك باستقراء نصوص المواد 123-124-125 من الأمر رقم 67-90²⁹⁰.

290- علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص78.

تغير الوضع بتفطن المشرع لهذا الإشكال وعلى إثرها أصبحت اللجنة الوطنية وليس اللجنة المركزية للصفقات متمتعة بالصفة التقريرية، وذلك بمجرد صدور مرسوم رقم 82-145 الذي أعاد تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.

يلاحظ أن كل تعديل يمس تنظيم الصفقات العمومية إلا وأحدث المشرع بموجبه لجنة وطنية للرقابة على الصفقات في مجال معين، فكان إحداث أول لجنة وطنية للرقابة على الصفقات بموجب المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي تنص "تحدث لجنة وطنية للصفقات"، ولتقل المهام الملقاة على عاتقها قام المشرع بإحداث لجنة أخرى ليصبح هناك لجنتين وطنيتين لكل منهما مجال اختصاص خاص بها²⁹¹.

ويأتي المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بلجنة وطنية أخرى وهو ما أكدته صراحة نص المادة 142 التي تنص "تحدث اللجان الوطنية للصفقات الآتية:

-اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال،

-اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم،

-اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات".

واضح من نص المادة أن تنظيم الصفقات لم يتضمن في حقيقته إحداث لجنة وطنية جديدة، وإنما الوصف الدقيق للأمور يبين أن تقل المهام الموكلة لهذه اللجان الوطنية حتم تفكيك مهام اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات المحدثة، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 إلى لجنة وطنية لصفقات اللوازم ولجنة أخرى لصفقات الدراسات والخدمات، وهذا الأمر إنما يدل على حرص المشرع الواضح والأكيد على تفعيل دور أجهزة الرقابة.

نصت المادة 143 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على المحاور الكبرى لاختصاصات اللجان الوطنية للصفقات²⁹² بنصها "تمثل صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات فيما يأتي:

291- وهو ما نصت عليه المادة 28 المعدلة لأحكام المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 "تحدث لجنتان وطنيتان للصفقات:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.

- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات".

292- الملاحظة نفسها التي سجلناها بخصوص لجنة الصفقات الوزارية نعيدها بالنسبة للجان الوطنية ومفادها أن المشرع بدأ بذكر اختصاصات اللجان الوطنية قبل الإعلان عن تشكيلتها، فالمواد من 142 إلى 148 كلها تتضمن اختصاصات اللجان الوطنية ليبدأ الحديث عن التشكيلة ابتداءً من نص المادة 149، فكان أفضل من الناحية المنهجية=

- تساهم في إعداد تنظيم الصفقات العمومية،

- تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية".

المفروض أن إنشاء اللجان الوطنية للصفقات قد جاء لرقابة الصفقات ذات الأهمية الوطنية، وإلا فما الفائدة من إنشائها وما هو الفرق بين هذه اللجان واللجان البلدية والولائية والوزارية؟!

لذا كان على المشرع عند تحديده للإطار العام أن يعبر بأن اختصاص هذه اللجان يخص الصفقات ذات الأهمية الوطنية، وذلك لتحديد مجال تدخل كل لجنة من لجان الصفقات العمومية.

كما يعاب على المشرع أن اللجان الوطنية قد وجدت من أجل رقابة أهم الصفقات، وهي الصفقات الوطنية فلما يضاف إلى جدول أعمالها مهمة مساعدة المصالح المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية، وهي المهمة التي جاء بها المشرع بعد تعديل نص المادة 143 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، فالمهام الثقيلة الملقاة على عاتق اللجان الوطنية لاتحتمل إضافة مهام أخرى غير الرقابة وإلا خرجت عن إطار الفعالية والفاعلية.

وفي سبيل تحقيق الأهداف الكبرى المنصوص عليها في المادة 143 جاءت المادة 144 لتحديد المهام التي تقوم بها هذه اللجان وتتمثل في:

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط التي تتدرج ضمن اختصاصها وهي المهمة التي تخص بها كل لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها.

- دراسة مشاريع الصفقات والملاحق التي تتدرج ضمن اختصاصها²⁹³.

- دراسة الطعون التي تتدرج ضمن اختصاصها التي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو التراضي بعد الاستشارة.

- دراسة الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة وهي المهمة التي خص بها المشرع الصفقات الوطنية دون اللجان الأخرى.

=وسياق النصوص وترتيبها أن يبدأ المشرع بالحديث عن التشكيلة أولاً ثم الاختصاصات ثانياً والملاحظة ذاتها نوجهها لعنوان القسم الفرعي الثاني من القسم الثاني من الباب الخامس "اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وتشكيلها".

293- الأصل أن الملاحق لا تخضع للرقابة إلا في حدود ما نصت عليه المادة 106.

يتضح بعد مقارنة نص المادة 144 قبل وبعد التعديل أنه لم يعد من مهام اللجان الوطنية إمكانية إخطارها بالصعوبات الناجمة عن تنفيذ قراراتها.

كما لم يعد من مهام هذه اللجان السهر على التطبيق الموحد للقواعد المقررة في تنظيم الصفقات العمومية.

الواضح أن المشرع حصر مهام اللجان في الرقابة لا غير وهو أمر يتعارض والاطار العام المحدد في صلب المادة 143 المشار إليها أعلاه.

على خلاف ما تم ذكره بالنسبة للجان المكلفة بالرقابة التي يتحدد اختصاصها وفقاً لمعيار عضوي ومالي، فنوع الصفة يلعب دوراً هاماً في تحديد اختصاص هذه اللجان، وهو ما يفسر تقسيمها إلى ثلاثة لجان وطنية.

- **المعيار العضوي:** تملك اللجان الوطنية للصفقات العمومية دون سواها اختصاصاً عضوياً واسعاً، يشمل جميع الإدارات والمؤسسات المذكورة في نص المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما يتماشى وتسميتها ويتعلق الأمر بـ:

- الإدارات العمومية،

- الهيئات الوطنية المستقلة،

- الولايات،

- البلديات،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

وهي أشخاص القانون العام تخضع تقليدياً لتنظيم الصفقات العمومية يضاف إليها:

- مراكز البحث والتنمية،

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

- **المعيار المالي:** لا ينعقد اختصاص اللجان الوطنية للصفقات إلا بتوافر الحد المالي

المطلوب المنصوص عليه في المواد 146-147-148.

فحسب المادة 146 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فإن اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال تتولي في مجال الرقابة البت في:

- كل صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار 1.000.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد في نص المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

كما حددت المادة 147 مجال اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم وذلك في:

- كل صفقة لوازم يفوق مبلغها ثلاث مئة مليون دينار 300.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستوى المحدد في المادة 106 من تنظيم الصفقات أو أكثر.

كما حددت المادة 148 اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات دائماً في مجال الرقابة البت في:

- كل صفقة دراسات يفوق مبلغها ستين مليون دينار 60.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

- كل صفقة خدمات يفوق مبلغها مائتين مليون دينار 200.000.000 دج، وكذا كل ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106 من تنظيم الصفقات العمومية.

- كل ملحق يرفع المبلغ الأصلي لصفقة دراسات أو خدمات إلى المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر.

تلك هي اختصاصات لجان الصفقات الوطنية في سبيل تحقيق أهم دور وجدت من أجله وهو الدور الرقابي.

إلا أن لهذه اللجان مهام أخرى لا تقل أهمية تتعلق بمجال التنظيم، إذ تعتبر اللجان الوطنية

للصفقات مصدراً هاماً من مصادر التنظيم في الجزائر، ترتقي آرائها ومقرراتها إلى درجة التنظيم وفي سبيل تحقيق ذلك تقوم اللجان الوطنية بالمهام الآتية:

- اقتراح أي إجراء من شأنه تحسين ظروف إبرام الصفقات العمومية.
- إعداد واقتراح نظام داخلي نموذجي يحكم عمل لجان الصفقات العمومية حسب مقتضيات المادتين 140 و 156 من تنظيم الصفقات العمومية²⁹⁴.

نظراً لأهمية الصفقات العمومية ولخطورتها على المال العام وباعتبارها أحد أهم مجالات الفساد، فيتم إخضاعها لمختلف أشكال الرقابة على اختلاف مستوياتها ودرجاتها وصولاً إلى أعلى مستوى حماية للصفقة العمومية ووقاية لها من الفساد ومن ثمة الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية.

أساس هذه الرقابة وغايتها هو تقادي أي إخلال يمكن أن يشوب أي إجراء من إجراءات إبرام الصفقات العمومية أو أي مبدأ من مبادئها.

ورغم اختلاف هذه اللجان في مستوياتها وكيفية تشكيلها ومجال اختصاصها يتوج عملها بمنح أو رفض التأشيرة، إذ تعتبر اللجان الوطنية والقطاعية وكل لجان الرقابة الخارجية مركز اتخاذ القرار²⁹⁵ فيما يخص الصفقات الداخلة في اختصاصها وتسلم لهذا الغرض تأشيرة.

فالتأشيرة هي المعبرة عن إرادة اللجنة وهي المتوجة لعملها، وهو ما أكدت عليه المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمبدأ ذاته أكدت عليه المادة 155 بالنسبة للرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية والقطاعية.

هذه التأشيرة إجبارية أي على المصلحة المتعاقدة أن تطلبها، وتبعاً لذلك يكون للجان الرقابة المختصة أن تمنحها كما يمكنها أن ترفضها²⁹⁶.

294- فعلاً مارست اللجان الوطنية للصفقات دورها التنظيمي فصادقت على النظام الداخلي النموذجي للجان الوطنية ولجان صفقات المصلحة المتعاقدة وصدر هذا النظام بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2011-118، مؤرخ في 16 مارس سنة 2011، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج ر عدد (16)، بتاريخ 13 مارس 2011.

نقلاً عن أد. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 298.

295- كما اعترفت المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118 سالف الذكر، بأن لجان الصفقات العمومية هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات فلها أن تمنح التأشيرة كما لها أن ترفضها.

أما عن مدة منح التأشيرة فتختلف بين اللجان الوطنية ولجان الرقابة الخارجية الأخرى 20 يوماً بالنسبة لهذه الأخيرة، و45 يوماً بالنسبة للجان الوطنية²⁹⁷، ويمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة.

فتكون موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة.

لكن السؤال المطروح ما المقصود بشكل الصفقة ؟ فهل المقصود هو طريقة إبرامها ؟ أو إجراءات سيرها ؟ لم يوضح المشرع هذه المسألة ولم يحدد المقصود بشكل الصفقة، وفي جميع الحالات يجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية والسلطة الوصية عليها بالقرارات وذلك بعد 8 أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة وهو ما أكدته صراحةً نص المادة 165 فقرة 4 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الرابعة من نص المادة 165 يتضح أن منح التأشيرة أو رفضها يكون بقرار صادر عن اللجان المختصة.

وهكذا تتوج أعمال لجان الصفقات على اختلاف مستوياتها بمنح التأشيرة أو رفضها على أن يكون هذا الرفض معللاً إما بمخالفة التنظيم أو التشريع.

فإذا كان رفض التأشيرة معللاً²⁹⁸ بمخالفة الأحكام التنظيمية فيمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتجاوز به بمقرر معلل²⁹⁹.

أما إذا كان قرار رفض التأشيرة معللاً بمخالفة الأحكام التشريعية يصبح قرار لجنة الصفقات المختصة نهائياً ويحدث أثراً بذاته، لأنه لا يمكن تجاوزه وينتج عن قرار الرفض إيقاف تنفيذ الصفقة وسحب المشروع من المصلحة المتعاقدة.

وهو أمر خطير فلماذا أنشأت أصلاً هذه اللجان مادام بإمكان تجاوز قراراتها والأمر

296- محمدي بدر الدين، "الدور الرقابي للجنة البلدية للصفقات"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و19 أبريل 2012، ص12.

297- في حين كانت مدة منح التأشيرة بالنسبة إلى اللجان الوطنية محددة بـ 30 يوماً في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 أنظر المادة 134 منه.

298- التعليل أمر مطلوب إذ كيف نثبت حالة تجاوز ملف الصفقة للتشريع و/ أو التنظيم دون تعليل من اللجنة المختصة وذلك للكشف عن وجه المخالفة بدقة ووضوح.

299- أنظر المادة 170، 172 من أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

المثير للدهشة أن المشرع لم يستدرك ذلك حتى في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23. فرفض لجنة الصفقات منح التأشيرة يعني بوضوح أن هناك مخالفة للتشريع أو التنظيم الجاري العمل به.

فلا يمكن للجنة وهي من عهد إليها التنظيم حماية القواعد التشريعية والتنظيمية أن تسمح بتجاوز التشريع أو التنظيم، لذلك جاءت المادة 165 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118، لتشير بوضوح أن أي مخالفة للتشريع و/ أو التنظيم يشكل سبباً كافياً لرفض التأشيرة.

لأن هذه اللجان إنما الغاية من إحداثها هو الرقابة السابقة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، هذه الإجراءات جاء النص والتأكيد عليها في تنظيم الصفقات العمومية وهو نص تنظيمي.

لا شك أن صياغة هذه المادة يتعارض مع مبدأ دولة القانون الذي يلزم هيئات الدولة على كل المستويات أن تحترم قوانين الدولة وتنظيماتها وتعمل على تطبيقها لا تجاوزها، ولإكتشاف الخلل الذي يعتري النص المتعلق بمقرر التجاوز يكفي الرجوع لنص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

وبعد استعراض مهام لجان الرقابة الخارجية على اختلاف مستوياتها تسجل الملاحظات الآتية:

- كل تعديل يمس تنظيم الصفقات العمومية إلا وعدّل المشرع بموجبه السقف المالي الذي على أساسه يتحدد اختصاص اللجنة من لجان الصفقات المختلفة، وذلك برفعه إلى مستويات كانت في الكثير من الأحيان بالضعف، هذا الأمر يؤدي إلى إفلات العديد من الصفقات من الرقابة على أساس أن سقفها المالي لم يصل بعد الحد المطلوب. ألا يعتبر المال المتعاقد به قلّ أو كثر مال عام يتعين حمايته، وذلك بإخضاعه لمختلف أشكال الرقابة؟!

- الإحالة الدائمة والمستمرة لنصوص المواد 146-147-148 أدى إلى تداخل الاختصاص، ولاسيما بين اختصاص اللجنة الولائية للصفقات واختصاص اللجنة الوزارية مادام السقف المالي واحد، فهذا سيؤدي دون شك إلى تنازع إيجابي ولم ينتبه المشرع لذلك التداخل عند إصدار المرسوم الرئاسي رقم 12-23. لحسن الحظ أن المشرع في المادة 114 أوجب على المصلحة المتعاقدة عند الإعلان عن المنح المؤقت ذكر لجنة الصفقات المعنية بالنظر في الطعن.

-تتحي الوالي عن رقابة الصفقات العمومية في ظل قانون الولاية الجديد، في حين إبقاءه كجهة مراقبة للصفقات من منظور تنظيم الصفقات العمومية.

فالرقابة الفعالة هي التي تكون على جميع المستويات وعلى جميع مراحل إبرام الصفقة وعلى جميع الصفقات التي تبرمها الأشخاص المنصوص عليها في المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

فالرقابة جزء لا يتجزأ من مبدأ الشفافية الذي يقتضي أن تكون إجراءات إبرام الصفقات العمومية واضحة مبنية على أسس المنافسة النزاهة، وإفلات أي إجراء أو أي صفقة أو أي شخص من الأشخاص المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية يفرغ الرقابة من محتواها، يؤدي إلى تجاوزات يمكن أن تلحق بالصفقة سواء في مرحلة الإبرام أو حتى في مرحلة التنفيذ.

الفرع الثالث

الوصاية أسلوب رقابي تكميلي على الصفقات العمومية

- الرقابة الوصائية -

تعتبر الرقابة إحدى الوظائف الأساسية، بل ومن أبرز عناصر الوظيفة الإدارية، تبرز الحاجة لها لضمان التنفيذ الفعال للخطط والبرامج ولضمان سير الأعمال بشكل منظم ومستمر وفي تقييم الأداء ومعالجة أوجه النقص، لذا فهناك ضرورة ملحة للعمل الرقابي بشكل دائم ومستمر.

إضافة إلى الرقابة الداخلية والخارجية هناك أنماط رقابية أخرى حماية للمال العام ولتقرير شفافية أكبر على عملية إبرام الصفقات العمومية ومن بين هذه الأساليب الرقابية نجد رقابة الوصاية³⁰⁰.

تمارس الرقابة الوصائية على الجهات الإدارية اللامركزية التي تتمتع بالاستقلالية لكن هذا الاستقلال لايعني الاستقلال التام بل تبقى تحت إشراف ووصاية الجهات المركزية.

يعود مصطلح الرقابة الوصائية في أصوله إلى قواعد القانون المدني، إذ يخص القصر وعديمي الأهلية لكن في المجال الإداري له مفهوم يختلف عن مفهومه في القانون الخاص،

300- يعود إدراج الرقابة الوصائية في إطار الرقابة الإدارية الخارجية لسببين:

- فهي رقابة خارجية لأنها تمارس خارج المصلحة المتعاقدة،

- وهي رقابة إدارية لأنها تمارس من هيئات إدارية.

فالوصاية الإدارية لا يرجع تقريرها إلى نقص أهلية الشخص اللامركزي وإنما تدل على الرقابة التي تمارسها الجهات الإدارية المركزية على أعمال وأشخاص وأجهزة الجماعات المحلية.

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن الرقابة الوصائية وإن كانت في الغالب تدور حول الصلة التي تربط الجهات الإدارية المركزية بالهيئات الإدارية اللامركزية حيث تعرف بأنها "الرقابة التي تمارسها الدولة على الهيئات والجهات اللامركزية" أو هي "رقابة المشروعية والملائمة على تصرفات وأعمال الجهات اللامركزية الإقليمية أو المصلحية بواسطة الجهات المركزية بغية الحفاظ على الصالح العام وتحقيق مبدأ المشروعية والملائمة على أعمال ونشاطات هذه الجهات ولا يمكن ممارسة هذا النوع من الرقابة إلا في حدود ما هو منصوص عليه في القوانين"³⁰¹.

فالرقابة الوصائية هي تلك الصلة أو الرابط القانوني بمقتضاه تتولى الجهات المركزية عمليات الإشراف والمتابعة على أعمال ونشاطات وحتى أشخاص وهيئات الجهات اللامركزية بغية الحفاظ على كيان الدولة السياسي والاقتصادي والاجتماعي³⁰².

وما يهم في هذا المقام هو استكمال وتفعيل أنظمة الرقابة في مجال الصفقات العمومية فإذا كانت الغاية من الرقابة الخارجية هو التأكد من إحترام قواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، فإن الغاية من الرقابة الوصائية يتمثل أساساً في التأكد من ملائمة الصفقات العمومية لأهداف الفعالية والاقتصاد وكذلك لبرامج وأولويات القطاع، وهي الرقابة التي تقوم بها الوصاية قبل البدء في تنفيذ الصفقة³⁰³.

فجعلها المشرع رقابة الملائمة، وعن كيفية ممارسة هذه الرقابة عملياً يكون بمراقبة شروط الصحة والنزاهة التي تم فيها تحضير وإبرام الصفقة العمومية، تسند هذه الرقابة إلى مفتشيات تنشأ خصيصاً بهدف تقييم ورقابة نشاطات الهيئات والأجهزة الموضوعة تحت الوصايا إذ تتأكد من تطبيق التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية.

وإذا أخذنا مثلاً عن الرقابة الوصائية فيجب على البلدية أن ترسل إلى الوالي الذي يلعب

301- LOMBARD Martine et DUMONT Grilles, Droit administratif, 6^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2005, P 144.

302- بوحنية قوي، بن ناصر بوطيب، "الرقابة الوصائية وأثارها على المجالس الشعبية البلدية في الجزائر وفي ضوء التجارب المقارنة"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و 19 أفريل 2012، ص 3.

303- وهو السبب الذي جعلنا نتناول هذه الرقابة ضمن أحكام الباب الأول الخاص بالتدابير الوقائية.

دورًا كبيرًا في الرقابة على أعمال الهيئات المحلية الملف الكامل للصفقة، بدءً من محضر التأشير على دفتر الشروط والإعلان عن المناقصة في الجرائد الوطنية والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وصولاً إلى التأشير الممنوحة من هيئات الرقابة الخارجية، وكذلك المدولة الخاصة بهذه الصفقة³⁰⁴.

تتضمن هذه المدولة مختلف المراحل التي مرت بها الصفقة فيتأكد الوالي من وجود النفقة المتعلقة بالصفقة، وفيما إذا تم حقاً منح المشروع للعارض الذي قدم أحسن أو أقل عرض حسب الحالة وللوالي مهلة 30 يوماً للمصادقة عليها والنقل في شرعيتها وصحتها، وينتج عن رقابة الوصاية إما:

- **المصادقة على الصفقة**³⁰⁵: وبالتالي ترجع المدولة إلى البلدية مصادق عليها من قبل الوالي ويتم تعليقها في مقر البلدية، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر أمراً بانطلاق الأشغال للمؤسسة التي تحصلت على الصفقة، ويبدأ من هذا التاريخ حسب آجال الإنجاز.

- **تصحيح الأخطاء**: إذا كانت المدولة أو ملف الصفقة يحوي بعض الأخطاء التي يمكن تداركها كونها لا تؤثر في مضمون الصفقة، كالأخطاء المادية مثلاً في هذه الحالة لا تتم إبطال المدولة وإنما تطلب الولاية من البلدية تصحيحها.

- **إبطال المدولة**³⁰⁶: هذا في حالة وجود مخالفة في المدولة سواء في الوثائق التعاقدية أو في إجراءات إبرام الصفقة يقرر الوالي على إثرها إبطال المدولة بقرار معلل.

304- MARCEAU Anne et VERPEAUX Michel, "Qui exerce le controle de légalité sur les actes des collectivités locale ?", **Revue Française de Droit Administratif**, N°1, Paris, 2001, P 129.

305- المصادقة عمل قانوني لاحق للعمل الذي قامت به الجهات اللامركزية ويقصد بها إفصاح الوالي صراحةً وكتابةً عن قبول المدولة وتصبح قابلة للتنفيذ من هذا التاريخ، وبالتصديق يتم إضفاء الصبغة الرسمية والشرعية لأعمال الجهات اللامركزية.

306- مداولات المجالس الشعبية البلدية مثلما يصادق عليها الوالي بإمكانه أيضاً الاعتراض عليها أو إلغائها أو إبطالها كلياً أو جزئياً وهنا نكون إما بصدد بطلان نسبي أو بطلان مطلق:

- البطلان المطلق: بالعودة إلى أحكام المادة 59 من قانون البلدية رقم 11-10 نجده حدد المداولات الباطلة بطلاناً مطلقاً وبقوة القانون وهي المداولات التي يكون فيها خرق صريح للدستور أو مخالفة القوانين والتنظيمات، فإن الوالي يصدر قراراً يقضي بإبطال هذه المداولات.

- البطلان النسبي: تناولت المادة 60 من قانون البلدية رقم 11-10 قابلية إبطال المداولات نسبياً في حالة ما إذا كانت تتعارض فيها مصلحة البلدية مع مصالح أحد الأعضاء بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو وكلاء حضرو المدولة التي تعالج الموضوع فإن هذه المداولات تكون باطلة ويثبت قرار البطلان من قبل الوالي.

لمزيد من التفصيل أنظر: بوحنية قوي، بن ناصر بوطيب، مرجع سابق، ص 11 و 12.

وإذا لم يصدر الوالي قراره في أجل ثلاثين يوماً، فإن المداولة تنفذ بحكم القانون³⁰⁷.

خصص المشرع لهذه الرقابة مادة واحدة على الرغم من أهميتها، وهي المادة 127 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وجعلها رقابة ملائمة تهدف إلى التحقق من مطابقة الصفقة العمومية لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرنامج والأسبقيات المرسومة، هذا ما يضمن المحافظة على المال العام من جهة ومن جهة أخرى تحقيق الديمقراطية المحلية.

تكون الرقابة على المجالس المنتخبة أكثر إلحاحاً بحكم أن الشخص المنتخب يسعى بكل ما يملك إلى إرضاء الناخبين أو سكان المنطقة ولو على حساب القانون أو التنظيم، لأنه رجل سياسي ومن حقه أن يسعى إلى إرضاء الفئة التي أكسبته الصفة الانتخابية أو الصفة الرئاسية على مستوى الهيئات المحلية³⁰⁸.

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد خصص مادة واحدة وهي المادة 127 وتخصيص مادة واحدة جعل هذه الرقابة غامضة، خاصة وأن مجال الصفقات العمومية هو مجال واسع وإجراءات الإبرام تتسم بالتعقيد، كما أن تنفيذ الصفقة يستوجب رقابة واضحة محددة المعالم لتفادي الانحرافات.

فلم يبين المشرع الجزائري أهداف رقابة الوصاية خاصة في مجال الصفقات العمومية، إذ لا يمكن اعتبار فكرة الوصاية على أعمال الإدارة مجرد إجراءات بيروقراطية أو روتينية، بل القصد منها ضمان سلامة ومشروعية سائر الأعمال الصادرة عن الإدارة.

من جهة أخرى لم يفصل المشرع الجزائري في مضمون هذه الرقابة ولا في الكيفية التي تتم بها هذا ما يجعلها مفرغة في هدفها، يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للرقابة الوصائية في قانوني البلدية والولاية لفهم هذا النوع من الرقابة.

307- جاءت المادة 56 من قانون البلدية رقم 11-10 بفكرة عامة مفادها أن مداولات المجالس الشعبية البلدية تعد نافذة بقوة القانون بعد مضي 21 يوماً من تاريخ إيداعها في مقر الولاية وهذا بصفة عامة.

أما بخصوص المواضيع التي جاءت بها المادة 57 فيطبق بشأنها المدة التي حددتها المادة 58 من القانون ذاته وهي 30 يوماً من تاريخ إيداع المداولة بمقر الولاية ونرجح إدخال المداولات المتعلقة بالصفقات العمومية في صلب المادة 57 لإرتباطها بمسائل تتعلق بالمال العام والصفة العمومية كما سلف الذكر المجال الخصب الذي يتم فيه صرف المال العام.

308- أ.د. بوضياف عمار، "الوصاية على أعمال المجالس البلدية في دول المغرب العربي، الجزائر-تونس-المغرب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، بجاية، 2010، ص 10.

كما أن المشرع لم ينص على إلزامية هذه الرقابة في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهذا سيؤثر بلا شك على التأكد من تحقيق الفعالية في مجال الصفقات العمومية³⁰⁹.

إن غياب إستراتيجية للرقابة الوصائية على الصفقات العمومية في ظل تنظيم الصفقات العمومية، من شأنه أن يحد من فعالية هذه الرقابة، فعدم تكريس آلية محددة تتعامل مع الصفقات العمومية وعدم وجود غطاء قانوني واضح لتنظيم هذه المسألة، سيؤدي لا محالة إلى الوقوع في التجاوزات³¹⁰.

فالرقابة آلية قانونية يتعين تفعيلها وتعميمها على مختلف هياكل الدولة ومؤسساتها وأجهزتها المنتخبة.

كما تجدر الإشارة أيضاً إلى عدم وجود أي تنسيق أو انسجام بين رقابة الوصاية ورقابة اللجان سواء الداخلية أو الخارجية، فتفعيل دور رقابة الوصاية في مجال الصفقات العمومية يتطلب التنسيق بين مختلف أوجه الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية³¹¹.

أكد المشرع في نص المادة 118 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أن كل الصفقات العمومية تخضع لمختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم، هذا النص يطرح مشكل تحديد الجهة الوصية المخولة بهذا النوع من الرقابة بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي أشخاص عامة تتمتع بالاستقلال المالي، خاصة وأن المادة 7 من قانون رقم 88-01³¹² نصت صراحة على أن

309- على عكس ما هو معمول به في ظل القانون المتعلق بالوقاية من الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية الفرنسي الصادر في 29-01-1993 إذ يستطيع الوالي أن يلغي في مدة 3 أشهر أعمال أو مداولات الجماعات المحلية في مجال الصفقات

العمومية. في هذا القانون تتضح مظاهر الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية ولمزيد من التفصيل أنظر:

DAUPHIN Laurent, Collectivités territoriales et expérimentation, thèses pour l'obtention du grade de docteur en droit publics, faculté de droit et des sciences économique, université de limoges, 2008, P 503.

Publié sur le site :

<http://www.unilim.fr>

310- موري سفيان، مرجع سابق، ص 49.

311-Rapport du gouvernement français au parlement sur le contrôle à posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux, 21^{ème} rapport, 2004, 2005, 2006, P 34. Publié sur le site :

<http://www.lesrapportes-ladocumentationfrancaise.fr>

312- قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (02)، بتاريخ 13 يناير 1988، ملغى جزئياً بأمر رقم 95-25، مؤرخ في 25 ديسمبر 1995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد (55)، بتاريخ 25 ديسمبر 1995، ملغى بموجب الأمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها، ج ر، عدد (47)، بتاريخ 2001.

المؤسسة العمومية الاقتصادية تلتزم وتتعاقد بكيفية مستقلة بواسطة أجهزتها المؤهلة لهذا الغرض، بمقتضى قانونها الأساسي طبقاً لقواعد التجارة والأحكام التشريعية المعمول بها في مجال الالتزامات المدنية والتجارية.

أما المؤسسات ذات الطابع الوطني فلا يوجد نص صريح يمكن اعتماده كمعيار لمعرفة الرقابة الوصائية وتحديد أساسها القانوني والجهة المخولة بممارستها.

لكن بالرجوع دائماً إلى القانون رقم 88-01 يُستشف أن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الوطنية يعود الاختصاص بشأنها للوزارة الوصية على قطاع نشاطها.

ولضمان نجاعة وفعالية أكبر تم استحداث لجان قطاعية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23، لذا جاء تعديل عنوان القسم الفرع الثاني من القسم الثاني من الباب الخامس بالشكل الآتي "اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وتشكيلها"، تختص هي الأخرى بالرقابة الخارجية على الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري على أساس أن هذه المؤسسات تتشط في قطاعات معينة.

والمعيار المالي المحدد لاختصاص اللجان القطاعية هو ذات المعيار المحدد لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

وحسب تنظيم الصفقات العمومية فاختصاص اللجان القطاعية يوقف اختصاص اللجان الوطنية والفاصل بين اختصاص هذه اللجان هو المعيار العضوي، أي عندما تكون الصفقة مبرمة من طرف مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تختص اللجان القطاعية في رقابة مدى مطابقة الصفقة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، في حين تختص اللجان الوطنية عندما تكون الصفقة مبرمة من طرف إدارة مركزية أو محلية فاق سقفها المالي حدود اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

كما يمكن أن تمارس رقابة الوصاية عند الانتهاء من تنفيذ الصفقة بعد التسليم النهائي للمشروع، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد تقرير تقييمي عن ظروف إنجاز المشروع وكلفته الإجمالية، يرسل هذا التقرير حسب نوعية النفقة الملزم بها إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية³¹³.

313 - OUCHEN Mohamed, "Pouvoirs de l'assemblée populaire de wilaya", Revue du Conseil d'Etat, N° 03, Alger, 2003, P 79.

المبحث الثاني

الرقابة السابقة للهيئات المالية على الصفقات العمومية

بعد أن تقطع الصفقة العمومية شوط الرقابة المستندية والثبوتية من طرف لجان الرقابة الخارجية على إختلاف مستوياتها.

وبعد أن تحظى الصفقة بتأشيرة هذه الهيئات، تبدأ مهام هيئات أخرى ذات طابع مالي لعل أهمها تلك التي تمارس قبل الالتزام بتسديد نفقة الصفقة العمومية وهي رقابة مسبقة تأخذ طابعا وقائيا³¹⁴ لكي لا تتحمل الخزينة العامة نفقات ناتجة عن صفقة غير مشروعة أو صفقة تجاوز اعتمادها المالي لما هو محدد في البرامج السنوية.

فهدف الرقابة لا يقتصر فقط على رقابة مطابقة النصوص التنظيمية والتشريعية المعمول بها، وإنما يتغير هدفها تبعا لمراحل حياة الصفقة العمومية ليوافق هذه المرة مرحلة أخرى من مراحل التعاقد التي تعتمد أساسا على المال العام لتنفيذ الصفقة المؤشر عليها من طرف لجان الصفقات المختصة وهو ما يتم في إطار ما يسمى بالرقابة المالية.

فالرقابة المالية هي تلك التي تقوم بها هيئات تم إنشاءها بقانون أو تنظيم تهدف إلى مطابقة العمل ذي الآثار المالية أو بمعنى أدق مطابقته لمختلف القواعد القانونية التي تحكمه.

وبتعبير آخر هو العمل الذي تقوم به الجهات المسؤولة ويشمل الملاحظة والمتابعة المستمرة للأداء المالي وقياس نتائجه ومؤشراته القياسية لتشخيص الانحرافات ووصف العلاج المناسب لتصحيحها³¹⁵.

وقد ارتبط مفهوم الرقابة على المال العام بتطور الأنظمة المالية والإدارية للدولة ولا يمكن الجزم أن هذه الرقابة قد ارتبطت بظهور الدولة الحديثة، بل لها امتدادات في التاريخ

314- تعتبر مرحلة هامة وحاسمة في تأدية الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه والمتمثل في تطبيق الميزانية تطبيقا تراعي فيه كافة قواعد الإنفاق المقررة وضمان تطبيق القوانين والقواعد التنظيمية والتحقق من الشرعية المالية للنفقات العمومية لذا أطلق عليها البعض اسم الرقابة الوقائية أو الرقابة المانعة أنظر في ذلك: رابح كريمة، بركان زهية، "وضع ديناميكية جديدة لتفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية (مراقبة ميزانية الجماعات المحلية)"، الملتقى الدولي حول تسيير وتمويل الجماعات المحلية في ضوء التحولات، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2010، ص 1.

315- نواف كعنان، الرقابة المالية على الأجهزة الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، د د ن، د م ن، 2010، ص 45.

القديم، وفي هذا الصدد يمكن ذكر تجربة الدواوين في الدولة الإسلامية في عهد عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)، وهكذا شهدت الرقابة تطورات نوعية لتأخذ شكلها الحالي.

وظهور هذا النوع من الرقابة في الدولة الحديثة كان نتيجة اتساع نطاق الأجهزة الإدارية وتعدد مجالاتها وزيادة عدد العاملين فيها، فكلما انتشر الفساد المالي ومحاولة الاغتناء السريع وسوء التدبير كلما برزت أهمية الرقابة الفعالة والصارمة على المال العام، من أجل صيانتها وتوجيه صرفه في الأوجه المحددة تحقيقاً للمصلحة العامة وترشيدها للنفقات العمومية.

لذا حظي موضوع الرقابة المالية على الأجهزة الإدارية باهتمام على المستويين الإقليمي والدولي، فعلى المستوى الإقليمي تضمنت دساتير وقوانين الدول قواعد تبين طبيعة العلاقة بين الرقابة المالية وسلطات الدولة، وعلى المستوى الدولي أنشئت لهذه الغاية منظمات إقليمية ودولية صدر عنها إعلانات دولية تضمنت مبادئ للرقابة المالية.

وباعتبار الجزائر أكثر الدول عرضة للفساد، عملت على تجسيد مختلف أشكال الرقابة، فبعد مرور الصفقة على مختلف أجهزة الرقابة الإدارية ويتوج عمل هذه الأخيرة بمنح التأشيرة، يأتي دور أجهزة الرقابة المالية يقوم بهذه الرقابة في التشريع الجزائري كل من المراقب المالي (المطلب الأول) والمحاسب العمومي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية

إن الرقابة على تنفيذ النفقة العامة، تمارس أساسا استنادا إلى قانون رقم 84-17 وكذا قانون رقم 90-21³¹⁶.

لكن ما ميّز هذه القوانين أنها كانت تحدّد الأوضاع العامة المطبقة في مجال تنفيذ النفقات والعمليات المالية للدولة وفروعها، لذا كان لابدّ من وضع نص قانوني ينظم الرقابة السابقة للعمليات المالية الملتزم بها.

لذا جاء المرسوم التنفيذي رقم 91-313³¹⁷ والمرسوم التنفيذي رقم 92-414³¹⁸ هذه

316- قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت سنة 1990، يتعلّق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد (35)، بتاريخ 1990.

317- مرسوم تنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، ج ر عدد (43)، بتاريخ 1991.

318- مرسوم تنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلّق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر عدد (82)، بتاريخ 1992.

القوانين حدّدت أدوار متجددة للمراقب المالي وللرقابة المالية ككل.

يمارس الرقابة المالية مراقبون ماليون بمساعدة مراقبون ماليون مساعدون، وهو ما جاء التأكيد عليه صراحة في نص المادة 4 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 التي جاء فيها "يمارس الرقابة المسبقة للنفقات التي يلتزم بها، المراقبون الماليون بمساعدة مراقبين ماليين مساعدين، طبقاً لأحكام هذا المرسوم وللقوانين الأساسية الخاصة التي تحكمهم...".

يقصد بالمراقب المالي ذلك الموظف التابع لوزارة المالية الذي يعين من قبل الوزير المكلف بالمالية وبذلك فهو خاضع لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-334³¹⁹ ودليل ذلك هو ما جاء في صلب المادة الثالثة من المرسوم ذاته التي جاء فيها "تعتبر أسلاكاً خاصة بالإدارة المكلفة بالمالية الأسلاك الآتية نكرها:

- سلك المفتشين،
- سلك المراقبين،
- سلك أعوان المعاينة،
- سلك مهندسي مسح الأراضي...³²⁰.

فمهمة المراقب المالي يمارسها موظف سامي تابع لوزارة المالية متواجد على مستوى كل الولايات للرقابة على تنفيذ النفقة العمومية.

تسمى رقابة المراقب المالي بالرقابة المالية وتدخل في إطار الرقابة القبلية للالتزام بالصفقة، فعلى مستوى كل ولاية نجد مراقبا ماليا³²¹ يتولى ممارسة مهامه تحت وصاية وزارة المالية.

يعتبر المراقب المالي المرشد والحارس على تنفيذ الميزانية، يقوم بإعلام المصالح

319- مرسوم تنفيذي رقم 90-334، مؤرخ في 27 أكتوبر سنة 1990، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، ج ر عدد (46)، بتاريخ 1990.

320- كما نصت المادة 60 من قانون رقم 90-21 على "يعين الأعوان المكلفون بممارسة وظيفة مراقبة النفقات المستعملة من قبل الوزير المكلف بالمالية" وهو الأمر الذي تضمنته أيضاً المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414.

321- كان يستحيل تعيين مراقب مالي على مستوى كل ولاية وحرصاً من الدولة على مراقبة شرعية تنفيذ الميزانية، صدر قرار عن وزير المالية والتخطيط سنة 1970 يوكل هذه المهمة إلى أمين خزانة الولاية لأن وجوده على المستوى المحلي يؤدي إلى التقليل من الأخطاء والتجاوزات.

بالأخطاء التي يرتكبها الأمرين بالصرف.

تظهر أهمية الرقابة التي يمارسها في مجال الصفقات العمومية في حمايتها من جميع التلاعبات، وبالتالي حماية المال العام وهذا من خلال التأكد من عدم وجود تجاوزات ومخالفات للأنظمة والقوانين التي تحكم الصفقات العمومية.

الحقيقة أن رقابة المراقب المالي هي وسيلة لمتابعة استعمال الأموال العامة والحفاظ عليها من استغلالها لمصالح شخصية أو تمييزها³²².

يلاحظ بالرجوع إلى القانون الفرنسي أن للمراقب المالي دوراً هاماً وفعالاً لكونه من بين قضاة مجلس المحاسبة ومفتشي المالية وإطارات وزارة المالية يعين بمقتضى مرسوم رئاسي، يتمتع بالاستقلالية في مزاوله مهامه على مستوى الوزارة التي عين فيها، دون أن يخضع للرقابة الرئاسية (السلطة الرئاسية)، الأمر الذي يؤدي إلى ممارسة وظائفه بجدية وفعالية بما يضمن التحقق في صحة العمليات المالية من الناحية الشكلية والموضوعية.

لذا يعتبر هذا الجهاز الأداة والوسيلة الهامة والفعالة التي تساعد وتمكن وزارة المالية القيام بعمليات المراقبة لمعرفة أوجه الانفاق والتحصيل³²³.

يظهر بالرجوع إلى النصوص المنظمة لمجال تدخل المراقب المالي توسعا سواء في الجانب العضوي، ويقصد بذلك زيادة الهيئات الخاضعة لرقابة المراقب المالي (الفرع الأول) وكذا توسعا في الجانب الوظيفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

توسيع نطاق الهيئات الخاضعة لرقابة المراقب المالي

أشارت المادة الأولى من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 إلى مجال تدخل الرقابة المسبقة والقواعد المطبقة في ذلك، ومن مجموع هذه الأحكام يظهر بصفة جلية أن المشرع حصر مجال الرقابة السابقة.

وهو ما أكدته صراحة نص المادة 2 من المرسوم ذاته التي جاء فيها **تطبق رقابة النفقات التي تلتزم بها، على ميزانيات المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحقة،**

322- بوزيرة سوهيلة، مرجع سابق، ص 88.

323- زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 228.

وعلى الحسابات الخاصة للخزينة، وميزانيات الولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري".

واضح من النص أنّ مجال تدخل المراقب المالي يقتصر على تلك النفقات التي تلتزم بها المؤسسات والإدارات التابعة للدولة والولاية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وبقاء النص على هذا النحو سيؤدي إلى إفلات عدّة هيئات مكلفة بإبرام الصفقات العمومية من رقابة المراقب المالي، أي يجعل هذه الهيئات غير خاضعة لأحكام الرقابة المالية وهو أمر خطير.

تفطن المشرع لذلك، لذا جعل هذا النص محل تعديل بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-374³²⁴، لتطبق الرقابة السابقة على نفقات المؤسسات والإدارات الوارد ذكرها في نص المادة 2 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 وغيرها، وبذلك تطبق أحكام الرقابة المالية السابقة على ميزانيات المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحقة وعلى الحسابات الخاصة للخزينة وميزانيات الولايات وميزانيات البلديات وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة.

كما تطبق أحكام الرقابة المالية على مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، وذلك عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة فكل هذه الهيئات أصبحت خاضعة لرقابة المراقب المالي³²⁵.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسّع مجال رقابة المراقب المالي مساهمة لتطور مفهوم المعيار العضوي في تنظيم الصفقات العمومية، صيانة للمال العام وترشيدا للنفقات العمومية.

لم يتوسع نطاق اختصاص المراقب المالي على الجانب العضوي فقط بل حتى على مستوى الجانب الوظيفي.

324- مرسوم تنفيذي رقم 09-374، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي تلتزم بها، ج ر عدد (67)، بتاريخ 19 نوفمبر 2009.

325- أنظر المادة 2، 3 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

توسيع مجال اختصاص المراقب المالي

جاء تحديد مهام المراقب المالي في إطار الفصل الثاني من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعنون بـ "شروط تسليم التأشيرة" فنصت المادة 5 على تخضع القرارات المتضمنة التزاما بالنفقات والمبينة فيما يلي، مسبقا قبل التوقيع عليها لتأشيرة المراقب المالي:

- 1- قرارات التعيين والتثبيت والقرارات التي تخص الحياة المهنية للموظفين ودفع مرتباتهم باستثناء الترقية في الدرجة.
- 2- الجداول الاسمية التي تعدّ عند قفل كل سنة مالية.
- 3- الجداول الأصلية الأولية التي تعدّ في بداية السنة والجداول الأصلية المعدلة التي تطرأ أثناء السنة المالية".

ونصّت المادة 6 من جهة أخرى على تخضع لتأشيرة المراقب المالي أيضا الالتزامات بنفقات، التسيير والتجهيز أو الاستثمار".

كما نصت المادة 7 على "يخضع، فضلا عن ذلك لتأشيرة المراقب المالي:

- كل التزام مدعم بسند الطلب أو الفاتورة الشكلية عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المحدد لإبرام الصفقات العمومية،
- كل مقرر وزاري يتضمّن إعانة أو تفويضا باعتماد أو تكفلا بالإلحاق أو تحويل اعتمادات،

كل التزام يتعلق بتسديد مصاريف التكاليف الملحقة والنفقات التي تصرف من الإدارة المباشرة والمثبتة بفاتورات نهائية".

واضح من النصوص السابقة أنّ مهام المراقب المالي تشمل جل العمليات المالية³²⁶ وما يهم في هذا المقام تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، كما هو واضح يفرض المراقب المالي رقابته حتى على الصفقات التي لم تصل حد المبلغ المالي لاعتبارها صفقة، أي لم تصل السقف

326- كما يعتبر المراقب المالي مرشدا مكلفا بتقديم يد المساعدة إلى الأمرين بالصرف وذلك من خلال التوجيهات والنصائح التي يقدمها لهم بهدف تجاوز العقبات الطارئة التي تواجههم أثناء أداء مهامهم خاصة إذا لم يكونوا من ذوي الاختصاص في ميدان التسيير المالي.

المالي المحدد في نص المادة 6 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236³²⁷.

غير أن التمسك بنص المادة السادسة يفرض عدم خضوع الصفقة العمومية التي لم يتجاوز سقفها المالي ذلك الحد المبين في المادة إلى تنظيم الصفقات العمومية وتبعاً لذلك لاتخضع لرقابة المراقب المالي.

لكن العقل والمنطق يفرضان خضوع هذه الصفقات للرقابة على أساس أن الأموال المتعاقد بها قلت أو كثرت أموال عمومية يتعين حمايتها وصيانتها.

لذا أثبت الواقع العملي خضوع هذه الصفقات لرقابة المراقب المالي بعد التأشير عليها من طرف لجان الرقابة الخارجية وتوقيع المصلحة المتعاقدة، غير أن توقيع المصلحة المتعاقدة على الصفقة يعني قانوناً أن الصفقة العمومية أصبحت نهائية³²⁸ إذن فما أهمية تدخل المراقب المالي في هذه الحالة؟ وهل الرقابة التي تفرض على صفقة هي نهائية من الناحية القانونية ذات معنى؟!

هذه الإشكالات أدت بالمشروع إلى إعادة النظر في هذه المسائل وكان ذلك بتعديل نص المادة الخامسة بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-374 السالف ذكره وجاء فيها "تخضع مشاريع القرارات المبينة أدناه والمتضمنة التزاما بالنفقات لتأشيرة المراقب المالي قبل التوقيع عليها.

- مشاريع قرارات التعيين والترسيم والقرارات التي تخص الحياة المهنية ومستوى المرتبات للمستقدمين باستثناء الترقية في الدرجة.

- مشاريع الجداول الاسمية التي تعدّ عند قفل كل سنة مالية.

- مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعدّ عند فتح الاعتمادات وكذا الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية.

- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق".

ما يهمّ في هذا المقام هو رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية، كما هو واضح فرقابته أصبحت تخص مشاريع الصفقات العمومية، أي أن تدخل المراقب المالي أصبح يشمل الصفقة

327- عرف السقف المالي في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري تطوراً عبر مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية راجع في ذلك الهامش رقم 203، ص 95 من هذا البحث.

328- أنظر المادة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

العمومية، وهي مشروع وليس كما كان عليه الأمر في ظل أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 بعد إبرام الصفقة والتوقيع عليها، فهذا الأمر يعطي للمراقب المالي دوراً فعالاً كما يكون للرقابة التي يمارسها معنى وفائدة فلا يتم إبرام الصفقة ولا تكون نهائية إلا بعد حصولها على تأشيرة المراقب المالي.

كما تم إخضاع الملحق لأول مرة لرقابة المراقب المالي والملحق كما سبقت إليه الإشارة هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي³²⁹.

وهكذا يتسع مجال تدخل المراقب المالي تصدياً لكل أشكال الفساد التي يمكن أن تحصل في هذا المجال وفي ذلك حمايةً للمال العام.

يباشر المراقب المالي مهامه بناءً على الملف المقدم له من طرف الأمر بالصرف، يتضمن طلب تمويل والفاتورة الأولية التي تسمح له بمقارنة الطلبات بما هو محدد في الخزينة. وفي بعض الحالات الخاصة يجب إرفاق الملف ترخيصات إدارية في الحالات التي يشترط القانون ذلك، ف شراء أسلحة يتطلب رخصة من وزير الداخلية وتسمى هذه الرخص بالرخص الإدارية التقنية.

على العموم يتعين على الأمر بالصرف تقديم ملف كامل يتضمن كل الوثائق الثبوتية، بعدها يتأكد المراقب المالي من توافر العناصر الأساسية التي يتطلبها القانون، جاء النص عليها وتحديد في نص المادة 9 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 وتتمثل في:

- **صفة الأمر بالصرف:** جاء تحديد المقصود بالأمر بالصرف في نص المادة 23 من قانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية وجاء فيها **"يعد أمراً بالصرف في مفهوم هذا القانون كل شخص يؤهل لتنفيذ العمليات المشار إليها في المواد 16، 17، 19، 20 و 21"**.

يتضح من النص أن القيام بالعمليات المنصوص عليها في المواد 16، 17، 19، 20، 21 يجعل القائم بها أمراً بالصرف وتتمثل هذه العمليات في:

❖ إعداد الإثبات وهو الإجراء الذي يتم بموجبة تكريس حق الدائن العمومي³³⁰.

329- أنظر نص المادة 103 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

330- أنظر المادة 16 من قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت 1990، سابق الإشارة إليه.

❖ تصفية الإيرادات التي تسمح بتحديد المبلغ الصحيح للديون الواقعة على المدين لفائدة الدائن العمومي والأمر بتحصيلها.³³¹

❖ إعداد الالتزام وهو الإجراء الذي يتم بموجب إثبات نشوء الدين.³³²

❖ تحديد المبلغ الصحيح للنفقات العمومية.³³³

❖ إعداد وتحرير الحوالات وهو الإجراء الذي يأمر بموجبه دفع النفقات العمومية.³³⁴

فالقائم بهذه العمليات يعتبر قانوناً آمراً بالصرف وتدخل المراقب المالي هنا يكون لأجل التحقق من أن الالتزام موقع عليه من طرف الأمر بالصرف المؤهل.

- **المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بها:** والمقصود بذلك تأكد المراقب المالي من أن عملية إبرام الصفقة قد تمت مراعاة لما هو منصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية بدءاً بإجراءات الإعلان إلى غاية المنح المؤقتة للصفقة، أي مراقبة صحة وشرعية إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

- **مدى توافر الاعتمادات المالية الضرورية لتنفيذ الصفقة:** رقابة المراقب المالي هي رقابة مالية، لذا تنصب رقابته على التحقق من وجود وتوافر الإعتمادات المالية لإنجاز الصفقة العمومية ويتحقق ذلك عملياً عن طريق الوثائق الثبوتية التي تقدمها المصالح المتعاقدة مرفقة بالملف محل الرقابة.

- **التخصيص القانوني للنفقة:** لكل مشروع من المشاريع التي تقوم بها المصالح المتعاقدة ميزانية خاصة، وعليه فرقابة المراقب المالي هنا تنصب حول التأكد من أن المبلغ المقدم من وزارة المالية في إطار الميزانية السنوية قد خصص فعلاً للمشروع الذي منح المبلغ لأجله، ويتحقق ذلك عملياً عن طريق الوثائق الثبوتية التي تقدمها المصالح المتعاقدة مرفقة بالملف محل الرقابة.

- **التحقق من مدى مطابقة المستندات المرفقة مع البيانات الواردة في ورقة الالتزام ذات اللون الأبيض** التي لم يحدد القانون لوناً لها، نظراً لأن الأصل هو حرية الإدارة في التعبير عن ارادتها ولكن ضماناً لتوحيد الاستعمال بين مختلف مؤسسات الدولة تلتزم هذه الأخيرة باستعمال

331- أنظر المادة 17 من القانون السابق الإشارة إليه.

332- أنظر المادة 19 من القانون السابق الإشارة إليه.

333- أنظر المادة 20 من القانون السابق الإشارة إليه.

334- أنظر المادة 21 من القانون السابق الإشارة إليه.

ورقة ذات اللون الأبيض المتضمنة لمعلومات ضرورية عن العملية المبرمة³³⁵.

- **التأكد من وجود تأشيرة لجان الصفقات المختصة:** وهي تأشيرة اللجان المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، فرقابة المراقب المالي تأتي بعد رقابة لجان الرقابة الخارجية كل حسب مجال اختصاصها.

فغاية الرقابة التي يمارسها المراقب المالي هي التأكد من وجود العناصر السالف ذكرها، وهي أمور جوهرية يتعين توافرها حماية للمال العام وترشيدها للنفقات العمومية.

تتم دراسة وفحص الملفات المعروضة لرقابة المراقب المالي في أجل عشرة أيام، ويمكن أن تمتد إلى عشرون يوما عندما يتطلب الملف دراسة معمقة³³⁶.

وهناك أجل آخر خاص بإغلاق السنة المالية، إذ يجب على المراقب المالي منح التأشيرة قبل 10 ديسمبر من كل سنة بالنسبة لنفقات التسيير، ويمكن أن يمدد إلى 20 ديسمبر بالنسبة لنفقات التجهيز والاستثمار. وتنتهي رقابة المراقب المالي بنتيجتين مختلفتين:

النتيجة الأولى: منح التأشيرة

بعد التحقق من صحة العملية من الناحية الشكلية والموضوعية تمنح التأشيرة.

إن تأشيرة المراقب المالي هي دليل على صحة الصفقة وشرعيتها وسلامة إجراءاتها من الناحية القانونية وهو ما أكدته المشرع بعد تعديل المادة 10 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 بالمادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 التي جاء "...تختتم الرقابة السابقة للنفقات الملتزم بها، في هذا الإطار، وبغض النظر، عن تقييم ملائمة النفقة التي هي من مسؤولية المصلحة المتعاقدة بتأشيرة تضمن:

- توفر ترخيص البرامج أو الاعتمادات المالية،

- تخصيص النفقة،

- مطابقة مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في مشروع الصفقة،

- صفة الأمر بالصرف".

فتأشيرة المراقب المالي هي دليل على توافر العناصر الجوهرية التي يجب أن تتبني عليها

335- زيوش رحمة، مرجع سابق، ص 234.

336- أنظر المادة 14 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر 1992....، سابق الإشارة إليه.

وتسري الآجال المنصوص عليها في المادة 14 أعلاه ابتداءً من تاريخ استلام مصالح الرقابة المالية لاستمارة الالتزام.

الصفقة من الناحية المالية والقانونية، وتأتي تأشيرة المراقب المالي بوضع طابع على كشف الالتزام وكذلك على الوثائق الموجودة في الملف.

وبعدها تودع المصلحة المتعاقدة نسخة من مقرر التأشيرة وجوبا مقابل وصل استلام في غضون 15 يوما الموالية لإصدارها لدى المصالح المختصة إقليميا في الإدارة الجبائية والضمان الاجتماعي³³⁷.

تصبح الصفقة قابلة للتنفيذ والتحويل إلى المحاسب العمومي لصرفها بوضع تأشيرة المراقب المالي، وهو ما نصت عليه المادة 166 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "... وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف"، لذا تسمى تأشيرة المراقب المالي بتأشيرة الأخذ بالحسبان.

ويقصد بذلك أن التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة الخارجية السابقة لمشاريع الصفقات العمومية، إلزامية على المراقب المالي وهو ما أكدّه المشرع أيضا في نص المادة 10 بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-374، التي جاء فيها "...تعتبر التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة في إطار الرقابة السابقة لمشاريع الصفقات العمومية إلزامية على المراقب المالي..."، وهو أمر خطير فما فائدة الرقابة المالية في هذه الحالة؟! ما دامت تأشيرة لجان الرقابة الخارجية إلزامية فهذا الأمر يجعل الرقابة المالية مرحلة غير فعالة وغير مهمة في حياة الصفقة العمومية.

غير أنه إذا لاحظ المراقب المالي نقائص بعد التأشير على مشروع الصفقة، يقوم بتبليغ كل من الوزير المكلف بالميزانية ورئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة والأمر بالصرف المعني عن طريق "إشعار".

هذا يعني أن المراقب المالي لا يقوى على مخالفة تأشيرة لجان الرقابة الخارجية، فإذا لاحظ نقائص بعد تأشيرة اللجان المختصة، فلا يملك إلا إشعار كل من الوزير المكلف بالميزانية ورئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة والأمر بالصرف المعني، والمقصود به المصلحة المتعاقدة المعنية³³⁸.

337- أنظر المادة 166 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

338- كانت تأشيرة لجنة الصفقات لا تفرض على المراقب المالي، فتأشيرتها كانت تسمى بتأشيرة المبدأ ونعني بذلك إعادة عمل لجان الصفقات المختصة من طرف المراقب المالي وذلك بمراقبة كل وثائق الصفقة ومدى مطابقتها=

غير أن المشرع تفتن لهذه المسألة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، فقام بتعديل الفقرة الأولى من المادة 166 لتتص بعد التعديل على "... وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي إلا في حالة معارضة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية...".

بعد تعديل نص المادة 166 يبدو بصفة واضحة وصريحة أن رقابة المراقب المالي لم تعد آلية وتأثيرته لم تعد تأشيرة الأخذ بالحسبان كما كانت تسمى ابتداءً من صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 (الملغى).

فالمراقب المالي بعد التعديل أصبح يأخذ في الاعتبار تأشيرة لجان الرقابة الخارجية، لكن إذا لاحظ أو عاين عدم مطابقة هذه التأشيرة لأحكام تشريعية فبإمكانه تجاوزها برفض التأشير على الصفة العمومية.

لكن رغم التعديل يبقى الإشكال وارداً فبمفهوم المخالفة لنص المادة 166 بعد التعديل، فإذا كانت التأشيرة مخالفة فستكون مخالفة لأحكام تنظيمية وليس لأحكام تشريعية باعتبار تنظيم الصفقات العمومية نص تنظيمي، وفي هذه الحالة لا يمكن للمراقب المالي تجاوز تأشيرة لجان الصفقات المختصة لوضوح نص المادة 116 بعد التعديل، وهذا الأمر يهدم جهود المشرع الرامية إلى الوقاية من الفساد.

النتيجة الثانية: الرفض المؤقت أو النهائي

كما يمكن للمراقب المالي بعد فحص ملف الصفة العمومية أن يمتنع عن وضع تأشيرته وبالتالي يرفض الالتزام بالنفقة سواء كان الرفض مؤقتاً أو نهائياً.

❖ **الرفض المؤقت:** قد حددت المادة 11 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414

الحالات التي يكون فيها الرفض المؤقت وهي:

- اقتراح التزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح.
- انعدام أو نقصان الوثائق الثبوتية المطلوبة.
- نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة.

=للتنظيم والتشريع المعمول بهما لكن ابتداءً من صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 أصبحت تأشيرة لجان الرقابة الخارجية تفرض على المراقب المالي وبالتالي أصبحت تأشيرة هذا الأخير تأشيرة الأخذ بالحسبان لمزيد من التفصيل أنظر: علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 96.

هنا يقوم المراقب المالي برفض منح التأشيرة مؤقتاً وفي هذه الحالة يتعين إطلاع الأمر بالصرف بهذا الرفض وهو ما أكدته المادة 13 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414.

أما عن كيفية إطلاع الأمر بالصرف أو المصلحة المتعاقدة، فقد جاء النص في المادة 13 بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-374 أن يتم ذلك بمذكرة يرسلها المراقب المالي إلى الأمر بالصرف، تتضمن كل الملاحظات التي عاينها وكذا مراجع النصوص المتعلقة بالملف المدروس التي أدى عدم احترامها إلى رفض التأشيرة، ولا يجب أن يكون الرفض المؤقت المبلغ من طرف المراقب المالي للأمر بالصرف مكرراً.

❖ **الرفض النهائي:** حددت المادة 12 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 الحالات التي يكون رفض الالتزام بالنفقة نهائياً من طرف المراقب المالي وذلك في الحالات التالية:

- عدم مطابقة اقتراح الالتزام بالقوانين والتنظيمات المعمول بها.

- عدم توافر الاعتمادات المالية الكافية لإبرام الصفقة.

- عدم إحترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

إنّ طبيعة الحالات السابقة يبرر جعلها من حالات الرفض النهائي، وفي هذه الحالة يجب على المراقب المالي إرسال نسخة من الملف مرفقاً بتقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالميزانية ولهذا الأخير سلطة إعادة النظر في الرفض النهائي الصادر عن المراقب المالي عندما يعتبر أن العناصر المبني عليها الرفض غير مؤسسة³³⁹.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي يتضح أن المراقب المالي غير مجبر على تعليل رفضه للتأشيرة إذ يتمتع بالحرية المطلقة واتضح ذلك في قضية تتعلق في قيام مديرة مدرسة بشراء أدوية ولما عرضت الملف على المراقب المالي رفض هذا الأخير منح التأشيرة فأرادت المديرة الاستفسار عن سبب الرفض فأجابها قائلاً "لو عللت الرفض في كل مرة لما رفضت أي شيء"

³⁴⁰ "Si je devais motiver mes refus, je ne refuserais plus rien..."

لكن ما يهدم دائماً جهود المشرع ومساعيه في مواجهة الفساد هو منح الأمرين بالصرف

339- وهو ما نصت عليه المادة 13 بعد تعديلها بموجب المادة 8 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-374، مؤرخ في 16 نوفمبر 2009...، سابق الإشارة إليه.

340- زيوش رحمة، مرجع سابق، ص 232.

وهم المصالح المتعاقدة تقنية قانونية في حالة رفض المراقب المالي منح التأشيرة تشبه تماما مقرر التجاوز لمقرر رفض التأشيرة من طرف لجان الصفقات المختصة وتسمى هذه التقنية بالتغاضي³⁴¹.

تقتضي حالة التغاضي أن يتم الرفض النهائي من طرف المراقب المالي الإلتزام بالنفقة محل الصفقة العمومية، فيقوم الأمر بالصرف وهو مسؤول المصلحة المتعاقدة بتجاوزه عن طريق مقرر التغاضي وهو امتياز منحه القانون إلى الأمر بالصرف لتتقل الصفقة بعد ذلك مباشرة إلى المحاسب العمومي المكلف ليؤمر بصرف النفقة.

تنتهي هذه الحالة بإصدار المراقب المالي تأشيرة الأخذ بالحسبان التي يبرئ نفسه بموجبها من أية مسؤولية يمكن أن تترتب على مقرر التغاضي الذي اتخذ الأمر بالصرف³⁴².

بعدها يقوم المراقب المالي بإرسال نسخة من ملف الإلتزام الذي كان موضوع التغاضي إلى الوزير المكلف بالميزانية، وقد اشترط المشرع بعد التعديل أن يتم إرسال نسخة من ملف الإلتزام مرفقا بتقرير مفصل حتى يتم تنبيه وزير الميزانية بكل جوانب الملف.

يقوم الوزير المكلف بالميزانية بعدها بإرسال نسخة من الملف الذي كان موضوع التغاضي إلى المؤسسات المختصة في رقابة النفقات العمومية فأى مؤسسة يقصد المشرع؟! وإذا كان المشرع قد أجاز إتخاذ مقرر التغاضي إلا أنه لا يمكن أن يكون مطلقاً إذ لا يجب أن يطبق التغاضي كإجراء في الحالات الآتية:

- غياب صفة الأمر بالصرف.
- عدم توفر الإعتمادات أو إنعدامها.
- إنعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به.
- إنعدام الوثائق الثبوتية التي تتعلق بالإلتزام.
- التخصيص غير القانوني للإلتزام إما تجاوزاً للإعتمادات وإما تعديلاً لها.

إن طبيعة هذه الحالات يبرر سبب جعلها من الحالات التي لا يجوز تجاوزها بمقرر التغاضي، فكيف يتم تمرير هذه الصفقة إلى مرحلة حاسمة وهي مرحلة التنفيذ وهي مفتقدة إلى

341- وهو ما جاء النص عليه في المادة 18 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992...، سابق الإشارة إليه.

342- أنظر المادة 20 عن أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

أهم عناصرها الجوهرية؟!

إذا كان المراقب المالي يتدخل قبل صرف النفقة، فإن المحاسب العمومي يتدخل لصرفها.

المطلب الثاني

رقابة المحاسب العمومي للصفقات العمومية

لم تقتصر جهود المشرع على إخضاع الصفقة العمومية لرقابة المراقب المالي فحسب فبعد حصول الصفقة على تأشيرة هذا الأخير، فلا يتم صرف النفقة العمومية إلا بعد إخضاعها لرقابة المحاسب العمومي.

وعليه فرقابة المحاسب العمومي وجه آخر للرقابة المالية وآلية من آليات الوقاية من الفساد لا تقل أهمية عن رقابة المراقب المالي تتوج هي الأخرى بمنح أو رفض التأشيرة.

تقتضي أهمية الرقابة المحاسبية تناول موقف المشرع الجزائي منها، وذلك من خلال مختلف النصوص المنظمة لها (الفرع الأول)، وكذا تناول بالدراسة دور المحاسب العمومي عامة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

فكرة المحاسبة العمومية في التشريع الجزائي

بعد مرور الصفقة على رقابة لجان الصفقات المختصة وكذا المراقب المالي تمر إلى المحاسب العمومي.

تعني المحاسبة بصفة عامة، الكتابات التي تعبّر بالأرقام العمليات الحسابية الخاصة بتنفيذ الإيرادات والنفقات، بواسطة تقنيات خاصة وإجراءات محددة قانونا، والغاية من ذلك هو متابعة مستمرة ودائمة للوضعية المالية لمعرفة الرصيد المالي المتوفر والاعتمادات المتبقية في كل بند من بنود الميزانية ومراقبة استعمالها من جهة أخرى.

يمكن تعريف المحاسبة العمومية من منطلق نص المادة الأولى من قانون رقم 90-21، على أنها تلك الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية.

فقواعد المحاسبة العمومية هي تلك التي تفرض على المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف حتى يأخذ كل إيراد وكل نفقة صبغته الشرعية في إطار الأموال العمومية.

بعد التحليل العميق والدقيق للتعريفات السابقة لم نلاحظ أي تناقص في مضامينها، لأن الأهداف المرجوة منها واحدة هي تنظيم وحسن إستعمال الأموال العمومية والمحافظة عليها³⁴³. يؤهل الشخص ليكون محاسباً عمومياً بكيفية تتماشى مع وضعية الجهة الإدارية التي سيمارس بها مهامه، لذلك سيتم دراسة كفايات تأهيل المحاسب العمومي (أولاً) وبيان أصنافه (ثانياً).

أولاً - تأهيل المحاسب العمومي:

جاء في المادة 34 من قانون المحاسبة العمومية بأنه "يتم تعيين المحاسبين من قبل الوزير المكلف بالمالية ويخضعون أساساً لسلطته.

يمكن إعتداد بعض المحاسبين العموميين من قبل الوزير المكلف بالمالية.

تحدد كفايات تعيين بعض المحاسبين العموميين واعتمادهم عن طريق التنظيم".

يفهم من نص المادة أن صلاحيات تعيين المحاسبين العموميين تعود للوزير المكلف بالمالية وهذا التعيين قد يكون مباشراً أو بناءً على إقتراح من جهة أخرى وإستثناءً قد يقتصر دور الوزير على اعتماد المحاسبين العموميين.

1. التعيين المباشر: هو ذلك التعيين الذي يجريه الوزير المكلف بالمالية للمحاسبين العموميين بناءً على اختياره هو دون حاجة لإقتراح من أي جهة إدارية أخرى وهو بهذه الكيفية يتولى تعيين محاسبي الدولة الآتي بيانهم:

- العون المحاسبي المركزي للخزينة: ويتولى مهمتين أساسيتين:

❖ تركيز كل الحسابات التي يتكفل بها المحاسبون الرئيسيون.

❖ متابعة الحساب المفتوح باسم الخزينة العمومية على مستوى البنك المركزي.

- أمين الخزينة المركزي

- أمين الخزينة الرئيسي

- أمين الخزينة الولائي

- أمين الخزينة البلدي

- العون المحاسب الجامع للموازنات الملحقة

343- الأسود الصديق، المحاسبة العمومية كأداة تسيير ومراقبة، دراسة حالة المعهد الوطني للتعليم العالي في العلوم الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التسيير، معهد العلوم الاقتصادية جامعة الجزائر، 1993، ص 9.

- قابضو الضرائب
- قابضو أملاك الدولة
- قابضو الجمارك
- محافظو الرهون.

2. **التعيين بناءً على اقتراح:** كان الوزير المكلف بالمالية يعين المحاسبين العموميين بناءً على اقتراح الوزير المكلف بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية المحاسبين العموميين بصفتهم الآتية:

- قابضو البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية
- رؤساء مراكز البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

3. **الاعتماد من وزير المالية:** جاء في نص المادة 34 في فقرتها الثالثة من قانون المحاسبة العمومية بأنه **"تحدد كفايات تعيين بعض المحاسبين العموميين أو اعتمادهم عن طريق التنظيم"**.

يقتصر دور الوزير المكلف بالمالية على الإعتماد فقط بالنسبة للأعوان المحاسبين العاملين لدى الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية في الخارج، كما يعتمد المحاسبين الثانويين إذا كان النص المتضمن إنشاء المؤسسة يتوخى وجود آمرين بالصرف ثانويين، كما هو الشأن في اعتماد المحاسبين العاملين في المؤسسات التابعة للتربية والتكوين الذي يتم من قبل أمين خزانة الولاية المختص إقليمياً ليتم الاعتماد من وزير المالية.

ما يلاحظ أن نص الفقرة الأولى من المادة 34 المذكورة أعلاه غير منسجم بين اللغتين العربية والفرنسية، فالنص العربي يقضي بأنه **"يتم تعيين المحاسبين العموميين من قبل الوزير المكلف بالمالية ويخضعون أساساً لسلطته"**، وهذا يعني أن المحاسبين العموميين يخضعون بصفة أساسية fondamentalement لسلطة رئاسية واحدة هي سلطة وزير المالية، ويمكن استثناء أن يخضع هؤلاء لسلطة رئاسية أخرى غير وزير المالية.

لكن بالرجوع إلى النص نفسه باللغة الفرنسية يعبر المشرع عن كلمة "أساساً" بمصطلح *exclusivement*، الذي يعني أن المحاسبين العموميين يخضعون حصرياً لسلطة الوزير المكلف بالمالية دون سواه.

من جهة أخرى تتناقض الفقرة الأولى من المادة 34 مع الفقرتين الثانية والثالثة، فالفقرة الثانية تنص أنه يمكن اعتماد بعض المحاسبين العموميين من قبل وزير المالية، بمعنى أن

التعيين سيتم من سلطة إدارية أخرى غير وزير المالية وفي هذه الحالة يقتصر دوره على الاعتماد.

لكن بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة نفسها يُفهم أن التعيين يتم دائماً من وزير المالية³⁴⁴.

ثانياً - أصناف المحاسبين العموميين:

المحاسب العمومي معيناً كان أو معتمداً من قبل الوزير المكلف بالمالية يكون إما محاسباً رئيسياً (1) أو ثانوياً (2).

1. **المحاسب العمومي الرئيسي:** هو الشخص المكلف بمراقبة وتنفيذ جميع العمليات المالية التي تجرى في الجهة الإدارية التي يتواجد على مستواها³⁴⁵، ويتصرف بصفته محاسباً مخصصاً *Asiynataire*، بحيث يقيد بصفة نهائية في كتابته الحسابية كل العمليات المأمور بدفعها من صندوقه التي يحاسب عنها أمام مجلس المحاسبة³⁴⁶.

وحسب ما ورد في المادة 10 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-313، فالمحاسبون العموميون هم المكلفون بتنفيذ العمليات المالية التي تجرى في إطار المادة 26 من قانون رقم 90-21، وبالرجوع إلى أحكام المادة يظهر أنها تتعلق بأصناف الأمرين بالصرف الأساسيين، وعليه فقد تمت الإحالة إلى نص المادة 26 عن خطأ، والمقصود هنا هو نص المادة 33.

يتصف بصفة المحاسب العمومي الرئيسي التابع للدولة كل من:

- العون المحاسب المركزي.

- أمين الخزينة المركزي.

- أمين الخزينة الرئيسي.

- أمين الخزينة في الولاية.

- العون المحاسب بالنسبة لميزانيات ملحقة³⁴⁷.

2. **المحاسب العمومي الثانوي:** هو ذلك الشخص الذي يتولى القيام برقابة وتنفيذ العمليات

344- فنينش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 132، 133.

345- أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر 1991...، سابق الإشارة إليه.

346- أنظر المادتين 12 و 13 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

347- أنظر المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر 1991...، سابق الإشارة إليه.

المالية في وحدة من وحدات الجهة الإدارية التي يشرف عليها كلياً محاسباً رئيسياً³⁴⁸، ويتصرف بصفته محاسباً عمومياً مساعدًا Mondataire عند قيامه بتلك العمليات المالية لحساب المحاسب العمومي الرئيسي³⁴⁹.

يتصف بصفة المحاسب العمومي الثانوي كل من:

- أمين الخزينة في البلدية

- أمناء خزائن القطاعات الصحية والمراكز الإستشفائية الجامعية

- قابضو الضرائب

- قابضو أملاك الدولة

- قابضو الجمارك

- محافظو الرهون

المحاسب العمومي كيفما كانت طريقة تأهيله والصنف الذي ينتمي إليه يلتزم بالتزامات خاصة ويتحمل مسؤولية المهام الملقاة على عاتقه.

الفرع الثاني

شمولية رقابة المحاسب العمومي

تمارس الرقابة من طرف المحاسب العمومي قبل قيامه بعملية دفع النفقات على جميع أجهزة الدولة وعلى جميع تصرفاتها المالية المتعلقة بتنفيذ هذه النفقات، وهي رقابة شاملة من حيث مجالها لأن المحاسب العمومي كما سبق الذكر يتواجد على مستوى جميع الإدارات التابعة للدولة.

الهدف من تواجد المحاسب العمومي في هذه المستويات جميعها يرمي إلى إتمام تنفيذ العمليات المالية ووصفها ومراقبتها وإطلاع سلطات الرقابة والتسيير عليها³⁵⁰.

ومن ثمة فإن مهامه من حيث المبدأ هي مهام مزدوجة فهو من جهة أولى من القائمين بتنفيذ النفقات العمومية ومن جهة ثانية وفي الوقت نفسه الذي يقوم فيه بالتنفيذ يمارس الرقابة على هذه النفقات.

348- أنظر المادة 11 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

349- أنظر المادتين 12 و 13 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

350- أنظر المادة 2 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

لهذا توصف الرقابة الممارسة من طرف المحاسب العمومي على تنفيذ النفقات العمومية بأنها "رقابة مرافقة لعملية التنفيذ"³⁵¹.

وهذه الصفة تجعل الفصل بين المهام التنفيذية والمهام الرقابية للمحاسب العمومي أمراً في غاية الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً.

إن الرقابة التي يجريها المحاسب العمومي قبل قيامه بدفع النفقات العمومية كثيرة ومتنوعة، لأجل ذلك يتعين عليه مسك ثلاثة أنواع من المحاسبات³⁵².

- محاسبة خاصة بالمواد القيمية والسندات.
- محاسبة تحليلية تمسك في حينها وتسمح بحساب أسعار الكلفة وتكاليف الخدمات.
- محاسبة عامة التي تمكنه من معرفة عمليات الميزانيات، عمليات الخزينة ومراقبتها وتحديد النتائج السنوية، تمسك هذه المحاسبة العامة حسب السنة المدنية ووفقاً لطريقة القيد المزدوج لحسابين الدائن والمدين³⁵³.

ومن ثم منحت للمحاسب العمومي اختصاصات واسعة تتعدى المحاسبة المادية المتمثلة في التحقق من مدى تطبيق واحترام الإجراءات القانونية والأنظمة المعمول بها، والتحقق من مدى صحة وسلامة التسجيلات وأنها تمت في ظل احترام الإجراءات القانونية.

من الناحية القانونية كل من يقوم بهذه العمليات هو محاسب عمومي، وما يهم في هذا المقام دور المحاسب العمومي في مجال الصفقات العمومية أو بتعبير آخر دور المحاسب العمومي في الوقاية من الفساد.

من منطلق المادة الأولى من قانون رقم 90-21 تطبق المحاسبة العمومية على الميزانيات والعمليات المالية الخاصة بالدولة، والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة، والميزانيات الملحقة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

وهو ما جاء التأكيد عليه في نص المادة 2 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-313، التي جاء فيها "تتمثل المحاسبة الخاصة بالإدارات التابعة للدولة والمجلس الدستوري، والمجلس الشعبي الوطني، ومجلس المحاسبة، والمصالح المزودة بالميزانيات الملحقة، والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في وصف العمليات المالية

351- فنينش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 114.

352- أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر 1991...، السابق الإشارة إليه.

353- أنظر المادة 4، 5 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

ومراقبتها وإطلاع سلطات الرقابة والتسيير عليها".

واضح من نص المادتين أن فكرة المحاسبة العمومية تطبق على الهيئات المنصوص عليها أعلاه ويربط هذه المواد بالمادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يجعل الهيئات المنصوص عليها في صلب المادة غير خاضعة لفكرة المحاسبة العمومية أي غير خاضعة لرقابة المحاسب العمومي وهو أمر خطير لسببين:

الأول: عدم تجانس النصوص القانونية المتعلقة بالمجال نفسه.

الثاني: وهو الأخطر أليست الأموال التي تتعاقد بها هذه الهيئات المعفية من المحاسبة العمومية هي أموال عمومية، الأمر الذي يستلزم إخضاعها هي الأخرى لفكرة المحاسبة ولرقابة المحاسب العمومي؟!

إلا أنه يمكن ترجيح إدخال الهيئات المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية في إطار الرقابة الممارسة من طرف المحاسب العمومي، رغم عدم النص على ذلك صراحةً لأن رقابة المحاسب العمومي تتعلق أساساً بتنفيذ النفقات العمومية والرقابة عليها وباعتبار الصفقات أهم النفقات العمومية، وبالتالي يتعين إخضاعها لرقابة المحاسب العمومي.

لذا يجد هذا الموضوع أساسه في نص المادة 36 من قانون المحاسبة العمومية، لذا يجب على المحاسب العمومي قبل قبوله لأي صفقة أن يتحقق من جملة عناصر وهي:

-مطابقة عملية الإنفاق للقوانين والتنظيمات المعمول بها

يتم ذلك بالتحقق في كل الوثائق التي تبرر حوالة الدفع أو الأمر بالدفع، إذ لا يمكن للأمرين بالصرف أن يأمروا بتنفيذ النفقات دون أمر بالدفع مسبق³⁵⁴.

أهم هذه الوثائق هي الفاتورات التي يجب أن تكون مطابقة لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 95-305³⁵⁵ فقد جاءت المواد 4، 5 لتحديد الشروط التي يتعين احترامها عند تحرير كل فاتورة تتمثل في:

- يجب أن تحتوي الفاتورة المحررة قانوناً على تاريخ التحرير والرقم التسلسلي³⁵⁶.

354- وهو ما أكدته المشرع صراحة في نص المادة 30 من قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت سنة 1990،... سابق الإشارة إليه.

355- مرسوم تنفيذي رقم 95-305، مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 1995، يحدد كيفية تحرير الفاتورة، ج ر عدد (58)، بتاريخ 1995.

356- أنظر المادة 4 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

- يجب أن تكون الفاتورة مقروءة وبدون وسخ أو شطب تبعا للرقم التسلسلي في دفتر الفاتورات، ولا يمكن أن يشرع في دفتر الفاتورات الجديد إلا بعد أن يستنفذ الدفتر الأول كلية.
- وتعتبر الفاتورة المحصل عليها عن طريق النسخ أو التصوير أو بأي وسيلة من وسائل الاستنساخ والكتابة اليدوية غير قانونية³⁵⁷.
- يجب أن تمكن الفاتورة من معرفة المنتج والموزع أو مقدم الخدمات³⁵⁸.
- وفي سبيل تحقيق ذلك يجب أن تحتوي الفاتورة على البيانات التي تعرف بهوية المنتج والموزع أو مقدم الخدمات وتتمثل هذه البيانات في:
- اللقب والاسم أو الاسم التجاري.
 - الشكل القانوني للشركة أو المؤسسة أو طبيعة النشاط المباشر.
 - رأس المال الأصلي للشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة.
 - العنوان كما هو محدد في النظام القانوني.
 - رقم التسجيل أو القيد وتاريخه وفقا للتشريع و/ أو التنظيم المتعلق بطبيعة كل نشاط.
 - الرقم الضريبي كما تنص عليه المادة 110 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1991 والمتضمن قانون المالية لسنة 1992.
 - الختم النذري للعون الاقتصادي وتوقيعه³⁵⁹.
- فضلا على تحديد هوية المنتج والموزع ومقدم الخدمات يتعين من جهة أخرى تحديد طبيعة السلعة والخدمة المقدمة وذلك بذكر ما يأتي:
- تسمية السلعة أو السلع والخدمة أو الخدمات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.
 - كمية السلعة ومدة الخدمة أو الخدمات المقدرة تبعا لوحدة القياس الخاصة بها.
 - سعر الوحدة دون رسم السلعة أو السلع المباعة أو الخدمة أو الخدمات المقدمة.
 - طبيعة الضرائب ونسبتها أو الحقوق أو الرسوم أو المساهمات الواجب تحصيلها بأي صفة كانت تبعا لطبيعة السلعة المباعة أو الخدمة المقدمة.
 - يجب أن لا يذكر الرسم على القيمة المضافة والرسم النوعي الإضافي إلا في الفاتورة

357- أنظر المادة 5، 6 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

358- أنظر المادة 7 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

359- كلها بيانات جاء تحديدها في نص المادة 8 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

التي يسلمها الخاضعون للضريبة.

- يجب أن تذكر وتحدد تكاليف النقل صراحة في الفاتورة.
- يجب أن تحدد في الفاتورة توابع السعر التي تشكل عبأ الاستغلال كأجور الوسطاء والعمولات والسمسرة، وأقساط التأمين التي يدفعها البائع والمفوترة على الزبون.
- يجب كتابة المبلغ الإجمالي مع كل الرسوم في أسفل الفاتورة بالأرقام والحروف.
- يجب أن تسجل على هامش الفاتورة المبالغ المقبوضة على سبيل الإيداع أو الرزم القابل للاسترجاع وكذلك التكاليف المدفوعة لحساب الغير المسماة المصاريف عندما تكون غير مفوترة في فاتورة خاصة.
- يجب أن تسجل أيضا على هامش الفاتورة طبيعة كفيات الدفع وجميع المراجع التي تسمح بتحديد مصدرها ورقمها وتاريخها.
- يتحتم ذكر شروط تسليم السلع عندما تحرر فاتورة استيرادها أو تصديرها.
- يجب أن تتضمن الفاتورة الملغاة، قانونا عبارة "فاتورة ملغاة" تسجل بوضوح وباللون الأحمر في عرض الفاتورة³⁶⁰.

كلها عناصر وبيانات يجب أن يتأكد المحاسب العمومي من توافرها لضمان فاتورة مطابقة للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

- التأكد من صفة الأمر بالصرف أو المفوض عنه

وذلك بالتأكد من صحة توقيع الأمر بالصرف بعد اعتماده لديه وهو ما أكدت عليه صراحة المادة 24 من قانون رقم 90-21 التي جاء فيها "يجب اعتماد الأمرين بالصرف لدى المحاسبين العموميين المكلفين بالإيرادات والنفقات الذين يأملون بتنفيذها. تحدد كفيات الاعتماد عن طريق التنظيم".

تستعمل فكرة الاعتماد في المجال الدبلوماسي، واعتماد الأمر بالصرف من طرف المحاسب العمومي فكرة أتى بها قانون المحاسبة العمومية في المادة 24 سالف الذكر.

أما عن طريقة الاعتماد فجاءت في المقرر الوزاري المؤرخ في 6-01-1991، حيث تضمن إجراءات اعتماد الأمرين بالصرف، وجاء تحديد مفهوم الاعتماد بأنه إشعار المحاسب العمومي بوثيقة إدارية أو بمحضر انتخاب الأمر بالصرف الجديد إذ كان الأمر بالصرف ممن

360- أنظر المواد 10، 11، 12، 13، 14، 15، 16، 17، 18، 19 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

يصل إلى الوظيفة عن طريق الانتخاب.

وإذا كان هناك تفويض من الأمر بالصرف إلى موظف أو نائب مكلف بتنفيذ العمليات المالية يجب إحضار نموذج إمضاء خاص بالشخص المفوض.

أما عن طريقة تسليم نماذج الإمضاء فذلك يخضع لإجراءات معينة، وذلك بانتقال الأمر بالصرف إلى مكتب المحاسب العمومي للتوقيع على سجل خاص بالاعتمادات ليصادق المحاسب العمومي بعدها على هذا الإمضاء.

يبدأ الاعتماد من تاريخ التوقيع على السجل الخاص وينتهي بانتهاء وظيفة الأمر بالصرف وتغيير المحاسب العمومي لن يكون له أي تأثير بالنسبة لسير عمليات الأمر بالصرف.

فإذا انتهت مهام المحاسب العمومي كشخص طبيعي سيفوض الأمر مباشرة إما لموظف داخل مصالح المحاسب العمومي، وإما إلى محاسب عمومي جديد يستمر في تنفيذ عمليات الأمر بالصرف، والسؤال الذي يتبادر إلى ذهن البعض لماذا لا يُعتمد المحاسب العمومي من طرف الأمر بالصرف؟

إنّ المصالح المالية للدولة تخضع لما يعرف بوحدة الصندوق على المؤسسات المالية والخزينة ولا يطبق على الأشخاص، ولهذا فإن المحاسب العمومي غير معني بأي اعتماد من طرف الأمر بالصرف.

فالشخص الطبيعي له مهمة التنفيذ المالي للعمليات المالية للأمر بالصرف فتقتصر صلاحياته على تنفيذ مهام مؤقتة كلف بها من طرف وزارة المالية، وبذلك فتغير المحاسب العمومي لن يكون له أي تأثير بالنسبة لسير عمليات الأمر بالصرف.

-توفر الاعتمادات

هذا ما يميّز رقابة المراقب المالي عن رقابة المحاسب العمومي، فإذا كانت رقابة المراقب المالي تنصب على مدى احترام مبدأ "التخصيص"³⁶¹، فرقابة المحاسب العمومي تنصب على مدى وجود الاعتماد في الخزينة العمومية وكفايته حتى يقرر إصدار الأمر بصرف النفقة أو لا.

-التأكد من عدم وجود معارضة للدفع

وتكون معارضة في الدفع عند وجود ديون في ذمة المستفيد، سواء كان الدين لمصلحة الضرائب أو الضمان الاجتماعي أو البنوك أو إحدى الإدارات العمومية، وفي حالة ما إذا كانت

361- يقصد بمبدأ التخصيص هو أن يتأكد المراقب المالي هل فعلا "خصص المبلغ للغرض الذي منح لأجله".

النفقة محل معارضة يتم اقتطاع قيمة الدين قبل تسديد مبلغ الصفقة، وهي وسيلة فعالة لحماية الأموال العامة من التهرب الجبائي وعدم التصريح لدى الضمان الاجتماعي والتهرب من تسديد القروض البنكية³⁶².

- التأكد من وجود تأشيرات عمليات المراقبة

بعد مرور الصفقة العمومية على رقابة لجان الرقابة الخارجية المختصة كل حسب مجال اختصاصها ورقابة المراقب المالي، تمر الصفقة المؤشر عليها على المحاسب العمومي، ودور المحاسب العمومي في هذه الحالة هو التأكد من قيام المصالح المتعاقدة بتمرير الصفقة على جهات الرقابة المختصة، وهل توج عمل هيئات الرقابة بمنح التأشيرة.

- الطابع الإبرائي للدفع أي التحقق من صلاحية الدفع.

يتضح من طبيعة المهام الموكلة للمحاسب العمومي من الناحية الوظيفية وجود علاقة بين الأمر بالصرف والمحاسب العمومي، الأمر الذي دفع بالمشروع إعلان مبدأ تنافي وظيفة الأمر بالصرف والمحاسب العمومي³⁶³ وقاية للفساد، حيث نصت المادة 55 من قانون رقم 90-21 على تنافي وظيفة الأمر بالصرف مع وظيفة المحاسب العمومي.

نص المادة يتضمن تفريق الوظائف لا المعاملات. وأراد المشرع أن يكون أكثر احتياطا إذ نص في المادة 56 على "لا يجوز لأزواج الأمرين بالصرف بأي حال من الأحوال أن يكونوا محاسبين معينين لديهم".

كان على المشرع أن لا يقف على شرط الزواج، وإنما على وجود علاقة أدبية حتى يفهم النص بمفهومه الواسع ليدخل في طياته علاقة القرابة والزواج والولاء.

يجد مبدأ التنافي مبرره من النواحي القانونية والعملية، فالأمر بالصرف يتكفل بكل العمليات الإجرائية، القانونية والإدارية لتنفيذ الميزانية، بينما يقوم المحاسب العمومي بالعمليات التقنية المحاسبية، مما يحقق أكثر تحكم في تنفيذ الميزانية، فكان من المنطق أن لا يكون الأمر بالصرف والمحاسب العمومي نفسه أو أن يكون زوجه.

يمارس المحاسب العمومي مهمة الرقابة على الصفقة العمومية بعد أن يصله الملف من

362- علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 99.

363- الأمر بالصرف كل مسؤول إداري مخول له من طرف القانون تنفيذ عمليات مالية مشار إليها في المواد 16، 17، 21 من قانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

الآمر بالصرف بعد مرورها على لجان الصفقات والمراقب المالي، وأهم ما يقوم به المحاسب العمومي هو التأكد من توافر العناصر المنصوص عليها في المادة 36 من القانون رقم 21-90، وبعد تأكده من العناصر السابقة تكون أمامه حالتين:

الحالة الأولى: الموافقة على صرف النفقة

في هذه الحالة يقوم المحاسب العمومي بتحرير صك خزينة أو بريدي لفائدة الدائن، بعدها يدون العملية في مختلف السجلات المحاسبية، أي يقوم بدفع مبلغ النفقة للدائن الحقيقي أي لإحدى المصالح المتعاقدة المعنية، وقد عرفت المادة 22 من قانون رقم 21-90 الدفع على أنه "الإجراء الذي يتم بموجبه إبراء الدين العمومي".

يتم دفع مبلغ النفقة عن طريق سلطة غير السلطة الإدارية التي حررت حوالة الدفع³⁶⁴ وهذا طبقاً لمبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والوظائف المحاسبية. ومن نص المادة 22 يستشف ما يلي:

1- الدفع عملية مادية محضة

قبل دفع مبلغ النفقة لدائن إحدى المصالح المتعاقدة، على المحاسب العمومي المختص التأكد من هوية الدائن الذي حررت له حوالة الدفع لهذا فعلى الدائن أن يسلم إلى المحاسب إيصال الدفع الذي بلغ له من طرف الأمر بالصرف.

2- الدفع عملية قانونية

المحاسب العمومي موظف خاضع لسلطة وزير المالية، لذلك فقبل قبوله لأية نفقة يجب أن يتحقق من قانونيتها ولا يخضع لسلطة أحد في هذا المجال، وخير ما فعل المشرع، فهذا الأمر يقي من الفساد الذي يمكن أن يحصل نتيجة تواطؤ المحاسب العمومي والأمر بالصرف³⁶⁵.

364- يتم تحرير الحوالات من طرف الأمر بالصرف وهو الإجراء الذي يؤمر بموجبه دفع النفقات العمومية وهو ما نصت عليه المادة 21 من قانون رقم 21-90، يرسل هذا الأمر إلى المحاسب العمومي الذي يعهد إليه دفع النفقة ويأخذ هذا الأمر شكل وثيقة كتابية تدعى "حوالة الدفع" يرسلها مرفقة بالأوراق الثبوتية الضرورية، تحرر الحوالة لفائدة وباسم الدائن المباشر للأمر بالصرف. ووفقاً للتنظيمات تشمل الحوالة على المعلومات الآتية:

- السنة المالية التي سوف تطبق فيها.
- رقم الفقرة أو الفقرات التي تحذف منها النفقة.
- الأوراق الثبوتية المرفقة في النفقة.
- موضوع النفقة وتاريخ أو فترة تأدية الخدمة.

365- رحمانى أحمد، مرجع سابق، ص 137.

الحالة الثانية: رفض صرف النفقة

قد يحصل بعد التأكد من العناصر المنصوص عليها في نص المادة 36 أن تكون النفقة محل الصفقة العمومية مرفوضة، وفي هذه الحالة يرسل المحاسب المختص قرار رفض الدفع مصحوباً بالأسباب والملاحظات المبررة لذلك وهنا تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام موقفين:

- 1- إما أن تقوم بتصحيح المخالفات والأخطاء المادية الواردة ليتم بعدها دفع النفقة.
- 2- إما أن تلجأ إلى طريقة قانونية تشبه ما سبق ذكره بالنسبة لمقرر التجاوز لقرار رفض تأشير لجان الصفقات العمومية المختصة وحالة التنازل عند رفض التأشير من طرف المراقب المالي تسمى الطريقة القانونية في هذه الحالة بإجراء التسخير.

التسخير هو الإجراء الذي يتخذ عندما يقوم المحاسبون العموميون بإيقاف عملية دفع النفقة، بأن يطلبوا منهم وتحت مسؤوليتهم دفعها. وهو ما جاءت به أحكام المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 91-314³⁶⁶.

عندما يصل قرار رفض الدفع بواسطة مراسلة من المحاسب العمومي إلى الأمر بالصرف يرسله هذا الأخير (ممثلاً المصلحة المتعاقدة) طالباً منه التنازل عن قرار رفض الدفع.

يتضمن الأمر بالتسخير زيادة على الأسباب المبررة لذلك عبارة "يطلب من المحاسب أن يدفع" في كل عملية إنفاق مرفوض دفعها³⁶⁷.

على إثر ذلك يجب على المحاسب العمومي أو المحاسبين الذين يمثلون لعملية التسخير أن يقدموا تقريراً بذلك إلى الوزير المكلف بالمالية خلال 15 يوماً.

تذكر في التقرير الأسباب الداعية لرفض الدفع³⁶⁸ وفي هذه الحالة تنقل المسؤولية الكاملة من المحاسب العمومي إلى الأمر بالصرف وتبرأ ذمة المحاسب العمومي من المسؤولية الشخصية وحتى المالية³⁶⁹.

366- مرسوم تنفيذي رقم 91-314، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين. ج ر عدد (43)، بتاريخ 1991.

كما أن التسخير هو إعطاء الأمر لشخص غير موجود في النظام السلمي وفي هذا المجال هو الأمر الذي يعطيه الأمر بالصرف للمحاسب العمومي الذي لا يوجد ضمن السلم الإداري للأمر بالصرف.

367- أنظر المادة 2 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-314، مؤرخ في 7 سبتمبر 1991...، سابق الإشارة إليه.

368- أنظر المادة 3 من أحكام المرسوم السابق الإشارة إليه.

369- أنظر المادة 48 من قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت 1990...، سابق الإشارة إليه.

وكما فعل المشرع مع حالات مقرر التجاوز ومقرر التغاضي، لجأ بالنسبة لإجراء التسخير إلى تحديد حالات لا يمكن فيها اللجوء إلى هذا الإجراء وهي:

- عدم توفر الاعتمادات المالية.
- عدم توفر أموال في الخزينة.
- إنعدام إثبات أداء الخدمة.
- غياب التأشيرات القانونية الخاصة بالمراقب المالي أو بلجنة الصفقات المختصة³⁷⁰.

تبرر طبيعة الحالات السابقة عدم إمكانية اتخاذ إجراء التسخير، وكل عقوبة تسلط على المحاسب العمومي الذي يرفض القيام بالدفع تعد باطلا إذا ثبت أن الأوامر التي رفض تنفيذها تحمله المسؤولية الشخصية والمالية.

ومن أجل نجاعة المحاسبة العمومية وإنجاح سياسة الوقاية من الفساد، تمّ تقرير مبدأ مساءلة كل من المراقب المالي والمحاسب العمومي، فمسؤولية المراقب المالي إدارية، محاسبية، جزائية فيكون مسؤولاً إدارياً أمام وزير المالية لأنّ المراقب المالي أقرب إلى المحاسب العمومي بالنسبة لاحترام الأوامر السلمية.

كما يسأل مسؤولية محاسبية، إذ يجب عليه ضبط حسابات الالتزام وإرسال تقارير دورية لوزير المالية لكي يتمكن من متابعة تنفيذ الميزانية.

أما المسؤولية الجزائية فتنتج عن كل تأخير غير شرعي في إعطاء التأشيرة، إذ يعرض المراقب المالي لمتابعة مجلس المحاسبة لأنّ التأخير في منح التأشيرة يعطل مصالح المرافق العمومية.

ولا تطبق على المراقب المالي المسؤولية المالية والشخصية لأنه لا يعتبر عونا محاسبيا.

أما مسؤولية المحاسب العمومي فتجد أساسها في نص المادة 38 من قانون رقم 90-21، فيكون المحاسبين العموميين مسؤولين شخصيا وماليا عن العمليات الموكلة إليهم وهي العمليات المنصوص عليها في المواد 35 و 36³⁷¹.

370- علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 100.

أنظر المادة 48 فقرة 2 من قانون 90-21، مؤرخ في 15 غشت 1990...، سابق الإشارة إليه.

371- ما يهمننا مجال الصفقات العمومية أي نص المادة 36 السالف ذكرها.

كما تمّ تقرير مسؤولية الوكلاء المكلفون بإجراء عمليات قبض الأموال أو دفعها لحساب المحاسب العمومي فيكونون جميعاً مسؤولين شخصياً ومالياً عن هذه العمليات، ولا تتقرر هذه المسؤولية إلاّ بقرار من وزير المالية أو مجلس المحاسبة³⁷².

كما يكون المحاسب العمومي مسؤولاً مسؤولية مالية على جميع عمليات القسم الذي يديره منذ تاريخ تنصيبه وتبقى مسؤوليته المالية إلى تاريخ انتهاء مهامه³⁷³.

وتتحقق مسؤولية المحاسب العمومي المالية عندما يثبت نقص الأموال والقيم في الخزينة أو وجود خلل في الحسابات، وفي هذه الحالة يتعيّن على المحاسب المأخوذ بمسؤوليته المالية أن يسدد وجوباً من أمواله الخاصة مبلغاً يساوي البواقي الحسابية المكلف بها، إمّا بسبب عجز في حسابات الصندوق أو عن إيراد غير محصل أو عن نفقة مدفوعة خطأ أو عن ضياع ملك من الأملاك إذا كان المحاسب يملك محاسبة عينية، وكل باق لا تغطيه أموال المحاسب يقيد في شكل تسبيق لكي يتسنى إعادة التوازن فوراً إلى الخزينة. على إثر ذلك يتعيّن على المحاسب العمومي إرسال تقرير مفصل إلى الوزير المكلف بالمالية.

كما تتقرر مسؤولية المحاسب الشخصية عن كل مخالفة في تنفيذ العمليات المالية ولا يمكنه إرجاع هذه المسؤولية إلى موظف أو عون ينتمي إليه.

غير أنّ المحاسب العمومي يمكن أن يحصل على إعفاء جزئي من المسؤولية بعد إرسال طلب إلى مجلس المحاسبة.

وبالنسبة للمحاسب العمومي الذي لم يقدم طلباً بالإعفاء الجزئي أو الذي رفض طلبه كلياً أو جزئياً، أن يطلب من الوزير المكلف بالمالية إبراء رجائي من المبالغ المتروكة على عاتقه، ويمنح الوزير المكلف بالمالية هذا الإبراء بعد استشارة لجنة المنازعات³⁷⁴ لتتحمل بعدها ميزانية

372- أنظر المادة 46 فقرة 1 من قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت 1990...، سابق الإشارة إليه.

373- أنظر المادة 41 من القانون السابق الإشارة إليه.

غير أنّه لا يمكن إقحام هذه المسؤولية بسبب تسيير أسلافه إلاّ في العمليات التي يتكفّل بها بعد التحقيق دون تحفظ أو اعتراض عند تسليم المصلحة الذي يتمّ وفق كفايات تحدّد عن طريق التنظيم.

374- أنظر المادة 9، 10، 11 من أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-312، مؤرخ في 07 سبتمبر 1991، يحدّد شروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين وإجراءات مراجعة باقي الحسابات وكفايات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، ج ر عدد (43)، بتاريخ 18 سبتمبر 1991.

الهيئة المعنية بالمبالغ موضوع الإعفاء الممنوح أو الإبراء الرجائي.

من عرض صلاحيات كل من المحاسب العمومي والمراقب المالي، يلاحظ أن رقابتهما تكاد تكون شكلية تنصب على مراقبة المستندات للتحقق من مدى مطابقتها للنفقة، أي شرعية النفقة من الناحية الشكلية وهي رقابة وقائية تسعى لمنع ارتكاب الفساد.

فإذا كان المبدأ الأساسي في تسيير الأموال العامة يهدف إلى التنفيذ السليم للميزانية، فما جدوى وجود جهازين مختلفين من حيث التنظيم والتشكيلة إلا أنهما يؤديان المهام نفسها!

هذه الممارسة المزدوجة تؤدي إلى نتيجة واحدة غالباً ماينتج عنها تعارض إذ قد يمنح المراقب المالي تأشيرته على ملف ما، ولكن قد يُرفض أثناء عملية الدفع من قبل المحاسب العمومي لوجود خطأ في العملية الحسابية أو لإنعدام الاعتمادات في الباب والفرع والمادة من الميزانية.

لهذا ينبغي أن تكون رقابة المحاسب العمومي مكملة لرقابة المراقب المالي كي يضمن السير الحسن للأموال العامة بما يحقق الفعالية والكفاءة.

المبحث الثالث

تدعيم أجهزة الرقابة بإنشاء هيئة للوقاية من الفساد ومكافحته

أكثر الآليات فعالية في مكافحة الفساد إنشاء هيئة خاصة لمكافحته، وهذا ما أكدته اتفاقية الأمم المتحدة في المادة السادسة فقرة 1 بعنوان "هيئة أو هيئات مكافحة الفساد الوقائية" «*Organe ou organes de prévention de la corruption*» الواردة ضمن أحكام الفصل الثاني من الاتفاقية بعنوان التدابير الوقائية إذ تنص "تكفل كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني وجود هيئة أو هيئات حسب الاقتضاء، تتولى منع الفساد..."

وبتقسي الفساد، لم يعد مفاجئاً تدخل المشرع الجزائري بنصوص قانونية وقائية من أجل ضمان الشفافية في تسيير الأموال العمومية، وكذا في إدارة الشؤون العامة، لذا نص قانون رقم 01-06 على مجموعة من التدابير الوقائية التي ترمي إلى الوقاية من جرائم الفساد عامةً وجرائم الصفقات العمومية بصفة خاصة، كان أهم هذه التدابير إنشاء سلطة إدارية تدعى بـ "الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته".

فالهيئة المكلفة بالوقاية من الفساد فئة قانونية جديدة في المنظومة القانونية، أنشأها المشرع ونظمها بترساة من النصوص القانونية التشريعية³⁷⁵ كانت أو تنظيمية³⁷⁶.

375- النص التشريعي المقصود هو قانون رقم 01-06، السابق الإشارة إليه.

376- أما النصوص التنظيمية فهي كل من:

- مرسوم رئاسي رقم 413-06، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006، معدل بمرسوم رئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 7 فيفري 2012، ج ر عدد (08)، بتاريخ 15 فيفري 2012.

إن المرسوم الرئاسي رقم 413-06 غير دستوري ويظهر ذلك في أن هذا النص جاء لتطبيق أحكام قانون رقم 01-06 وبالرجوع لأحكام المادة 125 من دستور 1996 نجد أن المجال التنظيمي لتطبيق النصوص التشريعية يرجع للوزير الأول عن طريق مرسوم تنفيذي وليس لرئيس الجمهورية عن طريق مرسوم رئاسي وبالتالي ينعهد الأساس القانوني لهذا المرسوم.

- مرسوم رئاسي رقم 414-06، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات، ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

- مرسوم رئاسي رقم 415-06، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفية التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

فإنشاء الهيئة لم يكن أمراً مفاجئاً إنما هو واقع لا بدّ منه، أمام تفشي الفساد وضرورة البحث عن سلطة متخصصة تقوم بمساعدة الدولة في مهمة التنظيم، لتتكفل كل سلطة من السلطات الإدارية المستقلة بضبط مجال معين ومواجهة صور الفساد فيه.

حيث جاءت المادة 17 من قانون رقم 06-01 لتتص "تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد"، لتضيف المادة 18 من القانون ذاته أن "الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع لدى رئيس الجمهورية".

يُستخلص من النصوص المنشئة للهيئة أن المشرع حقاً لا يتحكم في المصطلحات القانونية، إذ يعبر عن هذا الجهاز تارةً بمصطلح "هيئة" وتارةً أخرى بمصطلح "السلطة"، مما يؤدي إلى خلق نوع من الفوضى في الصياغة وفي التعبير عن المصطلحات³⁷⁷.

وقصد تمكين الهيئة من أداء المهام المنوطة لها تعين منحها قدرًا من الاستقلالية (المطلب الأول)، وهو ما حرص المشرع على تكريسه، جاعلا منها آلية لتنفيذ إستراتيجية الوقاية من الفساد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحرص على ضمان استقلالية الهيئة

من أجل نجاعة وفعالية الهيئة في أداء اختصاصاتها المتباينة، خول لها بنصوص قانونية ما يجسد استقلاليته لثقل المهام المسندة لها، وهي التصدي لظاهرة العصر المتمثلة في الفساد وهو ما أكدته نص المادة 18 "تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد".

فهذه المهمة لا تتحقق إلا إذا استفادت الهيئة باستقلالية كافية تحميها من مختلف أشكال الضغوط والعراقيل التي قد تعطل نشاطها وتجعل من محاربة الفساد مجرد شعار لا غير.

ومن أجل ضمان هذه الاستقلالية لجأ المشرع إلى النموذج الفرنسي المتمثل في فكرة السلطة الإدارية المستقلة³⁷⁸، تبعاً لذلك ستنم الدراسة تلك القواعد التي حرص المشرع على

377- KHALOUFI Rachid, "Les instruments de régulation", **RASJEP**, volume 41, N° 2, Alger, 2003, P114.

378- يرجع ظهور السلطات الإدارية المستقلة إلى الدول لأنجلو سكسونية، تطورت في القانون الفرنسي، وقد صنفها الفقه الفرنسي بصفة قانونية جديدة أما ظهورها في القانون الجزائري كان نتيجة استقبال النظام القانوني الليبرالي، خصوصاً الفرنسي في إطار ما يسمى بالتقليد الإيمائي « Le mimétisme administratif » وتم إحداث أول هيئة=

تكريسها لضمان استقلالية الهيئة سواء من الناحية العضوية (الفرع الأول)، أو من الناحية الوظيفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مظاهر الاستقلالية العضوية

في هذا الإطار نتطرق إلى تشكيلة الهيئة مع التركيز على المعايير التي بموجبها يتمكن من قياس الاستقلالية العضوية، وبالرجوع إلى النصوص المنظمة للهيئة يظهر الطابع الجماعي لتشكيلة الهيئة (أولاً)، إلى جانب تحديد مدة انتداب الأعضاء (تقنية العهدة) (ثانياً).

أولاً - التشكيلة الجماعية للهيئة:

بالرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجد أن تشكيلة الهيئة وتنظيمها وكيفية سيرها تحدد عن طريق التنظيم³⁷⁹ وقد تولى التنظيم المعني³⁸⁰ تحديد تشكيلة الهيئة في الفصل الثاني منه تحت عنوان "التشكيلة" حيث نص في المادة الخامسة على "تشكل الهيئة من رئيس وستة أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي..."³⁸¹.

وعندما تم تنصيب الهيئة في 4 جانفي 2011، أي بعد أكثر من أربعة سنوات من صدور القوانين المنشئة لها تم تعيين أعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 7 نوفمبر 2010³⁸²، حيث شغلت الأعضاء السبعة المختارة مناصب هامة في

=في الجزائر سنة 1990 وهو المجلس الأعلى للإعلام الذي كلفه المشرع صراحةً بالهيئة الإدارية المستقلة، وفي السنة نفسها صدر قانون النقد والقرض الذي أنشأ كل من مجلس النقد والقرض واللجنة الصرفية واعتبرهما هيئتين مستقلتين، وبعدها توالى النصوص القانونية لتنشأ هيئات أخرى في مجالات مختلفة حيث أنشأت لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة ومراقبتها سنة 1993، ثم مجلس المنافسة في 1995، ثم سلطة البريد والمواصلات في سنة 2000، ثم الوكالتين الوطنيتين للممتلكات المنجمية والمراقبة المنجمية في 2001، وبعده لجنة ضبط الكهرباء والغاز في سنة 2002، وفي مجال النقل سلطة ضبط النقل، وأخيراً تم إحداث الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وسلطة الضبط في مجال التأمينات في 2006.

379- أنظر المادة 18 فقرة 1 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

380- المقصود بالتنظيم أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

381- GUEDON Marie-José, Hétérosuggestion des données organiques, in DECOOPMAN Nicole, Le désordre des autorités administratives indépendantes collection Ceprisca, Paris, 2002, P 63.

382- مرسوم رئاسي مؤرخ في 7 نوفمبر سنة 2010، يتضمن تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (69)، بتاريخ 14 نوفمبر 2010.

مؤسسات الدولة³⁸³، فلا نجدها تتكون من الشخصيات الوطنية المستقلة التي تمثل المجتمع المدني. هذا ما يجعلها في تبعية إزاء السلطة التنفيذية، وهذا ما يحد من فاعليتها كجهاز للتصدي لكل أشكال الفساد، الأمر الذي يفتح المجال واسعاً أمام التشكيك في النوايا الحسنة والعزيمة القوية للسلطات المختصة في المضي قدماً لمحاربة آفة الفساد³⁸⁴.

قد عدّ المشرع من أعضاء الهيئة نظراً لتعدد وتشعب واتساع الأعمال الملقاة على عاتقها، لذا حرص على إعطاء الهيئة طابعاً جماعياً وهي مبادرة يثنى عليها، تسمح بتكفل الهيئة بكل اختصاصاتها المتمثلة في الوظائف الاستشارية والرقابية وحتى التحسيسية، وهو ما يبرر اشتراط المشرع التكوين المناسب والعالي لمستخدمي الهيئة دون بيان صفة الأعضاء ومراكزهم القانونية³⁸⁵.

كما أحسن المشرع من الناحية الهيكلية حين زوّد الهيئة بهياكل تجعلها أكثر قدرة على أداء الاختصاصات المنوطة بها، مثل الأمانة العامة³⁸⁶ وهيكل أخرى تتمثل في مجلس اليقظة والتقييم، مديرية الوقاية والتحسيس، مديرية التحاليل والتحقيقات³⁸⁷ حتى لا يجعلها في تبعية لجهات أخرى.

ثانياً - تحديد مدة انتداب الرئيس والأعضاء:

- تقنية العهدة -

بالإضافة إلى التشكيلة الجماعية، هناك معايير أخرى تقاس من خلالها استقلالية الهيئة، تتمثل أساساً في مدة تعيين الأعضاء -العهدة- التي تعتبر من الركائز الهامة المعتمد عليها قصد إبراز الطابع الاستقلالي للهيئة.

يقصد بالعهدة المدة التي يعين فيها الأعضاء لغرض ممارسة مهامهم، وفي حالة عدم

383- قد أوكلت رئاسة الهيئة إلى السيد براهيم بوزبوجن، وهو قاضي سابق شغل عدة مناصب عليا في الدولة أما الأعضاء الستة فهم أيضاً من الشخصيات الوطنية المشهود لها بالكفاءة فنجد عبد الكريم غريب سفير الجزائر السابق بمالي، صبرينة تمكيت زوجة بوقادوم إطار سابق بوزارة الخارجية، أحمد على أستاذ القانون الجنائي بالإضافة إلى كل من عبد القادر بن يوسف ومسعود عابد وعبد الكريم بالي.

384- موري سفيان، مرجع سابق، 119.

385- أنظر المادة 19 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

386- أنظر المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

387- أنظر المادة 6 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

اقتران تعيين أعضاء السلطات الإدارية المستقلة بمدة معينة، يمكن للجهة المحتكرة لسلطة التعيين أن تؤثر على الأعضاء وذلك بعزلهم في حالة عدم الاستجابة لرغباتها وهذا ما يمس باستقلاليتهم.

وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للهيئة نجد نص المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 413-06 ينص على "تشكل الهيئة من رئيس وستة (6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمسة (5) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة (1). وتنتهي مهامهم حسب الأشكال نفسها".

جاء نص المادة بصيغة صريحة وواضحة، فتكون عهدة أعضاء الهيئة 5 سنوات ويمكن تجديدها مرة واحدة. وباعتبار مدة الانتداب محددة قانوناً فإن ذلك مؤشراً يجسد استقلالية الهيئة من الناحية العضوية، فلو تم النص على تعيين الرئيس والأعضاء لمدة غير محدودة قانوناً، فلا يمكن الحديث عن أية استقلالية عضوية نتيجة جعل الأعضاء والرئيس عرضة للعزل في أي وقت خاصة أمام عدم ذكر الأسباب والظروف التي من شأنها إنهاء العهدة.

إلا أن قابلية تجديد الانتداب يؤثر سلباً على الاستقلالية، لأن ذلك يجعل أعضاء الهيئة في تبعية إزاء رئيس الجمهورية، أو بتعبير أدق إزاء السلطة التنفيذية خوفاً من عدم التجديد.

تلك هي أهم المظاهر التي تجسد الإستقلالية العضوية لهيئة الوقاية من الفساد ومكافحته رغم ما يعترئها من نقائص نتيجة التدخل المستمر للسلطة التنفيذية، مما يضيفي على استقلالية الهيئة من الناحية العضوية الطابع النسبي أو النظري أو الشكلي أو الخيالي³⁸⁸.

الفرع الثاني

مظاهر الاستقلالية الوظيفية

استقلالية الهيئة وظيفياً يعني أنه لا يمكن تعديل ولا إلغاء ولا استبدال قراراتها من طرف سلطة عليا، ويرى بعض الفقهاء أن هذه الاستقلالية هي التي تعبر عن الطابع السلطوي لهيئة مكافحة الفساد رغم عدم اعتراف المشرع صراحةً بسلطة اتخاذ القرار لهذه الهيئة وللسلطات الإدارية المستقلة ككل

ولمعرفة مدى اعتراف المشرع الجزائري بالاستقلالية الوظيفية يجب علينا البحث عن

388- ZOUIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, BERTI édition, Alger, 2006, P 35.

مؤشراتها، سواء من خلال الوسائل القانونية المتمثلة في تعدد وظائفها ومدى تمتعها بسلطة إعداد نظامها الداخلي، وكذا الاعتراف لها بالشخصية المعنوية رغم أن هذه الصفة لا تعتبر معياراً لقياس درجة الاستقلالية (أولاً)، أو من خلال الوسائل المالية المتمثلة في مدى اعتراف المشرع للهيئة باستقلال مالي وبذمة مالية خاصة بها (ثانياً)، أو من خلال إخضاع موظفي الهيئة لنظام التنافي (ثالثاً).

أولاً - الوسائل القانونية:

يمكن حصر العناصر التي تدعم استقلالية الهيئة في الطبيعة المتنوعة لصلاحيات الهيئة (1)، وتمتعها بسلطة وضع نظامها الداخلي (2)، وتمتعها بالشخصية المعنوية (3).

1. الطبيعة المتنوعة لصلاحيات الهيئة

تتمتع الهيئة بصلاحيات واسعة فهي من يتولى تنفيذ الإستراتيجية الوطنية لمواجهة الفساد، وقد تطرق المشرع الجزائري لهذه المهام بصفة مجملة في نص المادة 20 من قانون رقم 06-01 بعنوان "مهام الهيئة" « **Des mission de L'organe** » وبتفحص النصوص القانونية المنظمة للهيئة، ولا سيما أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-413 يتضح أن مهام الهيئة تتوزع بين هياكلها مجسدة في رئيسها، مديرية الوقاية والتحسيس، مديرية التحاليل والتحقيقات، وأخيراً مجلس اليقظة والتقييم³⁸⁹.

2. تمتع الهيئة بسلطة وضع نظامها الداخلي

تتجلى استقلالية الهيئة في حرية اختيارها لمجموع القواعد التي تقرر كيفية تنظيمها وسيرها دون مشاركة أية جهة أخرى، كما تظهر أيضاً في عدم خضوع النظام الداخلي للمصادقة عليه من طرف السلطة التنفيذية³⁹⁰.

هذه الأحكام جاء التأكيد عليها صراحةً في نص المادة 19 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-413 التي جاء فيها **"تعد الهيئة نظامها الداخلي الذي ينشر في الجريدة الرسمية بموجب مرسوم رئاسي وتصادق عليه"**.

389- نقادياً للتكرار لن نتناول في هذا المقام إختصاصات الهيئة لأنه سيتم التطرق إليها في مناسبات أخرى تخص دائماً مواضيع الرسالة.

390- حدري سمير، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 57.

واضح من النص أن هيئة مكافحة الفساد لها سلطة سن نظامها الداخلي بل وحتى سلطة المصادقة عليه فتكون استقلالية الهيئة من هذا الجانب ملموسة.

غير أن نص المادة 19 سالف الذكر يتعارض بصفة صارخة بنص المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، التي تنص "يحدد التنظيم الداخلي للهيئة بقرار مشترك بين السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية والوزير المكلف بالمالية"، فكيف أن الهيئة هي من تعد نظامها الداخلي بصريح نص المادة 19، وكيف يحدد هذا النظام بقرار مشترك بين السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية والوزير المكلف بالمالية بصريح نص المادة 8 من المرسوم ذاته؟!.

3. تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية

هذا العامل كما - سلف الذكر - ليس بمعيار حاسم لضمان الاستقلالية³⁹¹ ودليل ذلك أن سلطات الضبط في القانون الفرنسي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، إلا في الآونة الأخيرة ولبعض منه فقط كلجنة الأسواق المالية C M F³⁹²، إلا أنها تتمتع باستقلالية حقيقية وهذه الاستقلالية أساس وجودها.

أما في القانون الجزائري، فمعظم السلطات الإدارية المستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالرجوع إلى النصوص المنظمة للهيئة فقد اعترف المشرع لها بالشخصية المعنوية بصفة صريحة، وذلك بمقتضى نص المادة 18 فقرة أولى من قانون رقم 06-01 التي تنص "الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

ورغم عدم اعتبار الشخصية المعنوية عاملاً حاسماً وفعالاً لقياس درجة الاستقلالية، إلا أنها تؤثر وتساعد بنسبة معينة في إظهار هذه الإستقلالية خاصة، من الجانب الوظيفي وذلك بالنظر إلى النتائج والآثار المترتبة عنها.

أمام تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية، فلرئيسها حق اللجوء إلى الجهات القضائية بصفته مدعياً أو مدعى عليه وعن أساس ومصدر هذا الحق، فهو مستمد من نص المادة 9 فقرة 9 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-413 "يكلف رئيس الهيئة بما يأتي: تمثيل الهيئة أمام

391- براهيم فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 08-12، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص 38.

392- TRAORES, "Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ?", G.C.P administratif, fax 75, n° 8,9 Aout-septembre 2004, P16.

القضاء وفي كل أعمال الحياة المدنية.

غير أن الهيئة لا يمكنها اللجوء إلى القضاء عند توصلها إلى وقائع ذات وصف جزائي، بل تقوم بتحويل الملف إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء³⁹³.

يلاحظ على نص المادة 22 ورود عبارة "**عند الاقتضاء**" التي يفهم منها أنه حتى وإن كان الملف المقدم إلى الوزير يتضمن وقائع ذات وصف جزائي، فيمكن للوزير أن لا يخطر النائب العام بحكم أن ذلك يخضع لتقديره فهذا يؤدي إلى تجاوز قرارات الهيئة³⁹⁴.

فالهيئة لا تتمتع بحق إتمام مهمتها المتمثلة في إخطار العدالة بالملفات التي تتضمن وقائع ذات وصف جزائي، وبالتالي لا يمكن تصور استقلالية الهيئة بسبب انتفاء هذه السلطة، مع أن الهيئات الوطنية المستقلة الأخرى تتمتع بهذا الاختصاص.

فلما نص المشرع على إمكانية الهيئات السابقة دون هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته أليست هيئة مستقلة؟! خاصة وأن المهمة الملقاة على عاتقها هي مواجهة جرائم الفساد، فكيف يتأتى لها ذلك دون إمكانية تحويل الملفات إلى القضاء الجزائي؟!

ومن جهة أخرى تتمتع الهيئة بأهلية التعاقد، فمن بين أهم نتائج الشخصية المعنوية أهلية التعاقد، وهو ما أكدته المادة 9 فقرة 11 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-413 التي تنص "**يكلف رئيس الهيئة بما يأتي... تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على المستوى الدولي وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية**" وأضافت المادة 20 فقرة 9 على "**تكلف الهيئة لاسيما بالمهام الآتية... التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي...**".

من أحكام المواد السابقة نتوصل إلى استنتاج إمكانية الهيئة في إبرام عقود واتفاقيات مع هيئات تختص هي الأخرى بمكافحة الفساد سواء كانت وطنية أو أجنبية في إطار التعاون الدولي³⁹⁵.

393- أنظر المادة 22 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

394- أعراب أحمد، "في استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 و19 أبريل 2010، ص 10.

395- شيخ ناجية، "المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 10 و11 أبريل 2009، ص 10.

ويبقى أهم أثر لتمتع الهيئة بالشخصية المعنوية هو تمتعها بذمة مالية مستقلة.

ثانياً - الاستقلال المالي للهيئة:

يقصد بالاستقلالية المالية تمتع هيئات الضبط بما فيها الهيئة محل الدراسة بذمة مالية أي تمتعها بميزانية مستقلة التي تظهر بامتلاك هذه الهيئات لمصادر تمويل ميزانيتها خارج الإعانات التي تقدمها الدولة، وكذا استقلالية الهيئة في وضع وتنفيذ سياستها المالية بالإضافة إلى الاستقلالية في تسيرها³⁹⁶.

بالرجوع إلى المادة 22 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 413-06 "تشمل ميزانية الهيئة على باب للإيرادات وباب للنفقات".

في باب الإيرادات

-إعانات الدولة

في باب النفقات

-نفقات التسيير

-نفقات التجهيز".

فالدولة لما تقدم هذه الإعانات فإنها تمارس حتماً نوعاً من الرقابة، مما يقلص من استقلالية الهيئة من الناحية الوظيفية، كما أن إمكانية التقاعس في تقديم هذه الإعانات واردة خاصة لما لا تستجيب الهيئة لضغوطات الجهاز التنفيذي.

ومن جهة أخرى تخضع هيئة مكافحة الفساد إلى رقابة مالية يمارسها مراقب مالي يعينه الوزير المكلف بالمالية، وهو ما جاء صراحةً في نص المادة 24 من المرسوم ذاته "يمارس الرقابة المالية على الهيئة مراقب مالي يعينه الوزير المكلف بالمالية" فأين الاستقلالية المالية التي ينشد بها المشرع ؟!

كلها عوامل من شأنها التقليل من حرية الهيئة في التصرف في ذمتها المالية ومن ثمّ التقليل من استقلالها المالي³⁹⁷.

ثالثاً - إخضاع موظفي الهيئة لنظام التنافي:

إن استقلالية الهيئات الإدارية المستقلة إزاء السلطة التنفيذية عامل أساسي لتمكينها من

396- أعراب أحمد، مرجع سابق، ص 9.

397- إلا أن البعض يرى بأن الرقابة التي يمارسها المراقب المالي لا تعتبر بأمر مناف للاستقلالية باعتبار الهدف منها هو المحافظة على المال العام. لمزيد من التفصيل أنظر: براهيمي فضيلة، مرجع سابق، ص 40.

ممارسة مهمتها الضبطية، وكذا الانتقال من الأسلوب التقليدي الذي كانت تعتمد الدولة للتدخل في الحقل الاقتصادي المتمثل في الأوامر والتنظيمات، إلى اعتماد أسلوب أكثر مرونة بإنشاء السلطات الإدارية المستقلة كآلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة.

إلا أن الأهم هو استقلالية الهيئة إزاء الأعوان الناشطين في القطاع الذي تضبطه لضمان نجاعتها، لذا كرس المشرع نظام التنافي.

يقصد بنظام التنافي منع أعضاء الهيئة من ممارسة بعض المهام، وكذا امتلاك المصالح في بعض المؤسسات.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فلا توجد أية إشارة تجعل أعضاء الهيئة خاضعة لهذا النظام، لكن بالرجوع إلى أحكام الأمر رقم 07-01³⁹⁸ يجعل أعضاء الهيئة من بين المؤسسات الخاضعة لنظام التنافي، وهو ما أكدت عليه المادة الأولى من الأمر ذاته، وجاء فيها "يهدف هذا الأمر إلى تحديد حالات التنافي والالتزامات الخاصة المتصلة ببعض المناصب والوظائف ويطبق على شاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة يمارسونها ضمن الهيئات والإدارات العمومية..... وكذا على مستوى سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية أخرى مماثلة تتولى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكيم".

واضح من النص خضوع أعضاء الهيئة لنظام التنافي، وبالرجوع إلى أحكام المواد 2 و3 فقد تضمنتا مظاهر تكريس المبدأ، إذ يمنع أعضاء الهيئة من أن تكون لهم 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 رأياً بغية عقد صفقة معها³⁹⁹.

كما يمنع على أعضاء الهيئة ممارسة نشاطاً استشارياً أو مهنيّاً أيّاً كانت طبيعته ولأيّ سبب كان عند نهاية مهمتهم ولمدة سنتين. أو أن تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات التي سبق لهم أن تولوا مراقبتها أو الإشراف عليها أو أبرموا صفقة معها، أو أصدروا رأياً بغية عقد صفقة معها أو لدى أي مؤسسة أو هيئة أخرى تعمل في مجال

398- أمر رقم 07-01، مؤرخ في أول مارس سنة 2007...، سابق الإشارة إليه.

399- أنظر المادة 2 من الأمر السابق الإشارة إليه.

النشاط نفسه عند نهاية مهمتهم ولمدة سنتين أيضاً⁴⁰⁰.

وحتى بعد انقضاء مدة السنتين المشار إليها أعلاه يجب أن تكون ممارسة أي نشاط مهني أو استشارة، وكذا حيازة مصلحة موضوع تصريح كتابي لمدة 3 سنوات من طرف المعني بالأمر لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في أجل شهر واحد ابتداءً من تاريخ بداية ممارسة النشاط⁴⁰¹.

وعدم القيام بهذا التصريح يعاقب الشخص بغرامة مالية من 200.000 دج إلى 500.000 دج⁴⁰².

تلك هي القيود المفروضة على موظفي الهيئة تكريساً لمبدأ التنافي وضماناً لاستقلالية الهيئة عند أداء وظائفها، وكل مخالفة للأحكام السابقة يجب على آخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية حسب الحالة، إخطار الجهات القضائية المختصة⁴⁰³، وذلك لتطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة 06 من القانون رقم 07-01، وتتمثل في معاقبة الشخص المعني بالحبس من 6 أشهر إلى سنة واحدة وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج.

كما تترجم استقلالية الهيئة وظيفياً من خلال عدم إمكانية السلطة التنفيذية من ممارسة حق الفيتو على قراراتها، هذا ما ورد في التقرير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالسلطات الإدارية المستقلة⁴⁰⁴.

إلا أن إلزام الهيئة بإعداد التقرير السنوي وإرساله إلى رئيس الجمهورية يعتبر تقييداً لحرية الهيئة في القيام بنشاطها، ومظهراً من مظاهر وضع الهيئة تحت سلطة رئيس الجمهورية⁴⁰⁵.

400- أنظر المادة 3 من الأمر السابق الإشارة إليه.

401- أنظر المادة 4 من الأمر السابق الإشارة إليه.

402- أنظر المادة 7 من الأمر السابق الإشارة إليه.

403- أنظر المادة 5 من الأمر السابق الإشارة إليه.

404- Rapport public sur les autorités administratives indépendantes, **E.D.C.E.**, N° 52, 2001, P 293.

Publier sur le site :

www.conseil-etat.fr/.

405- مع أن الهيئة قد استقادت من تكييف قانوني واضح بصريح نص المادة 18 من قانون رقم 06-01 والمادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-413 على أنها سلطة إدارية مستقلة وتطبيقاً لذلك فهي لا تخضع لأية رقابة وصائية أو رئاسية، ولكن بالرجوع إلى الشطر الثاني من المواد السابقة فإن الهيئة توضع لدى رئيس الجمهورية، فالمشرع وقع في تناقض بإضفاء صفة الاستقلالية من جهة وجعلها تحت سلطة رئيس الجمهورية ممثل السلطة التنفيذية من جهة أخرى.

فتنص المادة 24 من قانون رقم 06-01 على "ترفع الهيئة إلى رئيس الجمهورية تقريراً سنوياً يتضمن تقييماً للنشاطات ذات الصلة بالوقاية من الفساد ومكافحته...".

واضح من النص أن رئيس هيئة مكافحة الفساد وبعد إعداده للتقرير السنوي يكون ملزماً بإحالاته إلى رئيس الجمهورية، ليكون هذا الأمر مظهرًا من مظاهر التقييد من حرية الهيئة عند القيام بنشاطاتها نتيجة الرقابة اللاحقة التي تمارسها السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية على النشاطات السنوية للهيئة.

إلا أنه يمكن التساؤل عن مصير التقرير السنوي بعد عرضه على السلطة المذكورة، بمعنى لماذا سكت المشرع وتجاهل إجراءات النشر والإشهار الخاصة بهذا التقرير الذي يعتبر ضماناً هامة لتحقيق الشفافية في تسيير الشؤون العمومية⁴⁰⁶.

وهكذا تعتبر التجربة الجديدة التي تخوضها الدولة الجزائرية في إطار ما يسمى بسلطات الضبط المستقلة في مختلف المجالات لأكبر دليل على أنها دولة قانون⁴⁰⁷، رغم كل النقائص التي تحملها من حيث الاستقلالية، فهي ضرورة أملت لها سلسلة الإصلاحات التي تعيشها الدولة لإعادة هيكلة الإدارة التقليدية حتى تستطيع التأقلم مع الأدوار الجديدة المخولة لها.

المطلب الثاني

جعل الهيئة آلية لتنفيذ إستراتيجية الوقاية من الفساد

تعد الهيئة إحدى الآليات الفعالة التي اعتمدها المشرع في إطار سياسة الوقاية من الفساد وهي سياسة سارت على نهجها الدول عندما ظهر عجز النظم القانونية العقابية.

قبل أن تكون الهيئة استراتيجية جزائية لمكافحة الفساد هي استراتيجية وقائية بحتة، لا يقتصر دورها في الوقاية من شكل معين من أشكال الفساد، وإنما تختص بالوقاية من مختلف

=في هذا التناقض راجع إلى رغبة السلطة في إبقاء الهيئات الإدارية المستقلة عامةً وهيئة مكافحة الفساد بصفة خاصة تحت إمارتها وهو نابع عن عدم توفر إرادة سياسية لمكافحة الفساد لأن استقلالية الهيئة هي التي تضمن فعاليتها في محاربة الفساد بمنأى عن أي تأثير.

406- أ.د. زوايمية رشيد، "ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، 2008. ص 16.

407- THIRION Nicolas, Libéralisations, privatisations régulations, aspects juridiques et économiques des autorités de régulation sectorielles, marchés financiers, télécommunication médias, santé, LARCIER, Paris, 2006, P 260.

صور الفساد في مختلف القطاعات العامة والخاصة⁴⁰⁸.

وفي سبيل قيام الهيئة باختصاصها الأصيل المتعلق بالوقاية من مختلف أشكال الفساد، زودها المشرع بوسائل قانونية تشكل في حقيقتها سلطات (الفرع الأول) تنفيذا للأغراض تتعلق بسياسة الوقاية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تزويد الهيئة بسلطات تجسيدا لإستراتيجية الوقاية من الفساد

من المؤكد أن للفساد أشكال متعددة مرتبطة في جوهرها بأسباب وعوامل مختلفة ذو آثار متباينة، لذا لم يكتف المشرع بإقرار اختصاص الهيئة بالوقاية من أشكال الفساد فحسب، بل وألح على تزويدها بسلطات تكفل تنفيذ هذه السياسة وهي إجراءات إستباقية تكفل مواجهة الفساد بدلا من الإجراءات القمعية.

يظهر ذلك عند تلقي الهيئة للتصريح بالامتلاكات الخاص ببعض الموظفين (أولاً) فضلا عن اختصاصها في التوجيه والرقابة في أداء الشؤون العمومية (ثانياً).

أولاً - دراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريح بالامتلاكات:

جعل المشرع تلقي التصريح بالامتلاكات من الآليات الوقائية في القطاع العام التي جاء بها قانون رقم 06-01.

وعملًا بأحكام المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 فإن *مديرية التحاليل والتحقيقات تكلف على وجه الخصوص بما يلي: وأكد على اختصاص الهيئة بتلقي هذا التصريح.*

-تلقي التصريحات بالامتلاكات الخاصة بأعوان الدولة بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها، وذلك مع مراعاة أحكام المادة السادسة أعلاه في فقرتها الأولى والثالثة".

واضح من نص المادة أنه بعد تلقي الهيئة للتصريحات يتعين على مديرية التحاليل والتحقيقات التابعة لها، دراسة واستغلال المعلومات الواردة في هذه التصريحات والتأكد من صحتها قصد الوقوف على مدى تناسب دخل الموظف مع الثروة التي جمعها.

408- NIKE KOMTSINDI Valère, La Corruption, une lecture systémique, Edition DIANOIA, Paris, 2004, P 87.

إن الهيئة بفعلها هذا تجسد فكرة الوقاية من الفساد وتجعل عملها المتعلق بتلقي التصريح متميز مقارنة بتلقي التصريح من طرف الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يفتقد لهذه السلطة.

أول إجراء يمكن تصوره طبقاً لمنطق الأمور هو الاطلاع على الأوراق المدفوعة في التصريح الأول للذمة المالية أو أي تصريح دوري لاحق له، وليس من التصريح الأول ما يبين زيادة الذمة المالية.

قد تكشف المقارنة بين التصريحات زيادة في الثروة ولم يبين صاحب التصريح مصدر الزيادة أو أن ذكر المصدر لا يكون على درجة من الاقتناع، الأمر الذي يحتاج بدوره إلى توضيحات من طرف الموظف، وفي حالة عجزه عن تبرير مصدر الثروة أو أنه قدم معلومات خاطئة عن مصدرها، حينئذ يكون تصرف الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد على الوجه المنصوص عليه في المادة 22 من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم.

ثانياً - التوجيه والرقابة في أداء الشؤون العمومية:

فضلاً عن سلطات الهيئة عند تلقي التصريح بالامتلاكات، فسلطة التوجيه والرقابة من الوسائل القانونية المساعدة على تنفيذ الهيئة لسياسة الوقاية.

يظهر عنصر التوجيه من خلال التوعية والتحسيس بمخاطر الفساد، إذ عهد إليها تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد، لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة واقتراح تدابير خاصة سواء كانت ذات طابع تشريعي أو تنظيمي⁴⁰⁹، فضلاً عن ضم جهودها إلى السلطات والهيئات الأخرى التي يندرج اختصاصها في مجال الوقاية من الفساد، لأن عنصر التعاون مفترض مؤكد في قانون مكافحة الفساد.

لا ينحصر دور الهيئة في التعاون مع السلطات والمؤسسات الداخلية في مجال مكافحة الفساد، بل يتعدى دورها للسهر على التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيد الدولي استناداً لنص المادة 20 فقرة 9.

كما تقوم الهيئة بإعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد، وإطلاع المؤسسات والإدارات بالسياسة المنتهجة من الدولة الرامية للوقاية من الفساد لتقريب خطورة الآفة والتحفيز عن التعاون والتظافر لبلوغ النتائج المرجوة⁴¹⁰.

409- أنظر المادة 20 فقرة 2 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

410- أنظر المادة 20 فقرة 3 من الأمر السابق الإشارة إليه.

فعنصر التوجيه من الأساليب الفعالة التي تزرع ثقافة نبذ الفساد وإشراك الجهود ضد تعشش الفساد في المجتمع.

لذا يطغى على اختصاص الهيئة الطابع الإعلامي التحسيسي وهو أسلوب حديث جاء بعد اقتناع الجميع على أنه أفضل وسيلة وأنجعها للحيلولة دون وقوع الجريمة.

يقوم على الحث والتأكيد على خطورة الفساد وآثاره وزرع ثقافة الرقابة الذاتية، وبالتالي تقريب المواطن من مؤسسات الدولة ومن القوانين والتنظيمات التي يخضع لها، فلا يكون المواطن عالماً بواجباته فقط، بل وحتى بحقوقه قبل هذه المؤسسات فتكون بذلك نوع من الرقابة المتبادلة، فيكون كل فرد مواطن كان أو موظفاً على دراية بحقوقه وواجباته كل في منصبه فتتعزيز الروابط، ولن يأتى هذا إلا بالتحسيس والتوعية والإرشاد والتوجيه وهي أساليب قوية تعتمد عليها الهيئة عن طريق أعضاءها وهياكلها وقاية من الفساد⁴¹¹.

وهي اختصاصات تحرص على تجسيدها مديرية الوقاية والتحسيس للهيئة عملاً بأحكام المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 وذلك عن طريق:

- اقتراح برنامج عمل للوقاية من الفساد، تجسيداً لمبادئ دولة القانون وانعكاساً للنزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية
- تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد إلى كل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة،
- اقتراح تدابير، لاسيما ذات طابع تشريعي وتنظيمي للوقاية من الفساد
- مساعدة القطاعات المعنية، العمومية والخاصة، في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة
- إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد، فالوقاية من الفساد تكون بتنقيف المجتمع وما يرافق ذلك من زيادة في الوعي، هذا الأمر يجب أن يكون نشاطاً محورياً لهيئة مكافحة الفساد.
- جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن عوامل الفساد والوقاية منه.
- البحث في التشريع والتنظيمات عن العوامل التي تشجع على ممارسات الفساد قصد إزالتها،

411- سعادى فتيحة، المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010، ص 135.

▪ التقييم الدوري للأدوات القانونية والتدابير الإدارية في مجال الوقاية من الفساد، قصد تحديد مدى فعاليتها، وهذا ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تنص "تسعى كل دولة طرف إلى إجراء تقييم دوري للصوصك القانونية والتدابير الإدارية ذات الصلة، بغية تقرير مدى كفايتها لمنع الفساد ومكافحته" فبدون وجود قوانين قابلة للتنفيذ تصبح الهيئة عاجزة عن العمل والحركة.

أما أسلوب الرقابة فتباشره الهيئة من خلال:

التقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته والنظر في مدى فعاليتها⁴¹².

وفي سبيل ذلك بإمكان الهيئة الإطلاع والتقييم الدوري لمدونات قواعد سلوك الموظفين العموميين الرامية للوقاية من الفساد.

فمدونات قواعد السلوك من الإجراءات أو التدابير المستحدثة بموجب قانون مكافحة الفساد سواء في القطاع العام أو الخاص.

فمن أجل دعم مكافحة الفساد في القطاع العام، تعمل الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية، وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية على تشجيع النزاهة والأمانة وروح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها، لا سيما من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة والملائم للوظائف العمومية والعهد الانتخابية⁴¹³.

كما تتخذ تدابير لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد ومنها وضع معايير وإجراءات بغرض الحفاظ على نزاهة كيانات القطاع الخاص المعنية، وذلك بوضع مدونات قواعد السلوك من أجل ممارسة نشاطاتها بصورة عادية ونزيهة وسليمة للوقاية من تعارض المصالح وتشجيع تطبيق الممارسات التجارية الحسنة من طرف المؤسسات فيما بينها، وكذا في علاقاتها التعاقدية مع الدولة، لذا فمدونات قواعد السلوك إجراء هام للوقاية من الفساد.

كما يظهر دور الهيئة الرقابي من خلال عملية التنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال ميدانياً، على أساس تقارير دورية منتظمة مدعمة بإحصائيات وتحاليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين⁴¹⁴.

412- أنظر المادة 20 فقرة 5 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

413- أنظر المادة 7 من القانون السابق الإشارة إليه.

414- أنظر المادة 20 فقرة 8 من القانون السابق الإشارة إليه.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه عزمي بشارة "من واجب المسؤولين في الوظائف الرسمية سواء كانوا منتخبين أو معينين وزراء أو موظفين وغيرهم، أن يقدموا تقارير دورية عن عملهم وسياساتهم ونجاحاتهم في تنفيذها، كذلك يعني المبدأ حق المواطنين في الحصول على التقارير والمعلومات اللازمة عن كل من يعمل في إدارة الحياة العامة، نواب ووزراء وموظفين حكوميين وأصحاب مناصب، كي يتأكد من أن عمل هؤلاء يتفق مع القيم...."⁴¹⁵ وهذا المفهوم أقرب إلى المسائلة منه إلى الرقابة.

للفساد مظاهر وصور متعددة وللهيئة اختصاص واسع في الوقاية من مختلف أشكال الفساد مستعملة في ذلك وسائل قانونية، منحت لها بموجب قانون مكافحة الفساد للتحكم وتجنب إتساع أبعاده باختلاف أشكاله، تنفيذاً لسياسة شاملة تخص الوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون تعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

الفرع الثاني

الغاية من السلطات الممنوحة للهيئة

منح سلطات في يد الهيئة غايته واضحة هو التحكم في سياسة الوقاية من الفساد (أولاً)، سد الثغرات التي أفرزتها مؤسسات الرقابة التقليدية (ثانياً) ومسايرة المجتمع الدولي الذي أصبح ينادي بتفعيل سياسات الحكم الراشد في البلاد (ثالثاً).

أولاً - التحكم في سياسة الوقاية من الفساد:

خلق أي جهاز في الدولة مهما كان اختصاصه ومجال تدخله، يستدعي تزويده بصلاحيات وسلطات لتأدية المهام التي وجد لأجلها.

قد زودت الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد بوسائل حديثة تتلاءم وموضوع الفساد الذي يحتاج إلى وسائل محكمة تساعد على الوقاية قبل اللجوء إلى عمليات البحث والكشف عنه ومن ثم قمعه.

اقتناعاً من الدولة الجزائرية بأن اتباع نهج شامل متعدد الجوانب هو أمر لا مفر منه لمنع الفساد بصورة فعالة بجهاز ذا طبيعة وقائية، لما يساورها من قلق إزاء ما يطرحه مشكل الفساد من عواقب على استقرار كيانات الدول وأمنها⁴¹⁶.

415- نقلا عن سعادى فتيحة، مرجع سابق، ص 158.

416- لعل ماحدث في تونس ومصر وليبيا وما يحدث اليوم في سوريا واليمن والبحرين... لأكبر دليل على خطورة الفساد على اقتصاديات الدول وأمنها الاجتماعي واستقرارها السياسي وتمييزها المستدامة، فالفساد منبع لضياع الأغلفة المالية العمومية كما يفرغ أطر الديمقراطية من محتواها.

ومسايرة للصحة العالمية⁴¹⁷ في مكافحة الفساد واستجابة للاتفاقيات الدولية في هذا المجال لا سيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد، لذا جاء قانون مكافحة الفساد في مادته الأولى تحت عنوان "الهدف".

لتنص "يهدف هذا القانون إلى ما يأتي:

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته..." لا وبل كان إنشاء هذه الهيئة بقصد تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال الوقاية من الفساد وهو ما تمت الإشارة إليه في المادة 20 ومواد متفرقة أخرى أو تلك الواردة في نصوص تنظيمية متعلقة بالهيئة، تتفق هذه النصوص أن الغاية من منح هذه السلطات هو التحكم في سياسة الوقاية من الفساد بالرغم من أن اختصاصها هذا تعترضه بعض النقائص والثغرات.

ثانياً - اعتبار الهيئة جهاز مكمل لهيئات الرقابة التقليدية:

لم يكن إنشاء هيئة مختصة بالوقاية من الفساد فكرة حيادية بالقدر ما هي فكرة تكميلية لأجهزة الدولة⁴¹⁸ التي تسعى لحماية الدولة من آفة الفساد.

لم تكن هيئة مكافحة الفساد أول خطوة انتهجتها الدولة للوقوف في وجه الفساد، بل وجدت الدولة نفسها في أوضاع عدة دفعتها لإعداد قوانين لتقوية إجراءات الوقاية توج باستحداث أجهزة للرقابة.

417- حسب تعبير كارلوس في مداخلته لدى المجلس الأوروبي حول الفساد في الصفقات العمومية "إنه ومنذ أعوام أصبح الفساد هاجس العالم بأسره في كل الدساتير والهيئات الوطنية والدولية الكبرى كهيئة الأمم المتحدة، البنك العالمي، الاتحاد الأوروبي، هذه الانشغالات ترجمت بإجراء دراسات قصد الخروج بتقارير واستأصال أوامر علاجية وأخرى عقابية" في هذا الملتقى طرحت إشكالية الفساد من عدة جوانب تاريخية واجتماعية، ثقافية، قانونية وسياسية باجتماع وحضور ملاحظين من مختلف المجتمعات المتقدمة.
أنظر:

CASTRESANA FERNANDEZ Carlos, "La corruption dans les marchés publics", rapports conseil de l'Europe, Tallien (Estonie), 27-29 octobre 1997, Edition du conseil de l'Europe, 1998, P15.

418- ينبغي توضيح مسألة هامة أن هيئة مكافحة الفساد لا تراقب عملية إبرام الصفقات العمومية كما لاحظناه بالنسبة للرقابة الإدارية والمالية وبالتالي ماسبب إدراج الهيئة ضمن أحكام الفصل الثاني المتعلق بالرقابة من الباب الأول المتعلق بآليات الوقاية نقول أن ذلك يعود لسببين: الأول أنها آلية وقائية بصريح نص المادة 17 من قانون رقم 01-06 أما الثاني ففي سبيل تنفيذ سياسة الوقاية تقوم الهيئة بأعمال وخولها المشرع سلطات لكن على نحو مختلف لما لاحظناه في أجهزة الرقابة الإدارية والمالية، لذا فرقابة الهيئة وجه من أوجه الرقابة على الصفقات العمومية تأتي مكمل للرقابة الإدارية والمالية.

ليأتي بعدها إحداث هيئة للوقاية من الفساد إلا أن ذلك لا يعني أبداً الاستغناء عن الأجهزة التي سبقت الهيئة في الميلاد، بل الغاية كانت صريحة وهي خلق نوع من التنسيق والتعاون بين الهيئة ومؤسسات الدولة المنوط لها مهام الرقابة، وهذا ما جاء النص عليه في المادة 20 فقرة 9 التي جاء فيها "... السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي...".

إلحاق المشرع على التعاون بين هذه الأجهزة والهيئة أو فيما بين الأجهزة المنوط لها الرقابة والوقاية من الفساد ترجمة صارخة على الرغبة في الوقوف في وجه الفساد، وخلق ديناميكية جديدة للحيلولة دون وقوعه⁴¹⁹.

كما حرص المشرع الأردني على هذا التعاون، إذ جاء في القانون المتعلق بهيئة مكافحة الفساد أن هدف الهيئة في مجال مكافحة الفساد وضع وتنفيذ وترسيخ سياسة فعالة بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة بمكافحة الفساد والوقاية منه.

ويضيف القانون ذاته أن من مهام مجلس الهيئة التعاون والتنسيق مع الجهات المحلية والإقليمية والدولية لتعزيز التدابير الخاصة بمكافحة الفساد وتطويرها⁴²⁰.

يقابله المشرع اليمني الذي ألح على اختصاص الهيئة في تبادل المعلومات مع الجهات والمنظمات المعنية بقضايا الفساد في الداخل والخارج وفقاً للتشريعات النافذة⁴²¹.

فإقرار الدور التكميلي التعاوني لمثل هذه الهيئات حتمية لا بد منها تفرضها صعوبة التحكم في متغير الفساد، وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أشار إلى هذه المسألة في نص المادة 20 فقرة 9، إلا أنه لم يوضح الكيفية التي يتم بها هذا التعاون والإنسجام بل ترك المجال مفتوحاً أمام قدرات وإمكانيات الهيئة⁴²².

ثالثاً - اعتبار الهيئة آلية لتفعيل سياسة الحكم الرشيد:

إن الحديث عن الفساد والحكم الرشيد أو الصالح هي مصطلحات متلازمة ومتكافئة، فلا يمكن الحديث عن أحدهما بمعزل عن الآخر، فلا تخلو خطابات كبار السياسيين والقياديين في

419- سعادى فتيحة، مرجع سابق، ص 171.

420- المادة 4 فقرة أ من قانون رقم 62 صادر بتاريخ 03-10-2006، متعلق بهيئة مكافحة الفساد في الأردن
www.je.gov.jo

421- المادة 8 فقرة 12 من قانون رقم 39 صادر بتاريخ 25-12-2006، المتعلق بمكافحة الفساد في اليمن
www.yem.gov.jo

422- سعادى فتيحة، مرجع سابق، ص 171.

البلاد عن التنويه لتطلعات الدولة في بلوغ أبعاد الحكم الراشد من خلال هذه الهيئات الوقائية، فالإي مدى يمكن إعتبار الهيئة أداة لتفعيل سياسة الحكم الراشد في البلاد؟.

تزويد الهيئة بتلك السلطات لم يكن بغرض التحكم في الفساد فحسب أو تكملة وسد النقائص المسجلة في أجهزة الدولة المكلفة بالرقابة، بل كانت الغاية أيضا تفعيل سياسة الحكم الراشد في البلاد بداية من ترشيد مختلف الإدارات في الدولة، بعدما أصبح القلق يساور الدول إزاء العواقب الوخيمة للفساد وآثاره المدمرة على التنمية الاقتصادية والاجتماعية للشعوب، لذا أصبحت تستنجد بفكرة الحكم الراشد.

لذلك يمكن القول أن الهيئة إذا قطعت أشواطا في الوقوف في وجه الفساد تكون بذلك قد عززت وفعلت الحكم الراشد في البلاد، وأفضل دليل على ذلك أن القاضي الأول في البلاد السيد رئيس الجمهورية، أكد في كلمة له ألقاها بتاريخ 29-10-2009 حول إصلاح العدالة ومكافحة الفساد عند افتتاح السنة القضائية 2009/2010، أنه لترسيخ دولة الحق والقانون لابد من لجنة أي هيئة لمكافحة الفساد لإرساء قواعد الحكم الراشد في البلاد.

وبعد استعراض أوجه الرقابة على اختلاف أشكالها وصورها نتساءل عن دور البرلمان في الرقابة على الصفقات العمومية.

حسب المادة 161 من دستور 1996 يمكن لكل غرفة من البرلمان في إطار اختصاصاتها أن تنشئ في أي وقت لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة، لذا يصطلح على هذه اللجان "لجان التحقيق البرلمانية"⁴²³.

فيحق للمجلس الشعبي الوطني أن يجري تحقيقاً يُندب له عضواً أو أكثر من أعضائه أو يؤلف لجنة خاصة تسمى "لجنة التحقيق"، تتولى بنفسها وباسم المجلس ولحسابه دراسة الموضوع الذي تشكلت من أجله، حيث تنص المادة 69 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 2000 على **تنشأ لجان التحقيق وتباشر أشغالها طبقاً لأحكام الدستور والقانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني وتقدم تقريرها إلى رئيس المجلس فور**

423- حق البرلمان في تشكيل لجان تحقيق حق قديم يعود إلى فرنسا عام 1928 حيث تشكلت لجنة تحقيق في بعض المخالفات الاقتصادية.

وفي سنة 1989 تشكلت أول لجنة لمراقبة الأجهزة الحكومية بانجلترا. ونظراً لأهمية الدور الذي يلعبه البرلمان انضمت الجزائر إلى الشبكة الإفريقية للبرلمانيين ضد الفساد وانعقد يوم إعلامي لهذه الشبكة بالجزائر يوم 26 أفريل 2011 تحت رئاسة إليمي فريدة التي أكدت على أنه يجب أن يكون البرلمان طرفاً فعالاً في مكافحة الفساد وسوء التسيير والرشوة وشددت على البرلمانيين بأن يضطلعوا بدور أكثر جدية وفعالية في الرقابة على تسيير المال العام.

انتهاء أشغالها".

وتضيف المادة نفسها **تسلم لجنة التحقيق وجوباً الوثائق والمستندات التي بحوزتها إلى مكتب المجلس عند انقضاء المدة المحددة".**

وضمناً لفعالية هذه الوسيلة في مراقبة أعمال الإدارة العامة، حدد النظام الداخلي لغرفتي البرلمان كيفية تشكيل هذه اللجان وإجراءات ووسائل أداء مهمتها والحماية المقررة لأعضائها والجزاء المترتبة على نتائج التحقيق... الخ.

هذه التجربة لا تقتصر على الجزائر فقط وإنما انتهجت بعض الدول رغم أنه من الناحية الوظيفية يؤدي إلى تداخل الاختصاصات، فوظيفة البرلمان هي التشريع ووظيفة القضاء هي التحقيق. على سبيل المثال لا الحصر أخذت الدولة المغربية بهذا الأسلوب، حيث كشفت تحقيقات البرلمان المغربي عن عمليات الفساد خاصة للجنة المحدثّة سنة 2000 وهي لجنة برلمانية لتقصي الحقائق وقد كشف تقرير اللجنة عن جسامه المخالفات والانحرافات التي حصلت آنذاك⁴²⁴.

لكن ما يهم هنا هو واقع البرلمان في الجزائر.

للأسف ما يلاحظ في الواقع أن تشكيل لجان تحقيق يكون في القضايا البسيطة أما القضايا ذات الوزن الثقيل، فلا يتم تشكيل لجان تحقيق لأجلها، فلم يتم إنشاء سوى ثلاثة لجان تحقيق منذ 1997 تعلقّت الأولى بتزوير الانتخابات، والثانية بالتعدي على النواب، والثالثة حول أحداث منطقة القبائل.

خاصة وأن المادة 6 من قانون عضو البرلمان⁴²⁵ تنص على أنه **يساهم عضو البرلمان من خلال مهمته التشريعية في تطوير المجتمع في المجالات الاجتماعية والإقتصادية والثقافية والسياسية، وفي إرساء قواعد الديمقراطية".**

ورغم إصرار القوانين على أن الرقابة البرلمانية سواء التي تتم عن طريق اللجان البرلمانية، أو حتى التي تتم عن طريق اللجان الفرعية تتمتع بدور واسع في الرقابة على السلطة التنفيذية وعلى الإدارة وأن هذا النوع من المساءلة هو الأكثر فعالية⁴²⁶، ومع ذلك لا يتدخل البرلمان في قضايا متعلقة بالفساد.

424- سعادى فتيحة، مرجع سابق، ص 170.

425- قانون رقم 01-01، مؤرخ في 31 جانفي 2001، يتعلق بعضو البرلمان، ج ر عدد (09)، بتاريخ 4 فيفري 2001.

426- كما انبثق عن آخر مؤتمر صحفي أقامته منظمة الشفافية العالمية مطالبة المشاركون فيه بضرورة الإسراع بإصدار التشريعات الملزمة لسد الذرائع أمام الفساد، كما أشاروا إلى وجوب وجود برلمان قوي يمارس دور رقابي، خاصة في مجال مكافحة الفساد بكافة مظاهره وأشكاله.

الباب الثاني

تدخل القضاء كآلية لرقابة

وقفع الفساد

رغم حرص المشرع على إيجاد نظام وقائي يهدف من خلاله الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية ومنع تفشي الفساد وحصر آثاره قبل وقوعه، رغم ذلك يقع الفساد وترتكب جرائم الصفقات العمومية، لذا تبقى هذه التدابير عاجزة أمام تنوع صور الفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية.

فكان على المشرع ضرورة إيجاد سبل أخرى تخرج من الوقاية إلى المكافحة وذلك بتوسيع مجال تدخل القضاء.

جهود المشرع الرامية لمواجهة الفساد أدت إلى تقرير رقابة القضاء الإداري نظراً لأهمية الصفقات العمومية، التي استوجبت إفرادها بمعاملة تشريعية خاصة وكفالتها بالعديد من نصوص الحماية، لمنع أي إخلال أو تجاوز لقواعد إبرام الصفقات العمومية.

من جهة أخرى لم يتوان المشرع في تجريم الأفعال الماسة بنزاهة وشفافية الصفقات العمومية، وهذا ما يبرر تدخل القضاء الجنائي لقمعها، لكي تتبني ركائز المعاملة في الصفقات العمومية على أسس النزاهة والحياد والمساواة في إطار منافسة شفافة وفق الأطر القانونية والتنظيمية حتى لا تكون الصفقة العمومية وسيلة لتحقيق المصالح الشخصية ومصدراً من مصادر الثراء على حساب المصلحة العامة والاقتصاد الوطني وهكذا يتمحور تدخل القضاء بين رقابة القضاء الإداري (الفصل الأول) وقمع القضاء الجنائي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تدخل القضاء الإداري لرقابة التجاوزات المتعلقة بقواعد إبرام الصفقات العمومية

يكتسي تدخل القضاء الإداري أهمية بالغة خاصة وأن دور هيئات الرقابة الإدارية والمالية - السالف ذكرها - ينتهي بمجرد رفض أو منح التأشيرة ولا يشمل الخلافات والتجاوزات الناشئة قبل التعاقد.

فعملية إبرام الصفقات العمومية التي تتوج باختيار المتعامل المتعاقد تعتبر المجال الذي تكثر فيه الممارسات المنافسة لمبدأ المنافسة الشريفة والمساواة، فكل إخلال للأحكام التشريعية والتنظيمية يؤدي إلى إخراج الصفقة عن الإطار القانوني الذي يحكمها ويجعل منها صفقة مشبوهة.

لذا فتعليل المصلحة المتعاقدة لاختيارها لا يكون أمام الهيئات الإدارية المختصة فحسب، بل يتعداه إلى جهات قضائية وهو ما توضحه صراحة نص المادة 42 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تظل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة".

عمومية النص تجعل المصلحة المتعاقدة ملزمة بتوضيح الإجراءات التي اتبعت في عملية إبرام الصفقة، وكذا المعايير التي على أساسها تم اختيار المتعامل المتعاقد⁴²⁷ سواء أمام جهات الرقابة - السالف ذكرها - وحتى أمام الجهات القضائية مجسداً في القضاء الإداري سواء أمام قضاء الإلغاء (المبحث الأول)، أو حتى أمام قضاء الاستعجال (المبحث الثاني)، ووصولاً لنجاعة أحكام القضاء الإداري تم إرساء ما يضمن تنفيذها (المبحث الثالث).

427- يتم تبرير عملية الاختيار عملياً بإعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى غاية المنح المؤقت ترفقه بوثيقة تسمى بطاقة التقديم "Fiche de Presentation" تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت تبرر من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المتحصل عليها، ليرسل الملف بعدها إلى اللجنة المختصة من أجل التأشير على الصفقة العمومية.

المبحث الأول

التدخل عن طريق قضاء الإلغاء

تنتمي الصفة العمومية إلى فئة العقود الإدارية والأصل العام الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي في مجال اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية مفاده "إذا كان محل المنازعة عقدًا إداريًا سواء تعلقت بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضاءه، فإن المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل".

إلا أن القضاء الفرنسي لم يقيم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية على إطلاقه، بل أقر إمكانية إلغاء بعض القرارات الإدارية المتصلة بالصفة العمومية في إطار ما يعرف بنظرية "القرارات الإدارية المنفصلة"، ونظرًا لأهمية النظرية في تكريس دور قضاء الإلغاء أقرها القضاء الإداري بعد سنوات الرفض لتبناها التشريعات الوضعية بعد ذلك (المطلب الأول).

ولما كان القرار الإداري المنفصل هو محل أو موضوع دعوى الإلغاء يعني ذلك اعتراف من القضاء أنه قرار يحمل خصائص القرار الإداري، بالمفهوم الفني للقانون الإداري ولما كان الأمر كذلك يعني إلغاءه يجب أن يستند إلى إحدى عيوب المشروعية كأى قرار إداري غير مشروع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تبني نظرية القرار الإداري المنفصل

الأصل أن تدخل القضاء لفرض رقابته لا يكون إلا على مراكز قانونية مكتملة الآثار أو بتعبير آخر إن الاستتجاد برقابة القضاء الإداري لا يكون إلا عند صدور قرار نهائي واجب التنفيذ.

لكن نظرًا لخطورة الإجراءات المتخذة في إطار عملية إبرام الصفقات العمومية وعلى اختيار المتعامل المتعاقد وعلى شفافية الإجراءات ونزاهتها وتنفيذها.

جدية هذه الاعتبارات منحت قاضي الإلغاء إمكانية النظر في منازعات الصفقات العمومية، أو بتعبير آخر منح حق الطعن بالإلغاء في الإجراءات المتخذة في إطار عملية إبرام

الصفقات العمومية، على أساس أن عملية الإبرام عملية مركبة يدخل في طياتها عدة إجراءات تمهيدية وقرارات لم تكتسب بعد الطابع التنفيذي والنهائي، لكن على أي أساس؟ لذا تم تأسيس نظرية جديدة سميت بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، وهي النظرية التي على أساسها يتقرر الحق في رفع دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية.

تجد دعوى الإلغاء مصدرها في نص المادة 134 من دستور 1996 التي تنص "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، بما يعني أنه بإمكان الأفراد الطعن القضائي في كل عمل من أعمال الإدارة أيًا كانت طبيعته وأيًّا كانت الجهة المصدرة له.

تكريسًا للنص الدستوري صدر القانون العضوي رقم 98-01⁴²⁸ وبموجب المادة 09 منه أعتُرف للأفراد بحق الطعن القضائي، وذلك ما ورد في المادة 801 و901 من ق إ م وإ.

وبالرجوع إلى هذه النصوص نجد أن المشرع وظّف عدة مصطلحات لمعنى واحد فتارة يستعمل الطعون بالبطلان ومرة أخرى طلبات الإلغاء وفي موضع آخر الطعون بالإلغاء، كما وظّف مصطلح دعوى الإلغاء.

المقصود من هذه المواد هي دعاوى تجاوز السلطة الموجهة ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية في الدولة، سواء كانت مركزية أو لا مركزية، إقليمية أو مصلحة أو هيئات عدم التركيز (المصالح الخارجية للدولة على مستوى الولاية) من أجل إلغائها من قبل القاضي الإداري المختص لعدم مشروعيتها، كونها مشوبة بإحدى عيوب تجاوز السلطة هدفها حماية مبدأ المشروعية بصفة أساسية⁴²⁹.

نظرًا لأهمية النظرية يتطلب الأمر تحديد مفهوم القرار الإداري المنفصل (الفرع الأول) تحديد مجال أو نطاق هذه القرارات في الصفة العمومية، حتى يتسنى تحديد القرارات القابلة للإلغاء، أو بتعبير آخر تحديد القرارات المتعلقة بالصفة التي يشملها الإلغاء (الفرع الثاني).

428- قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (39)، بتاريخ 7 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، مؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43)، بتاريخ 3 غشت 2011.

429- لمزيد من التفصيل أنظر: سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، نسخة معدلة ومنقحة طبقًا لأحكام قانون رقم 08-09 المتضمنة قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د م ج، الجزائر، د س ن، ص 37.

الفرع الأول

مفهوم القرار الإداري المنفصل عن الصفة العمومية

الإحاطة بمفهوم القرار الإداري المنفصل يتطلب الوقوف على المراحل التاريخية التي مرّ بها القضاء الإداري الفرنسي لتقريره للنظرية (أولاً) ليتم بعدها الوقوف على مختلف التعاريف التي قيلت بشأن القرار الإداري المنفصل وهل فعلاً يتضمن خصائص القرار الإداري بالمفهوم الفني للقانون الإداري (ثانياً).

أولاً - نشأة وتطور نظرية القرار الإداري المنفصل:

كان القضاء الفرنسي حتى أوائل القرن الماضي يطبق نظرية الاندماج على أساسها كان يرفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد الإداري تمسكاً بوحدة العملية العقدية.

وأمام عدم جدية الأسباب التي كانت وراء عدم جواز الإلغاء في مجال العقود الإدارية عامة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، تراجع مجلس الدولة عن موقفه وكان ذلك بتبنيه لنظرية جديدة هي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

تبنى القضاء هذه النظرية بتاريخ 11-12-1903 حيث طبق مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة على قرار تمهيدي ليتوسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في قضية "Martin" بتاريخ 1905⁴³⁰.

واستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك التاريخ على قبول الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري سواء قدم الطعن من أحد المتعاقدين أو من الغير.

أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية وطبقها في أحكامه المختلفة ويعود السبب وراء أخذ مجلس الدولة المصري بهذه الفكرة دفعة واحدة إلى أن مبادئ وأحكام هذه النظرية كانت قد استقرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يشكل أحد المصادر الأساسية للقضاء الإداري المصري⁴³¹ فقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية أنه "يجب التفرقة بين العقد ذاته أو بعبارة أدق الرباط

430- لمزيد من التفصيل أنظر:

LAURENT Richer, op.cit, P 160,161.

431- وسيم نظير سويدات، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2005، ص46.

التعاقدى وبين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء"⁴³².

كما قضى مجلس الدولة المصري في قراره الصادر بتاريخ 25-11-1998 وجاء فيه "وحيث أنه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركباً... فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية تتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك دون أن يكون لإلغائها مساساً بذات العقد الذي يظل قائماً بحالته".

وهو ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية المصرية العليا في حكمها الصادر في 05-04-1999 حيث جاء فيه "يجب التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة ومثل هذه القرارات يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً".

أما النظام القضائي الجزائري فقد عرف هو الآخر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة التي وضع أسسها القاضي الإداري الفرنسي سواء في مجال منازعات "نزع الملكية للمنفعة العامة" والمنازعات المتعلقة "بالانتخابات التشريعية" وكذا في مجال العملية العقدية لكن ما يهنا في مجال دراستنا تلك القرارات المنفصلة في مجال العقود والصفقات العمومية.

من تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في النظام القضائي الجزائري اعتباره لقرارات إرساء المناقصة قراراً إدارياً منفصلاً فقرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز قد اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قراراً إدارياً منفصلاً وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18-04-1969 في قضية اتحاد النقل والشركة⁴³³.

وهكذا باتفاق الفقه والقضاء تكون نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال الأساس

432- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 18-11-1996 في القضية رقم 1180 لسنة 10 مجموعة القضاء الإداري، ص 203.

433- نقلاً عن بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية -دعوى الإلغاء نموذجاً-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007، ص 100.

القانوني لرفع دعوى الإلغاء.

ولم يتوقف هذا الاجتهاد على قبول طعن الغير ضد القرارات الإدارية المنفصلة بل سمح للمتعاقد نفسه الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة.

ثانياً - تعريف القرار الإداري المنفصل:

يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها "قرارات تكون جزء من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن ذات العقد".

كما يمكن تعريفها بأنها "تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالاً عن العملية العقدية"⁴³⁴.

في هذا المقام ظهرت نظريتين حاولتا تعريف القرارات الإدارية وتحديد العناصر التي تقوم عليها وهي النظرية الشخصية (1) والموضوعية (2).

1. تعريف القرار الإداري المنفصل وفقاً للنظرية الشخصية

المعيار الشخصي هو ذلك المعيار الذي يركز على المركز القانوني أو الصفة الشخصية لرافع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل غير المشروع.

لذا يعتمد هذا المعيار في سبيل تحديد مفهوم القرار الإداري المنفصل على عدة عناصر منها مركز الغير من العملية الإدارية المركبة، فالغير رغم أنه طرفاً أجنبياً عن هذه العملية يمكنه الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

كما يتحدد مفهوم القرار الإداري المنفصل على عنصر عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية قضائياً إلا عن طريق الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة.

فالغير كطرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة لا يمكنه الطعن لأنه لا يملك الصفة القانونية باعتباره ليس طرفاً في العقد، لذا فليس أمامه إلا سلوك الطعن بالإلغاء أمام القضاء المختص وهو الإجراء الأصلح والأفيد لرافعه من اللجوء إلى القضاء الكامل.

434- وسيم نظير سويدات، مرجع سابق، ص 01.

فإن كان يكفي في دعوى الإلغاء أن يكون لرافع الدعوى مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق فإن الأمر يختلف بالنسبة لقبول الدعوى أمام القضاء الكامل، إذ يشترط على رافعها أن يستند إلى حق شخصي تعدت عليه الإدارة أو حتى مهدت بالاعتداء عليه.

طبق قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار في قضية "Martin" بتاريخ 4-08-1905⁴³⁵ لإلغاء مداوات المجلس موار وشار "Loir et Cher" غير المشروعة، وذلك لأنها مشوبة بعيب مخالفة الشكل والإجراءات.

2. تعريف القرار الإداري المنفصل وفقاً للنظرية الموضوعية

أما أنصار المعيار الموضوعي فيستندون في تعريفهم للقرار الإداري المنفصل على عدة عناصر موضوعية تتعلق بالقرار الإداري ذاته وبالقضاء المختص بالفصل في المنازعة، وعليه فتحديد القرار الإداري المنفصل يتوقف على المعايير التالية:

أ. مدى جوهرية القرارات الإدارية في تكوين العملية الإدارية المركبة، فإذا كان القرار الإداري جوهرياً وفعالاً وشديد الارتباط بالعملية الإدارية المركبة ينفي إمكانية الطعن فيها بالإلغاء.

ب. مدى ملائمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرفعها، فإذا كانت هذه الدعوى أكثر فاعلية لرفعها من اللجوء إلى القضاء الكامل من حيث النتائج المترتبة عنها وكذا من حيث يسر وسهولة إجراءات رفعها اعتبر القرار بالنسبة للطاعن قراراً إدارياً منفصلاً.

بناءً على ما تقدم يتضح أن القاضي الإداري يكيّف القرار كقرار منفصل، إذا ما رأى توافر عنصر أو عدة عناصر شخصية أو موضوعية ويبقى الأمر خاضعاً لسلطته التقديرية.

وقد أخذ كل من القضاء المقارن والقضاء الجزائري بالمعيارين الشخصي والموضوعي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة.

ومن تطبيقات القضاء الإداري المقارن لأحكام النظريتين اعتبار القضاء الفرنسي للقرارات الإدارية المركبة السابقة على عملية إبرام العقود الإدارية قرارات إدارية منفصلة، ومن أمثلتها القرارات الإدارية المتعلقة بالترخيص للسلطات الإدارية بالتعاقد وقرار إعلان

435- قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسساً قبوله لهذا الطعن على أساس صفة وشخص السيد "Martin" الذي يعد طرفاً أجنبياً عن العقد ليقضي في الأخير بأن المداوات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الامتياز وفقاً للمعيار الشخصي.

المناقصات والمزايدات وقرارات تعيين لجان المناقصات والمزايدات وقرارات الإرساء، كلها قرارات إدارية منفصلة وفقاً للمعيار الموضوعي.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي القرارات المتعلقة بمنح التراخيص للسلطات الإدارية بالتعاقد قرارات إدارية منفصلة في قضيتي "CAMUS" بتاريخ 04-06-1906 وكذا في قضية "Bourgade" بتاريخ 09-07-1948 كما قبل دعوى الإلغاء المرفوعة ضد قرار قبول الإدارة لعرض متسابقة في مناقصة قراراً إدارياً منفصلاً في قضية الشركة الصناعية للبناء والأشغال وذلك بتاريخ 20 ماي 1973 زيادة على قبوله إلغاء مداولات المجالس الشعبية البلدية المتعلقة بالتمهيد لإبرام عقود مختلفة في العديد من القضايا، وهي كلها قرارات إدارية منفصلة وفقاً للمعيار الشخصي.

الفرع الثاني

مجال تطبيق نظرية القرار الإداري المنفصل

تم التطرق لمفهوم القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها القضائية، بعدها يتم الانتقال إلى أهم جزء يتعلق بمجال الطعن بالإلغاء لمعرفة القرارات التي يمكن تكييفها على أنها قرارات إدارية منفصلة وبالتالي يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء.

يكتنف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة الكثير من الغموض في التشريع الجزائري، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 9 من قانون رقم 06-01 المعدلة والمتممة بالأمر رقم 10-05 فقد جاء فيها "...ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

عمومية النص توضح بصفة ضمنية اعتبار قواعد إبرام الصفقات العمومية بمثابة قرارات إدارية قابلة للانفصال عن الصفقة المراد إبرامها، وبالتالي يجوز الطعن فيها بكل طرق الطعن. لذا فمخالفة أي إجراء من الإجراءات الرامية إلى إبرام الصفقة يصلح لأن يكون محلاً لدعوى الإلغاء، خاصة وأن تنظيم الصفقات العمومية قد رسم القواعد والإجراءات التي تمر بها عملية الإبرام.

تتكون الصفقة العمومية من عدة قرارات لذا فالإشكال المطروح ما هي القرارات التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية منفصلة ؟

هناك جانب كبير من الفقه يرى بأنه لا يمكن قبول الطعن ضد القرارات التحضيرية⁴³⁶ وإنما يجب أن ينصب الطعن ابتداءً من قرار الإعلان عن الصفقة إلى منحها ولاسيما القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة⁴³⁷.

تبعاً لذلك يمكن التفصيل في هذه القرارات اعتماداً على الترتيب المعمول به في إصدارها.

أولاً - الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:

الإعلان عن الصفقة شرطاً جوهرياً حتى يصل أمر الصفقة إلى علم كل من تتوافر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها تحقيقاً لمبدأين أساسيين هما مبدأ حرية المنافسة والمساواة⁴³⁸.

باعتبار الإعلان شرط أساسي في قيام الصفقة فكل إخلال بأحكامه يمكن أن يكون سبباً في رفع دعوى الإلغاء⁴³⁹.

وما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الإعلان عن الصفقة العمومية قراراً إدارياً منفصلاً وقد رتب بطلان قرارات الإعلان إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانوناً.

لم يتم العثور على أي تحليل لهذا القرار ومبررات الطعن فيه بالإلغاء، إلا أنه يمكن تأييد اعتباره قراراً إدارياً منفصلاً، وذلك قياساً على قرار الإعلان عن المسابقة السابق لقرار التعيين الذي اعتبره القضاء الإداري قراراً إدارياً منفصلاً على اعتبار أنه يرتب أثراً قانونياً بذاته، إذ يؤدي مآلاً إلى التعيين وهو ما يتوافر في قرار الإعلان عن الصفقة العمومية⁴⁴⁰، الذي يرتب

436- علي خاطر الشنطاوي، القرار الإداري الأردني، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، د د ن، عمان، 1995، ص 447.

437- محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 28.

كما أكد القضاء المصري هذا الاتجاه في العديد من أحكامه خاصة في حكمه الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1997 فيما يتعلق بعقد مقولة أن الأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات وإرساء المناقصة يتم بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها فكل ما يتخذ من قرارات بهذا الصدد ويكون مخالفاً للقوانين واللوائح يخضع لرقابة قاضي الإلغاء.

438- بكر قباني ومحمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970، ص 278، 279.

439- لمزيد من التفصيل حول شروط الإعلان وأحكامه انظر ص 71 من هذا البحث.

440- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 103، 104.

أثرًا قانونيًا بذاته يؤدي في النهاية إلى إبرام الصفقة واختيار المتعاقد لذا يُسمح لكل من تأثرت مصالحه من جراء عدم مشروعيته الطعن فيه استقلالاً.

ثانيًا - الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية:

يعتبر من القرارات المهمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة، فلا يتصور دخول شخص لصفقة ما بعد أن ثبت غشه أو تماطله في تعاقداته السابقة رغم قيام الصفقات العمومية على مبدأ المساواة.

فالأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يسبب ضررًا للصالح العام، فالسُّمعة المهنية شرط واجب توافره في التعامل مع المصالح المتعاقدة شأنه شأن الكفاءة والمؤهلات، ويمكن للإدارة التأكد من سوء السُّمعة من تصفح تعاقداته السابقة مع الإدارة، وفيما إذا سبق له التماطل أو التهرب من تنفيذ التزاماته أو لجأ إلى استعمال الغش أو التدليس.

وقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية على حق الإدارة في حرمان الشخص الفاقد لشرط السُّمعة المهنية، وذلك بقولها "..."إذ أنه لا يكفي في التعاقد توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن يتوافر إلى جانب ذلك حسن السُّمعة وللإدارة الحق في حرمان ممن لا يتمتعون بحسن السُّمعة ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة"⁴⁴¹.

لذا خول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة إذا كان الحرمان مستندًا إلى نص قانوني ولو توافر في الشخص كل المؤهلات المطلوبة، وهو ما أكدته صراحةً نص المادة 52 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁴⁴² المعدل والمتمم.

كيف القضاء قرار الحرمان من دخول الصفقة على أنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء، فيمكن للشخص الذي حرم من دخول الصفقة العمومية الطعن بالإلغاء إذا كان الحرمان مؤسسًا على نص قانوني وثبت أن الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة في هذا النص، أو ثبت إلغاء النص القانوني أو تعديله⁴⁴³.

441- محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 29.

442- لمزيد من التفصيل، انظر ص 61 من هذا البحث.

443- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 110.

ثالثاً - الطعن بالإلغاء ضد قرار المنح المؤقت:

يرتب المنح المؤقت آثاراً في مواجهة من منحت له إذ يتم إعلامه بهذا المنح وترد له كفالة التعهد بعد وضع كفالة حسن التنفيذ، وهو ما أكدت عليه المادة 51 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

أما المتعهدين الآخرين فيصدر بشأنهم قرار الاستبعاد فيتم رد كفالة التعهد لعدم قبول عروضهم بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن بالنسبة للمتعهد الذي لم يقدم طعناً، وعند تبليغ قرار رفض الطعن بالنسبة للمتعهد الذي قدم طعناً.

وعن طبيعة قرار المنح المؤقت فلم يرد نص صريح يحدد طبيعته، غير أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبره قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري، لذا يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

رابعاً - الطعن في قرار الاستبعاد:

يختلف قرار الحرمان عن قرار الاستبعاد في أن هذا الأخير يأتي بعد قبول دخول الشخص للصفقة العمومية ثم يستبعد لإحدى الأسباب، بينما لا يمنح الشخص فرصة دخول الصفقة أصلاً في حال صدور قرار الحرمان.

فإذا أقرت المصلحة المتعاقدة منحها الصفقة لأحد مقدمي العروض، فتصدر قرارات الاستبعاد لباقي المتقدمين وذلك لعدة أسباب أهمها:

1- عدم مطابقة الشروط أو المواصفات أو المؤهلات المعلنة في الصفقة

لم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح "قرار الاستبعاد" مطلقاً، غير أنه يمكن استخلاصه من نص المادة 125 فقرة 3 و5 بنصها "تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط".

وتعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط".

فمصطلح إقصاء العروض يوحي باستبعادها ولا يمكن أن يتم هذا الإقصاء إلا بمقتضى قرار إداري.

2- استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة

وهو ما أكد عليه المشرع في المادة 125 فقرة 7 المعدلة التي جاء فيها "غير أنه، يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع، كما ينبغي، في دفتر شروط المناقصة".

اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على مقومات القرار الإداري وترتيبه لآثار قانونية بذاته تتمثل في الحرمان من التعاقد مع الإدارة وهو ما يخول أصحاب الشأن الطعن ضده بالإلغاء⁴⁴⁴.

خامساً - الطعن في قرار إلغاء الصفقة العمومية:

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة بعد إعلانها عن الصفقة وبعد قطع الأشواط - السالف ذكرها - إلى إصدار قرار إلغاءها أيًا كانت طريقة إبرامها، تلجأ المصلحة المتعاقدة لإصدار هذا القرار في حالتين:

1- اقتضاء المصلحة العامة لذلك

قد يتضح للمصلحة المتعاقدة أن الصفقة لا تحقق مصلحة عامة أصلاً وذلك لخطأ في تقدير أهمية المشروع أو لظهور طارئ يفرض عليها التراجع عن إبرام الصفقة، ففي هذه الحالة تلتزم المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار إلغاء الصفقة.

رغم عدم وجود نص صريح يؤكد حق الإلغاء لدواعي المصلحة العامة في التنظيم الجزائري، فلا يمكن تصور عدم وجود هذا القرار عملياً، ذلك لأن الدافع من إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق الصالح العام، وإذا انتفى هذا الصالح قامت المصلحة المتعاقدة بإلغاء الصفقة

444- وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 09-05-1999.

عن تفاصيل هذه القضية أنظر عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص112.

وهنا تبرز السلطة التقديرية الواسعة التي تملكها في تقديرها وجود المصلحة من عدمها.

2- عدم جدوى المناقصة

ما يجب التنويه إليه أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري لم ينص صراحةً على إمكانية إلغاء الصفقة لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و 34 و 44.

وإنما عبر على ذلك بمصطلح آخر "عدم الجدوى"، وهو ما يستخلص من نص المادة 122 المعدلة بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 في فقرتها الأخيرة "تحرر لجنة فتح الأظرفة، عند الاقتضاء، محظراً بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و 34 و 44 من هذا المرسوم"⁴⁴⁵.

إن نص المادة 44 من تنظيم الصفقات العمومية خير دليل على ذلك، إذ تنص على أن "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

- عندما يتضح أن الدعوى إلى المنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل أي عرض، بعد تقييم العروض المستلمة".

445- تتعلق الحالة الأولى (المادة 31) بالاستشارة الانتقائية إذ اشترط المشرع 3 مترشحين على الأقل يتم انتقاءهم أولاً، وفي حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي أدنى من 3 يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى انتقاء أولي من جديد، مما يعني بمفهوم ضمني أن تعلن المصلحة المتعاقدة عن عدم جدوى الاستشارة الانتقائية الأولى وتباشر الدعوة إلى انتقاء أولي من جديد.

- تتعلق الحالة الثانية (المادة 32) بالمسابقة فبعد فتح أظرفة العروض التقنية وتقييمها طبقاً لأحكام المواد من 121 إلى 125 من تنظيم الصفقات العمومية، لا يدعى إلى تقديم أظرفة الخدمات والعرض المالي إلا المترشحون الذين جرى انتقاؤهم الأولي ويجب أن لا يكون عددهم أدنى من ثلاثة وفي الحالة التي يكون فيها عدد المترشحين الذين جرى انتقاءهم أدنى من ثلاثة على المصلحة المتعاقدة أن تعيد الإجراء بمعنى أن تعلن عن عدم جدوى المسابقة الأولى وتعلن عن مسابقة جديدة بإجراءات جديدة وتشير نفس المادة أنه إذا تم إعادة إجراء الانتقاء الأولي وتم انتقاء أقل من 3 مترشحين في هذه الحالة فقط يمكن مواصلة الإجراء حتى في حالة العرض الوحيد.

- تتعلق الحالة الثالثة (المادة 44) بالإعلان عن عدم الجدوى إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض المستلمة وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة إما إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء لإجراء التراضي بعد الإشارة وهو ما يفسر اعتبار المشرع هذه الحالات من حالات التراضي بعد الاستشارة (من حالات المادة 44).

يتضح بعد تعديل تنظيم الصفقات العمومية بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23، أن المشرع قد توسع في تقرير حالات عدم الجدوى في تلك الحالات المنصوص عليها في المواد 31-32-44.

وقد اعتبر القضاء الإداري هذا القرار بأنه قراراً إدارياً منفصلاً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، وذلك عندما يتم تقرير عدم الجدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانوناً أو يكون استناد المصلحة المتعاقدة لإحدى حالات عدم الجدوى صوري⁴⁴⁶.

سادساً - الطعن بالإلغاء ضد قرار إبرام الصفقة العمومية:

إبرام الصفقة آخر مرحلة للتعاقد تتوج بصور قرار من السلطة المختصة، وقد عدت المادة الثامنة من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الجهة المخول لها قانوناً إبرام الصفقات العمومية، وذلك بالنسبة لكل هيئة من الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية. تقتضي أهمية هذا القرار دراسة الجهات المختصة بإصدار هذا النوع من القرارات (1)، السلطات التي تتمتع بها في هذا المجال (2) ومدى إمكانية الطعن فيه أمام قضاء الإلغاء (3).

1- الجهة المختصة بإبرام الصفقة العمومية

لقد عدت المادة الثامنة من تنظيم الصفقات العمومية الهيئات المخول لها قانوناً إبرام الصفقات العمومية بنصها على: "لاتصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه:

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة،
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،
- الوالي، فيما يخص صفقات الولاية،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية،
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

446- المقصود بالصوري أن يكون استناد المصلحة المتعاقدة لحالة من حالات المواد 31-32 و44 دون أن يكون ما يبررها واقعياً أي أن الحالة غير موجودة واقعياً وتدعى المصلحة المتعاقدة توافرها حتى تستطيع الإعلان عن عدم الجدوى.

- مدير مركز البحث والتنمية،
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني،
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،
- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

2- السلطة التقديرية للإدارة في إبرام الصفقات العمومية

تختلف سلطة الإدارة في إبرام الصفقة العمومية في التشريع الفرنسي (أ) عن سلطتها في التشريع المصري (ب) عن سلطتها في التنظيم الجزائري (ج).

أ. سلطة الإدارة في إبرام الصفقة في التشريع الفرنسي

تملك الإدارة في فرنسا سلطة مطلقة في عدم إبرام الصفقة العمومية إذ يميز الفقه والقضاء الفرنسيين بين حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا كان العطاء مخالفاً للوائح والقوانين، فمن حق الإدارة عدم إبرام الصفقة معه وذلك برفض التوقيع عليها، بل ويلزم القضاء الفرنسي الإدارة بعدم إبرام الصفقة العمومية لعدم تمتعها في هذه الحالة بسلطة تقديرية في قبول أو رفض التوقيع على الصفقة، فاختصاصها مقيد بضرورة عدم قبول التوقيع على عطاء مخالف للقوانين واللوائح.

الحالة الثانية: إذا كان العطاء مطابقاً للوائح فمن حق الإدارة التوقيع على الصفقة العمومية أو رفض ذلك وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ الحكم الصادر بتاريخ 09-07-1924.

ب. السلطة التقديرية للإدارة في إبرام الصفقة العمومية في التشريع المصري

ليس للمصلحة المتعاقدة أي سلطة تقديرية في تحديد صاحب العطاء الذي تقوم بإبرام الصفقة معه، حيث أنها ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة البت، لذا لا يجوز لها التعاقد مع غيره. غير أنها تملك حق رفض الإبرام استناداً لدواعي الصالح العام وغيرها⁴⁴⁷.

447- عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص138.

ج. الموقف الغامض لسلطة الإدارة في التنظيم الجزائري

بالرجوع إلى لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 اتجاه المشرع الجزائري غير واضح إلا ماورد في نص المادة 125 التي جاء فيها "غير أنه، يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه تترتب على منح المشرع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت".

وكان تنظيم الصفقات العمومية يمنح الإدارة سلطة رفض إتمام إبرام الصفقة حتى ولو توفر العرض على الشروط والمؤهلات المطلوبة إذا كان سبب الرفض معللاً أو سببه هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

كما هو واضح في المادة 125 استعمال المشرع لمصطلح "يمكن" "تقترح" الأمر الذي يجعل طلب لجنة تقييم العروض بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أمراً اختيارياً ويكون للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في إتمام أو عدم إتمام إبرام الصفقة العمومية.

3- الطبيعة القانونية لقرار إبرام الصفقة العمومية

بخصوص الطبيعة القانونية لقرار إبرام الصفقة فقد طور قضاء مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرار الإداري المنفصل إلى أقصى حدودها، حيث قبل الطعن بالإلغاء في قرارات إبرام الصفقة باعتبارها قراراً إدارياً منفصلاً وفي هذه الحالة يترتب الطعن آثار قانونية خطيرة تتمثل في منع إبرام الصفقة العمومية بشكل نهائي.

ومن أمثلته حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 09-11-1998 وكان ذلك بصدد دعوى إلغاء مقدمة ضد قرار صادر عن البلدية يقضي بإبرام عقد أشغال، والحكم الصادر في 20-01-2001 بصدد طلب إلغاء مقدم من نقابة التعليم الصناعي ضد قرار الوزير القاضي بإبرام اتفاق يعطي بعض الامتيازات لمؤسسات التعليم الزراعي.

غير أن الأمر ليس بهذه السهولة إذ رفض القضاء الفرنسي قبول الطعن بالإلغاء في قرارات رفض إبرام الصفقة العمومية مع أحد ممثلي المؤسسات الصناعية والتجارية على أساس أن القرار لم يصدر عن جهات إدارية بالمعنى الدقيق، لذا فهي قرارات لا تقبل الطعن

بالإلغاء أمام القضاء الإداري وإنما يمكن إثارة النزاع بشأنها أمام القضاء العادي⁴⁴⁸.

تلك هي القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي يندرج الطعن فيها ضمن ولاية قضاء الإلغاء وبالتالي تخرج عن نطاق دعوى القضاء الكامل لعدم ارتباطها ببند الصفقة العمومية كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ بنود الصفقة والحقوق المترتبة عنها⁴⁴⁹.

المطلب الثاني

شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

دعوى الإلغاء من أهم الدعاوى الإدارية وأكثرها فاعلية في حماية دولة القانون ومبدأ الشرعية وتأكيد حماية حقوق الإنسان في الدولة المعاصرة.

فدعوى الإلغاء أداة قانونية فعالة لتحريك وتطبيق عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، حيث تؤدي عملية الإلغاء إلى القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة بصورة نهائية وهدم آثارها القانونية بأثر رجعي إلى الأبد.

يقصد بشروط رفع الدعوى تلك الشروط الضرورية التي اشترط المشرع توافرها لعرض القضية أمام القاضي الإداري.

حتى تقبل دعوى الإلغاء وضع المشرع مجموعة من الشروط الواجب توافرها وهو ما يسمى بشروط قبول الدعوى أو الشروط الشكلية (الفرع الأول) ولا يكفي توافر هذه الشروط بل يجب أن يستند رافع الدعوى إلى وجه من أوجه الطعن (الفرع الثاني).

448- الطبطبائي عادل، "الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الحادية عشر، الكويت، 1987، ص28.

449- الجدير بالإشارة أن هناك نوع آخر من القرارات الإدارية القابلة للانفصال تخص مرحلة أخرى من حياة الصفقة العمومية وهي مرحلة التنفيذ تصدرها المصلحة المتعاقدة تنفيذاً للصفقة وسوف لن نتناول هذا النوع من القرارات لسببين:

الأول: أن هذا النوع من القرارات باتفاق الفقه والقضاء ينعقد الاختصاص بشأنها إلى القضاء الكامل.
الثاني: يتعلق موضوع دراستنا بمرحلة الإبرام دون مرحلة التنفيذ، فالقرارات التي تصدرها المصالح المتعاقدة قبل مرحلة الإبرام النهائي تعد قرارات إدارية منفصلة تقبل الطعن فيها بالإلغاء، أما القرارات التي تصدرها بعد انعقاد الصفقة فتدخل في دائرة الصفقة وتأتي تنفيذاً لبنودها، لذا لا يمكن أن يختص بنظرها قضاء الإلغاء بل يؤول الاختصاص إلى قاضي العقد.

الفرع الأول

الشروط الشكلية

دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية تخضع للشروط والإجراءات المقررة قانوناً، فلا يمكن للقاضي المختص الفصل والنظر في دعوى الإلغاء ما لم تتوفر على الشروط المقررة لقبولها التي تعرف اصطلاحاً بـ "شروط القبول"⁴⁵⁰.

إن الشروط المقررة قضاءً وفقهاً وتشريعاً وتنظيماً هو أن يتوافر في رافع الدعوى شرط الصفة والمصلحة والأهلية (أولاً)، وأن تنصب دعوى الإلغاء على قرار له مواصفات وخصائص القرار الإداري (ثانياً)، وأن ترفع في الميعاد والأجل المحدد قانوناً (ثالثاً)، أمام الجهة القضائية المختصة (رابعاً).

أولاً - شرط الصفة والمصلحة:

دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها، فلا يمكن قبولها من طرف الجهة القضائية المختصة إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة، وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 08-09⁴⁵¹ التي جاء فيها "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطاً لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية⁴⁵²، لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

لقد اختلف الفقهاء في مدلول شرطي الصفة والمصلحة فمنهم من يعتبرهما شرطين منفصلين ومنهم من يعتبر الصفة شرطاً في المصلحة.

450- عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص356.

451- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008،... سابق الإشارة إليه.

452- على عكس نص المادة 459 من ق إ م الملغى التي جاء فيها "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً للصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك" واضح من نص المادة أن الأهلية شرط لقبول الدعوى أمام القضاء.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو مدى تمتع المتعامل المتعاقد بالصفة؟ أليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ وبتعبير آخر هل للمتعامل المتعاقد الصفة لرفع دعوى الإلغاء؟

يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد لحسم جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، لأن المتعاقد إن ذهب إلى قضاء الإلغاء سيواجه حتماً بفكرة الدعوى الموازية لكن الأستاذ رشيد خلوفي يرى أن الدعاوى ضد هذا النوع من القرارات لا تشكل دعوى موازية.

الواقع أن فكرة الطعن في القرارات المنفصلة من طرف المتعامل المتعاقد هي فكرة تجافي المنطق، فكيف يُترك قاضي العقد بصلاحياته الواسعة ليتم الذهاب إلى قاضي الإلغاء وعلى فرض أنه حصل على حكم من قاضي الإلغاء، فيجب عليه الرجوع إلى قاضي العقد لكي يرتب الآثار القانونية لهذا الحكم ومن ثمة فهو تضييع للوقت والجهد والمال بين جنبات القضاء.

لكن القضاء الفرنسي بصفته قضاءً مبتكراً أوجد بعض الاستثناءات، إذ أجاز للمتعاملين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بمرحلة الإبرام، لكن إذا حدث وأن أصدرت الإدارة قرارات بشأن تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها، فتعتبر قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء استقلاً عن العقد، لأنها صادرة عن الإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة.

أما لغير المتعاقد مع الإدارة فقد أجاز القضاء الفرنسي الطعن بالإلغاء شرط أن تكون له مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، خاصة وأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال اللجوء إلى قاضي العقد أو القضاء الكامل لأنه ليس طرفاً في العقد، فكان من المنطقي أن لا يحرم هذا الأخير من دعوى تجاوز السلطة⁴⁵³.

بالإضافة إلى الصفة يشترط في رافع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعاً خاصاً انطلاقاً من فكرة أن إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة

453- علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص135.

قائماً حتى يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد وهو ما جعل القضاء والفقه الإداريين يقران في العديد من الحالات عدم وجود مصلحة من رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل، لأنه لا يؤدي في النهاية إلى المساس بالصفقة العمومية.

غير أن مجلس الدولة المصري ردّ على هذا الزعم في حكمه الصادر في 25-11-1998 بأن "وجه المصلحة في الطعن ظاهر مادام الغير لا يملك حق الطعن في القرار أمام قاضي العقد وعليه فإنه يمكنهم الطعن في القرار المنفصل عن الصفقة العمومية متى كانت لهم مصلحة شخصية في هذا الطعن كما أن القول بانعدام المصلحة في طلبات إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية سيؤدي إلى إغلاق باب الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية"⁴⁵⁴.

يمكن التوصل من خلال هذا الحكم إلى القول أنه مادامت الغاية من الطعن بالإلغاء هي إلغاء القرار الإداري المنفصل غير المشروع، وبالتالي هناك مصلحة من رفع دعوى الإلغاء.

ثانياً - أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري:

من أهم شروط دعوى الإلغاء أن تنصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة نص المادة 801 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: - دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،

- دعاوى القضاء الكامل،

- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

454- وهو ما كان قد أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية "Martin" إذ أكد المفوض روميو ذلك بقوله "...إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح هذا الوضع بإجراء لاحق وقد يبقى العقد رغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد... فسيكون لهذا الحكم دائماً أثر هام يتمثل في أنه أعلن حكم القانون ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل حق قد خوله إياه القانون... بحيث يمتنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائهم المستنير ومستلزمات الديمقراطية المنظمة".

يبدو واضحاً أن المشرع قد اشترط لرفع دعوى الإلغاء أن يكون محلها قراراً إدارياً بالمفهوم القانوني للقرار الإداري وهو ذلك العمل القانوني الصادر عن السلطات الإدارية المختصة في الدولة بإرادتها المنفردة، قصد إحداث آثار قانونية بإنشاء مركز أو مراكز قانونية أو تعديله أو إلغائه.

رغم أن المنازعة متعلقة بصفقة عمومية تكيف على أنها عقد إداري الذي يختلف في موضوعه وجوهره عن القرار الإداري، إلا أن القضاء قبل - كما سلف الذكر - بأن يكون محلاً لدعوى الإلغاء إذا كان محل الدعوى قراراً إدارياً منفصلاً من القرارات المنفصلة - السالف ذكرها - لذا سيتم الاكتفاء بتوضيح الشروط الأخرى الواجب توافرها لرفع دعوى الإلغاء.

ثالثاً - شرط الميعاد:

يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن ترفع خلال مدة معينة، فالمصلحة العامة تقتضي وضع مواعيد وآجال لرفع دعوى الإلغاء وعدم تركها عرضةً للطعن حتى تحض القرارات والمعاملات بالاستقرار.

ميعاد رفع الدعوى هو المدة الزمنية التي خولها المشرع للفرد للمطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية، وبذلك يكون قيداً من القيود المفروضة على المتقاضى الذي يريد المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة⁴⁵⁵.

على هذا الأساس حدد المشرع الجزائري أجلاً لرفع دعوى الإلغاء مميزاً بين ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية (1)، وبين رفعها أمام مجلس الدولة (2) خاصة أمام تنوع الجهات المؤهلة قانوناً بإبرام الصفقات العمومية.

1- ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية

المحاكم الإدارية جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص كأول درجة بالفصل بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها⁴⁵⁶، كما تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

455- أد. تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 04.

456- أنظر المادة 800 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008،... سابق الإشارة إليه.

1. دعاوى الإلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.
 - البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.
 - المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.
2. دعاوى القضاء الكامل.

3. القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة⁴⁵⁷.

أما عن ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية، فنصت المادة 829 على "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

وعليه فإن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يكون خلال أربعة أشهر التابعة لتبليغ قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة العمومية، أو قرار الإبرام أو رفض الإبرام، لأن هذه القرارات يتم تبليغها بطبيعتها.

وخلال أربعة أشهر التابعة لنشر القرار عندما يتعلق الطعن بقرار الإعلان عن المنح المؤقت أو قرار إلغاء الصفقة العمومية، لأن هذه القرارات بطبيعتها تنشر ولا تبليغ.

2- ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة

يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية⁴⁵⁸.

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية⁴⁵⁹.

وبالرجوع إلى نص المادة 970 من قانون رقم 08-09 تنص "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه".

457- أنظر المادة 801 من القانون السابق الإشارة إليه.

458- أنظر المادة 901 من القانون السابق الإشارة إليه.

459- أنظر المادة 902 من القانون السابق الإشارة إليه.

الإحالة إلى نصوص المواد 829 إلى 832 يجعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة هو 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار أو نشره.

تلك هي مواعيد رفع دعوى الإلغاء انطلاقاً من ق إ م و إ، فهل نص تنظيم الصفقات العمومية على مواعيد خاصة لرفع هذه الدعوى؟

إن الإطلاع على نصوص هذا التنظيم نجده لم ينص على أي ميعاد أو آجال خاصة لرفع دعوى الإلغاء، وهو ما يُحتم علينا الرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها في ق إ م و إ على النحو المبين أعلاه.

رابعاً - شرط الاختصاص:

يعرف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية للنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانوناً.

ويعرف كذلك بأنه نصيب الجهة القضائية من النزاعات التي تعرض على القضاء أي النزاعات التي تكون للجهة القضائية سلطة للفصل فيها نوعاً ومكاناً⁴⁶⁰.

يعتبر شرط الاختصاص القضائي من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية إذ لا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام. إن الولاية والاختصاص القضائي بالدعوى الإدارية هي معقودة أصلاً وأساساً لجهات القضاء الإداري بالنسبة للدول التي تطبق نظام الازدواجية القضائية⁴⁶¹.

فالتعديل الدستوري لسنة 1996 نص على انتقال النظام القضائي الجزائي من الوحدة إلى الازدواجية، فتم إنشاء مجلس الدولة بناءً على نص المادة 152 من الدستور وعلى إثر ذلك

460- بريق عمار، "الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وإشكالاته"، الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 05 و 06 ماي 2009، ص 01.

كما عمدت محكمة التنازع إلى إعطاء تعريف موجز ودقيق للاختصاص في كثير من قراراتها على أنه "أهلية جهة قضائية بالفصل في إدعاء معين مادياً وإقليمياً، وأن الدفع بعدم الاختصاص هو وسيلة المنازعة في الاختصاص المادي أو الإقليمي للجهة القضائية المعروض عليها القضية لفائدة جهة قضائية أخرى".

أنظر: محكمة التنازع، قرار رقم 16، فهرس رقم 01، مؤرخ في 17 جويلية 2005، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، الجزائر، 2006، ص ص 247 - 249.

461- أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص 240.

صدر قانون رقم 01-98 المنظم لمجلس الدولة وقانون رقم 02-98 المتعلق بالمحاكم الإدارية وقانون رقم 03-98 المتعلق بمحكمة التنازع لكن على المستوى القانوني بقي قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 هو المطبق بإحالة من المادة 40 من قانون رقم 01-98 والمادة 2 من قانون رقم 02-98.

ومن أجل إتمام مسيرة الإصلاح صدر قانون رقم 09-08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث خصص المشرع أحكاماً قانونية جديدة تنظم عمل المحاكم الإدارية ومجلس الدولة في الكتاب الرابع تحت عنوان "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية".

1. الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي تحديد أنواع معينة ومحدودة من القضايا والنزاعات، التي يعود فيها الاختصاص لجهة القضاء الإداري دون غيرها من الجهات القضائية الأخرى⁴⁶².

قد تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان "في الاختصاص النوعي" من المادة 800 إلى غاية المادة 802.

واضح من النصوص السابقة أن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري لتحديد الاختصاص لجهة القضاء الإداري يتمثل في المعيار العضوي⁴⁶³.

فالاختصاص القضائي يؤول إلى الجهة الإدارية كلما كان أحد أطراف الخصومة أحد الأشخاص المذكورين ضمن نص المادة 800 من ق إ م وإ، ولا ينظر إلى طبيعة المنازعة ولا موضوعها إلا ما تم استثناءه.

تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض رجال القانون من ذهب إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالمعيار العضوي، وإنما أخذ بالمعيار العددي باعتبار أنه قام بتعداد الأشخاص الذين يخضعون للقضاء الإداري⁴⁶⁴.

462- بريق عمار، مرجع سابق، ص2.

463- بموجب هذا المعيار تتحدد الجهة القضائية بالنظر إلى أطراف المنازعة فإذا كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام فإن المنازعة تخضع للقضاء الإداري بغض النظر عن موضوعها.

464- « L'article 800 du C.P.C, pose un critère énumératif pour déterminer la compétence du tribunal administratif ».

ZOUAIMIA Rachid et ROUALT Marie christine, Droit administratif, BERTI Edition, Alger, 2009, P 248.

إلا أن المعيار العضوي الذي تبناه المشرع وطبقه القضاء تعترضه إشكالية قانونية هامة ناتج عما تضمنته المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية⁴⁶⁵.

إن الدارس لنص المادة يتأكد بأنها لم تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، وإنما موضوعها هو تحديد مجال تطبيق التشريع المنظم للصفقات العمومية. إذ قامت بتعداد الأشخاص المعنوية العامة وهذه الأشخاص لا إشكال فيها إذ يعود الاختصاص بشأنها إلى القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي سالف الذكر.

لكن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بعملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة.

إن هذه الشمولية لمجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية سيحدث على المستوى القضائي إشكالات عملية في غاية التعقيد فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟!.

ليس من السهل الإجابة على هذا السؤال وذلك بالنظر لآثاره من الناحية القانونية⁴⁶⁶. فلو تم التسليم بأن الاختصاص سينعقد للقاضي العادي اعتباراً من أن المنازعة لا تجد أحد أطرافها شخص من الأشخاص المحددين حصراً في المادة 800 من قانون رقم 08-09، فإن هذا الحل وإن كان يكرس المعيار العضوي، فإنه يطرح إشكالية أن الصفقات العمومية تنطوي على أحكام مقننة وثابتة في تنظيم الصفقات العمومية وهي في مجموعها قواعد تنطوي على الطابع الإداري المحض، بما يجعلها تختلف اختلافاً كبيراً عن العقود المدنية والتجارية هذا ما يضعف من درجة الاعتراف باختصاص القاضي العادي، لما لهذا الاعتراف من أثر سلبي في محاولة نقل قواعد القانون الخاص وتوظيفها على منازعة هي أقرب ما تكون إدارية.

كما يثور الإشكال إذا ما تم الإسناد الاختصاص للقاضي الإداري اعتباراً من أن المنازعة

465- راجع المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

466- بخصوص الآثار القانونية الناتجة عن شمولية مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية أنظر: كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 46 وما بعدها.

تدور حول صفقة عمومية، وهي عقد إداري فيجب أن ينظر فيها القاضي الإداري.

غير أن مثل هذا الحل من شأنه أن يهزّ المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري، وبالتالي سيكون الاختصاص للقاضي الإداري رغم أن أحد أطراف المنازعة إحدى المؤسسات - السالف ذكرها - لذلك ذهب الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي إلى الحكم على هذا التعدد المفرط للمؤسسات المشمولة بالمادة 2 بعدم الجدوى.

وإذا كان التناقض يثار بين المعيار العضوي المكرس في كل من تنظيم الصفقات العمومية و ق إ م وإ فليس هو التناقض الوحيد، فبالرجوع لأحكام المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي حددت الهيئات الإدارية بمفهوم هذا القانون، لم تعتبر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني هيئات يجوز لها إبرام الصفقات العمومية، مما يؤدي إلى إحداث آثار قانونية خطيرة وإلى عدم تجانس النصوص القانونية الخاصة بمجال الصفقات العمومية.

ويبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هدمًا صارخًا للمعيار العضوي على أساس معيار "الوكالة" مؤيدين بذلك رأي الأستاذ رشيد خلوفي، لأنه ورد في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية العبارة التالية "...عندما تكلف باتجاز عملية ممولة كليًا أو جزئيًا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة"، فوجود عبارة "تكلف" تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 2 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها⁴⁶⁷.

467- طبق القضاء الجزائري فكرة الوكالة لإسناد الاختصاص للقضاء الإداري في قضية بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، وقد جاء ضمن حثيات القرار ما يلي "حيث أن المجلس اعتبر العقد الذي يجمع بين الطرفين ذا صفة إدارية إلا أن طرح مثل هذا لا يرقى إلى ذلك إذ أن الاتفاق يعتبر عقد خاص تابع لمقتضيات القانون التجاري بما أنه يخص شخصان اعتباريان تابعين للقانون الخاص، ولكن حيث أنه بعد الإطلاع على الملف وعلى رد المستأنف عليه يتضح بأن الصفة موضوع النزاع المتضمنة إنجاز 1180 مسكن بوهران هي صفقة عمومية أبرمت بين ولاية وهران الممثلة من طرف الوالي كصاحب المشروع من جهة ومؤسسة البناء لعين تيموشنت مكلفة بالإنجاز، أما ديوان الترقية فهو مكلف بتسيير المشروع وأن موضوع الصيغة يتمثل في إنجاز سكنات ذات طابع اجتماعي ترجع ملكيتها للدولة وليس للديوان وتمويل المشروع كان من طرف الخزينة العامة... وبالتالي ذلك يفتح الاختصاص للقضاء الإداري".

مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 000332، فهرس رقم 275، مؤرخ في 14 ماي 2001 (ديوان الترقية والتسيير العقاري) ضد (مؤسسة الأشغال بعين تيموشنت)، (قرار غير منشور).

فامتداد نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، إنما يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على النفقات العمومية المخصصة أساساً للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ، الأمر الذي يقلل من احتمال وقوع الفساد الذي يمس بنزاهة وشفافية الصفقة أو حتى تفادياً لسوء التقدير والتخطيط خاصة وأن الأموال المتعاقد بها ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة.

2. الاختصاص الإقليمي (المحلي):

يقصد بالاختصاص الإقليمي أية محكمة من المحاكم الإدارية هي المختصة بالفصل في النزاع⁴⁶⁸.

إن قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات القضاء الإداري بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة في ظل ق إ م وإ قد تم إفرادها بنصوص خاصة ضمن قواعد الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية⁴⁶⁹.

ما يهم في هذه الدراسة تلك القواعد المحددة للاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية الواردة ضمن ق إ م وإ، فإن المشرع قام بتحديد ثلاثة معايير تتعلق بها التي جاءت كلها استثناءات على القاعدة العامة، وذلك ضمن أحكام المادة 804 من ق إ م وإ ضمن فقراتها الثانية والثالثة والسادسة وذلك وفقاً لما يلي:

أول قاعدة لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية تعلقت بعقد الأشغال العمومية الذي يعتبر من أهم أنواع الصفقات العمومية⁴⁷⁰.

468- دنش رياض، "قواعد تنازع الاختصاص القضائي في المادة الإدارية وفقاً لأحكام القانون رقم 08-09"، الملئقي الوطني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون 08-09، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 05-06 ماي 2009، ص 12.

469- نص المشرع على قواعد الاختصاص الإقليمي من المادة 803 إلى المادة 806 وذلك ضمن القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بالاختصاص من الباب الأول المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية.

470- جاء تحديد أنواع الصفقات العمومية في المادتين 4 و 13 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

تتمثل القاعدة أن المحكمة الإدارية المختصة هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العمومية، وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 804 التي جاء فيها **"في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال"**.

أما القاعدة الثانية فقد تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة نفسها⁴⁷¹ التي تنص على **"في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"**.

فجاءت الصياغة في ظل ق إ م وإ أكثر وضوحاً ودقة بذكر المشرع لمصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، وهنا تدخل الصفقات العمومية باعتبارها نوع أو بتعبير أدق أهم العقود الإدارية".

ما يلاحظ هو استعمال معيارين لتحديد الاختصاص الإقليمي "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ" وبهذا يكون المشرع قد تجنب النقد الذي وجه إلى ق إ م الملغى.

فاستعمال المعيارين من شأنه تخفيف حجم المنازعات على المحكمة الإدارية بالعاصمة للتوجه بإعمال المعيار الثاني "مكان التنفيذ"، وهنا حق الخيار يعود لرافع الدعوى فله أن يتوجه بدعواه إلى المحكمة الإدارية التي يريد.

أما القاعدة الثالثة المحددة للاختصاص الإقليمي بشأن منازعات الصفقات العمومية، فقد نوهت إليها الفقرة السادسة من المادة نفسها التي نصت على **"في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به"**.

مضمون هذه القاعدة أن المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً بالفصل في المنازعة التي تكون أحد موضوعاتها صفقة توريد (اقتناء لوازم) أو صفقة أشغال عمومية، هي المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ"، بشرط أن يكون أحد أطرافها مقيماً بهذا المكان وإلا تطبق القاعدة العامة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليها (المصلحة المتعاقدة).

471- المادة 804 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008...، سابق الإشارة إليه.

أما إذا كان موضوع الصفة العمومية أحد الأنواع المتبقية المتمثلة في انجاز دراسات أو تقديم خدمات، فالمحكمة الإدارية المختصة إقليمياً هي تلك التي يقع بدائرة اختصاصها "مكان إبرامها" أو "مكان تنفيذها" طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 804 من ق إ م وإ.

وعليه فالاختصاص الإقليمي في منازعات الصفقات العمومية يتحدد حسب موضوع الصفة.

تلك هي الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء، ويبقى السؤال مطروحا بخصوص التنظيم، فما مدى اعتباره شرطاً شكلياً لقبول الدعوى؟

يعتبر التنظيم الإداري وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية ودياً.

كما أن التنظيم الإداري هو الشكوى التي يقدمها أصحاب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية طاعنين في قرارات وأعمال إدارية، طالبين إلغاء أو سحب أو تعديل هذه الأعمال غير المشروعة، بما يجعلها أكثر اتفاقاً مع مبدأ الشرعية والملائمة والفاعلية والعدالة⁴⁷².

بعدما كان التنظيم الإداري المسبق شرط وجوبي قبل رفع الدعاوى أمام القضاء، أصبح التنظيم في مجال منازعات الصفقات العمومية إجراءً اختياريًا بموجب المادتين 101 فقرة 1 والمادة 102 فقرة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

ليسلك المشرع بعدها الاتجاه نفسه في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهي جوازية التنظيم واعتباره إجراءً اختياريًا.

وقد تم الاعتراف بنوعين من القرارات التي يجوز التنظيم فيها، مما يعني أن القرارات الأخرى القابلة للانفصال لا تنظم فيها أصلاً، ولو كان اختياريًا لاقتصر نص المادة 114 و115 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على نوعين من القرارات، التي يكون التنظيم بشأنها اختياريًا⁴⁷³.

وهو ما جاء النص عليه صراحةً في نص المادة 114، يقدم هذا التنظيم من طرف المتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة وأضاف المشرع

472- أد. عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص366.

473- إلا أن دراستنا ستقتصر على نص المادة 114 لتعلقها بمرحلة الإبرام دون المادة 115 التي تتعلق بمرحلة التنفيذ وبالتالي تخرج عن نطاق دراستنا.

في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الاحتجاج على الاختيار الذي يتم في إطار التراضي بعد الاستشارة دون التراضي البسيط.

يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة وهي لجان الرقابة الخارجية على اختلاف درجاتها ومستوياتها التي يتحدد اختصاصها حسب طبيعة الصفقة المزمع إبرامها استناداً إلى المعيارين العضوي والمالي.

عموماً يجب أن يشير إعلان المنح المؤقت إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن وذلك في أجل عشرة أيام ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي⁴⁷⁴.

أما إذا اتخذت المناقصة شكل المسابقة أو الاستشارة الانتخابية فيقدم التظلم عند نهاية الإجراء.

تصدر لجنة الصفقات المختصة رأياً⁴⁷⁵ في أجل خمسة عشر يوماً ابتداءً من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام الممنوحة للمتعهدين لتقديم طعونهم، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري بصفة صريحة سواء في النص العربي أو الفرنسي في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

وإذا كان المشرع قد رفع التناقض الحاصل بين النص العربي والفرنسي، فهناك مسألة هامة لم يفصل فيها، حيث جاء في نص المادة 114 أنه "يمكن المتعهد الذي يحتج على

474- حاول المشرع أن يكون أكثر دقة في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 في تحديد آجال بداية الطعن وهو أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة.

475- وبذلك يكون المشرع قد تفادى التناقض الذي كان حاصلاً في إطار أحكام المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 حيث اتضح أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض بين النص العربي والنص الفرنسي، فقد ورد في النص العربي أن اللجنة عندما تنظر في الطعن تصدر "قرار" في حين ورد النص الفرنسي أن ذلك يتم "برأي" وشتان بين "الرأي" و"القرار" لاسيما من حيث الآثار المترتبة، فللقرار طابع إلزامي يخضع للرقابة القضائية ويمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء، في حين أن الرأي ليس له قوة إلزامية وغير خاضع للرقابة القضائية، خاصة وأن نص المادة 116 من ذات المرسوم جاء لينص على "تقدم لجنة الصفقات مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبيها وتقدم رأياً حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة في إعلان المناقصة".

الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعناً...".

بالرجوع إلى نص المادة 2 من المرسوم ذاته، فالمصالح المتعاقدة قد تكون هيئات إدارية تابعة للقانون العام أو من أشخاص القانون الخاص والتمسك بحرفية نص المادة 114، يؤدي إلى إمكانية تقديم طعن من إحدى أشخاص القانون الخاص، باعتبارها مصالح متعاقدة بصريح نص المادة الثانية من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ولم يحدث يوماً أن وجدت إمكانية تقديم تظلم من أشخاص القانون الخاص، فذلك يعدّ خروجاً عن القواعد العامة.

وتماشياً وآجال الطعن والرد والتبليغ لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته في إطار ما يسمى بالرقابة الخارجية، إلا بعد انقضاء أجل 30 يوماً ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة⁴⁷⁶.

كما هو واضح فطبيعة التظلم في مجال الصفقات العمومية ليس بتظلم ولائي⁴⁷⁷ ولا رئاسي⁴⁷⁸، وإنما تظلم إداري يقدمه صاحب المصلحة "المتعهد" في صورة طعن أمام لجان الصفقات المختصة لمراقبة أعمال وقرارات الهيئات الإدارية.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية تتمتع بالمشروعية، فالأصل أن تصدر القرارات مطابقة ومحترمة للنصوص القانونية.

غير أن صحة وسلامة القرارات الإدارية هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، على الطاعن أن يثبت أن القرار الذي يخاصمه مشوب بعيب من عيوب المشروعية⁴⁷⁹.

476- أنظر المادة 114 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

477- التظلم الولائي هو ذلك التظلم الذي يرفعه صاحب الصفة والمصلحة في صورة التماس ورجاء إلى نفس الجهة أو الهيئة الإدارية المصدرة للقرار يلتزم منها إعادة النظر ومراجعة ما أصدرته.

478- يقصد بالتظلم الرئاسي هو ذلك التظلم الذي يقدمه صاحب الصفة والمصلحة إلى الجهة التي تعلو وترأس من أصدر القرار الإداري المطعون فيه مطالباً هذه السلطات التدخل لمراقبة الأعمال والقرارات رقابة رئاسية.

479- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 138.

عيوب المشروعية هي الأسباب التي يمكن بواسطتها للقضاء المختص إلغاء قرار إداري مطعون فيه بعدم المشروعية⁴⁸⁰.

نشأت هذه العيوب تدريجياً في فرنسا وكان أقدمها ظهوراً عيب عدم الاختصاص (أولاً) ثم عيب الشكل (ثانياً) ثم عيب الانحراف في استعمال السلطة (ثالثاً)، أما القرارات المخالفة للقانون مخالفة موضوعية فلم يكن القضاء الفرنسي يقبل الطعن ضدها بالإلغاء إلى غاية سنة 1864 (رابعاً) وحديثاً أجاز مجلس الدولة الفرنسي الأخذ بعيب انعدام السبب (خامساً).

أولاً - عيب عدم الاختصاص:

يمكن تعريف قواعد الاختصاص على أنها تلك القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك القيام بالتصرفات العامة، تقوم هذه القواعد على مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ التخصص للذان يفرضان قيام كل سلطة بمهامها دون تدخل سلطة أخرى في عملها تحقيقاً للفاعلية الإدارية⁴⁸¹.

لذا يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر⁴⁸².

يأخذ عيب عدم الاختصاص ثلاث صور وهي:

1. عيب عدم الاختصاص الموضوعي

يتحقق هذا العيب إذا أصدرت جهة إدارية قرارها في موضوع لا تملك قانوناً حق إصداره، لأن القانون أوكل إصدار هذا القرار إلى سلطة أخرى قد تكون مساوية لها في الدرجة أو أعلى منها دون وجود تفويض أو نص قانوني يجيز ذلك.

2. عيب عدم الاختصاص المكاني

على الإدارة ممارسة الاختصاصات المنوطة لها داخل نطاق جغرافي محدد قانوناً، فإن صدر القرار من الإدارة خارج نطاقه الجغرافي كان معيباً بعيب عدم الاختصاص المكاني.

3. عيب عدم الاختصاص الزمني

المقصود به أن يصدر القرار الإداري في وقت لا يكون فيه الاختصاص بإصداره منعقداً

480- أد. عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص499.

481- بزاجي سلوى، مرجع سابق، ص138، 139.

482- محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص231.

لمن أصدره ويأخذ عدم الاختصاص الزمني صورتين هما:

الصورة الأولى: صدور القرار الإداري قبل تقليد الموظف لمنصبه أو بعد انتهاء الرابطة الوظيفية ومثاله إقالة رئيس المجلس الشعبي البلدي من مهامه ومع ذلك يقوم بإبرام صفقة عمومية.

الصورة الثانية: إذا حدد القانون مدة معينة لممارسة اختصاص معين فيجب اتخاذ هذا القرار خلال هذا الأجل وإلا وقع القرار معيباً بعدم الاختصاص الزمني.

يمتاز عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، لذا يستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يثره صاحب الطعن⁴⁸³.

ثانيا - عيب مخالفة الشكل والإجراءات:

ركن الشكل والإجراءات هي مجموعة الشكليات والإجراءات الإدارية التي تتعاون وتتكامل في تكوين وبناء قالب والإطار الخارجي للقرار الإداري⁴⁸⁴.

يقصد بعيب الشكل والإجراءات أن يقع القرار الإداري مخالفاً للقواعد والإجراءات التي يتطلبها القانون سواء كانت هذه المخالفة كلية أو جزئية، والحكمة من اشتراط هذه الشكليات والإجراءات هو تحقيق الدقة في أعمال الإدارة.

والسؤال المطروح ماهي الشكليات التي تكون سبباً في إلغاء القرار؟

يفرق الفقه والقضاء بين نوعين من الشكليات جوهرية وثانوية.

فالشكليات الجوهرية هي التي تؤثر مخالفتها في صحة وسلامة وشرعية القرارات الإدارية، وبالتالي هي فقط التي تكون سبباً في الحكم بالإلغاء، ومن أمثلة الشكليات الجوهرية اشتراط تنظيم الصفقات العمومية أن يكون قرار الإعلان عن الصفقة محتوياً لبيانات إلزامية محددة في نص المادة 46، وتخلف أي بيان من هذه البيانات يجعل قرار الإعلان معيباً بعيب الشكل.

وبالتالي يعد قرار الإعلان عن الصفقة في جريدة واحدة مخالفاً لإجراء جوهري حددته المادة 49 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، التي تشترط نشره إجبارياً في النشرة

483- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص114.

484- أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص508.

الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدين وطنيتين موزعتين على التراب الوطني.

كما يكون قرار المنح المؤقت معيباً بعبب الشكل والإجراءات إذا لم يتم الإعلان عنه في الجرائد نفسها التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة، كما يجب أن يكون معللاً وإن لم يكن كذلك كان معيباً بعبب عدم التسبب الذي يعدّ هو الآخر إجراءً جوهرياً.

كذلك الأمر بالنسبة لسائر القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، إذ يجب أن تراعى فيها الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وإلا كانت مشوبة بعبب الشكل والإجراءات مما يفتح مجال الطعن بإلغائها لعدم مشروعيتها.

بالرجوع إلى الواقع العملي نجد أن أكثر العيوب التي تثار أمام قضاء الإلغاء "عبب مخالفة الشكل والإجراءات".

أما مخالفة الإجراءات والشكليات غير الجوهرية أو الثانوية، فقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على أن إغفالها لا يعيب القرارات الإدارية ولا يكون سبباً في إلغائها.

ثالثاً - عيب مخالفة القانون:

هو العيب الذي يشوب محل القرار الإداري ويشكل بذلك حالة من حالات الحكم بالإلغاء. نشأ عيب مخالفة القانون في النصف الثاني من القرن التاسع عشر كسبب من أسباب الحكم بالإلغاء بعد كل من عيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة الشكل والإجراءات وكان يطلق على هذا العيب اسم عيب مخالفة الحقوق المكتسبة، ثم سمي بعبب مخالفة القانون والحقوق المكتسبة إلى أن استقرت تسميته بصفة نهائية بعبب مخالفة القانون⁴⁸⁵.

ولما كان سبب الإلغاء هو مخالفة القانون فقد تتعلق المخالفة بمخالفة نص القانون بذاته (1) أو في تفسيره (2) أو في تطبيق أحكامه (3) لذا سنتطرق إلى مختلف الصور التي تتخذها هذه المخالفة.

485- علماً أن التسمية بلغة الفرنسية منتقدة من جلّ فقه القانون العام في فرنسا، لأن عيب مخالفة القانون له مفهوم واسع وهو مخالفة محل القرار الإداري لأحكام وقواعد القانون في معناه الواسع بمصادره المختلفة بينما اصطلاحاً أو تسمية "la violation de la loi" تعني مخالفة أحكام القانون في معناه الشكلي الضيق، لذلك يفضل البعض إطلاق اصطلاح "la violation de règle de droit".

1- المخالفة المباشرة لنصوص القانون

يتحقق عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو أن ترفض تنفيذ ما تفرضه القواعد القانونية من التزامات.

تحصل المخالفة المباشرة لنصوص القانون في مجال الصفقات العمومية، عندما ترفض إحدى المصالح المتعاقدة الامتثال لما يقرره تنظيم الصفقات العمومية من أحكام قد تخص الإبرام أو التنفيذ وفي هذه الحالة على طالب الإلغاء أن يثبت قيام القاعدة القانونية وتجاهل المصلحة المتعاقدة لها⁴⁸⁶.

2- الخطأ في تفسير القانون

يقصد به أن تقوم الإدارة بتفسير خاطئ للقانون وهو نوعان خطأ عمدي في تفسير القانون وخطأ غير عمدي في تفسيره.

فالخطأ العمدي هو أن تلجأ الإدارة إلى التحايل، فتقوم بتفسير القواعد القانونية تفسيراً خاطئاً عن عمد وقصد وهذه الصورة تعدّ أخطر الصور ولما كان القضاء هو الذي يقوم بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء فيترتب على ذلك إلزام الإدارة بالتفسير الذي يقرّ به القضاء الإداري.

أما الخطأ غير العمدي فتقع فيه الإدارة إذا كان هناك فعلاً غموض وإبهام في النصوص القانونية، مما يجعل رجل الإدارة يقوم بتفسيرها على غير المقصود قانوناً.

3- الخطأ في تطبيق القانون

يقع الخطأ في تطبيق القانون هو الآخر في حالتين هما:

الحالة الأولى: صدور القرار على غير أساس من الواقع المادي

فتخلف الوقائع المادية التي يشترط القانون توافرها لصدور القرار الإداري يجعل القرار قابلاً للإبطال أمام القضاء، فعندما يثار هذا العيب على القاضي الإداري مراقبة الوقائع والتحقق من وجودها وسلامتها حتى يتوصل إلى مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري.

الحالة الثانية: عدم تبرير الوقائع للقرار الإداري

يشترط أن تكون الوقائع التي يستند إليها القرار الإداري مطابقة للشروط القانونية التي

486- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء-...، مرجع سابق، ص719.

تبرر اتخاذ القرار، وهنا يأتي دور القاضي الإداري في التأكد من مدى توفر هذه الشروط فإذا لم تتوفر قضى بمخالفة القرار الإداري للقانون⁴⁸⁷.

رابعاً - عيب السبب:

يقصد به أن تكون الحالة الواقعية التي دفعت لاتخاذ القرار معيبة، مما يستوجب إلغاء القرار الإداري⁴⁸⁸.

تقوم رقابة القضاء الإداري للسبب على درجات ثلاثة وهي:

1- رقابة القاضي الإداري للوجود المادي للوقائع

إنّ أول ما يبدأ به القاضي الإداري رقبته على السبب هو التأكد من الوجود المادي أو الفعلي للحالة الواقعية أو القانونية التي أدت لاتخاذ القرار الإداري، كأن يتأكد القاضي الإداري بأن السبب الذي أدى إلى منح الصفة العمومية هو توافر جميع المعايير التقنية والمالية أي تمتع المتعامل المتعاقد بمؤهلات وفنيات تؤكد قدراته على تنفيذ الصفة العمومية، فإن لم توجد هذه المؤهلات قضى بإلغاء قرار المنح لعيب في تسببيه.

2- رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع

بعد أن يتأكد القاضي الإداري من الوجود الفعلي للوقائع التي أدت إلى إصدار القرار الإداري، ينتقل إلى مرحلة أخرى وهي التأكد من الوصف القانوني الصحيح للوقائع فقد تقوم الإدارة بتكييف الوقائع تكييفاً خاطئاً وعلى أساسه تصدر قرارها الإداري.

غير أن القضاء الإداري وضع حالتين لا تباشر فيها الرقابة على التكييف القانوني للوقائع وهما:

- حالة القرارات الإدارية المتعلقة بإقامة الأجانب وإبعادهم التي لا تهم في مجال هذا البحث.
- حالة القرارات الإدارية المتعلقة بالمسائل الفنية فقد تتخذ الإدارة قرارها بناءً على تقدير فني لا يملك القاضي الإداري الكفاءة لتقديره.

3- رقابة القاضي الإداري على ملائمة القرار الإداري للوقائع

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على فرض رقابة الملائمة على طائفتين من القرارات

487- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص144، 145.

488- الشوبكي عمر، القضاء الإداري، -دراسة مقارنة-، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص339.

التي لا تهم في معرض هذه الدراسة، وهي القرارات التأديبية والقرارات المتعلقة بالحريات العامة.

وفيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة فيقع على عاتق القاضي الإداري التأكد من عنصرين الوجود المادي للحالة القانونية أو الواقعية التي اتخذ على أساسها القرار الإداري وصحة تكييف هذه الوقائع.

خامساً - عيب الانحراف في استعمال السلطة:

عيب الانحراف في استعمال السلطة حالة من حالات عدم مشرعية القرارات الإدارية وهو العيب الذي يصيب ويشوب ركن الهدف فيجعل القرار غير مشروع، وبالتالي قابلاً للطعن فيه أمام القضاء.

هذا العيب وسيلة قضائية جديدة قوية وفعالة في مراقبة أعمال السلطات الإدارية، بما فيها تلك المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية من أجل ضمان تطبيق وتحقيق فكرة دولة القانون ومبدأ الشرعية وحماية حقوق وحريات الأفراد⁴⁸⁹.

عرفه الفقه الفرنسي بأنه العيب الذي يتحقق في القرار الإداري عندما يتخذ رجل الإدارة قراراً في إطار اختصاصه ووفقاً للأشكال والإجراءات المقررة قانوناً، لتحقيق أهداف غير تلك الأهداف التي من أجلها منح له الاختصاص.

فالقرار المعيب بعيب الانحراف في استعمال السلطة في شق منه هو قرار سليم في جميع أركانه، لكنه معيب في ركن وحيد منه هو ركن الغرض أو الهدف.

فالموظف الذي يطبق النصوص القانونية المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية بكل ما تتضمنه من مراحل وإجراءات، ليتم منح الصفقة بعدها لإحدى معارفه أو أقاربه يعتبر قراره هذا مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

يأخذ عيب الانحراف في استعمال السلطة ثلاث صور وهي:

1- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة

الأصل العام أن يسعى رجل الإدارة في جميع الأعمال القانونية التي يصدرها إلى تحقيق المصلحة العامة، أما إذا كان هدف إصدار القرار الإداري تحقيق نفع شخصي أو محاباة للغير

489- أد. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية...، مرجع سابق، ص535.

كان قراره هذا معيباً بعبب الانحراف في استعمال السلطة مما يقتضي إلغاءه.

2- مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

لا تكتفي الإدارة في كثير من الأحوال بتحقيق القرار الإداري للمصلحة العامة بل تقوم بتخصيص أكبر الأهداف لتحديد هدفاً معيناً بذاته، وفي هذه الحالة لا يكفي أن يسعى رجل الإدارة لتحقيق المصلحة العامة بل عليه أن يسعى لتحقيق الهدف المخصص الذي حدده القانون.

3- الانحراف في استعمال الإجراءات

قد يلجأ رجل الإدارة إلى استعمال إجراءات غير تلك التي حددها القانون ليحقق مسائل شخصية وفي هذه الحالة يقع قراره معيباً بعبب عدم المشروعية لانحراف في استعمال الإجراءات.

يعتبر هذا العيب من العيوب التي يصعب إثباتها لتعلقه بنية وإرادة مصدر القرار وهي أمور نفسية داخلية يصعب التعرف عليها وهنا يكون القاضي أمام حالتين: إما أن تعرف الإدارة بهدفها وفي هذه الحالة يقوم القاضي بمقارنة هدفها مع الهدف المنتظر قانوناً، أو أن تسكت الإدارة عن توضيح الهدف الذي أصدرت القرار الإداري من أجله وفي هذه الحالة يكون أمر إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة أكثر صعوبة⁴⁹⁰.

يُستخلص مما تقدم أن رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل مقيد بمجموعة من الشروط الواجب توافرها وإلا أدى ذلك إلى عدم قبول الدعوى.

كما يجب على رافع الدعوى أن يؤسس دعواه على وجه من أوجه الإلغاء التي سبق توضيحها، ومتى كان القرار الإداري معيباً بإحدى هذه العيوب، حكم القاضي بالإلغاء لعدم مشروعية القرار.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال يتعلق بأثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على عقد الصفة العمومية أو بتعبير آخر حجية الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على الصفة العمومية. فيما إذا كان إلغاء القرار الإداري المنفصل يؤدي إلى بطلان الصفة العمومية.

490- محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص146.

قد ذهب مجلس الدولة الفرنسي منذ أمد بعيد إلى أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، السابق الإشارة إليها، لوحدها لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد نافذاً وسليماً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استناداً إلى سبق إلغاء القرار الإداري المنفصل الذي ساهم في إتمام عملية التعاقد.

جاء رأي مجلس الدولة الفرنسي مخالفاً لرأي الفقه على رأسه الفقيه WEIL في رسالته بعنوان نتائج إلغاء القرارات الإدارية لعيب تجاوز السلطة، إذ يرى أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة، إنما قرر لأجل قبول دعوى الإلغاء، وعند النظر في شرعية العملية فيجب أن ينظر إليها برمتها ككل لايتجزء فيبطل العقد إذا بطل أي قرار كان أساساً لإصداره.

بعدها عدل مجلس الدولة الفرنسي عن رأيه وسائر رأي الفقه واعتبر إلغاء القرار الإداري المنفصل سبباً مباشراً في ابطال العقد الإداري، حتى ولو لم يتمسك الأطراف به ودل على ذلك في حكمه الصادر في أول مارس سنة 1954 في قضية Société d'énergie industrielle، في هذا الحكم قضى مجلس الدولة بأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على العقد الإداري يجعل طلب التفسير المقدم إلى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع، لأن الشروط الواردة في العقد لايمكن تنفيذها بالرغم من أنه لا الإدارة ولا المتعاقد معها طلب أمام قاضي العقد ترتيب الآثار التي تتولد عن الحكم الصادر بالإلغاء.

هذا الرأي أكثر انسجاماً مع طبيعة الحكم بالإلغاء الذي يتميز بالحجية المطلقة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي مباشرة إلى إلغاء الصفة حتى ولو لم يتمسك به أطرافها أو الغير.

فالعلاقة التعاقدية تتأثر تلقائياً بذلك الإلغاء خاصة إذا كان إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ناتج عن الإخلال بإحدى المبادئ المتمثلة في حرية المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات أو الإخلال بقواعد الإشهار وغيرها من القواعد الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية⁴⁹¹.

491- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 107، 108.

إلا أن المشرع الجزائري حتى يتجنب هذه الإشكالية القانونية الخطيرة (إبطال الصفقة العمومية) أتى ضمن أحكام ق إ م وإ بنصوص تنظم إجراءات الاستعجال في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية، بغية الفصل في الطعون المرفوعة ضد القرارات الإدارية المنفصلة قبل أن يتم إبرام الصفقة العمومية، حتى لا يضطر القاضي الإداري إلغاء الصفقة نتيجة إلغاء إحدى القرارات الإدارية المنفصلة، وحتى لا تستطيع المصلحة المتعاقدة السير في العملية التعاقدية إلى غاية الفصل في دعوى الاستعجال التي لا تتجاوز مدة البت فيها عشرين يوماً.

المبحث الثاني

التدخل عن طريق قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد

رغم تقرير حق المترشحين في رفع دعوى الإلغاء، إلا أنه قضاء موضوع يؤدي إلى نتائج خطيرة تتمثل في إلغاء الصفقة العمومية فضلا عن تعقيد إجراءاته وطول آجال الفصل في أحكامه، مما أدى إلى استحداث قضاء تتسم إجراءاته بالسرعة يدعى بقضاء الاستعجال سداً لمنافذ الفساد وتكريساً لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين وحماية المال العام.

إذا كان الاستعجال في علاقات القانون الخاص يحوز أهمية خاصة، فأهميته أكبر في المادة الإدارية لوجود الإدارة كطرف في النزاع، الأمر الذي يزيد من احتمال وجود التجاوزات خاصة في مجال الصفقات العمومية.

لأجل ذلك تبنى المشرع الجزائري في ظل ق إ م وإ باباً مستقلاً في إطار الفصل الخامس بعنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، من الباب الثالث بعنوان "الاستعجال" حيث كرس المادتين 946 و 947 لتنظيمه وبيان أحكامه.

جاءت هذه الخطوة متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس الاستعجال ما قبل التعاقد منذ سنة 1992، بمقتضى القوانين 92-10 الصادر في 4-01-1992 والقانون 93-1416 المؤرخ في 29-12-1993⁴⁹²، إلا أنه يعد اتجاهاً محموداً يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية.

492- نقلا عن بومقورة سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29، 30 نوفمبر 2011، ص 4.

يعود النظام القانوني للاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا إلى أصل تشريعي أوروبي، إذ تشدد المشرع الأوروبي في تطبيق قواعد العلانية والمنافسة في مجال إبرام عقود الشراء العام وفي سبيل تحقيق ذلك قام بإصدار التعليمات 89-665 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 التي وردت تحت عنوان "طعن ورقابة في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال" التي تم تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بعد أن تنبه المشرع إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال.

بعدها تبنى المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدر قانون رقم 92-10 بتاريخ 4-01-1992 والقانون رقم 92-13 بتاريخ 25-02-1992 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجال (الطاقة، المياه، النقل والاتصالات) السالف ذكرهما.

لم يعط المشرع الجزائري في ق إ م وإ تعريفاً جامعاً مانعاً للاستعجال ما قبل التعاقد مكتفياً بالنص الوارد في المادة 918 التي جاء فيها "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال".

لم تتضمن هذه المادة تعريفاً للاستعجال وإنما أشارت إلى بعض خصائصه ومميزاته، وبالتالي أقيمت مهمة تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد للفقهاء.

قد عرفه بعض الفقهاء بأنه "توافر أمر يتضمن خطراً داهماً.... قد يتعذر تداركه وإصلاحه" كما عرفه بعض الفقهاء بأنه "توافر أمر يتضمن خطراً داهماً أو يتضمن ضرراً لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي".

وقيل أيضاً بأن الاستعجال هو "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه"⁴⁹³.

وقيل أيضاً بأن الاستعجال هو "إجراء مختصر واستثنائي يسمح للقاضي اتخاذ قرار وقتي في المسألة المتنازع عليها التي لا تحتل التأخير"⁴⁹⁴.

وقد عرفه الأستاذ Merign hoc بأنه إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق".

كما عرفه بعض الفقهاء بأنه إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل اتمام إبرام العقد وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مؤلوفة في الإجراءات القضائية العادية"⁴⁹⁵.

= وتم إدراج أحكامهما في المادتين 22 و 23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ثم المواد 551-1 و 551-2 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري.

وهكذا كان المشرع الفرنسي السباق في إرساء معالم دعوى قضائية جديدة، تعدّ حديثة العهد بالولادة غير أنها في جوهرها آلية شديدة القوة تضمن فعالية لأحكام العلانية والمنافسة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية. لمزيد من التفصيل أنظر: بومقورة سلوى، مرجع سابق، ص 05.

493- بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، د د ن، الجزائر، 1993، ص 32، 33.

494- سامي بن فرحات، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2005، ص 12.

495- نقلاً عن بوشكيوه عثمان، "استعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29، 30 نوفمبر، 2011، ص 02.

كما حاول القضاء المساهمة في تعريف الاستعجال بالمحاولات الآتية:
فقد عرفته محكمة النقض المصرية بما يلي "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراود به ردّ عدوان لا يمكن تداركه إذا فات الوقت".
كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا الاستعجال "...يتعين على القضاء الإداري ألا يوقف تنفيذ قرار إداري، إلا عند قيام ركن الاستعجال بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء نتائج يتعذر تداركها"⁴⁹⁶.

بالجمع بين التعاريف السابقة يمكن تعريف قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه "إجراء قضائي تحفزي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة".

إلا أن الدارس لنصوص ق إ م وإ في الباب الثالث من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية الإستعجالية ابتداءً من المادة 917 يخلص إلى أن هناك نوعان من الاستعجال الإداري: استعجال بالطبيعة واستعجال قانوني.

لذا فالإشكالية التي تثور في مقامنا هذا تكمن في تحديد طبيعة الاستعجال الذي تخضع له منازعات الصفقات العمومية، فيما إذا كان استعجال بالطبيعة (المطلب الأول) أو استعجال قانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات العمومية

هو ذلك الاستعجال الذي تكون منازعته ناتجة عن اشكالات تطرأ أثناء سير الدعوى الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها، تتطلب حلاً استعجالياً تتمثل في اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، أو تدعو إليها الضرورة لدفع خطر محقق أو يترتب عليها وضعية يتعذر تدارك نتائجها"⁴⁹⁷.

496- بوجادي عمار، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، 2007، ص 91.

497- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 133.

تدخل المنازعة في نطاق الاستعجال بالطبيعة كلما توافرت فيها شروط معينة وإذا انعدمت تلك الشروط خرجت المنازعة عن نطاقه، ومن ثمة فمنازعات الصفقات تخضع لهذا النوع من الاستعجال كلما توافرت فيها شروطه.

لذا سيتم تحديد شروط الاستعجال بالطبيعة (الفرع الأول) ودراسة الخصائص التي يتميز بها هذا النوع من الاستعجال في ظل ق إ م وإ عن غيره من الدعاوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الاستعجال بالطبيعة

إن الشروط الواجب توافرها في منازعة من منازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة أو أية منازعة من منازعات القضاء الإداري بصفة عامة حتى تدخل في نطاق اختصاص قضاء الاستعجال بالطبيعة تتمثل في ثلاث شروط أساسية توافر حالة الاستعجال (أولاً) عدم المساس بأصل الحق (ثانياً) وعدم المساس بالنظام العام (ثالثاً).

أولاً - توافر عنصر الاستعجال:

تجدر الإشارة في البداية إلى أن المشرع لم يضع تعريفاً دقيقاً للاستعجال⁴⁹⁸، وبالتالي ترك هذه المهمة للفقهاء والقضاة.

يعرّف الاستعجال بأنه "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادةً في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده".

كما يعرف الاستعجال على أنه "حالة قانونية تنشأ من الخطر الناتج عن التأخير أو من فوات الوقت، قبل الحصول على الحماية القضائية الموضوعية، ويولد الخطر الحاجة الملحة إلى حماية قضائية عاجلة يتم بمقتضاها تفادي وقوع الضرر بالحقوق أو المراكز القانونية التي يراد المحافظة عليها"⁴⁹⁹.

498- الاستعجال شرط رئيسي وجوهري لاختصاص القاضي الاستعجالي، رغم ذلك لم يرد بشأنه تعريف قانوني يمكن الاعتماد عليه وكل ماذهب إليه المشرع الجزائري هو الإشارة إلى عنصر الاستعجال في مضمون المادة 919 من ق إ م وإ "... متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك..." أو ما أشارت إليه المادة 924 من القانون نفسه بنصها "يجب أن تتضمن العريضة الأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية..."

499- حسونة عبد الغني، "حالة الإستعجال الإداري بين التقدير القضائي والتحديد التشريعي"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص 02.

إن شرط حالة الاستعجال أشارت إليها المواد 920-921-924 من ق إ م وإ دون أن توضح الحالات التي يتوافر فيها ظرف الاستعجال، بل تركت ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الاستعجال الذي يستشفها من ظروف ووقائع كل منازعة تعرض عليه، فهو مبدأ مرن غير محدد يتغير بتغير الزمان والمكان وتطور المجتمع.

وفي الحقيقة إن أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو وضع قائمة حصرية لها يعني تقييد سلطة القاضي، فالقاضي هو أقرب لمعايشة الوقائع من المشرع الذي لا يستطيع مهما تنبأ أن يحصي جميع حالات الاستعجال⁵⁰⁰.

إن حالة الاستعجال هذه هي التي أنشأت قضاء الاستعجال بالطبيعة، الذي يعتبر القاسم المشترك بين قضاء الاستعجال الإداري وقضاء الاستعجال العادي.

هذا الشرط من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته وعلى الجهة القضائية المختصة إثارته من تلقاء نفسها وتسبب حكمها على هذا العنصر وفي حالة انعدامه يتم رفض الطلب طبقاً للمادة 924 ق إ م وإ.

ثانياً - عدم المساس بأصل الحق:

يشترط أمام قضاء الإستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق، ويقصد بذلك أن قضاء الإستعجال لما يتحرك ضد خطر داهم وسريع التغير فإن تحركه هذا يكون لأجل اتخاذ أمر قضائي وليس إصدار حكم يقضي بإلغاء القرار قصد إيقاف تنفيذه.

إن يختص قاضي الأمور المستعجلة بالتدابير الوقائية أو الإجراءات الوقتية، فأصل اختصاص القاضي والمطلوب منه هو اتخاذ أمر عاجل وألاً يتعرض أبداً لموضوع النزاع.

وقد أشارت المادة 918 من ق إ م وإ على هذا الشرط بصريح العبارة وجاء فيها "... لا ينظر في أصل الحق ..." وهو الشرط الذي كان ق إ م السابق ينص عليه صراحةً في المادة 171 مكرر.

وحتى لا يكون مساس بأصل الحق فهناك مجموعة من الممنوعات التي يجب على القاضي التقيد بها وهو يفصل في الدعاوى الاستعجالية وهي:

أ. يمنع على القاضي الاستعجالي تناول موضوع الحق بالدراسة، من حيث الشرح

500- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 115.

والتفسير الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع.

ب. أن لا يتعرض القاضي الاستعجالي أثناء تسبيب الأمر الصادر منه إلى الفصل في موضوع النزاع، فعليه أن يترك جوهر النزاع سليماً يفصل فيه قاضي الموضوع المختص به أصلاً وأساساً⁵⁰¹.

وبتوافر العنصرين يبرر حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لأجل استصدار الأمر التحفظي.

وإذا تعلقت الطلبات الواردة في دعوى الاستعجال بالطبيعة إلى أصل الحق حكم القاضي الاستعجالي بعدم الاختصاص لأن النزاع الخاص بموضوع الحق من اختصاص قاضي الموضوع⁵⁰².

ثالثاً - عدم المساس بالنظام العام:

هذا الشرط خاص بقضاء الاستعجال الإداري بالطبيعة دون قضاء الاستعجال العادي.

دون الخوض في فكرة النظام العام بإعتبارها فكرة مرنة وواسعة تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لأي دولة من الدول، كما أن مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الموضوع، فالنظام العام في مجال الضبط الإداري ليس المفهوم ذاته في مجال إجراءات التقاضي وهكذا...

إلا أن الأمر المهم في هذا المقام أن قاضي الاستعجال الإداري عليه التحقق قبل الفصل باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم مساس المنازعة بالنظام العام، الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثير بإدعاءات الأطراف ودفوعهم بما في ذلك الإدارة.

إن شرط عدم المساس بالنظام العام كان منصوص عليه ضمن المادة 171 مكرر في فقرتها الثالثة من ق إ م، إلا أنه ضمن ق إ م وإ لم يورده المشرع ضمن شروط الاستعجال ولم ينص عليه صراحة إلا أنه تمت الإشارة إليه في المادة 932 عندما خصه باستثناء عن باقي الدفوع، إذ يجوز لهيئة القضاء الاستعجالي أن تخبر الخصوم بالأوجه المثارة المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، خلافاً لباقي الأوجه مهما كانت طبيعتها تطبيقاً للمادة 843 من ق إ م وإ وأن

501- بوجادي عمار، مرجع سابق، ص 93، 94.

502- شريفي شريف، "دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية مبدأ حرية المنافسة في العقود الإدارية"، الملئقي الدولي حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29 و 30 نوفمبر 2011، ص 15.

المادة 932 جاءت كاستثناء لها⁵⁰³.

تلك هي شروط الاستعجال بالطبيعة ومن ثم فإن كل منازعة من منازعات الصفقات العمومية إذا توافرت فيها تلك الشروط مجتمعة تكون من اختصاص قضاء الاستعجال بالطبيعة وفقاً للقواعد العامة للاستعجال المقررة ضمن ق إ م وإ مهما كان تصنيف المنازعة سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ، وإن كان هذا النوع من الاستعجال يتعلق أساساً بمرحلة التنفيذ⁵⁰⁴.

الفرع الثاني

مميزات الاستعجال بالطبيعة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

يتميز الاستعجال بالطبيعة في ظل ق إ م وإ عن غيره سواء ما تعلق بالاستعجال في ظل ق إ م السابق أو عن قضاء الموضوع أو عن الاستعجال القانوني بالأوجه التالية:

أولاً - الطابع المؤقت للحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة:

إن الحكم⁵⁰⁵ الصادر عن قضاء الاستعجال الطبيعة تكون له حجية مؤقتة، تنتهي آثاره عند الفصل في دعوى الموضوع ولا يحوز قوة الشيء المقضي فيه كونه ذو طابع وقائي وقتي.

يترتب عن هذه الخاصية أنه يجوز لقاضي الاستعجال الرجوع فيه كلما ظهرت مقتضيات جديدة بطلب كل من له مصلحة طبقاً لما كرسته المادة 922 من ق إ م وإ.

كما وأن قاضي الموضوع الناظر في أصل الحق غير ملزم بالنقيد به، فهو بذلك يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الموضوع، كما يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني - كما سيأتي بيان ذلك - كما يتميز الحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي بأنه معجل النفاذ وغير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل⁵⁰⁶، أما عن طرق

503- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 118، 119.

504- LAJOYE Christophe, op cit, P205.

505- يقصد بالحكم في هذا المقام الأوامر والأحكام والقرارات القضائية حسب تصنيفها القانوني، غير أن الأحكام الصادرة عن قضاء الاستعجال يطلق عليها أوامر أو قرارات حسب الحالة.

أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 8 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008...، سابق الإشارة إليه.

506- أنظر المادة 303 من القانون السابق الإشارة إليه.

الطعن فيخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الاستعجالية ضمن ق إ م وإ⁵⁰⁷.

ثانيا - إدراج قضاء الاستعجال بالطبيعة ضمن الاختصاص النوعي:

إن الاستعجال بالطبيعة الذي يشترط لانعقاده توافر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وعدم المساس بالنظام العام هو من قبيل الاختصاص النوعي بين قاضي الموضوع وقاضي الأمور المستعجلة وباعتبار أن الاختصاص النوعي من النظام العام، فإن تلك الشروط تكون من النظام العام ومن ثمة يجوز للأطراف الدفع بعدم الاختصاص، إذا تخلف أي شرط من الشروط وفي أي حالة كانت عليها الدعوى.

كما يجوز لقاضي الاستعجال أن يثيرها من تلقاء نفسه ويكون منطوق الحكم عند تخلف أي شرط من الشروط التصريح "بعدم الاختصاص النوعي" وهذا المتفق عليه في فقه المرافعات، وكان الأمر كذلك في ق إ م السابق.

غير أن الأمر تغير بصدور ق إ م وإ فإذا ظهر للتشكيلة الفاصلة في القضايا الاستعجالية أن شروط الاستعجال غير متوفرة، فإنها لا تحكم بعدم الاختصاص النوعي كما كان سابقا على أساس أن الاختصاص يعود لقضاة الموضوع، بل عليها وفقاً ل ق إ م وإ أن تحكم برفض "الطلب" ورفض الطلب كما نعلم هو حكم في الموضوع لا يصدر إلا عن قاضي الموضوع.

وأن الحكم بعدم الاختصاص لا يكون إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي تكون الدعوى الاستعجالية من اختصاص القضاء العادي⁵⁰⁸، وقد نصت المادة 924 من ق إ م وإ صراحة على ذلك.

مسلك المشرع في هذا المقام غير مبرر ولا يخلو من تناقضات ويخالف المفاهيم القانونية المعروفة في فقه المرافعات، من شأنه أن يهدم نظرية قضاء الاستعجال ويقضي على خصوصياتها⁵⁰⁹.

ثالثا - الطابع الجماعي للتشكيلة الفاصلة في الاستعجال الإداري بالطبيعة:

ما يتميز به قضاء الاستعجال الإداري عن قضاء الاستعجال العادي وعن قضاء

507- طبقاً للمواد 936، 937، 938 من القانون السابق الإشارة إليه.

508- شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص 132.

509- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 122.

الاستعجال الإداري الذي كان سائدا في ظل ق إ م⁵¹⁰ هو أن المشرع الجزائري ضمن ق إ م وإ جعل التشكيلة القضائية التي تفصل في مادة الاستعجال الإداري تشكيلة جماعية⁵¹¹ وبذلك تأخذ النهج نفسه المتبع في دعوى الموضوع.

إن تبني المشرع الجزائري للتشكيلة الجماعية كان لاستعادة قاضي الاستعجال الأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية، بعدما استقر الاجتهاد القضائي على منح هذا الاختصاص إلى قاضي الموضوع بناء على تفسير مجلس الدولة للمادة 170 فقرة 11 من ق إ م⁵¹².

وإن كان ما تضمنه ق إ م وإ في هذا الشأن أكثر موضوعية وفعالية لنوع معين من المنازعات، باعتبار أن القضاة الذين يفصلون في الدعوى الاستعجالية هم الذين يفصلون في دعوى الموضوع بالتشكيلة الجماعية نفسها، حتى يتحقق الانسجام بين الأحكام القضائية⁵¹³.

المطلب الثاني

الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية

الاستعجال القانوني هو أبرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية وقد أقرها المشرع بنص مادتين من ق إ م وإ⁵¹⁴.

هذا النوع من منازعات الصفقات العمومية يؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال بنص القانون، حتى ولو لم تتوافر شروط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق والنظام العام.

أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي آلت إليه بنص القانون، فإنه

510- الذي كان يأخذ بالتشكيلة الفردية التي تفصل في مادة الاستعجال الإداري وهذا منوط لرئيس المجلس قبل إنشاء المحاكم الإدارية أو رئيس المحكمة الإدارية بعد تنصيبها، أو أي عضو ينتدب لذلك حتى ولو لم يكن عضوا ضمن التشكيلة القضائية الفاصلة في موضوع الدعوى الإدارية.

أنظر المادة 171 مكرر من ق إ م (الملغى).

511- وهو ما كرسته المادة 917 من ق إ م وإ التي جاء فيها "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع".

512- كلوفي عز الدين، مرجع سابق، ص 123.

513- على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بالتشكيلة الفردية بالنسبة لكل أنواع القضايا الاستعجالية وكلف ذلك لرئيس المحكمة الإدارية أو أي قاضي منتدب لذلك.

Voir RICHER Laurent, op cit, P 169-170.

514- المقصود هو المادتين 946، 947 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008،... سابق الإشارة إليه.

لا ينظر إلى مدى توافر عنصر الاستعجال من عدمه وإنما ينظر إلى مدى دخول الحالة ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً.

تدخل منازعات إبرام الصفقات العمومية في نطاق الاستعجال القانوني، لذا سيتم تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق قضاء الاستعجال القانوني، ومحاولة معرفة الغاية من إدراج هذا الصنف من المنازعات ضمن قضاء الاستعجال (الفرع الأول)، ومن أجل تفعيل دور قضاء الاستعجال في مجال الصفقات العمومية، تم الإعلان عن تكريس قواعد خاصة تشكل خروجاً عن القواعد العامة (الفرع الثاني)، رغبةً من المشرع في تفعيل آليات الرقابة على الصفقات العمومية.

الفرع الأول

تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الاستعجال القانوني

قد خص المشرع الجزائري نوعاً معيناً من منازعات الصفقات العمومية، وأدرجه ضمن قضاء الاستعجال بنص القانون وهي منازعات تخص مرحلة الإبرام محل الدراسة.

هذا النوع من المنازعات يستقر من نص المادة 946 من ق إ م و التي جاء فيها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالالتزامات بالإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

قد حددت هذه الفقرة صنف من منازعات الصفقات الذي يدخل في اختصاص قضاء الاستعجال، وتتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة، وما يؤكد هذا أن الفقرة الثالثة من المادة نفسها تنص على "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"⁵¹⁵.

على هذا الأساس فجميع الإجراءات التي تتخذ في مرحلة الإبرام سواء تعلقت بإبرام الصفقة أو تأهيل المرشحين أو الاقصاء من المشاركة أو اختيار المتعامل المتعاقد كل هذه الإجراءات لها علاقة بالإشهار والمنافسة.

515- أدخل الاستعجال ما قبل التعاقد لأول مرة في القانون الفرنسي سنة 1992، وتم إدخال النص على القضاء الاستعجالي في فرنسا تحت تأثير قانون المجموعة الأوروبية للصفقات العمومية من أجل تحقيق التجانس بين القوانين الوطنية والشفافية في منح الصفقات العمومية وفي هذا النوع من الاستعجال يتمتع القاضي بسلطة رقابية يمارسها قبل إبرام العقد من أجل تصحيح أي إخلال يمس القواعد المتعلقة بالإشهار والمنافسة.

إن المصلحة المتعاقدة وهي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام، فإن تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية فكل إجراء تقوم به تجسده ضمن قرار إداري تتمثل أساساً في قرارات الإعلان عن الصفقة العمومية، وقرارات إلغاء الصفقة التي تتخذ قبل إبرامها وقرار إبرام الصفقة بحد ذاته تلك القرارات ضرورية في تكوين الصفقة العمومية، لكنها غير مرتبطة بها، فهي قرارات إدارية منفصلة يتم الطعن فيها استقلالاً أمام قضاء الاستعجال القانوني.

فمنازعات الصفقات العمومية التي خصها المشرع بقضاء الاستعجال القانوني هي منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام على أن يتم الفصل فيها بسرعة، وذلك لاعتبارات أهمها المحافظة على المال العام، فالكثير من المشاريع ذات النفع العام فقدت أهميتها الاقتصادية وزادت تكاليفها المالية بسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام، ومن ثم فلا بد أن تستنفذ المنازعة جميع طرق الطعن المقررة قانوناً، حتى يتسنى استئناف المشروع من جديد مما يجعل موضوع الصفقة يفقد أهميته وتزول الغاية من إيجادها.

مما أدى بالمشرع إلى استدراك ذلك في ق إ م وإ فحص منازعات إبرام الصفقة بإجراءات الاستعجال القانوني حماية للمصلحة المتعاقدة، بأن يتم إنجاز المشروع في آجاله تحقيقاً للنفع العام ولمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له تنفيذ التزاماته، وكذلك لمصلحة الغير القائم بالطعن حتى يتحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال.

بالإضافة إلى الإعتبارات المتعلقة بالمال العام فتقرير الاستعجال في منازعات الإبرام يحقق أعراض أخرى يمكن اجمالها في:

- تعزيز آليات الرقابة في مجال الصفقات العمومية

إن المشرع الجزائري عندما تبنى الاستعجال ما قبل التعاقد إنما ابتغى وراء ذلك تكريس آليات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

فالإدارة هي المؤتمنة على الصالح العام فيفترض أن تحترم جميع القواعد التشريعية والتنظيمية المنظمة لعملية إبرام العقود والصفقات العمومية ودرء لأي ضرر قد يصعب جبره لاحقاً مكن المشرع ذاته أصحاب المصلحة اللجوء إلى القضاء قبل التعاقد⁵¹⁶.

516- بوشكيوة عثمان، مرجع سابق، ص 03.

- الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساساً على اللامشروعية وهو ما أثر سلباً على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن التقدم بطلباتهم ظناً منهم أنها لن تحض بالقبول لأن معايير الاختيار تجافي قواعد العلانية والمساواة التي من المفترض أن تركز عليها الصفقات العمومية.

- رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من الشفافية

فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع في أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي. فضلاً عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة وناظفة حتى يطلب أحد أطرافها إلغائها أمام قاضي العقد، وهو ما أكدته المفوض روميو في قضية Martin بقوله "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية...".

- تأثير المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي

الذي حقق تطوراً كبيراً في حماية مبادئ المساواة، العلانية والمنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية⁵¹⁷.

الفرع الثاني

تكريس قواعد خاصة لدعوى الاستعجال تفصيلاً لطابعها الوقائي ما قبل التعاقدية

عند الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يقتضى الأمر بحكم القانون تدخل قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدية لحماية المبادئ والإجراءات المنتهكة.

غير أن اللجوء لقضاء الاستعجال يتميز بطابعه الخاص، إذ يتطلب توافر شروط خاصة تبعا لخصوصية هذه الدعوى.

ترفع الدعوى عن طريق عريضة⁵¹⁸ مؤرخة وموقعة من طرف محام، تتضمن البيانات

517- بمقورة سلوى، مرجع سابق، ص 6، 7.

518- يلاحظ أن صياغة المادة 946 من ق إ م وإ غير دقيقة من الناحية الشكلية، إذ تنص على جواز إخطار المحكمة الإدارية والأصح رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية هذا من جهة.

الواردة في نص المادة 15 من ق إ م وإ في نسخ بعدد الخصوم، كما يمكن أن ترفق العريضة بوثائق ثبوتية وتودع أمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي⁵¹⁹، تقيد العريضة وترقم في سجل حسب ترتيب ورودها ويحدد لها تاريخ أول جلسة بعدها، يبلغ المدعى عليه بنسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي، لكن الآجال تكون قصيرة تناسب الطبيعة الاستعجالية للدعوى⁵²⁰.

وعندما توضع العريضة بين يدي القاضي الاستعجالي قبل التعاقد يتأكد من مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لصحة الدعوى عمومًا، هذا بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية، إذ تتطلب توافر شروط شكلية (أولا) وأخرى موضوعية (ثانيا).

أولا - الشروط الشكلية:

تعتبر المادة 946 من ق إ م وإ الإطار القانوني لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد وعند التمعن في أحكامها، تظهر خصوصية الدعوى سواء من حيث صفة المدعي (1) أو من حيث مواعيد رفعها (2).

1. توسيع صفة المدعي في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد: تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوماً أوسع وأشمل من شرط الصفة المعروف في القواعد العامة، فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون.

- اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة: مكنت المادة 946 من ق إ م وإ كل صاحب مصلحة في إبرام الصفقة العمومية أن يحرك هذه الدعوى أمام المحاكم الإدارية، بمعنى أن كل

=من جهة أخرى لم تحدد طبيعة العريضة محل الإخطار هل هي عريضة قضائية ترفع وفقاً للإجراءات المقررة لرفع عرائض الاستعجال وهو الأرجح كما يرى الأستاذ مسعود شيهوب أم هي مجرد عريضة بسيطة مذيلة بأمر (أمر على ذيل عريضة) فهذا الأمر يتطلب حسم من المشرع.

519- تظهر خصوصية الدعوى المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية في الرسم القضائي الذي فرضه المشرع الجزائري إذ يقدر بـ 5000 دج طبقاً للمادة 35 من قانون المالية لسنة 2003، أما باقي الدعاوى الإدارية فإن رسمها القضائي قد قدر بـ 1000 دج طبقاً للمادة نفسها من القانون ذاته.

أنظر قانون رقم 02-11، مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر عدد (86)، بتاريخ 25 ديسمبر 2002.

520- بوكحيل ليلي، بوسالم دنيا، "دور القاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية"، الملف الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص 5، 6.

مترشح تضرر من جراء خرق قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية أن يكون مدعياً في هذه الدعوى.

لأجل ذلك كل من يملك فرصة الفوز بالصفقة العمومية أن يدعي أمام قضاء الاستعجال، وأكثر من ذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي سابقاً أن أي مترشح يتضرر من غياب بعض بيانات الإشهار يمكن أن يتأسس كمدع في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد⁵²¹.

وبالتالي تم تفسير عبارة "من له مصلحة" بأنهم المترشحون الذين تم إقصاؤهم أو استبعادهم أو لم يتم اختيارهم خاصة بعد صدور قرار المنح المؤقت، إلا أن عدم دقة العبارة قد يفتح المجال لتفسير أوسع للمادة، إذ يدرج طوائف من المهتمين بالصفقة العمومية دون أن تكون لهم مصلحة مباشرة ويكون الغرض من رفع الدعوى تعطيل إبرام الصفقة، مما يلحق ضرراً بالمصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها.

فيكفي جهل الراغبين في إبرام الصفقة للنصوص القانونية وعدم التمييز مثلاً بين المناقصة المفتوحة والمحدودة والاستشارة الانتقائية أو للشروط القانونية التي يجب أن يتضمنها الإعلان من تلك التي تعتبر ثانوية، حتى يبادر إلى رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد⁵²².

ولا يستلزم إثبات الضرر بل يكفي أن يملك المدعي فرصة الفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق⁵²³.

بالمقابل فإن كل شخص غريب عن الصفقة العمومية بمعنى لم يشارك في إجراءاتها لا يمكن أن تكون له مصلحة في تحريك الدعوى ولأجل ذلك حكم القضاء الفرنسي بعدم قبول دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد المرفوعة من إحدى المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلنية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة.

كما رفضت المحكمة الفرنسية نيس الدعوى المرفوعة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة لكون عنصر المصلحة متخلف⁵²⁴.

521- بوشكيوة عثمان، مرجع سابق، ص 6.

522- د. بودريوة عبد الكريم، "إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، الملفتي الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص 10.

523- بومقورة سلوى، مرجع سابق، ص 10.

524- بخصوص تطبيقات القضاء الفرنسي لشرط المصلحة أنظر: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 849.

- اكتساب صفة المدعي بحكم القانون: يعد مكتسبا لهذه الصفة كل جهة رسمية أعطاها القانون حق رفع الدعوى الاستعجالية حماية لمبدأ الشفافية.

خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية حق إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد، أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، غير أن نص المادة يطرح العديد من الإشكالات القانونية.

- إذا كان الوالي حارساً لشفافية الصفقات العمومية المحلية، فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية؟ وكأن المشرع الجزائري يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان شفافتها.

بتعبير آخر صفقات الهيئات المركزية تبقى دون وصي يضمن قانونيتها، علما أن هذه الصفقات تخضع لنفس قواعد الشفافية والنزاهة وتسري عليها المبادئ الواردة في تنظيم الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد، لذا كان من باب أولى نظراً لأهميتها وضخامة سقفها المالي تحديد الجهات الإدارية الموكل لها حق إخطار المحكمة الإدارية، أو بصورة أدق رفع الدعوى الإدارية الاستعجالية قبل التعاقدية مثل ما هو معمول به في فرنسا⁵²⁵.

- كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات العمومية المبرمة في غياب الأطر القانونية التي تحدد كفاءات تبليغه وإعلامه بهذه التجاوزات؟ والنقد نفسه يوجه لنظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه الدعوى، نظراً لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية.

أمّا المدعى عليه في هذه الدعوى هو الذي ينسب إليه الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وبالتالي لا يكون هذا الإخلال إلا من الجهة صاحبة الصفقة العمومية وهي تلك الهيئات المنصوص عليها في صلب المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية.

2. ميعاد رفع دعوى استعجال ما قبل التعاقد

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلاً أو مدة زمنية لرفع

525- أنظر المادة (L 551-1) من القانون رقم 2000-597، المؤرخ في 30 جوان 2000 المتضمن قانون القضاء الإداري.

الدعوى، إلا أن المادة 946 من ق إ م و نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم.

يُفهم من استعمال المشرع لعبارة "إذا أبرم العقد" إمكانية رفع دعوى الاستعجال في العقود والصفقات بعد إبرام العقد⁵²⁶ وهو غير معروف في القانون المقارن، إذ يرفض القضاء الفرنسي دعوى الاستعجال التي ترفع بعد إبرام العقد وقد أصاب في ذلك، فما فائدة الاستعجال بعد إبرام العقد أي بعد اكتساب الحقوق واستقرار المراكز القانونية؟!

وبذلك يتقرر حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي سواء قبل أو بعد إبرام الصفقة العمومية رغبةً من المشرع في رصد أي إخلال يمس الصفقة العمومية سواء قبل أو بعد الإبرام.

ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هو التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تنتم به هذه الدعوى، من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرامه.

فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمراً للمتسبب للامتثال بالتزاماته أو يأمر بتأجيل العقد طبقاً للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 أما إذا أبرم العقد فما محل هذه الدعوى وما فائدتها؟! خاصة إذا نظرنا إلى الدعوى أنها وقائية.

ثانياً - الشروط الموضوعية:

يستوجب التذكير بأن الدعوى الاستعجالية لا تقوم إلا بوجود حالة من حالات الاستعجال التي لا تحتمل الانتظار والتأخير، إلا أنها شروط تخص قضاء الاستعجال بالطبيعة الذي يخص منازعات التنفيذ أكثر من منازعات الإبرام والذي يهم في هذا المقام هو منازعات الإبرام دون التنفيذ.

لذا فأسباب الطعن أو أوجه تأسيس الدعوى الاستعجالية يتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وتمّ تبيان بعض أوجه المخالفة سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في

526- SHWARTS Rémy, "Le juge français des référés administratifs", Revue du Conseil d'Etat, N° 4, Paris, 2003, P 72.

قانون مكافحة الفساد.

إلا أن عدم الدقة قد يؤدي إلى إغفال حالات تشكل مساسا بهذه المبادئ تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان، فهل يجوز مثلا رفع دعوى استعجالية على أساس أن دفتر الشروط المفروض على المترشحين الذي تم إعداده قبل الإعلان يتضمن مخالفات لمبدأ المنافسة؟

أمام سكوت النص وغياب الاجتهاد القضائي يستوجب الرجوع إلى ما هو معمول به في القانون المقارن، لاسيما القانون الفرنسي مصدر إلهام النصوص الواردة في ق إ م وإ، فيظهر جليا من نص المادة (L 551-1) من قانون القضاء الإداري أنه يمكن للقاضي أن يأمر بإلغاء الشروط التي يتضمنها دفتر الشروط المخالف لقواعد الإشهار والمنافسة، وبالتالي لن يكون مستبعد أن يتبنى مجلس الدولة الجزائري هذا الموقف وتمديد مجال السريان إلى العمليات والمراحل التي تتم قبل الإعلان⁵²⁷.

إن جوهر اللجوء لقضاء الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية يرتبط أساسا بالإخلال بقواعد المنافسة والإشهار ويعتبر انتهاكا لهذه القواعد ما يلي:

1 - خرق قواعد الإعلان: يعدّ الإشهار الصحفي إجراءً جوهرياً بنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

يعد انتهاك لقواعد الإعلان عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة مطلقاً أو قيامها بإعلان معيب وذلك بعدم تضمين الإعلان للبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 46.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة والأشكال الثانوية التي لا تؤثر على الصفقة ولا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلاً.

2 - اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب: حدّد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من المادة 25 إلى المادة 34 وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها، لذا فإن استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة، ومثاله قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة طبقاً لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للجوء إليه⁵²⁸.

527- بودريوه عبد الكريم، "إشكالات القضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية..."، مرجع سابق، ص 10.
528- AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, "Management des marchés publics", séminaire I.S.G.P., du 26 au 19 Septembre 2006, p 85-102.

3 - وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي: لأحد المترشحين على حساب البقية انتهاكا لقواعد المنافسة، على هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة عند الإعلان عن الصفقة بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة.

4 - الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق: يقصد بالحرمان من دخول الصفقة الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون، فإذا طبقت الإدارة هذا الإجراء على مترشح ما دون سند قانوني كان له الحق في رفع الدعوى الاستعجالية.

أما الاستبعاد من الصفقة فيكون بإخراج عطاء من دائرة المنافسة بعد استلامه لعدم مطابقته للمواصفات المطلوبة، فإذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء لقضاء الاستعجال ما قبل التعاقد.

5 - الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد: لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير الاختيار فجاءت المواد (35-40) لتؤكد على إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين، كما منعت المادة 58 تفاوض المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد، فإذا ثبت عدم التزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الاختيار كان ذلك دليلاً على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة⁵²⁹.

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية "Chàlon-sur marne" بأن صفقة الدراسات المبرمة بين Le cabinet Oth et Sivomat بتاريخ 6-10-1993 باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض⁵³⁰.

وبتوافر إحدى الحالات المشار إليها أعلاه يتقرر اختصاص قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد، خصوصية الاستعجال في مجال الصفقات العمومية فرضت على المشرع تحديد آجال الفصل في المنازعة بـ 20 يوماً من تاريخ إخطار المحكمة الإدارية بالعريضة الافتتاحية⁵³¹ مع

529- بومقورة سلوى، مرجع سابق، ص 13.

530- BERBARI Mireille, Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence, LE MONITEUR, Paris, 2001, P 79.

531- فتنص المادة 947 على "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه" وهي المدة نفسها التي أخذ بها المشرع الفرنسي.

LAJOYE Chritophe, op cit, P 149.

لمزيد من التفصيل أنظر:

أن المتعارف عليه أن مدة الفصل في الدعوى تخضع للسلطة التقديرية لهيئة القضاء الفاصلة في الدعوى إذ تدخل في صميم صلاحياتها بالنظر إلى موضوع كل منازعة.

فالمشرع لم يعتاد تحديد مدة الفصل في المنازعات القضائية وكان يشترط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال.

إن مدة العشرين يوماً مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة ومشروع الصفقة العمومية، ولصالح المتعامل المتعاقد ولصالح الغير، حتى لا تتعطل مصالح كل واحد منهم كل فيما يخصه إلا أن المشرع لم يرتب أي جزاء إجرائي على تجاوز هذه المدة.

وتنتهي المنازعة بصدر حكم عن قضاء الاستعجال القانوني يتعلق بالبت في منازعات الصفقة العمومية الناشئة عن مرحلة الإبرام وهو حكم قطعي فاصل في أصل الحق، ومن ثمّ يتميز بحجية الحكم نفسها الذي يصدر عن القضاء الإداري (قضاء الموضوع)، فهو ليس بحكم مؤقت ولا يتعلق بتدابير وقائية كما هو عليه الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة، وهذا ما كرسته المادة 300 من ق إ م و⁵³².

من جهة أخرى يحمل الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني خصائص الحكم الاستعجالي نفسها، فهو مشمول بالنفذ المعجل وغير قابل للمعارضة ولا الاعتراض على النفذ المعجل.

أما عن طرق الطعن فالمشرع لم يفرضه بإجراءات خاصة، ومن ثم يخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الاستعجالية ضمن ق إ م و.

على عكس المشرع الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي الإداري لمنازعات الصفقات العمومية في هذا النطاق بكونها أحكاماً تصدر ابتدائياً ونهائياً⁵³³.

تلك هي القواعد الخاصة التي حرص المشرع على تكريسها تتضمن في طياتها خروجاً عن القواعد العامة بدءاً بالشروط الواجب توافرها لعرض المنازعة أمام قضاء الاستعجال إلى الآجال التي حددها للفصل في موضوع المنازعة وطبيعة الحكم الصادر بشأنها تعكس فعلاً

532- التي جاءت ضمن الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وجاء فيها "يكون قاضي الاستعجال مختصاً أيضاً في المواد الذي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه".

533- LAJOYE Christophe, op cit, P147.

حرص المشرع الواضح والأكيد على تكريس آلية فعالة لمواجهة التجاوزات الحاصلة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية.

ويبقى تكريس الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية التي نظمها المشرع بنصوص خاصة ضمن ق إ م وإقفرة نوعية هامة يتعلق بالمنازعة التي تطرأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، يهدف إلى حماية المال العام ومراعاة مبادئ الحرية والمساواة والشفافية لإختيار أفضل متعامل متعاقد، وقد امتاز بتقليص آجال الفصل في منازعاته وبمنح صلاحيات واسعة للجهة الفاصلة في المنازعة وهذا ما سيتم التطرق إليه في إطار المبحث الموالي كآلية أخرى لتفعيل رقابة القضاء الإداري ككل سواء قضاء الإلغاء أو قضاء الاستعجال.

فالاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات واحدة من مستجدات ق إ م وإ نظرا للمكانة التي تحتلها عملية إبرام العقود والصفقات ضمن نشاطات الإدارة ودورها في عملية البناء والتطوير وتلبية الاحتياجات العامة، مما يعني أن تنظيم الاستعجال فيها أمر حتمي⁵³⁴ رغبة من المشرع في تجسيد آلية وقائية سريعة لمواجهة الفساد في مجال العقود والصفقات حتى ولو أنها وقتية⁵³⁵.

وهكذا تتعدد آليات الرقابة على الصفقات العمومية ويتجلى الهدف من تكثيفها تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية من جهة.

وتكريس مبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد من جهة ثانية وضمان منافسة شريفة ومشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين من جهة ثالثة بما يبعد في النهاية الصفقة العمومية عن كل شبهة ويحقق الهدف المنشود وهو ترشيد النفقات العمومية والحفاظ على المال العام والحد من الفساد المالي⁵³⁶.

534- أكرور مريام، "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، الملتقى الوطني الثاني حول قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 5 و 6 ماي 2009، ص 3.

535- فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مجلة إدارة، العدد السادس والعشرون، الجزائر، 2003، ص 8.

536- أ.د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 243.

المبحث الثالث

إرساء ضمانات لتنفيذ أحكام القضاء الإداري

تعدّ الأحكام القضائية من بين أهم السندات التنفيذية، لأنها تمثل كلمة القانون في النزاع المعروض على القضاء، ومن ثمة يندرج تنفيذها في إطار تنفيذ القانون ومخالفتها هي مخالفة القانون بمفهومه العام.

فالحكم القضائي يمثل عنوان الحقيقة، وعدم تنفيذه يجرده من أية قيمة قانونية وعملية، ويتحول بذلك لمجرد تأكيد نظري للحق الذي لا يُشبع حاجة صاحبه إلاّ بحصوله عليه فعلاً⁵³⁷. وبذلك يصبح تنفيذ الأحكام من أهم الوسائل التي تؤدي إلى احترام القانون واحترام الحقوق والمراكز القانونية وخاصة مبدأ المشروعية⁵³⁸.

وإذا كان قد قيل بأن قوة الدولة تكمن في قوة قضاءها، فإن قوة القضاء كمؤسسة دستورية تكمن في تنفيذ أحكامه وقراراته فما فائدة تقرير حق اللجوء إلى القضاء بنص دستوري وعندما يحسم القاضي الإداري في النزاع سواء في إطار قضاء الإلغاء أو قضاء الاستعجال، تبادر الإدارة بعدم تنفيذ هذا الحكم فالإدارة شخص من أشخاص القانون وليس لها أن تتطاول عليه أو تحاول التقليل من الأحكام القضائية.

ومن أجل بعث مهابة لأحكام القضاء أعلن دستور 1996 في المادة 141 منه أن أحكام القضاء تصدر "باسم الشعب" بما يضمن لها قوة التنفيذ، كما جاءت المادة 145 ملزمة كل أجهزة الدولة بنصها على "في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء".

فالمادة كفلت للأحكام القضائية في المادة الإدارية والعادية على حدّ سواء حسن التنفيذ ولم تُجز لأي جهاز من أجهزة الدولة أن يتطاول على أحكام القضاء أو يحاول تحت أي ظرف أو حجة عدم تنفيذها مادامت قد صدرت باسم الشعب الجزائري.

537- يعيش آمال، "الغرامة التهديدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قلمة، يومي 17 و18 ماي 2011، ص 01.

538- أوفائدة إبراهيم، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع إدارة ومالية عامة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 01.

ورغم تكريس هذا الالتزام في صلب الدستور والنصوص المطبقة له، تبقى الإدارات في الكثير من الأحيان تمتنع عن التنفيذ وهو ما يتعارض ومبدأ حجية الشيء المقضي به⁵³⁹.

أمام هذا الوضع عمد المشرع الجزائري إلى إصدار قانون رقم 91-02⁵⁴⁰ تحت عنوان "تنفيذ أحكام القضاء لصالح الإدارات والأفراد" ليسد الفراغ القانوني الحاصل في مجال التنفيذ وليعيد لحجية الأحكام والقرارات القضائية وضعها الصحيح.

غير أن هذا القانون يتعلق فقط بالقرارات الإدارية الخاصة بالقضاء الكامل، مما يعني أن القرارات المتعلقة بقضاء الإلغاء وأوامر الاستعجال تبقى رهينة إرادة الإدارة وعليه فالقانون المذكور لم يمهّد للمشاكل لتضمنه إجراءات تكفل الحصول على تعويض الذي نص عليه القرار القضائي لصالح الفرد أو الإدارة ضد شخص عام إداري آخر في حالة رفض هذا الأخير تنفيذ القرار⁵⁴¹.

الأمر الذي استدعى إلى التفكير في إيجاد أدوات ووسائل قانونية لحمل الإدارات على التنفيذ، على حدّ تعبير الأستاذ عمار بوضياف "فإن لم توجد وسيلة لحمل الإدارة وارضائها للحكم والتنفيذ، تصبح الأحكام جميعها مجرد شرح نظري للقوانين ليس له من القيمة ولا من الفاعلية أكثر من توصيات المؤتمرات والفقهاء".

فلا يتحقق مبدأ سيادة القانون بمجرد النص على رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة، بل يتعين جعل تلك الرقابة فعالة، ويكون ذلك بتحويل القضاء صلاحيات في مواجهة الإدارة لضمان تنفيذ أحكامه، وهذا ما يتبين من خلال بعض نصوص ق إ م وإ التي تخول للقاضي

539- الحجية القضائية هي أول أثر قانوني يترتب على كل حكم قضائي قطعي ويكون قابلاً للطعن فيه بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف) أما قوة الشيء المقضي به فهي مرتبة يصل إليها الحكم القضائي عندما يصبح غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية بل يقبل الطعن فيه فقط بطرق الطعن غير العادية ومن ثمة فإن الحكم القضائي المتمتع بقوة الشيء المقضي هو حائز لحجية الشيء المقضي به.

لمزيد من التفصيل أنظر: كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 04.

540- قانون رقم 91-02، مؤرخ في 8 يناير 1991، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، ج ر عدد (2)، بتاريخ 9 يناير 1991.

541- نجاح عصام، "تنفيذ القرارات القضائية الإدارية: حجية على مقاس الإدارة"، الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قلمة، يومي 17 و 18 ماي 2011، ص 02.

الإداري صلاحيات في مواجهة الإدارة لم يكن يتمتع بها في ظل ق إ م الملغى⁵⁴² على أن لا تتعارض هذه الوسائل والأدوات مع طبيعتها القانونية ولا تتعارض مع أموالها التي تحظى بحماية قانونية خاصة.

وهذه الوسائل لا تخرج عن ثلاث إما توجيه أوامر للإدارة (المطلب الأول) وإما فرض غرامة تهديدية ضد الإدارة الممتنعة عن التنفيذ (المطلب الثاني) وإما عن طريق الوسيلة الجزائية المتمثلة في تجريم فعل الامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء (المطلب الثالث).

وما يهم هذه الدراسة اختصاص القاضي الإداري بمنازعات الصفقات العمومية، وعليه فهذه التدابير إن تطبق من القاضي الإداري على الأشخاص الإدارية، فمن باب أولى تطبق على أشخاص القانون الخاص، فهذه التدابير تجد المجال الطبيعي لتطبيقها هو أشخاص القانون الخاص وتم تطبيقها على أشخاص القانون العام لضمان تطبيق أحكام القضاء الإداري، فالمشكل الذي يثار بالنسبة لأشخاص القانون الخاص ليس في تطبيق تلك التدابير بقدر ما يثار اختصاص القاضي الإداري. وعليه تطبق تلك التدابير على جل الأشخاص المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول

توجيه أوامر للإدارة

يفرض مبدأ الفصل بين السلطات قيام كل سلطة بالمهمة المنوطة لها قانوناً دون أن تتدخل في مهام واختصاص السلطات الأخرى، وهو ما أدى بالقضاء الإداري الفرنسي إلى رفض منح القاضي الإداري سلطة توجيه أوامر للإدارة⁵⁴³.

فقد تقرر في فرنسا منع المحاكم التدخل في أعمال الإدارة وتوجيه لها أوامر أو تعليمات بموجب مرسوم 16 فريكتيدور السنة الثالثة⁵⁴⁴.

542- د. بوبشير محند أمقران، "حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قلمة، يومي 17 و18 ماي 2011، ص 201.

543- يقصد بمبدأ عدم جواز توجيه القاضي أوامر للإدارة أن القاضي لا يملك تكليف الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه. ولمزيد من التفصيل أنظر: كمون حسين، مرجع سابق، ص 35.

544- Décret du 16 fructidor an 111 « Défenses itératives sont aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils doivent aux peines de droit » code administratif, Dalloz, Paris 32ème édition, 2009, P307.

وبصدور القانون رقم 95-125 المؤرخ في 08-02-1995 المتضمن قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، أصبح يجوز لمحاكم القضاء الإداري توجيه أوامر للإدارة تلزمها بتنفيذ أحكامها.

أما عن موقف المشرع الجزائري من المبدأ، فبعدما كان القاضي الإداري يتمتع كقاعدة عامة عن توجيه أوامر للإدارة رغم غياب نص يمنعه بذلك (الفرع الأول) نص بعد ذلك على صلاحيته في القيام بذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الامتناع التلقائي عن توجيه أوامر للإدارة

تأثر القضاء الإداري في الجزائر عميق التأثير بالسياسة القضائية المنتهجة في فرنسا، لذا عملت الجزائر على ضمان استقلال وسمو الإدارة على القضاء ومن آثاره عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة رغم عدم وجود نص صريح يمنع ذلك، وعليه فدراسة هذا الموقف تستدعي منا بيان المبررات التي كانت وراء هذا الامتناع (أولاً) واستعراض مظاهره (ثانياً) الذي تجسد في عدة أحكام وقرارات قضائية.

أولاً - مبررات الامتناع عن توجيه أوامر الإدارة:

تأثر القضاء الإداري بال تجربة الفرنسية جعله يتأثر بالأسباب والمبررات، التي أدت بالقضاء الإداري الفرنسي يتمتع عن توجيه أوامر للإدارة ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- مبدأ الفصل بين السلطات مصدر أساسي للامتناع

ومفاده أن تستقل كل سلطة بمجموعة من الاختصاصات تمارسها بصورة احتكارية واستثنائية ويمنع على السلطات الأخرى ممارسة تلك الاختصاصات أو حتى التدخل لمراقبتها أو التعقيب عليها، وهذا هو التفسير الجامد للمبدأ مثلما ناد به أنصار الثورة الفرنسية.

وعليه فإن تنفيذ القرارات القضائية في المواد الإدارية يصطدم باستحالة نظرية تتمثل في تقييد القاضي بمبدأ الفصل بين السلطات واستحالة عملية تتمثل في عدم إمكانية إجبار وإكراه الإدارة لنفسها⁵⁴⁵.

545- نجاح عصام، مرجع سابق، ص 02.

فالمتتبع للسياسة القضائية سواء في أحكام القضاء الإداري الفرنسي أو الجزائري، يلاحظ بما لا يدع مجالاً للشك أن مبدأ الفصل بين السلطات يعد مبرراً أساسياً للحظر المفروض على القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة ويكون اختصاص القاضي في المنازعة الإدارية في إطار الحدود التي رسمها القانون دون أن يتدخل في شؤون السلطة الإدارية لأن ذلك سيؤدي إلى عرقلة وشل نشاطها.

2- النصوص القانونية مصدر ثاني للامتناع

الإطلاع على التشريعات المنظمة لنشاط القضاء الإداري يجدها قد خلت من نصوص صريحة تقرر المنع المفروض على القاضي في توجيه أوامر للإدارة، لذا يتعين دائماً الارتكاز على نص المادة 138 من دستور 1996 التي تنص "السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون"، فللقضاء صلاحيات خاصة يضطلع بها ولا يتعداها للقيام بصلاحيات أخرى هي من اختصاص الإدارة، وتطبيقاً للنص الدستوري يعاقب القانون القضاة الذين يتجاوزون حدود سلطاتهم وفقاً للمادة 116 فقرة 2 من قانون العقوبات التي جاء فيها: "يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة من خمس إلى عشر سنوات:

- القضاة وضباط الشرطة القضائية الذين يتجاوزون حدود سلطاتهم بالتدخل في القضايا الخاصة بالسلطات الإدارية سواء بإصدار قرارات في هذه المسائل أو بمنع تنفيذ الأوامر الصادرة من الإدارة..."

لذا اعتبر منح القاضي سلطة توجيه أوامر للإدارة خرقاً للمبدأ الدستوري الفاصل بين سلطة القضاء وسلطة الإدارة التنفيذية، خاصة وأن النص الدستوري يسمو على القانون.

3- طبيعة وظيفة القاضي مصدراً للامتناع

الطبيعة القانونية لسلطات قاضي الإلغاء تتنافى وعملية توجيه أوامر للإدارة، وتكاد تستقر أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في الجزائر على أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري الذي شابه عيب من عيوب المشروعية، دون أن يكون له حق إصدار الأوامر للإدارة.

فالقاضي الإداري الذي يصدر حكماً بإلغاء قرار غير مشروع لا يمكن أن يأمر الإدارة

بالإجراءات التي تكون ضرورية لإحداث أثره، وليس له أن يصدر القرار الصحيح محل القرار المعيب أو يعدل في القرار المعيب ليزيل ما لحقه من عدم المشروعية.

كما تبقى السلطة التنفيذية هي المهيمنة على سلطة تعيين القضاة وإدارة مسارهم المهني، لذا لا يتمتع القاضي بالضمانات اللازمة التي تسمح له بالاطمئنان على مركزه، مما يصعب عليه مواجهة هذه السلطة وإلزامها بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه⁵⁴⁶.

ثانياً - مظاهر الامتناع عن توجيه أوامر للإدارة:

موقف القضاء الإداري الرفض لتوجيه أوامر للإدارة قد تجسد في عدة أحكام وقرارات قضائية منها ما هو صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ومنها ما هو صادر عن المحاكم الإدارية ومنها ما هو صادر عن مجلس الدولة.

قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 24-07-1994 على أن القاضي الإداري وطبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، لا يمكنه إجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطع أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي⁵⁴⁷.

كما أكد مجلس الدولة في قرار آخر على أنه "ليس بإمكان القضاء أن يصدر أوامر أو تعليمات للإدارة فهو لا يستطيع أن يلزمها بالقيام بعمل وأن سلطته تقتصر فقط على إلغاء القرارات المعيبة أو الحكم بالتعويضات، وأن طلب العارضين الرامي إلى تسوية وضعيتهما الإدارية على القطعة الأرضية المتنازع عليها هو من صلاحية هيئة مختصة لذلك فإن القضاء لا يستطيع التدخل في هذه الصلاحيات..."⁵⁴⁸.

كما صرح القاضي الإداري في 24-04-2000 في قضية بين رئيس بلدية "درفينة" ضد "س ع" بأن "البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلاً لأمر أداء" وفي قرار حديث له بتاريخ 8-04-2008 في قضية السيدة "ك م" ضد وزارة التربية الوطنية قضى بأنه "لا يجوز

546- كمون حسين، مرجع سابق، ص 52.

547- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 105050، مؤرخ في 24 جويلية 1994، قضية (ح.م) ضد (رئيس بلدية شرافة)، المجلة القضائية، العدد الثالث، الجزائر، 1994، ص ص 218-224.

548- مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 5638، مؤرخ في 15 جويلية 2002، قضية (ب.ع وس.ف) ضد (مديرية المصالح الفلاحية لولاية وهران)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر، 2003، ص ص 161-163.

للقاضي الإداري الحكم بغرامة تهديدية لانعدام النص القانوني الصريح⁵⁴⁹.

يبدو واضحاً أن القضاء الإداري قد تقادى الاصطدام مع الإدارة عن طريق إصدار أوامر لها، وقد استند في رفضه هذا إلى نص المادة 168 من ق إ م⁵⁵⁰ التي منعت تطبيق أمر الأداء ضد الإدارة.

يتضح بالرجوع إلى أحكام أمر الأداء (المادة 174-182) أنه يتعلق بديون ثابتة بالكتابة محلها النقود التي يلتزم المدين بأدائها، فهذه الأوامر لا تتضمن تنفيذ القرارات القضائية، لذا ألغى المشرع تطبيق أمر الأداء على الإدارة خلافاً للأفراد، لأن تحصيل ديون الإدارة يخضع لنظام قانوني خاص وهو القانون الذي يحكم نفقات الدولة.

كما أن تطبيق أمر الأداء يتطلب أن ينفذ خلال 15 يوماً، فإذا لم يبادر المدين إلى الوفاء خلال هذه المهلة، فإنه سيجبر على ذلك بالوسائل القانونية المعتمدة في التنفيذ ومنها التنفيذ الجبري وهذا الأخير مستبعد ضد الإدارة.

ومن ثمة فإن استبعاد تطبيق أمر الأداء ضد الإدارة لا يعني استبعاد كل الأوامر التي لها علاقة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة⁵⁵¹.

كما أن الاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات لتبرير حظر توجيه أوامر للإدارة هو موقف منتقد من الفقه الجزائري، كون الجزائر لم تعرف المبدأ أبداً حتى بعد إقرار ازدواجية القضاء بمقتضى دستور 1996.

فالقضاء الإداري يعامل معاملة القضاء العادي لأنه بقي خاضعاً للسلطة القضائية خلافاً للوضع في فرنسا حيث أن القضاء الإداري تابع للسلطة التنفيذية، فالمشرع الجزائري يصف القضاء بالسلطة ابتداءً من دستور 1989 ولم يصاحب ذلك تقوية صلاحيات القاضي من خلال

549- نقلا عن بن شيخ لحسين آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 444، 445، 505.

550- تنص المادة 168 من ق إ م على "تطبيق النصوص الواردة في الباب الأول من الكتاب الثالث والنصوص الواردة في الكتاب الرابع أمام المجلس القضائي وهو يبيت في المواد الإدارية وذلك في الحدود التي لا تتعارض فيها مع أحكام هذا الباب ولا تطبق المادتان 174 و 182 الخاصتان بأوامر الأداء" كما أكدت التعليمات التي أصدرتها المديرية العامة للمحاسبة لدى وزارة المالية بتاريخ 18-03-2003 تحت رقم 03 على منع استصدار أوامر الأداء في مواجهة الإدارة.

551- فاضل إلهام، سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه في التشريعين الفرنسي والجزائري، الملتقى الوطني

الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قلمة، يومي 17 و 18 ماي

2011، ص 10.

تمكينه من سلطة توجيه أمر للإدارة⁵⁵².

أما الحجة القائلة بانعدام نصوص قانونية تجيز للقاضي إصدار أوامر للإدارة لتنفيذ أحكام القضاء، فبالمقابل لا يوجد أساس قانوني صريح يؤكد هذا الموقف الرفض، وإنما القضاء هو الذي رسمه من تلقاء نفسه.

لهذا فقد كان مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة محل انتقاد شديد لأن المنع لا يستند إلى أي أساس قانوني، كما يؤدي هذا الأمر إلى انتقاص دور وفعالية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في سبيل ضمان حقوق وحريات الأفراد.

الفرع الثاني

الإجازة الصريحة بتوجيه أوامر للإدارة

بقي القاضي الإداري الجزائي محروماً لوقت طويل من إمكانية توجيه أوامر للإدارة ويرجع ذلك للأسباب السالف ذكرها وهو الأمر الذي تبنته الدول التي تأثرت بالنظام الفرنسي.

غير أن الانتقادات الموجهة لمبدأ الحظر، جعلت المشرع الجزائري يبادر إلى سن قانون جديد يتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الذي وسّع من صلاحيات القاضي وذلك بإجازة توجيه أوامر للإدارة لضمان تنفيذ أحكام وقرارات دعاوى الإلغاء والاستعجال خصوصاً.

ونظراً لأهمية الأمر في حمل الإدارة على التنفيذ سيتم البدء بتحديد مفهومه (أولاً) ودوافع تقريره (ثانياً) وبيان مجالات إعماله (ثالثاً).

أولاً - مفهوم الأمر:

هو ذلك الأمر الصادر عن القاضي الإداري إلى أحد أطراف النزاع باتخاذ سلوك معين، وذلك بإنجاز عمل أو الامتناع عنه.

من هذا التعريف يظهر بأن الأمر يتمتع بجملة من الخصائص وهي:

- الأمر الموجه إلى الإدارة لا يعتبر قراراً إدارياً وإنما يرتبط بموضوع النزاع الذي صدر بشأنه الحكم، فهو يتميز بخاصية الفردية لأن القاضي يصدره ليقيد الإدارة باتخاذ إجراء معين.

- الأمر هو طلب مقترن بجزاء فلا يعد مجرد رجاء صادر عن القاضي الإداري إلى أطراف النزاع، فهو التزام يضعه القاضي على عاتقهم ويقرّنه بالجزاءات اللازمة التي يمكن أن

552- د. بوبشير محند أمقران، "القضاء من الوظيفة إلى السلطة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد

الأول، تيزي وزو، 2006، ص21.

تترتب في حال المخالفة⁵⁵³.

واستناداً إلى المادتين 978 و 979 من ق إ م و، فإن المشرع فرض على القاضي الإداري لممارسة سلطته في توجيه الأوامر التنفيذية ضد الإدارة ضرورة تقديم طلب عن المحكوم له يحدد فيه الإجراء الذي يريده صراحةً، هذا يعني أن القاضي لا يستطيع أن يمارس سلطته في توجيه الأوامر من تلقاء نفسه، طبقاً للقاعدة الإجرائية التي تقضي بأن "لا يحكم القاضي بأكثر مما يطلبه الخصوم".

ثانياً - مبررات الإجازة الصريحة بتوجيه أوامر للإدارة:

في الحقيقة هناك مبررات قانونية (1) وأخرى عملية (2) أدت وحثمت تقرير المبدأ.

1- المبررات القانونية

- احترام مبدأ المشروعية ومقتضيات دولة القانون

فتمكين القاضي من توجيه أوامر للإدارة يشكل تطبيق فعلي لمقتضيات دولة القانون وحماية لمبدأ المشروعية، ومما لاشك فيه أن هذا الأمر يجعل الإدارة ستتخذ أثناء مباشرتها لأعمالها كل التدابير والاحتياطات اللازمة لتفادي مخالفة القانون واجتناب حرج توجيه القاضي أوامر لها، مما سيحقق فعالية في النشاط الإداري وجدياً في العمل قد لا يوجد في حالة تطبيق مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة.

- اختلاف طبيعة القضاء الإداري في فرنسا عن القضاء الإداري في الجزائر

فالاعتبارات التي أدت إلى تطبيق مبدأ عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة في فرنسا لا تجد ما يبررها في الجزائر، باعتبار السلطة القضائية التي لا تخضع إلا للقانون هي الحامية الفعلية للقانون والملجأ الطبيعي للفرد، ولن يتأتى ذلك إلا بتقرير حق توجيه أوامر للإدارة.

2- المبررات العملية

إن استقرار فكرة عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة أوجد في ذهن القائم بشؤون الإدارة إحساساً إلى درجة اليقين بأنه غير مخاطب وغير معني بالأحكام القضائية.

لذا يقاوم إجراءات تنفيذها بطرق مختلفة، مما يجعل المجهود المضني الذي يتكبده رافع الدعوى وما يبذله القاضي يذهب سدى، أمام المناورات والتصرفات الملتوية للإدارة مما ترك انطباعاً سيئاً لدى الفرد هذا ما أدى إلى رفع شكاوى ورسائل مفتوحة لوزير العدل أو لرئيس

553- فاضل إلهام، مرجع سابق، ص 07.

الجمهورية تتضمن التماس لأجل التدخل وإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية.

ثالثاً - مجالات توجيه أوامر للإدارة:

قد تقرر حق القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بمناسبة الفصل في الدعاوى التي تعرض عليه سواء كانت موضوعية أو استعجالية (1)، أو بمناسبة تسيير إجراءات الخصومة (2).

1- الأوامر الصادرة عن القاضي الإداري بمناسبة الفصل في الدعاوى المعروضة عليه
عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، نكون أمام إحدى الحالات الثلاث التي جاء النص عليها في قانون رقم 08-09.

أ. تأمر الجهة القضائية الإدارية الشخص المعنوي أو الهيئة المطلوب منها ذلك بالقيام بالتدبير المطلوب في الحكم القضائي نفسه، وتحدد له أجلاً للتنفيذ عند الاقتضاء وهو ما جاء النص عليه في نص المادة 978 "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي بالتدابير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء".

ب. إذا لم يسبق أن أمرت الجهة القضائية الإدارية الشخص المعنوي أو الهيئة المطلوب منها ذلك باتخاذ تدابير التنفيذ بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمره بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد وهو ما جاء النص عليه في المادة 979 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد".

ج. وهي حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ، هنا تقوم الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك بتحديد تلك التدابير، ويجوز لها أن تحدد أجلاً لتنفيذها، وهو ما جاء النص عليه في صلب المادة 981 إذ تنص "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ تقوم الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك بتحديد لها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بغرامة تهديدية".

وعليه فنصوص المواد 978-979-981 لم تحدد طبيعة الأمر الذي يتخذه القاضي الإداري، تاركاً ذلك لطبيعة وملابسات كل قضية من القضايا التي تعرض على جهات القضاء الإداري.

وخير ما فعل فكل أمر يعمل على حمل الإدارة على التنفيذ تشمله نصوص المواد السابقة.

فضلاً عن الأوامر التي توجه في الدعاوى الموضوعية يجوز للمحكمة الإدارية الفاصلة في الدعاوى الاستعجالية توجيه أوامر للإدارة، فإذا ما ثبت للمحكمة الإدارية وجود إخلال بالالتزامات التي يفرضها القانون في مجالي الإشهار والمنافسة، فيمكنها أن تأمر المتسبب بالإخلال بالامتثال للالتزامات⁵⁵⁴.

مما يعني أن القاضي الاستعجالي أصبح يملك مكنة توجيه أمر للإدارة لتفي بالتزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة ويمكن إعطاء بعض الأمثلة:

- أن تأمر المصلحة المتعاقدة بالإشهار الصحفي الذي لم يتم أو بإعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية.

- أن تأمر الإدارة بالإعلان عن المناقصة المفتوحة في صحيفتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني لأن الإدارة نشرت الإعلان في صحيفة محلية.

- أن تأمر الإدارة بوضع الوثائق التي اشترط المشرع أن تكون في متناول المترشحين لأن الإدارة أحجمت عن تمكين بعض المترشحين من بعض الوثائق.

- أن تأمر الإدارة باستلام عرض أحد المترشحين نظراً لإقصائه من طرف الإدارة بدون سبب قانوني.

ومهما كانت الحالة فإن المحكمة الإدارية تأمر بتصحيح الخلل بعد التأكد من جدية الطلب وهذا بعد الاضطلاع على الوثائق والمستندات التي يقدمها صاحب الإدعاء، وهو ما يجعل المحكمة الإدارية تتدخل في أصل الحق وتتنظر في جوهر الدعوى ما يشكل خلافاً للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي، وهو ما يؤدي إلى تسمية هذه الدعوى بـ "شبه استعجالية".

1- الأوامر الصادرة عن القاضي الإداري بمناسبة تسيير الخصومة الإدارية

كما يتمتع القاضي الإداري بصلاحيات توجيه أوامر للإدارة بمناسبة تسيير الخصومة وذلك من خلال النص على ما يأتي:

554- دراسة الفقرة الرابعة من المادة 946 يجعلنا نبدي الملاحظات الآتية:

- هذه الفقرة بدأت بعبارة "يمكن" بمعنى أن هذه السلطة جوازية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الإدارية.
- تركت هذه الفقرة للمحكمة الإدارية السلطة التقديرية في تحديد الأجل الذي يلتزم فيه المخالف باحترام التزاماته القانونية المفروضة في مجال الإشهار والمنافسة.
- إن أبسط ما يمكن قوله بشأن هاتين الملاحظتين أن تطبيقهما مرتبط بمدى استقلالية المحكمة الإدارية في مواجهة السلطة العامة.

أ. إمكانية قيام رئيس تشكيلة الحكم عند الضرورة بإصدار أمر للخصوم بما فيهم الإدارة بتقديم نسخاً إضافية من العرائض التي تودع في ملف القضية⁵⁵⁵.

ب. يجوز لتشكيلة الحكم أو للقاضي المقرر أن يأمر من تلقاء نفسه سماع أعوان الإدارة أو طلب حضورهم لتقديم الإيضاحات حين يستدعي الفصل في القضية تلقى معلومات من الإدارة أو أحد أعوانها⁵⁵⁶.

ج. بعد أن ألزم المشرع المدعي بأن يرفق عريضة افتتاح الدعوى الرامية إلى إلغاء أو تفسير مدى مشروعية القرار الإداري للقرار المطعون فيه تحت طائلة عدم القبول مالم يوجد مانع مبرر، نص على أنه إذا أثبت المدعي أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة يأمرها القاضي المقرر في هذه الحالة بتقديمه في أول جلسة⁵⁵⁷.

واضح بما لا يدع مجالاً للشك في إمكانية توجيه أوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري وإذا كان الأمر كذلك فما هي الدواعي والمبررات التي أدت إلى إقرار الأمر بصفة صريحة؟

المطلب الثاني

إمهار الأحكام بغرامة تهديدية

أوجد القانون المدني وسيلة لحمل المحكوم عليه على تنفيذ الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك دون المساس بحريته وكرامته وتتمثل هذه الوسيلة في الغرامة التهديدية⁵⁵⁸.

لذا خول المشرع للقاضي المدني هذه الوسيلة بهدف الضغط مالياً على المدين لحمله على

555- أنظر المادة 818 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008...، سابق الإشارة إليه.

556- أنظر المادة 860 من القانون السابق الإشارة إليه.

557- أنظر المادة 819 من القانون السابق الإشارة إليه.

558- قد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية فهناك من اعتبرها عبارة عن تعويضات وعلى هذا الأساس لا يمكن فرضها إلا بطلب من المعني، ولا يجوز الجمع بين الغرامة والتعويض وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 982 من قانون رقم 08-09 "تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر"، وهناك من اعتبر الغرامة التهديدية عقوبة خاصة وهو ما اعتمدته مجلس الدولة في قراره الصادر في 08-04-2003 ضد وزارة التربية الوطنية الذي جاء فيه "الغرامة التهديدية ينطق القاضي بها كعقوبة وبالتالي ينبغي تطبيق مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات عليها..."

وهناك من اعتبرها وسيلة للتنفيذ إن كان لهذا الوصف ما يبرره، إلا أن اعتبارها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ مردود عليه، ذلك أن وجودها لا يغني عن تنفيذ الحكم الأصلي وما هي إلا وسيلة ضغط.

وعليه فالغرامة التهديدية لها طبيعة خاصة وهي وسيلة ضغط على الإدارة لتنفيذ أحكام القضاء عندما يطلبها المدين لتنفيذ الحكم أو يحكم بها القاضي في الحكم ذاته تلقائياً تقادياً لعدم التنفيذ.

التعجيل في تنفيذ التزاماته تحت طائلة الغرامة التهديدية.

نظراً لما حققته هذه الوسيلة في تنفيذ الالتزامات المدنية، جاء التفكير في ضرورة تطبيقها في القضاء الإداري (الفرع الأول) وهو ما كرسه المشرع في عدة نصوص قانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاعتراض التشريعي بالغرامة التهديدية

نجاح القضاء يقاس بمدى تنفيذ أحكامه وعدم الامتثال له يعني المساس بهيئته، لذا يحاول المشرع في كل مرة إيجاد طرق تتضمن الحماية التنفيذية للأحكام القضائية بعدما تبين له عجز الوسائل والآليات الممنوحة والمتوفرة.

لذا كان من المهم إيجاد وسيلة تكفل للفرد الحماية التنفيذية فتم إيجاد نظام يسمى بالغرامة التهديدية التي تعتبر من أهم الأوامر التي يمكن توجيهها للإدارة.

يعود الفضل في نشأة الغرامة التهديدية لاجتهاد القضاء الإداري الفرنسي وقد كان القاضي الفرنسي يطلق عليها "التعويضات" فإذا لم يلتزم المدين بتنفيذ التزامه خلال مدة معينة يكون ملزم بدفع مبلغ من المال عن كل يوم تأخير إلى أن يقوم بالتنفيذ.

والغرامة التهديدية في أول ظهور لها كانت لا تستند إلى نص تشريعي يبررها سواء في فرنسا أو مصر إلى أن صدرت القوانين كأسانيد قانونية.

وبالرجوع إلى الفقه والقضاء الإداري المقارن⁵⁵⁹ يمكن أن نعرفها بأنها "عقوبة مالية تبعية عن كل يوم تأخير يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق".

كما عرفت بأنها "إكراه المدين المتعنت للضغط عليه وحمله على تنفيذ التزامه" وما يهم في هذا المقام هو مجال القانون الإداري في مجال محدد منه هو مجال الصفقات العمومية إذ تعرف بأنها "ذلك المبلغ المالي الذي يفرضه القاضي الإداري على الإدارة جزاء لتأخيرها أو تماطلها عن تنفيذ الأحكام المتعلقة بقواعد الإشهار والمنافسة"، وهي أيضاً تهديد مالي ينطق

559- إن المشرع الجزائري لم يعرف الغرامة التهديدية ولا حتى في ظل قانون رقم 08-09 الذي أقر صراحة على إمكانية فرض غرامة تهديدية على الإدارة تاركاً هذه المهمة إلى الفقه.

به القاضي الإداري لفائدة الدائن ضد أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام لحملها على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها وتحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم⁵⁶⁰.

ما يميز التعريف السابق وضوحه وشموليته ليتسع مجال تطبيقه على تلك الهيئات المنصوص عليها في صلب المادة الثانية من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وهو ما عبر عنه المشرع "...ضد أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام".

وعليه فالغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام والقرارات والقاضي الإداري هو من يقوم بتوقيعها ولا يعتبر هذا تدخلاً منه ضد الإدارة ولا حلاً منه محلها ولا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.

ولكنه بفعله هذا يذكر الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به مع لباس هذا التذكير ثوب التهديد والتحذير الرسمي⁵⁶¹.

ومن جملة التعاريف التي قيلت بشأن الغرامة التهديدية يمكن إبراز أهم الخصائص المميزة لها في:

- خاصية التبعية

لا يتصور وجودها إلا بوجود حكم أو قرار قضائي بالإلزام بمعنى أنها تدور وجوداً وعدمًا مع الحكم الإلزامي فتصح بصحته وتبطل بإبطاله.

لذلك نجد المشرع الفرنسي بموجب قانون جويلية 1983 وقانون فيفري 1995، يعترف لمجلس الدولة وللحاكم الإدارية بسلطة توجيه أوامر للإدارة باتخاذ إجراء يتطلبه تنفيذ الحكم إما في الحكم ذاته أو بصفة لاحقة.

- خاصية التهديد والقصرية

وهي من أهم خصائص الغرامة التهديدية فحتى يبادر المحكوم عليه بالتنفيذ تظل الغرامة في تزايد مستمر تبعاً لمضي الوحدات الزمنية التي تمتنع خلالها الإدارة عن التنفيذ.

560- غناي رمضان، "عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية"، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، الجزائر،

2003، ص 146، 147.

561- يعيش آمال، مرجع سابق، ص 01.

- خاصية التحكم

بمعنى يؤخذ في تحديدها مدى تعنت الإدارة في تنفيذ التزاماتها ولا يشرط في تحديدها وجود ضرر ولا يتم تقديرها على أساسه وللقاضي السلطة في تحديدها وتقدير قيمتها وبدء سريانها ومدتها وهنا يظهر الطابع التحكيمي لها⁵⁶².

رغم عدم وجود نص يمنع تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالغرامة التهديدية، فإنه فيما عدا حالات نادرة، وبدلاً من أن يقرر القضاء الإداري جواز توقيع الغرامة التهديدية، قرر عكس ذلك أي عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية.

والأكثر من ذلك ذهبت رئيسة مجلس الدولة حين فصلت في قضية استعجالية بموجب الأمر المؤرخ في 08-04-2003 إلى أبعد من ذلك بتقريرها "إن الغرامة التهديدية التزام ينطق القاضي به كعقوبة فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنّها بقانون وأنه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية مادام لا يوجد أي قانون يرخص صراحة بها"⁵⁶³.

قد انتقد هذا التكييف لأن جعل الغرامة التهديدية عقوبة يطبق عليها مبدأ "الشرعية" يتعارض مع ضرورة تفعيل رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، فضلاً عن أن الغرامة ذات طابع مدني يتم تصنيفها طبقاً لقواعد التعويض عن الأعمال الضارة وهي بالتالي لا تمتُ بأية صلة لقانون العقوبات⁵⁶⁴.

562- يعيش آمال، المرجع السابق، ص 03.

563- المبدأ نفسه أكدت عليه الغرفة المدنية للمحكمة العليا في قرار لها صادر في 06-02-2002 والمتضمن "حيث من المبادئ العامة والتشريع الحالي والاجتهاد القضائي لا يجوز للهيئة القضائية أيّاً كانت طبيعتها الحكم بالغرامة التهديدية ضد المؤسسات ذات الطابع العمومي مثل الدولة أو المجموعات المحلية أو الهيئة الإدارية".
التزم مجلس الدولة بواجب عدم الاصطدام مع الإدارة وتبين ذلك بجلاء من خلال قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 08-01-2001 الذي تضمن "لا يتبين من محتوى الملف ما يبرر مزاعم وطلبات المدعي المستأنف عليه حتى يحكم على البلدية بتنفيذها... ليس من اختصاص القاضي الإداري أمر الإدارة بتنفيذ ما يدخل في صلاحياتها الخاصة وأنه من المستقر عليه قانوناً وقضاءً أن لا يُحكم بالغرامة على الإدارة ولو على شكل تعويض كما هو الشأن في القضية الراهنة".

كما يفهم من قرار مجلس الدولة المؤرخ في 08-04-2003 أن جميع النصوص المنظمة للغرامة التهديدية تعتبر غير قابلة للتطبيق، سواء تضمنها القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية، وأنه يجب سن قانون خاص من أجل تمكين القضاء من إصدار أحكام مشمولة بالغرامة التهديدية ضد الإدارة.

564- د. بوبشير محمد أمقران، "حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري..."، مرجع سابق، ص 07.

والأكثر من ذلك تنص المادة 2 فقرة 1 من قانون رقم 98-02 على "تخضع الإجراءات المطبقة أمام المحاكم الإدارية لأحكام قانون الإجراءات المدنية".

وتنص المادة 40 من قانون رقم 98-01 على "تخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لأحكام قانون الإجراءات المدنية".

والثابت أن المادة 340 من ق إ م وردت تحت عنوان الكتاب السادس "في تنفيذ أحكام القضاء" الذي يطبق على جميع القضايا سواء تلك التي تدخل في اختصاص جهات القضاء العادي أو في اختصاص جهات القضاء الإداري، فضلاً على أنه سبق لمجلس الدولة أن طبق أحكام المادة 340 من ق إ م التي تسمح بطلب التعويض في حالة رفض تنفيذ التزام بعمل أو مخالفة التزام بالامتناع عن عمل⁵⁶⁵.

وليس من المقبول أن يطبق القضاء الإداري المادة المذكورة بشأن طلب التعويض ويمتنع عن تطبيقها بخصوص طلب الغرامة التهديدية.

كما أن نصوص ق إ م والقانون المدني تعتبران الشريعة العامة ولا يميزان في تطبيقهما ما بين الإدارة والخواص، خاصة وأنهما يتعلقان بوسائل تنفيذ الالتزامات التي تقضي بها الأحكام أو القرارات القضائية مهما كانت الجهة القضائية الناطقة بها عادية كانت أو إدارية، وتطبق ما دام لا يوجد نص يخالفها في القوانين الخاصة المنظمة لنشاطات ومنازعات الإدارة.

ظل القاضي الإداري يعتبر نفسه مجرداً من وسائل فعالة لضمان تنفيذ أحكامه ومكث عاجزاً على أن يحدث في الواقع آثار الحكم القضائي إلى أن أعلن عن مولد مرحلة جديدة بصدور قانون رقم 08-09 الذي أسس بنيان نظام الغرامة التهديدية مخولاً للقاضي الإداري على اختلاف درجاته سلطة إصدار أوامر تتعلق بالغرامة التهديدية ضد الإدارة وبذلك ساهم هذا القانون بنقل عدالة القاضي الإداري من نطاقها النظري إلى التطبيق الفعلي.

ويظهر ذلك بصورة واضحة في نص المادة 980 من القانون المذكور التي جاء فيها "يجوز للجهة القضائية المطلوب منها اتخاذ أمر التنفيذ وفقاً للمادتين 978 و979 أعلاه أن

565- أنظر قرار مجلس الدولة المتعلق بتأييد القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة القاضي بإلزام بلدية عنابة بدفع تعويض مدني قدره 200.000.000 دج إثر امتناعها عن تنفيذ القرار الصادر عن الجهة نفسها بتاريخ 01-10-2000. مجلس الدولة، الغرف المجتمعة، قرار رقم 018743، مؤرخ في 15 جوان 2004، قضية (والي ولاية الجزائر) ضد (ع وش ومن معه)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص ص 247، 251.

تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها".

كما تنص المادة 981 من القانون نفسه "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديد أجل للتنفيذ والأمر بغرامة تهديدية".

الفرع الثاني

مظاهر تطبيق الغرامة التهديدية

لعل أهم ما جاء به ق إ م وإ أن كفل للمتقاضي حق المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية حال امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي مهمور بالصيغة التنفيذية.

حرصاً من المشرع الجزائري على إنجاح السياسة المتبعة في مواجهة الفساد ومكافحته التي لا تتحقق أهدافها إلا بتضمين الأحكام الصادرة عن قضاء الإلغاء والاستعجال الغرامة التهديدية.

ما يفسر تقنين الغرامة التهديدية هو الانتشار الواسع والخطير لظاهرة رفض الإدارات منها الإدارات، المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية تنفيذ أحكام القضاء المكساة بالطابع التنفيذي، وقد أصبحت الغرامة التهديدية ممكنة في الحالات التالية:

- الحالة المنصوص عليها في المادة 980 من ق إ م وإ عندما تقتضي الأحكام القضائية أن يأمر القاضي الإدارة باتخاذ تدابير تنفيذية معينة مع تحديد أجل للتنفيذ أو عندما يقتضي تنفيذ الأحكام القضائية أمر الإدارة بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد.

- الحالة المنصوص عليها في المادة 981 من ق إ م وإ عندما تمتنع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها تقوم الجهة القضائية بطلب من المتقاضي المستفيد من الحكم القضائي بتحديد تدابير التنفيذ مع تحديد أجل للتنفيذ والأمر بالغرامة التهديدية.

وفي إطار تدعيم سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية، جاءت الفقرة الخامسة من المادة 946 من ق إ م وإ مانحة له سلطة الأمر بالغرامة التهديدية في مواجهة المخالف لالتزامات الإشهار والمنافسة.

تسري الغرامة التهديدية حسب الفقرة 5 أعلاه من تاريخ انقضاء الأجل الذي حددته

المحكمة الإدارية⁵⁶⁶.

من أحكام الفقرة الخامسة أعلاه يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

- لا تطبق الغرامة التهديدية إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة الإدارية عند توجيهها الأمر بالامتنثال للالتزامات الإشهار والمنافسة بمعنى أنه لا يمكن للمحكمة الإدارية، الجمع بين توجيه الأمر بالامتنثال وتوقيع الغرامة التهديدية.

- لم يوضح النص حالة امتناع المخالف عن الالتزام رغم توقيع الغرامة فما هي الوسائل المخولة للقاضي الاستعجالي لإجباره على الالتزام؟

هذا ما يدفع إلى إعادة النظر في هذه السلطات وضرورة دعمها حتى تؤدي الغرض من تقريرها.

لكن السؤال الذي يبقى مطروحاً متى يجوز تحديد الغرامة التهديدية بمنطوق الحكم أو بعد تسجيل امتناع الإدارة عن التنفيذ ؟

إن المشرع كان واضحاً في هذه المسألة إذ نص في المادة 987 من ق إ م وإ على "لايجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ حكمها النهائي وطلب الغرامة التهديدية لتنفيذه عند الانقضاء، إلا بعد رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه وانقضاء أجل ثلاثة أشهر يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم.

غير أنه فيما يخص الأوامر الإستعجالية، يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل، في الحالة التي تحدد المحكمة الإدارية في حكمها محل التنفيذ أجلاً للمحكوم عليه، لاتخاذ تدابير تنفيذ معينة، لايحوز تقديم طلب إلا بعد انقضاء هذا الأجل".

واضح من النص أن طلب الغرامة التهديدية لا يتم إلا بعد رفض الإدارات للتنفيذ وانقضاء 3 أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو من صدور قرار الرفض.

غير أنه يمكن للقاضي الإداري أن يضمن الحكم نفسه الغرامة التهديدية ضد الإدارة مع تحديد تاريخ سريانها بطلب من صاحب المصلحة، لذا فإن القاضي في هذه الحالة يصدر حكم مزدوج فمن ناحية يقرر عقوبة أصلية لتنفيذ التزام معين ومن ناحية أخرى يسوغ له تقرير غرامة تهديدية تبعية مترامنة للعقوبة الأصلية.

566- بوكحيل ليلي، بوسالم دنيا، مرجع سابق، ص 12.

يُعد هذا الأمر وسيلة فعالة ذات أهمية لكونها تضمن التنفيذ بشكل سريع يغني عن اللجوء مجدداً للقضاء للمطالبة بتحديد الغرامة التهديدية.

لكن إذا لم يقنع القاضي بفائدة ربط حكمه بالغرامة التهديدية ثم تبين فيما بعد أن صاحب الدعوى لم يتوصل إلى تنفيذ هذا الحكم فلا يوجد ما يتعارض مع الأمر من جديد أمام القضاء لطلب توقيع غرامة تهديدية ضد الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الحكم⁵⁶⁷.

وبعد انقضاء المهلة التي حددها القاضي للقيام بإجراءات تنفيذ الحكم، يقوم المدعي برفع دعوى تصفية الغرامة التهديدية أمام القاضي نفسه الذي حكم بها وهو ما أكدت عليه المادة 983 التي جاء فيها "...تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها".

هذا الأمر لا يطرح أي إشكال إذا تعلق الأمر بقاضي الموضوع أما إذا كان القاضي الاستعجالي هو الذي أمر بالغرامة التهديدية فهل يستطيع مراجعتها وتصفيتها ؟

بالرجوع إلى أحكام المادة 471 من ق إ م الملغى نجد أن القاضي الاستعجالي لا يختص بتصفية الغرامة التهديدية وإن كانت له سلطة توقيعها لماذا ؟ كون التصفية تعتمد على عناصر معينة فتقدير المبلغ المصفى يمس بأصل الحق.

وبالرجوع إلى ق إ م وإ فلا يوجد ما يمنع القاضي الاستعجالي صراحةً القيام بتصفية الغرامة التهديدية⁵⁶⁸ إذ تنص المادة 983 على "في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في حالة التأخير في التنفيذ، تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها".

فاستعمال المشرع لمصطلح الجهة القضائية الإدارية يفهم بمفهومه الواسع سواء كان قضاء الإلغاء أو القضاء الاستعجال، ويتم حساب القيمة الكلية للغرامة التهديدية بعملية حسابية بسيطة مؤداها حاصل ضرب عدد الأيام التي تأخرت فيها الإدارة عن التنفيذ بدايةً من اليوم التالي للمهلة القضائية وحتى يتم تنفيذ الحكم في معدل الغرامة اليومي، مثلاً لو تأخرت الإدارة بعد المهلة المقررة لها للتنفيذ عشرة أيام وكان معدل الغرامة اليومي ألف دينار، فإن المبلغ الإجمالي للغرامة يكون عشرة آلاف دينار، وهو المبلغ الذي على أساسه تصفى الغرامة التهديدية وللقاضي سلطة تقديرية في تخفيض المبلغ أو الاحتفاظ به كاملاً.

567- أنظر المادة 981 من قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008...، سابق الإشارة إليه.

568- يعيش آمال، مرجع سابق، ص 04.

وإذا كان منطق الأمور يقتضي أن يستأثر المحكوم له بالغرامة التهديدية المصفاة كلها، فعندما يتم تصفية الغرامة لا تؤول حصيلة قيمة التصفية إلى الدائن كاملة، وإنما يستفيد الطاعن بجزء منها إذا تجاوزت الغرامة قيمة الضرر، وهو ما جاء بيانه في صلب المادة 985 من قانون رقم 08-09 التي نصت على "يجوز للجهة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعى إذا تجاوزت قيمة الضرر، وتأمّر بدفعه إلى الخزينة العمومية".

يتضح من نص المادة أن الخزينة العامة طرفاً مستفيداً في كل مرة يتجاوز فيها مبلغ الغرامة المصفاة قيمة الضرر الذي لحق المحكوم له.

ومن أهم أسباب عدم استفادة الطاعن من الغرامة التهديدية كاملة عند تصفيتها هو أن دفعها بصورة كلية للمحكوم له يكون سبباً لإثراء المحكوم له بدون سبب.

فلم يرغب المشرع جعل الغرامة التهديدية سبباً من أسباب الثراء ولم يشأ أن يجعلها تعويضاً عما لحق المدعي من أضرار نتيجة عدم التنفيذ، فالغرامة التهديدية وسيلة لإكراه المدين على تنفيذ السند القضائي وليس هدفها تعويض الأضرار⁵⁶⁹.

لكن إبقاء المشرع لنص المادة بالكيفية الموضحة أعلاه يؤدي إلى تعارضه مع أهم خاصية من خصائص الغرامة التهديدية وهو الطابع التحكيمي، إذ تفرض الغرامة بغض النظر عن الضرر الحاصل للمحكوم له.

ويبقى تنفيذ الغرامة التهديدية في القانون الجزائري يصطدم بعدة إشكالات منها قانونية وأخرى عملية.

وأهم ملاحظة يمكن إبداءها أن المشرع الجزائري لم يلزم القاضي الإداري الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة إذا امتنعت عن تنفيذ الحكم، فالقاضي الإداري يجوز له ولا يجب عليه، فاستعمال يجوز لا تفيد الوجوب، فتنص المادة 980 على "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقاً للمادتين 978 و979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها".

كما أن المادة 984 من القانون نفسه تنص "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة

569- وإذا كان المشرع الجزائري يقرّ عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية للمحكوم له ودفعها للخزينة العمومية، فإن المشرع الفرنسي ينص على دفعها لصندوق دعم الوحدات المحلية أي صندوق تجهيز الهيئات المحلية حيث يتم تدعيم الهيئات المحلية التي تعاني من مشاكل مالية.

التهديدية أو إلغائها عند الضرورة ويتأمل النص يتبين أنه يسوغ للقاضي الإداري إلغاء أو تخفيض الغرامة التهديدية التي سبق وأن ألزم بها الإدارة، مما يجعل القاضي الإداري يرفض توقيع الغرامة عوض أن يلجأ إلى إلغائها إذا سبق وأن حكم بها.

من جهة أخرى ربط المشرع الجزائي الحكم بالغرامة التهديدية بطلب المدعي، من المفروض أن يسمح المشرع الجزائي للقاضي بتحديد الغرامة التهديدية في منطوق الحكم بصورة تلقائية دون أن يطلبها المدعي، وهو ما يجعل الغرامة التهديدية ذات أهمية وفعالية أكثر.

كما لم يحدد المشرع بالتدقيق العناصر التي يمكن للقاضي الاحتكام إليها في تقدير مبلغ الغرامة فهل هو الضرر أو تعنت الإدارة أم ماذا؟!

ولم يتناول المشرع مسألة هامة تتعلق ببداية ونهاية سريان الغرامة التهديدية خاصة إذا تعلق الأمر بالطعن فهل الطعن يوقف سريان الغرامة التهديدية أم لا؟ كما لم يوضح المشرع فيما إذا كان الأمر بالغرامة التهديدية يقبل الطعن فيه أم لا؟

كلها تساؤلات تشكل إشكالات تحول دون التطبيق السليم والفعال للغرامة التهديدية.

فضلاً عن السلطات السابقة تقتضي طبيعة الصفقات العمومية اتخاذ القاضي الإداري الإستعجالي لتدبير وقائي آخر لتفادي وقوع ما لا يمكن تداركه، إذ يستوجب الأمر في حالة مخالفة قواعد المنافسة والإشهار، العمل على منع توقيع العقد أو على الأقل تأجيل ذلك إلى غاية الفصل في مدى صحة وجدية أسباب طلبات الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

منح المشرع هذه السلطة الوقائية للمحكمة بمجرد إخطارها أي حين رفع الدعوى مرفوعة بطلب تأجيل العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً وهي المدة نفسها التي يستوجب فيها على المحكمة الإدارية الفصل في الطلبات.

لقد حاول المشرع من أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 946 من ق إ م وإ تحقيق التوازن بين مصلحتين جديرتين بالحماية (المصلحة العامة والخاصة)، لأنه إذا لم يتم تأجيل توقيع الصفقة فربما سيشرع في تنفيذها في الوقت الذي تسري فيه إجراءات الدعوى أمام القضاء وإلى أن يصدر الأمر قد تترتب نتائج يصعب تداركها، بما يلحق الضرر بالمصلحة المتعاقدة وبمصلحة المدعي.

وفي الوقت ذاته حدد المشرع أجلا معقولا يتناسب وطبيعة الاستعجال وعدم تعطيل المرفق العام⁵⁷⁰.

فإعمال السلطات الممنوحة للمحكمة الإدارية مرهون بعدم توقيع الصفقة وإذا تم انقطعت إمكانية ممارسة هذه السلطات، مما يفوت الفرصة على المترشحين المستبعدة بغير حق تدارك الأمر قد لا يجدي الأمر الاستعجالي بالالتزام نفعاً وقد يكون تنفيذه مستحيلاً⁵⁷¹.

تلك هي السلطات المقررة للمحكمة الإدارية والواضح أن المشرع في مجال الصفقات العمومية قد قلب الأمل، إذ منح قاضي الاستعجال سلطات واسعة تفوق سلطات قاضي الموضوع (قاضي الإلغاء) يعود ذلك في نظرنا أن المشرع وجد في دعوى الاستعجال الآلية التي تحقق فعالية أكبر في رقابة التجاوزات الحاصلة عند إبرام الصفقات العمومية، لذا أراد تفعيلها بجعل السلطات المنصوص عليها في إ م وإ تخص قاضي الاستعجال أكثر من قاضي الموضوع.

وبعد دراسة سلطات القاضي الجزائي يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

- لقد حاكى المشرع الجزائي نظيره الفرنسي، فالسلطات الممنوحة للمحكمة الإدارية هي ذاتها المقررة للقاضي الفرنسي في مجال صفقات الأشغال والتوريد والخدمات وعقود تفويض المرافق العامة إلا الغرامة التهديدية التي لم يكرسها المشرع الفرنسي في هذا النوع من العقود.

- إعطاء القاضي الإداري الاستعجالي سلطات واسعة وغير مألوفة وعلّة ذلك هو إيجاد دعوى فعالة تفصل في نزاع محاط بحالة من الاستعجال فهو تقنية خاصة أقرها المشرع لحماية الصفقات العمومية والمال العام.

المطلب الثالث

ترتيب المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم القضائي

تتطوي مهمة القضاء الإداري على صعوبات جمة، فالخصم في الدعوى الإدارية هو الإدارة وهي إدارة قوية في دول العالم الثالث، فلا تقبل بسهولة رقابة القضاء لأعمالها والتدقيق وفحص مدى مشروعيتها، بل ترفض أحياناً تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بإلغاء قراراتها لذا ابتدع القضاء الإداري الفرنسي العديد من الحلول لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامها كتوجيه

570- بوكحيل ليلي، بوسالم دنيا، مرجع سابق، ص 13.

571- بودريوه عبد الكريم، "إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، مرجع سابق، ص 7.

أو أمر لها أو فرض غرامات عليها⁵⁷².

غير أن الإدارات شخص معنوي وغالبًا ما يكون الموظف العام المسؤول وراء عدم تنفيذ أحكام القضاء، فللمزيد من الضمانات جرم المشرع إقدام الموظفين على استخدام صلاحياتهم لعرقلة أو تأخير تنفيذ أحكام القضاء، بتعبير آخر أجاز المشرع للقاضي الإداري إمكانية ترتيب المسؤولية الجزائية للموظف العام لأن من أهم واجبات الوظيفة احترام الأحكام القضائية وامتناع الموظف عن تنفيذ الحكم أو عرقلة تنفيذه ينطوي على الإخلال بواجبات وظيفته وإهدار لحجية الحكم مما يعدّ جريمة يعاقب عليها الموظف⁵⁷³.

ومادام المشرع قد جرم فعل الامتناع الأمر الذي يحتم علينا تحديد الإطار القانوني لهذه الجريمة (الفرع الأول)، غير أن الإشكال المطروح أن نص المادة 138 المذكور يكاد لا يجد له تطبيقًا على المستوى العملي رغم ثبوت فعل الامتناع وانتشاره، إذ سُجلت عدة حالات امتناع ومع ذلك لم تشهد متابعة جزائية لمسؤول إداري على رأس وزارة أو ولاية أو حتى مرفق إداري.

لذا فهناك عقبات تحول دون تجسيد فكرة التجريم رغم نية المشرع الصادقة في تجريم الفعل وترتيب المسؤولية الجزائية عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإطار القانوني لجريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية

يقصد بهذه الجريمة إحجام الموظف عن القيام بأي إجراء من إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة التي ينتمي إليها.

وبعد متابعة إجراءات التنفيذ بواسطة المحضر القضائي من تبليغ وإلزام بالدفع وتحرير المحضر القضائي لمحضر الامتناع عن التنفيذ، فباستطاعة طالب التنفيذ اللجوء إلى وكيل الجمهورية بشكوى قصد تحريك الدعوى العمومية ضد الموظف الذي صدرت عنه إحدى الأفعال⁵⁷⁴.

572- دريد كمال، "الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للاضطلاع بسلطاته المنوطة به"، الملتقى الوطني

الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قلمة، يومي 17 و18 ماي

2011، ص 02.

573- كمون حسين، مرجع سابق، ص 94.

=

574- وتتمثل هذه الأفعال في:

لما كان تنفيذ الأحكام القضائية حقاً دستورياً، فامتناع الموظف عن تنفيذ الأحكام لا يعدّ مساساً بحق المحكوم لصالحه فحسب بل يعتبر إهداراً لقوة الأحكام القضائية واعتداءً صارخاً على هيبة السلطة القضائية، الأمر الذي يوجب معه فرض جزاءات حاسمة توقع على كل موظف والهدف من وراء ذلك إعادة هيبة القضاء وزجر كل من يتجرأ على مخالفة أحكامه.

لم يكن قانون العقوبات الجزائري قبل تعديله بموجب قانون رقم 01-09 يقرّ تجريم فعل الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية، رغم أن المشرع قدّ عمد إلى إصدار قانون رقم 91-02 المتعلق بتنفيذ أحكام القضاء لصالح الإدارات والأفراد ليسدّ الفراغ القانوني الحاصل في مجال التنفيذ وليعيد لحجية الأحكام والقرارات وضعها الصحيح.

يتضمن إجراءات تكفل الحصول على التعويض الذي تضمنه القرار القضائي لصالح الفرد أو إدارة ضدّ إدارة أخرى.

غير أن هذا القانون يتعلّق بالقضاء الكامل دون قضاء الإلغاء والاستعجال، مما يعني أن هذه القرارات تبقى رهينة إرادة الإدارة، فصدور قانون يتعلّق بنوع من أنواع الدعاوى لن ينهي المشكل المطروح المتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية⁵⁷⁵.

وبعد تفاقم ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء أوجد قرارات قضائية مكساة بالصيغة التنفيذية معطلة ومعلقة وحُرم أصحابها من أن ينالوا حقوقهم المحكوم بها في السندات القضائية ووصل الأمر لأعلى المؤسسات القضائية لقرارات صادرة عن المحكمة العليا ومجلس الدولة.

نتج عن اتساع ظاهرة امتناع الإدارات العمومية عن تنفيذ أحكام القضاء أن أخذ هذا الملف حيزاً كبيراً على مستوى أعمال لجنة إصلاح العدالة التي نصبها رئيس الجمهورية مما دفع بالمشرع إلى تجريم فعل الامتناع بموجب المادة 138 مكرر من قانون رقم 01-09 المتعلق بقانون العقوبات حيث جاء فيها **"كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمداً التنفيذ يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 3**

= - استعمال السلطة الوظيفية لوقف تنفيذ الحكم القضائي،

- الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي،

- الاعتراض على تنفيذ الحكم القضائي،

- العرقلة العمدية لتنفيذ الحكم القضائي.

575- نجاح عصام، مرجع سابق، ص 02.

سنوات وبغرامة مالية من 5000 دج إلى 50.000 دج".

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد جسد مقتضيات المادة 145 من الدستور وألزم كل موظف في أي جهاز كان أو إدارة عمومية أن يبادر إلى تنفيذ قرارات العدالة، خاصة وأن الامتناع أو الاعتراض على التنفيذ أو عرقلة التنفيذ بات في ظل هذا النص الجديد جريمة يعاقب عليها القانون وهو ما يشكل نوعاً من الضغط المعنوي بالنسبة للموظف المنوط له تنفيذ حكم القضاء أيًا كانت مسؤوليته والجهة الإدارية التي يمثلها⁵⁷⁶.

لا تقوم جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية إلا إذا توفرت مجموعة من العناصر الأساسية، فالركن المفترض هو صفة الموظف العام ويمكن الإشارة إلى أن مدلول الموظف العام لا يقتصر على ذلك المفهوم المتعارف عليه في القانون الإداري، فبالرجوع إلى المفهوم الجزائي فإنه تم توسيع مدلوله، ويتبين ذلك من نص المادة 2 فقرة ب من قانون مكافحة الفساد.

لا يكفي توافر صفة الموظف العام لقيام الجريمة وإنما يجب أن يكون استعمال السلطة لعرقلة تنفيذ الأحكام القضائية، كما تقوم الجريمة بتدخل الموظف استناداً إلى سلطة وظيفته لدى الموظف المنوط بالتنفيذ بقصد منع أو عرقلة هذا التنفيذ بمعنى أن يكون الموظف هنا شاغلاً لوظيفة لها سلطة أعلى من وظيفة الموظف المختص بالتنفيذ فيؤثر عليه لحمله على عدم التنفيذ⁵⁷⁷.

وعليه تقوم مسؤولية الموظف الجزائية عن جريمة الامتناع إذا استعمل صلاحياته الوظيفية سواء بسلوكه سلوك إيجابي كأن يصدر قراراً إدارياً يختص بإصداره قانوناً يحول دون تنفيذ حكم قضائي.

أو سلوكه سلوكاً سلبياً كأن يمتنع الموظف عن اتخاذ عمل يندرج ضمن صلاحياته

576- غير أن الجدير بالذكر أن نص المادة 138 من قانون العقوبات قد اعتبر الحالة التي يطلب فيها الموظف تدخل القوة العمومية أو استعمالها لمواجهة تنفيذ حكم قضائي جريمة ويتحمل الموظف على أساسها المسؤولية الجزائية. أما في حالة عدم تنفيذ الحكم من قبل الموظف عمداً ولم يطلب تدخل القوة العمومية لمواجهة تنفيذها، ففي هذه الحالة لا يعتبر قد ارتكب جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات لأن الجريمة مرتبطة بطلب تدخل القوة العمومية وهو ما أدى بطبيعة الحال إلى عدم تنفيذ الموظفين للأحكام القضائية مادام السكوت عن التنفيذ لا يرتب جريمة طبقاً لنص المادة 138 من قانون العقوبات.

577- شرون حسبية، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003، ص 118.

الوظيفية لتنفيذ الأحكام القضائية سواء استعمل صلاحياته بصفة مباشرة أو بطريق غير مباشر لتحقيق النتيجة الإجرامية.

كما يتحقق الركن المادي للجريمة إذا قام الموظف بوقف تنفيذ الحكم أو عرقلة تنفيذه أو امتنع عمدًا عن تنفيذه إجابةً لرغبة موظف آخر شاغل وظيفة لها سلطة عليه.

وإذا كان المشرع لم يورد في المادة 138 مكرر حالة التنفيذ الناقص للحكم القضائي، فإن المسؤولية الجزائية تقع على الموظف في هذه الحالة إذ لا يهم أن تكون إعاقة التنفيذ كلية أو جزئية.

ولا يستلزم أن يكون الموظف مختصًا بكل إجراءات التنفيذ إذ يكفي أن يدخل في اختصاصه إحدى إجراءات هذا التنفيذ وأن يكون امتناعه عن اتخاذ ذلك الإجراء من شأنه تعطيل باقي إجراءات التنفيذ الأخرى، الأمر الذي يترتب عنه وقف تنفيذ الحكم وعرقلته.

تعدّ جريمة الامتناع عن التنفيذ جريمة عمدية، مما يعني أن الركن المعنوي يأخذ صورة القصد الجنائي لذا يتعين وجود عنصرين أساسيين هما العلم والإرادة فيتعين لقيام الركن المعنوي أن يكون الفاعل عالمًا بأن السلوك الإيجابي أو السلبي الذي أتاها يؤدي إلى إعاقة تنفيذ الأحكام القضائية وتتصرف إرادة الموظف إلى إثبات النشاط الإجرامي وتحقيق النتيجة.

الفرع الثاني

مراقيل تكريس المسؤولية الجزائية للموظف

تعد المادة 138 مكرر من قانون العقوبات خطوة إيجابية نحو إلزام الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها من خلال تجريم فعل الموظف الممتنع عن التنفيذ، إلا أن هذه الضمانة لا تستأصل المشكلة من جذورها لأن توقيعها يصطدم بعراقيل تحدّ من فعاليتها.

أول أمر يثير الانتباه هو سبب بقاء نص المادة 138 مكرر في قانون رقم 01-09، فالمشرع بعد هذا التعديل قام بإخراج جميع الجرائم الخاصة بالفساد في قانون خاص وهو قانون رقم 01-06 المعدل والمتمم، لأنها جريمة لا تمس الأحكام الصادرة في مجال الصفقات العمومية فقط وإنما تمس بنزاهة الوظيفة العامة، وكل الجرائم التي تمس بنزاهة الوظيفة العامة أدرجت في قانون مكافحة الفساد لذا ما سبب بقاءها في هذا القانون!

ويمكن الاجتهاد بقول أن هذه الجريمة تدخل في نص المادة 33 من قانون رقم 01-06

التي جاءت تحت عنوان إساءة استغلال الوظيفة، إذ تنص على "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمداً من أجل أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل في إطار ممارسة وظائفه على نحو يخرق القوانين والتنظيمات وذلك بغرض الحصول على منافع غير مستحقة لنفسه أو لشخص أو كيان آخر".

واضح أن النص يخص فعلاً إساءة استغلال الوظيفة، لكن لا يمكننا أبداً اعتبارها جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية فلو اتجهت نية المشرع إلى ذلك لنص صراحةً على ذلك.

وبالتالي فالتمسك بروح النص والتمسك بالمبدأ القائل بالتفسير الضيق للنص الجنائي يفرضان إبقاء جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية في صلب قانون العقوبات، مع أن أهمية الجريمة وخطورتها تحتتمان إدراجها في صلب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حتى تكمل مسعى المشرع في الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الوظيفة العامة ككل وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة.

يُعاب على المشرع عدم شمولية النص فلا يدخل في طياته تلك الفئات المختصة بإبرام الصفقات العمومية، فإذا امتنع أحد موظفي الهيئات المنصوص عليها في صلب المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 خاصةً تلك الفئات التابعة لأشخاص القانون الخاص لا يعدّ مرتكباً لجريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية استناداً إلى المبدأ "لا عقوبة ولا جريمة ولا تدبير أمن بغير قانون" وكأن الجريمة تخص فقط الفئات التي تحمل وصف الموظف العام، وهو أمر خطير يهدم مساعي المشرع الرامية إلى وضع سياسة محكمة لمواجهة الفساد في أهم مجال من مجالات صرف المال العام وهو مجال الصفقات العمومية.

كما أن وجود النص في قانون رقم 09-01 يجعل النص يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات، ومن بين هذه النصوص نجد نص المادة 48 التي جاء فيها "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

كما هو واضح من نص المادة أن المشرع الجزائي نص على حالة الضرورة كسبب من أسباب انتفاء الركن المعنوي، وفي هذه الحالة لا يسأل الموظف العام جزائياً لفقدانه حرية الاختيار، فهذا يؤدي إلى تمسك الموظف بحالة الضرورة لتبرير عدم تنفيذ الأحكام القضائية أو بتعبير آخر ستصبح الضرورة قناعاً يختبئ وراءه الموظفون لتبرير عدم التنفيذ.

وهذا ما يفسر إخراج المشرع لجرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية عن إطار القواعد العامة لقانون العقوبات وإفرادها بقانون خاص يحكمها وهو قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الذي يتضمن أحكام خاصة فلو وجد النص في إطار القانون المذكور لما اعتبرت الضرورة سبباً من أسباب انتفاء الركن المعنوي ومن ثمة انتفاء المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد.

كما تصطدم المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع بعقبة إطاعة أوامر الرؤساء التي تنفي القصد السيئ لدى الموظف العام، مما يحول دون توقيع مسؤوليته الشخصية فلا ترتب المسؤولية الجزائية على الموظف على أساس فعل الغير⁵⁷⁸.

فالتدرج الوظيفي يخلق عدة مشاكل في تحديد المسؤول جزائياً، فللرئيس الإداري سلطة توجيه أوامر وتعليمات إلى المرؤوس والتزام المرؤوس الخضوع والطاعة لهذه الأوامر وأية مخالفة أو عصيان لهذه الأوامر والتعليمات يشكل خطأ يعرضه للمساءلة التأديبية⁵⁷⁹.

وما يؤكد هذا القول هو نص المادة 40 من قانون رقم 06-03 التي جاء فيها "يجب على الموظف في إطار تأدية مهامه احترام سلطة الدولة وفرض احترامها...".

كما أن امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم الإداري يطرح مسألة لا تقل أهمية تتعلق بمعايير التمييز والفرقة بين الأعمال التي يقوم بها الموظف العمومي بصفته الشخصية أو بصفته المرفقية، مع العلم أن الموظف العمومي لا يكون مسؤولاً جزائياً عن المرفق العام نظراً لشخصية العقوبة الجزائية.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن العقوبة التي توقع على الموظف العمومي من الناحية العملية غالباً ما تكون موقوفة النفاذ، وبذلك لا يجبر على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة التي ينتمي إليها.

وقد يكون امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم الإداري لوجود إشكالات تعيق التنفيذ وفي هذه الحالة يبرأ الموظف من المسؤولية الجزائية، تأخذ هذه الإشكالات صوراً مختلفة منها ما يعود إلى استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، وقد يكون الإشكال في التنفيذ مرده في معظم الأحيان مضمون الحكم المراد تنفيذه بحيث يكتنفه الغموض والإبهام.

578- كمون حسين، مرجع سابق، ص 113.

579- عوابدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص 442.

ومن أهم إشكالات التنفيذ في مجال الصفقات العمومية هو ارتباطه بمدة زمنية معينة، فإذا لم ينفذ الحكم خلالها زالت أهمية التنفيذ فالصفقة العمومية تمر بمرحلتين هامتين مرحلة الإبرام وتليها مرحلة تنفيذ الصفقة فعند صدور حكم من القاضي الإداري الاستعجالي يأمر فيه المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد الإشهار والمنافسة أو أن يصدر حكم بإلغاء المنح المؤقت ولا يتم التنفيذ إلا بعد أن تكون الصفقة قد انتقلت إلى مرحلة التنفيذ فهل يكون للتنفيذ هنا معناً طبعاً لا لأن إعادة الأمور إلى حالها يعدّ أمراً مستحيلاً ومن ثمة لا تجدي معاقبة الموظف في هذه لحالة.

ورغم ما يعتري إصلاحات المشرع من نقائص نقول أن سلطات القاضي الإداري في الجزائر قد توسعت وضمّانات تنفيذ أحكام القضاء الإداري قد ضمنها المشرع بفضل الإصلاح الذي جاء به سنة 2008 فلم يعد دور القاضي يقتصر على النطق بالأحكام الإدارية وإنما تجاوزه إلى مرحلة التنفيذ وصارت له كالقاضي العادي أدواته التي تفعل تأديته لهذا الدور، فلم تعد امتيازات السلطة العامة حاجزاً أمام خضوع الإدارة للغرامة التهديدية فأصبحت في مركز متساوي مع الأفراد سواء في مرحلة الحكم أو في مرحلة التنفيذ فخيارات الإدارة محصورة إما تنفيذ بدفع أو تنفيذ بلا دفع.

من جهة أخرى يتولى القاضي بموجب ما يصدره من أوامر تنفيذية توضيح وبيان الإجراءات والتدابير التي يستلزمها تنفيذ حكمه خلال المدة التي يحددها لذلك وهو بذلك يقطع على الإدارة سبل التحايل حال تذرّعها بغموض منطوقه أو عدم استطاعتها معرفة كيفية تنفيذه.

ومن جهة أخرى تجريم المشرع لفعل الامتناع عن التنفيذ سعيه للأحكام القضائية مكانتها وحجيتها ويفرض لها مهابة خاصة وحماية مميزة تكرر وتجسد أبرز معالم دولة القانون ودولة المؤسسات.

الفصل الثاني

تدخل القضاء الجنائي وإرساء قواعد خاصة لقمع الفساد

عندما يكتف الفعل بأنه جريمة من جرائم الصفقات العمومية على النحو المبين في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁵⁸⁰، تتحرك آلية القضاء الجنائي لقمع الفساد والمفسدين.

إلا أن هذا النوع من الجرائم يثير الكثير من الصعوبات والاشكالات تتعلق غالباً بكيفية الوصول إلى مكافحتها واقتضاء حق الدولة في العقاب، باعتبارها من الجرائم المستحدثة وغالباً ما يتصف مرتكبها بصفة المجرم المعلوماتي أي المجرم الذي يتميز بالذكاء، يعود هذا الذكاء إلى اكتساب هؤلاء المجرمين المهارة الفنية المتعلقة بالأصول والقواعد المالية والقانونية، ومن ناحية أخرى فإن هؤلاء المجرمين يتميزون من الناحية الاجتماعية بأن لديهم صلات قوية بأفراد المجتمع خاصة أصحاب المناصب والنفوذ والسلطة.

الأمر الذي يعيق إمكانية متابعتهم، لذا وجب تبني سياسة خاصة في متابعة هؤلاء المجرمين جزائياً.

تبدأ إجراءات المتابعة بمرحلة البحث والتحري وما يميز جرائم الصفقات العمومية هو تدخل جهات ذات طبيعة إدارية في عملية التحري (المبحث الأول)، على خلاف المعهود في القواعد العامة، وبعد ذلك يأتي دور الضبطية القضائية صاحبة الاختصاص الأصيل في متابعة الجريمة التي تقوم بدور مهم في متابعة جرائم الصفقات العمومية، خاصة بعد التعديلات المتتالية لقانون الإجراءات الجزائية التي تحمل في طياتها خروجاً عن الكثير من القواعد العامة مساهمة في تفعيل دورها لإحالة مرتكبي جرائم الصفقات خاصة، وجرائم الفساد عامةً على القضاء الجزائي لمحاكمتهم (المبحث الثاني)، كما تم إرساء قواعد خاصة في متابعة جرائم الصفقات العمومية أمام القضاء الجزائي (المبحث الثالث).

580- وهي تلك الجرائم التي جاء تحديدها في نصوص المواد 26 و 27، 34، 35 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006،... معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

المبحث الأول

تدخل هيئات إدارية للكشف والتحري

قبل إحالة مرتكبي الفساد على القضاء الجزائي وتوقيع الجزاء تتدخل جهات بغرض البحث والتحري للتأكد من وجود صفقات مشبوهة وما يميز جرائم الفساد عامة وجرائم الصفقات بصفة خاصة تدخل أجهزة إدارية للكشف والتحري.

يكون الكشف إدارياً إذا تولته جهات إدارية وهذه الجهات هي هيئة مكافحة الفساد (المطلب الأول) والمفتشية العامة للمالية (المطلب الثاني) ومجلس المحاسبة (المطلب الثالث) هي هيئات ذات طبيعة إدارية تتولى كشف جرائم الصفقات العمومية عن طريق الرقابة اللاحقة أو البعدية التي تمارسها على الصفقة العمومية إذن فتدخل هذه الجهات يستلزم أن الجريمة قد تمت. ليكون دورها هو الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.

المطلب الأول

صلاحية هيئة مكافحة الفساد في الكشف والتحري

لا يقتصر دور الهيئة على تنفيذ سياسة الوقاية من الفساد فحسب، فالبحث والتحري من أهم الاختصاصات الممنوحة للهيئة في سبيل مكافحة الفساد، لذا خولها القانون صلاحية جمع ومركزة المعلومات التي تساهم في الكشف عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية⁵⁸¹ ومن أجل أن يكون للهيئة ما يعينها على اكتشاف جرائم الفساد منحها المشرع سلطة طلب المعلومات والوثائق والحصول على المستندات (الفرع الأول) وعمل على تجريم كل رفض متعمد في تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق الهيئة في طلب المعلومات والوثائق

استناداً لنص المادة 21 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته للهيئة صلاحية توجيه طلب للإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص ومن كل شخص طبيعي أو معنوي.

581- أنظر المادة 20 فقرة 4 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه. والمادة 13 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

للإطلاع على الوثائق والمعلومات التي تراها مفيدة في تحرياتها للكشف عن جرائم الفساد⁵⁸².

وبالرجوع إلى نص المادة 19 فقرة 1 من قانون رقم 06-01 للهيئة حق الإطلاع حتى على المعلومات المتسمة بالطابع السري إذ تنص على **تضمن استقلالية الهيئة بوجه خاص عن طريق اتخاذ التدابير الآتية.....**

1- قيام الأعضاء والموظفين التابعين للهيئة المؤهلين للإطلاع على معلومات شخصية وعموماً على أية معلومات ذات طابع سري بتأدية اليمين الخاصة بهم قبل استلام مهامهم...". يؤدي أعضاء الهيئة والمستخدمون الذين قد يطلعون على هذه المعلومات السرية اليمين الآتية **أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بعملي أحسن قيام وأن أخلص في تأدية مهنتي وأكتم سرها وأسلك في كل الظروف سلوكاً شريفاً**⁵⁸³.

ولأجل الحصول على أكبر قدر من المعلومات أجاز لها القانون الاستعانة بالنيابة العامة في جمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد وهي الصلاحية التي تتأكد بمقتضى المادة 20 فقرة 7 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ولم يحدد المشرع طبيعة المعلومات والوثائق التي يجوز للهيئة طلبها وترك تقديرها للهيئة، غير أنه قيدها بقيد وحيد هو أن تكون هذه الوثائق والمعلومات مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد، وتعود سلطة تقدير مدى فائدة هذه المستندات للهيئة نفسها.

بالمقابل تتولى هيئة مكافحة الفساد بالأردن⁵⁸⁴ في سبيل تحقيق أهدافها المهام والصلاحيات التالية:

أ. التحري عن الفساد المالي والإداري والكشف عن المخالفات والتجاوزات وجمع الأدلة والمعلومات ومباشرة التحقيقات والسير في الإجراءات الإدارية والقانونية اللازمة لذلك.

ب. ملاحقة كل من يخالف أحكام هذا القانون.

582- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 13.

583- أنظر المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

584- بموجب المادة 7 من قانون رقم 62، صادر بتاريخ 3-10-2006، متعلق بهيئة مكافحة الفساد بالأردن، سابق الإشارة إليه.

ج. للهيئة إجراء التحريات اللازمة لمتابعة قضايا الفساد من تلقاء نفسها أو بناء على أخبار ترد من أي جهة وإذا تبين من التحري أو التحقيق أن الخبر الوارد إلى الهيئة كان كاذبا أو كيديا يتم تحويل مقدمه إلى الجهات القضائية المختصة وفقا للأصول القانونية المتبعة.

د. تلتزم الهيئة بإصدار قراراتها في موعد أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحقيق والتحري في الشكوى.

من جهة أخرى نص المشرع اليمني بموجب المادة 8 على تلقي الهيئة للتقارير والبلاغات والشكاوي بخصوص جرائم الفساد المقدمة إليها ودراستها والتصرف فيها وفقا للتشريعات النافذة، كما تقوم بالتحقيق مع مرتكبي الفساد وإحالتهم على القضاء⁵⁸⁵.

بمقارنة نص المادة 20 من قانون مكافحة الفساد مع النصين الأردني واليمني، فهاذين النصين أكثر وضوحا، إذ فصل المشرع الأردني واليمني في كيفية اتصال الهيئة بالقضية حتى تباشر اختصاصها المتعلق بالبحث والكشف والتحري إذ يتم ذلك بتلقي البلاغات والشكاوى للكشف عن مواطن الفساد.

في حين كان المشرع الجزائري غامضا باستثناء ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة 20 التي تنص على "... جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها..."

فهل يمكن تفسير هذه الفقرة أنه يمكن للهيئة تلقي البلاغات والشكاوى لتقوم بالتحري والكشف عن أفعال الفساد؟

قد ورد النص غامضا بهذا الخصوص وبالرجوع إلى النصوص العقابية نجد تلقي الشكاوى والبلاغات من اختصاص الضبطية القضائية أو النيابة العامة.

إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون رقم 06-01 فإنه من أجل إضفاء الشفافية على كيفية تسير الشؤون العمومية يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساسا بالرد على عرائض وشكاوى المواطنين.

يمكن تفسير هذا النص تفسيراً موسعاً لكن يبقى تفسير ضمني على أساس أن الهيئة من السلطات الإدارية كما تعد من قبيل الهيئات العمومية، فلها بذلك صلاحية تلقي هذه البلاغات والشكاوي وبالتبعية تلتزم بالرد عليها.

585- المادة 8 فقرة 5، 7، من قانون رقم 39 صادر بتاريخ 25-12-2006، الخاص بمكافحة الفساد في اليمن، سابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

تجريم كل رفض متعمد في تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق

طلب الهيئة للمعلومات والوثائق يكتسي طابعا إلزاميا وكل رفض متعمد وغير مبرر في تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق المطلوبة يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة⁵⁸⁶.

وهو ما جاء التأكيد عليه صراحة في نص المادة 21 فقرة 2 من قانون مكافحة الفساد التي جاء فيها "... كل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات و/أو الوثائق المطلوبة يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة في مفهوم هذا القانون".

يقتضي الرفض طلبا مسبقا وردا سلبيا، فلا تقوم الجريمة لمجرد التأخر في الرد إن كان هذا الرد إيجابيا، كما لا تقوم في حالة الإمتناع عن الرد.

اشترط المشرع أن يكون الرفض متعمدا وإن كان من الصعب تصور رفض غير متعمد إلا إذا اعتبرنا ذلك الرفض مبررا⁵⁸⁷ وهنا يثار التساؤل حول الحالات التي يكون فيها الرفض مبررا.

فهل يمكن التذرع بالسر المهني لتبرير رفض تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق المطلوبة؟ يكون الجواب بالإيجاب لسببين أولهما أن المادة 301 من قانون العقوبات⁵⁸⁸ تلزم الأشخاص المؤتمنين بحكم المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة بكتمان السر المهني مالم يرخص لهم القانون بذلك⁵⁸⁹.

أما السبب الثاني فيمكن في كون قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا يتضمن حكما يفيد بعدم الاعتداد بالسر المهني في مواجهة الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.

موقف المشرع يبدو غريبا فما يمنحه بيد ينزعه بيد أخرى، فإذا كان المشرع قد منح الهيئة حق الإطلاع على الوثائق والمستندات لإنجاح عملية البحث والتحري، إلا أن إمكانية رفض الهيئات المشار إليها في المادة 21 تمكين الهيئة من المعلومات والوثائق المفيدة في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية يبقى واردا هذا الأمر من شأنه إعاقة دور الهيئة في

586- أنظر المادة 21 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

587- بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 146.

588- قانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

589- وهو الإلتزام ذاته الذي تفرضه المادة 11 من ق إ ج على كل من ساهم في إجراءات التحري والبحث والتحقيق.

البحث عن أفعال الفساد.

لذا يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من رفض متعمداً أو من كان رفضه غير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات و/أو الوثائق الضرورية⁵⁹⁰.

في حين لم يتضمن المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها أية عقوبات ضد من يواجهه برفض إطلاعه على المعلومات إذ تنص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 233-96 على "يمكن المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، في إطار المهام المذكورة في المادة 2 السابقة أن يقوم أو يكلف من يقوم بكل التحقيقات أو الدراسات لدى المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية وكذا لدى هيئات القانون الخاص لا يمكن أن يواجه المرصد الوطني برفض إطلاعه على المعلومات، كما يمكن التماس مساعدة السلطة القضائية في الحالة التي يتطلبها القانون".

في حين يكون الرفض مبررا إذا كانت المعلومات والوثائق المطلوبة لاصلة لها بجرائم الفساد أو لا تفيد الهيئة في الكشف عنه وفي كل الأحوال يرجع للقاضي الجزائي تقدير ما إذا كان الرفض مبررا أو غير مبرر⁵⁹¹.

وفي سبيل إنجاح مهمة البحث والتحري تلتزم هيئة مكافحة الفساد بتبادل المعلومات وفقا للمادة 20 فقرة 9 التي تنص على "تكلف الهيئة لاسيما بالمهام التالية السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وعلى التعاون الدولي مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي".

واضح من النص أن تبادل المعلومات قد يتم داخليا أو خارجيا.

- تبادل المعلومات داخليا سواء تم ذلك مع جهات قضائية أو مع جهات أخرى مختصة بتطبيق أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أو تم ذلك مع الجهات الرقابية في الدولة وأيا ما كان الأمر، فإن تبادل المعلومات يكون بناءً على طلب الهيئة على النحو المشار إليه بخصوص حق الاطلاع أو بناءً على طلب تلك الجهات المهم أن يكون بغرض الكشف عن جرائم الفساد.

- تبادل المعلومات خارجيا إذ يمتد تبادل المعلومات إلى الهيئات النظرية وغيرها من

590- أنظر المادة 44 فقرة 3 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006،... معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

591- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 14.

الجهات المختصة في الدول الأجنبية كمظهر من مظاهر التعاون الدولي، تطبيقاً للاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفاً فيها أو تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

يتضح أن الهيئة بالرغم من اعتبارها سلطة إدارية⁵⁹² إلا أنها تتمتع بسلطات ذات صلة بالسلطة القضائية شبيهة بسلطات الضبط القضائي، ومن جهة أخرى هي تابعة لرئاسة الجمهورية، هذا الطابع المتعدد في طبيعة الهيئة يعمل على تقويتها في مجال البحث والتحري يسمح لها ممارسة رقابة مستمرة وبقطة لمكافحة جرائم الصفقات العمومية.

نتيجة البحث والتحري الذي تجريه الهيئة يؤدي إلى إحدى الفرضين التاليين:

- **عدم وجود دلائل على ارتكاب جرائم الفساد** من خلال المعلومات التي وردت إليها أو تلك التي اطلعت عليها وفي هذا السياق يلاحظ أن المشرع لم يحدد مصير إجراءات البحث والتحري التي تقوم بها الهيئة، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن تصرف الهيئة في هذه الحالة؟ وإن كان الأمر لا يختلف في نظرنا عن تصرف النيابة العامة بخصوص محضر جمع الاستدلالات وبالتالي فإن لم تجد الهيئة دلائل على ارتكاب جريمة من جرائم الفساد أصدرت قرار مسبباً بذلك.

- **وجود دلائل على قيام جريمة من جرائم الفساد** وهنا يتعين على الهيئة تحويل الملف مباشرة إلى وزير العدل حافظ الأختام⁵⁹³.

يتضمن الملف بيانات كافية عن الجريمة التي قامت الدلائل على ارتكابها ويتعين على وزير العدل إخطار النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية تطبيقاً لمبدأ الملائمة⁵⁹⁴.

592- وهو ما يستفاد من نص المادة 18 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

593- أنظر المادة 22 من القانون السابق الإشارة إليه.

594- أنظر المادة 30 من أمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد (48)، بتاريخ 10 جوان 1966، معدل ومتمم بالأمر رقم 68-10، مؤرخ في 23 يناير سنة 1968، ج ر عدد (09)، بتاريخ 30 يناير 1968، والأمر رقم 68-116، مؤرخ في 10 مايو سنة 1968، ج ر عدد (39)، بتاريخ 14 ماي 1968، والأمر رقم 69-76، مؤرخ في 16 سبتمبر 1969، ج ر عدد (80)، بتاريخ 19 سبتمبر 1969، والأمر رقم 70-26، مؤرخ في 20 مارس سنة 1970، ج ر عدد (28)، بتاريخ 24 أبريل 1970، والأمر رقم 71-34، مؤرخ في 03 يونيو سنة 1971، ج ر عدد (46)، بتاريخ 08 جوان 1971، والأمر رقم 72-38، مؤرخ في 27 يوليو 1972، ج ر عدد (63)، بتاريخ 22 فبراير 1972، والأمر رقم 75-46، مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975، ج ر عدد (53)، بتاريخ 04 يوليو 1975، والقانون رقم 78-01، مؤرخ في 28 يناير 1978، ج ر عدد (06)، بتاريخ 07 فبراير 1978، والأمر رقم 81-01، مؤرخ في 21 فبراير سنة 1981، ج ر عدد (08)، بتاريخ 24 يناير 1981، والقانون=

مما لا شك فيه أن صلاحية البحث والتحري الواسعة المعترف بها للهيئة ستجعل عمل الجهاز القضائي أسهل، نظرا لامتداد اختصاص الهيئة إلى كامل التراب الوطني ونحن في أمس الحاجة الى الاختصاص الموسع، لكون جرائم الفساد غالبا ما تمتد الى أكثر من دائرة اختصاص محكمة واحدة.

ومع ذلك قد أثارت المادة 22 من قانون الوقاية من الفساد مكافحته بعض الإشكالات ويمكن إجمالها في الانتقادات الآتية:

تطبيق المادة 22 يجعل الهيئة رغم تمتعها بالشخصية المعنوية إلا أنها غير مؤهلة للجوء مباشرة الى القضاء بصدد وقائع تشكل جريمة من جرائم الصفقات العمومية، إذ يتعين عليها -كما سلف الذكر- إحالة الملف المشبوه إلى وزير العدل الذي يملك وحده أمر تحريك الدعوى العمومية.

فكيف يلزم القانون الهيئة برفع يدها على وقائع ذات وصف جزائي ومن جهة أخرى يبيح لها الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في الوقائع ذاتها؟

هذا الأمر يدفع إلى القول أن المشرع لم يمنح الهيئة اختصاصات قضائية، وإنما جعلها مجرد طريق موصل الى الجهة القضائية المختصة، الأمر الذي يؤدي إلى كبح نشاطات الهيئة وإطالة زمن المتابعة القضائية، فكان من الممكن تمكين الهيئة من إحالة الملف مباشرة الى النيابة العامة وفي ذلك اختزال للوقت والإجراءات⁵⁹⁵.

= رقم 81-04، مؤرخ في 25 أبريل 1981، ج ر عدد (17)، بتاريخ 28 أبريل 1981، والقانون رقم 82-03، مؤرخ في 13 فبراير سنة 1982، ج ر عدد (07)، بتاريخ 16 فبراير 1982، والقانون رقم 85-02، مؤرخ في 26 يناير 1985، ج ر عدد (05)، بتاريخ 27 يناير 1985، والقانون رقم 86-05، مؤرخ في 04 مارس 1986، ج ر عدد (10)، بتاريخ 05 مارس 1986، والقانون رقم 89-06، مؤرخ في 25 أبريل سنة 1989، ج ر عدد (17)، بتاريخ 26 أبريل 1989، والقانون رقم 90-24، مؤرخ في 18 غشت سنة 1990، ج ر عدد (36)، بتاريخ 22 غشت 1990، والمرسوم التنفيذي رقم 90-109، مؤرخ في 19 أبريل 1990، ج ر عدد (16)، بتاريخ 18 أبريل 1990، والمرسوم التشريعي رقم 93-06، مؤرخ في 19 أبريل 1993، ج ر عدد (25)، بتاريخ 25 أبريل 1993، والمرسوم التشريعي رقم 93-14 مؤرخ في 04 ديسمبر 1993، ج ر عدد (80)، بتاريخ 05 ديسمبر 1993، والأمر رقم 95-10، مؤرخ في 25 فبراير 1995، ج ر عدد (11)، بتاريخ 29 أبريل 1995، والقانون رقم 01-08، مؤرخ في 26 يونيو 2001، ج ر عدد (34)، بتاريخ 27 يونيو 2001، والقانون رقم 04-14، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر عدد (71)، بتاريخ 10 نوفمبر 2004، والقانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر عدد (84)، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، والأمر رقم 11-02، مؤرخ في 23 فبراير 2011، ج ر عدد (12)، بتاريخ 23 فبراير 2011.

595- وهو ما كان معمول به في ظل سريان الأمر رقم 97-04 (الملغى) إذ كانت لجنة التصريح بالامتلاكات مؤهلة بتحويل الملف الى القضاء الجزائي مباشرة دون المرور بوزير العدل.

=

لمزيد من التفصيل أنظر هاملي محمد، مرجع سابق، ص 66.

من جهة أخرى، يقود هذا الأمر إلى التساؤل عن الجهة المختصة بتحويل الملفات التي تحوي مخالفات جزائية إلى وزير العدل، ذلك أن المشرع جعل هذه الصلاحية ضمن اختصاصات رئيس الهيئة⁵⁹⁶ وضمن اختصاصات مجلس اليقظة والتقييم⁵⁹⁷.

هذا التضارب يطرح مسألة الاختصاص وإجراءات إحالة الملفات الى وزير العدل بين ما إذا كان القرار يرجع الى رأي المجلس أو الى قرار رئيس الهيئة منفرداً⁵⁹⁸.

على صعيد آخر يمكن القول أن صلاحية البحث والتحري تتعارض مع الطابع الإداري للهيئة.

لذا ولتفادي عدم الانسجام، يبدو لنا أن الفقرة السابعة من المادة 20 يجب أن تصاغ بمفهوم التحريات الإدارية التي لا تكون لها حجية الضبط القضائي تماماً مثل المفتشية العامة للمالية وغيرها من الأجهزة الإدارية وبهذا المفهوم تقوم الهيئة بالبحث وطلب الوثائق والمعلومات من مختلف القطاعات فإذا اكتشفت وقائع ذات وصف جزائي يتم إحالتها إلى وزير العدل⁵⁹⁹.

وإما أن يمنح أعضاء الهيئة "صفة الضبط القضائي" بشكل صريح خاصة وأن المشرع في المادة 21 اعتبر عدم تزويد الهيئة بالمعلومات يشكل جريمة إعاقعة السير الحسن للعدالة وهذا

= وهو المعمول به أيضاً بالنسبة للهيئات التي تأخذ أوضاعاً قانونية متشابهة لوضع الهيئة كبورصة القيم المنقولة (المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المعدل والمتمم) ولجنة الإشراف على التأمينات (قانون رقم 06-04 المعدل والمتمم) من جهة أخرى ألزم قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتها الهيئة المختصة إرسال الملف إلى وكيل الجمهورية عندما تكون الوقائع المصرح بها مرتبطة بجريمة تبييض الأموال (المادة 16 من قانون رقم 05-01، المعدل والمتمم) لهذا السبب يرى بعض رجال القانون أن تكليف الوزير بمهمة تحريك الدعوى العمومية يجعل من الهيئة مجرد جهاز استشاري.

أنظر: أد. زوايمية رشيد، ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة...، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.
596- أنظر المادة 9 فقرة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

597- أنظر المادة 11 فقرة 7 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

598- هاملي محمد، مرجع سابق، ص 69.

599- تبنى المشرع الفرنسي بتاريخ 19-01-1993 قانوناً يتعلق بالوقاية من الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العمومية، وبتاريخ 20-01-1993 صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي قراراً بسحب مشروع هذا القانون سلطة التحري والتحقيق التي كان يزود بها الجهاز المركزي للوقاية من الفساد إذ جاء في القرار أن هذا الجهاز مدعو إلى ضمان إجراءات المعايينة والمتابعة والتحقيقات المتعلقة بجرائم الفساد ونفهم من ذلك أنه يساعد النيابة العامة على حسن سير التحريات التي يجريها ولا يجريها بنفسه.

لمزيد من التفصيل أنظر: سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 18.

يعني أنه اعتبر الهيئة من الأجهزة التي لها علاقة مباشرة بالقضاء⁶⁰⁰.

المطلب الثاني

المفتشية العامة للمالية هيئة رقابية كاشفة لجرائم الصفقات العمومية

ما يقوم به المحاسب العمومي من رقابة هو موضوع أو محل رقابة على مستوى آخر تمارسها هيئة أخرى تابعة دائماً لوزارة المالية هي المفتشية العامة للمالية.

تعتبر المفتشية العامة للمالية جهاز دائم للرقابة المالية، أحدثت بمقتضى المرسوم رقم 53-80⁶⁰¹ فاحتلت آنذاك مكانة متميزة، وضعت تحت السلطة المباشرة لوزير المالية ولا تزال كذلك.

وبتراجع النظام الاشتراكي وانهياره وتخلي الجزائر عن انتهاجه واعتناقها لاقتصاد السوق وتبني التعددية الحزبية، تعرضت المنظومة القانونية الجزائرية لسلسلة من الإصلاحات مست جميع الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية، على هذا الأساس، كان لابد من تطوير النصوص التنظيمية التي تنظم المفتشية العامة للمالية، كي تواكب المتغيرات والتطورات التي حدثت على المستويين الاقتصادي والقانوني.

قد تجلّى ذلك في كثير من النصوص التنظيمية ابتداءً من سنة 1991، إذ صدر المرسوم رقم 91-502⁶⁰² الذي يحكم موظفي المفتشية، وفي سنة 1992 صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-32⁶⁰³ المتعلق بتنظيم الهياكل المركزية لها، والرسوم التنفيذي رقم 92-33⁶⁰⁴ المتضمن

600- في حين جاء القانون الأردني صريحاً في هذه المسألة إذ أكد صراحة على "يكون للرئيس والأعضاء صفة الضبطية العدلية لغاية قيامهم بمهامهم، ويحدد المجلس الموظف في الهيئة الذي يتمتع بهذه الصفة".
- المادة 16 من قانون رقم 62، الصادر بتاريخ 03-10-2006 يتعلق بهيئة مكافحة الفساد بالأردن، سابق الإشارة إليه.

601- مرسوم رقم 53-80، مؤرخ في 1 مارس 1980، يتضمن إنشاء المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (10)، بتاريخ 1980.

602- المرسوم التنفيذي رقم 91-502، مؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الاقتصاد، ج ر عدد (67)، بتاريخ 23 ديسمبر 1991.

603- مرسوم تنفيذي رقم 92-32، مؤرخ في 20 جانفي 1992، يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (06)، بتاريخ 1992.

604- مرسوم رقم 92-33، مؤرخ في 20 يناير سنة 1992، يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج ر عدد (6)، بتاريخ 26 يناير 1992.

تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية وتحديد اختصاصاتها، والمرسوم التنفيذي رقم 92-78⁶⁰⁵ المحدد لاختصاصات المفتشية وبموجبه ألغي المرسوم رقم 80-53.

في سنة 2007 صدر المرسوم التنفيذي رقم 07-364⁶⁰⁶ المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، الذي نص في المادة الأولى منه على أن "المفتشية العامة للمالية يحكمها نص خاص".

تطبيقا لهذا المرسوم صدرت نصوص تنظيمية جديدة تتعلق بتنظيم المفتشية العامة للمالية⁶⁰⁷، وحدد المرسوم التنفيذي رقم 08-273⁶⁰⁸ تنظيم هيكلها المركزية، وأما المرسوم التنفيذي رقم 08-274⁶⁰⁹ فقد تضمن تنظيم المفتشيات الجهوية التابعة لها.

الواضح أن التنظيم القانوني للمفتشية العامة للمالية لم يأت بشكل متكامل دفعة واحدة، بل تكامل عبر مراحل تبعا للتطور الحاصل في مفهوم الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في الدولة.

إن التنظيم الداخلي لأية هيئة أو جهاز يعد دعامة الأساسية، فهو بمثابة العمود الفقري للجسم وبقدر ما يكون هذا التنظيم محكما ومتوازنا، بقدر ما يكون عمل الهيئة أو الجهاز ناجعا وفعالا، وعلى النقيض من ذلك، فإذا كان التنظيم الداخلي للهيئة أو الجهاز مختلا، كان عمل الجهاز يتصف بالشكلية والسطحية وقليل الفعالية.

لذلك لكي يكون بالإمكان بحث مجال وطبيعة الرقابة الممارسة من قبل المفتشية العامة للمالية في الجزائر ومدى نجاعتها بشكل واضح، يصبح من الضروري بحث التنظيم الهيكلي لهذه المفتشية على المستوى المركزي وعلى المستوى الجهوي، لكن أكثر ما يهم هو معالجة مجال تدخل المفتشية العامة للمالية، خاصة وأن المشرع أعطاها أهمية بالغة.

605- مرسوم تنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992، يحدد إختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (15)، بتاريخ 24 فيفري 1992.

بموجب هذا المرسوم ألغيت جميع أحكام المرسوم رقم 80-53 ماعدا المادة الأولى منه وقد أعتبر هذا المرسوم من تاريخ صدوره إلى 2008 النص الأساسي للمفتشية.

606- مرسوم تنفيذي رقم 07-364، مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2007، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر عدد (75)، بتاريخ 2 ديسمبر 2007.

607- مرسوم تنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 9 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، بتاريخ 7 سبتمبر 2008.

608- مرسوم تنفيذي رقم 08-273، مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2008، يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، بتاريخ 7 سبتمبر 2008.

609- مرسوم تنفيذي رقم 08-274، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، يحدد تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، بتاريخ 7 سبتمبر 2008.

ومن أجل ضمان أداء فعال للدور الذي وجدت لأجله المفتشية العامة للمالية، عمل المشرع على توسيع نطاق تدخلها وذلك بتوسيع مجال الهيئات والأشخاص الخاضعة لرقابتها (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى عمل المشرع على توسيع صلاحياتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

توسيع مجال الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية العامة للمالية

تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 على أنه تمارس رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة، والجماعات الإقليمية، وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية. وتمارس الرقابة أيضا على:

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.
- هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري وكذا كل الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة أو الهيئات العمومية.
- كل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها القانوني.

وجاء في المادة 3 من المرسوم ذاته بأنه "تراقب المفتشية العامة للمالية استعمال الموارد التي جمعتها الهيئات أو الجماعات مهما كانت أنظمتها القانونية...".

فالمفتشية العامة للمالية وفقا لما سبق لها مجال تدخل واسع قصد مراقبة التسيير المالي والمحاسبي لكل من:

- مصالح الدولة

مصالح الدولة كما هو معلوم كثيرة ومتنوعة، منها المركزية كالوزارات ومنها غير مركزية كالمصالح الخارجية التابعة للوزارات المتمثلة في المديريات المتواجدة على المستوى الجهوي والوطني.

- الجماعات الإقليمية

وفقا لما جاء في المادة 15 من دستور 1996، فالجماعات الإقليمية هي الولاية والبلدية.

فالولاية طبقا لما نصت عليه المادة الأولى من القانون المنظم لها هي "جماعة عمومية إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتشكل مقاطعة إدارية للدولة"⁶¹⁰.

610- قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد (12)، بتاريخ 29 فيفري 2012.

أما البلدية فهي "جماعة إقليمية أساسية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"⁶¹¹.

فالولاية والبلدية بهذا الوصف هيئتان إقليميتان إداريتان عموميتان تتمتعان بالاستقلال المالي، نتيجة تمتعهما بالشخصية المعنوية ومن ثمة تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية في مجال التسيير المالي والمحاسبي.

- الأجهزة والهيئات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية

كافة الأجهزة والهيئات والمؤسسات العمومية الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، بصرف النظر عن تسميتها وطبيعة نشاطها تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية فيما يخص تسييرها المالي والمحاسبي⁶¹².

- الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

لم يستثن المشرع تدخل المفتشية العامة للمالية بالنسبة للهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري⁶¹³ باعتبار أموال هذه الهيئات عمومية، أو تساهم الدولة فيها بأموال عمومية.

- هيئات الضمان الاجتماعي

هيئات الضمان الاجتماعي هيئات عمومية، تتمتع بالشخصية المعنوية ذات تسيير خاص، تنظمها الإداري محدد عن طريق التنظيم وتتصف بأنها تابعة للنظام العام الإجباري للتأمين على اختلاف أنظمتها الاجتماعية، هذه الهيئات تخضع في مجال التسيير المالي والمحاسبي لرقابة المفتشية العامة للمالية.

- الهيئات والجمعيات مهما تكن أنظمتها القانونية

كما تمتد رقابة المفتشية العامة للمالية لتمارس فقط على التسيير المالي والمحاسبي الخاص باستعمال الموارد التي جمعتها الهيئات أو الجمعيات على اختلاف أنظمتها.

- الأشخاص المعنوية المستفيدة من المساعدات المالية

يمكن أن تمتد رقابة المفتشية العامة فيما يخص التسيير المالي والمحاسبي إلى كل شخص

611- أنظر المادة الأولى من قانون رقم 10-11، مؤرخ في 22 يونيو...، سابق الإشارة إليه.

612- فنينش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 196.

613- حاول المشرع تعريف الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في القانون رقم 88-01 إذ نص في المادة 44 منه على "عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعباءها الاستغلالية كلياً أو جزئياً عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري ينجز طبقاً لتعريف معدة مسبقاً ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها، وكذا عند الإقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، فإنها تأخذ تسمية "هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري".

معنوي تمنح له مساعدات مالية من الدولة أو جماعة إقليمية أو هيئة عمومية⁶¹⁴.

- المؤسسات العمومية الاقتصادية

لقد بدأ الأمر بمد رقابة المفتشية العامة للمالية للمؤسسات الاقتصادية عن طريق تأهيلها لممارسة رقابة التقييم الاقتصادي والمالي وانتهى بجعل تسييرها خاضعا بصفة أساسية لعمليات الرقابة والتدقيق الممارسة من قبل المفتشية العامة للمالية⁶¹⁵.

ولم يكتف المشرع بالنصوص التنظيمية التي تجعل رقابة المفتشية العامة للمالية للمؤسسات العمومية الاقتصادية رقابة مشروطة وثانوية، بل جعل تسيير هذه المؤسسات خاضعا بصفة أساسية لعمليات الرقابة والتدقيق التي تمارسها المفتشية⁶¹⁶.

يتضح جليا إتساع مجال تدخل المفتشية العامة للمالية، إذ يشمل كامل القطاع العمومي بل ويتعداه ليشمل جوانب من القطاع الخاص الذي يستفيد من المساعدات التي تقدمها الدولة وهيئاتها العمومية.

واتساع مجال تدخل المفتشية العامة للمالية لم يكن وليد الساعة، وإنما جاء نتيجة تطور مسارها منذ نشأتها سنة 1980 وهو أمر طبيعي، لأن إنشاء أي جهاز في بداية الأمر يكون بكيفية حذرة على سبيل التجربة وعند اكتسابه للخبرة والإمكانيات البشرية والمادية يتم توسيع مجال تدخله⁶¹⁷.

وبذلك يكون للمفتشية العامة للمالية صلاحيات واسعة، تشمل جميع الهيئات والمؤسسات العمومية وحتى الخاصة المستفيدة من الدعم، وبذلك يتسع مجال تدخل المفتشية العامة للمالية

614- أنظر المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 9 سبتمبر 2008...، سابق الإشارة إليه. والمادة 2 فقرة 2 من المرسوم رقم 80-53، مؤرخ في 1 مارس 1980...، سابق الإشارة إليه.

كما تخضع هذه الأشخاص المعنوية لرقابة المفتشية العامة للمالية في فرنسا. أنظر:

CHAUVEL François, Finance publiques, 10^{ème} édition, Gualino éditeur, Paris, 2007, P 174.

615- يقصد بتأهيل المفتشية العامة للمالية لممارسة رقابة التقييم الاقتصادي والمالي، إكتسابها للصفة القانونية التي تؤهلها ممارسة رقابة التقييم الاقتصادي والمالي إذا طلب منها من طرف الهيئات المختصة كالوزارة كل فيما يخص قطاعه سواء كان ذلك على مستوى نشاط اقتصادي كامل أو كان ذلك على مستوى قطاعي.

لمزيد من التفصيل أنظر فنيش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 198.

616- بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-96، مؤرخ في 22 فبراير سنة 2009، يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (14)، بتاريخ 04 مارس 2009.

617- كما تم بالنسبة للمفتشية العامة للمالية في فرنسا، إذ كان نشاطها محدود عند إنشائها سنة 1816 ثم بدأ يتوسع حتى بلغ ما هو عليه الآن، باستثناء التراجع الطفيف الذي حصل سنة 1982، فيما يخص إخراج المتصرفين الإداريين للجماعات المحلية من مجال رقابتها.

ليشمل جميع الهيئات المنصوص عليها في المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية.

وفي مواجهة جميع المحاسبين العموميين وأعاونهم، بما في ذلك المحاسبين العسكريين⁶¹⁸ وهو أمر إيجابي يقوي رقابة المفتشية على جميع المحاسبين دون استثناء⁶¹⁹.

الفرع الثاني

توسيع صلاحيات المفتشية العامة للمالية

ينحصر تدخل المفتشية العامة للمالية بشكل أساسي في الرقابة على التسيير المالي والمحاسبي وعمليات رقابة التدقيق.

تعدّ رقابة التسيير المالي والمحاسبي المهمة الأساسية للمفتشية العامة للمالية وهي رقابة إدارية كلاسيكية مفاجئة مرافقة لتنفيذ النفقات العمومية، تنصب على مراجعة جميع العمليات التي يقوم بها المحاسبون العموميون على اختلاف رتبهم ومهامهم ترمي إلى التحقق من أن الإدارات والأجهزة الخاضعة للرقابة -السالف ذكرها- تنجز أعمالها وفقا لما هو مرسوم لها، فهي رقابة تهدف إلى التحقق من أن جميع العمليات المالية والمحاسبية تتم على النحو المرسوم قانونا وذلك بخصوص العمليات الآتية:

- شروط تطبيق التشريع المالي والمحاسبي.
- التسيير المالي والمحاسبي.
- إبرام الصفقات والطلبات العمومية وتنفيذها.
- دقة الحسابات وصدقها وانتظامها.
- مستوى الإنجازات مقارنة مع الأهداف المسطرة سلفا.
- شروط تعبئة الموارد المالية.
- تسيير اعتمادات الميزانية وكيفية استعمال وسائل هذا التسيير.
- شروط منح المساعدات والإعانات التي تقدمها الدولة والجماعات المحلية والهيئات

618- وهو ما جاء النص عليه في المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 التي جاء فيها "عندما تجرى عمليات الفحص على ملفات محاطة بسر الدفاع الوطني، تقوم الوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية بتحرياتها تبعا لرسالة مهمة مشتركة بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالدفاع الوطني".

619- وبذلك يكون المشرع الجزائري قد خالف ما هو جاري به العمل في فرنسا، فرقابة المفتشية لا تمتد إلى المحاسبين العسكريين وإنما يخضعون لتفتيش خاص يضمه مراقبون عسكريون. لمزيد من التفصيل أنظر:

CHAUVEL François, op cit, P 173.

والمؤسسات العمومية، وكذا شروط وكيفيات استعمال هذا المنح.

• تطابق النفقات المسددة مع الأهداف المسطرة لطلب الهبة العمومية⁶²⁰.

لكن أكثر ما يهم هو كيفية تدخل المفتشية العامة للمالية بخصوص الصفقات العمومية وبتعبير آخر دور المفتشية العامة للمالية في رقابة الصفقات العمومية وكشف الجرائم المرتكبة في حقها.

يكون ذلك بفحص الصفقة من الناحية الشكلية والموضوعية بالكيفية التالية:

- فحص الصفقة العمومية من الناحية الشكلية

يتم فحص المفتشية العامة للمالية للصفقة العمومية من الناحية الشكلية بالتأكد من العناصر الآتية:

- البحث والاستفسار عن الطريقة التي حدّدت بها الاحتياجات العمومية⁶²¹.
- الإطلاع على دفتر الشروط قصد معرفة مختلف الشروط التي وضعتها الهيئة المعنية بالرقابة.
- البحث عن طريقة إبرام الصفقة، فلو تم إبرامها عن طريق التراضي فعليها البحث عن الأسباب التي أدت إلى اللجوء إلى التراضي وفقاً لما هو محدد في تنظيم الصفقات العمومية.
- معرفة الأهداف التي ترمي الصفقة إلى تحقيقها.
- معرفة تاريخ إبرام الصفقة لتتمكن بعدها التعرف على الرصيد المتبقي في حساب الهيئة المعنية بالرقابة.
- التأكد من وجود أفعال أو ممارسات تخل بمبادئ إبرام الصفقات العمومية.
- فحص سجل العروض والتأكد من أنه مرقم ومؤشر عليه والتأكد من تسجيل كل الأظرفة حسب تاريخ وصولها.
- معرفة تاريخ إبرام الصفقة.

620- أنظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 9 سبتمبر 2008...، سابق الإشارة إليه. والمادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992...، سابق الإشارة إليه.

621- ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة تحديد وتقدير احتياجاتها الفعلية المرغوب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية وهي مرحلة مهمة في حياة المشروع، تؤكد المادة 48، تمر بمسار طويل تتحدد معالمه بإحصاء الاحتياجات وتحليل المعطيات وضبط الحاجيات بدقة وإنجاز الدراسات المطلوبة ونظراً لأهمية هذه المرحلة تتدخل المفتشية العامة للمالية.

لمزيد من التفصيل أنظر: بلحيرش سمير، مرجع سابق، ص 56-57.

- فحص الصفقة من الناحية الموضوعية

- يتم فحص الصفقة العمومية من الناحية الموضوعية من خلال العناصر الآتية:
- التأكد من مطابقة العروض لدفتر الشروط، والتأكد من أن اختيار المتعامل المتعاقد قد تم باحترام المعايير والمقاييس المنصوص عليها قانوناً.
 - فحص محضر اللجنة والتحقق من وجود قرار تعيينها وصلاحياتها.
 - مراقبة مراحل إبرام الصفقة العمومية بمراقبة مدى احترام النصوص التنظيمية المعمول بها في هذا المجال.
 - رقابة عملية التنفيذ التي تتم عن طريق رقابة العمليات المالية المنجزة أثناء فترة الرقابة.
 - الكشف عن المخالفات المتعلقة بتنفيذ الصفقة.
 - فحص عمليات تمديد الأجل، والتأكد إن كانت الأشغال قد أجريت في الآجال المحددة أم لا⁶²².
 - ومن أجل مكافحة الصفقات المشبوهة خول المشرع المفتشية العامة للمالية استعمال معايير المحاسبة وتدقيق الحسابات المعمول بها في القطاع الخاص، عن طريق حظر الأعمال الآتية:
 - إجراء معاملات دون تقييدها أو تدوينها في الدفاتر.
 - تسجيل نفقات وهمية، أو قيد التزامات مالية دون تبين غرضها الحقيقي.
 - استخدام مستندات مزيفة.
 - الإلتفاف العمدي لمستندات المحاسبة قبل انتهاء الآجال المنصوص عليها قانوناً⁶²³.
 - لكي تتحقق المفتشية العامة للمالية من توافر العناصر الشكلية والموضوعية وأن الصفقة قد تم إبرامها احتراماً للنصوص القانونية، خولها المشرع التدخل عن طريق مفتشيها قصد القيام بمراجعة جميع العمليات التي قام بها المحاسبين العموميين، وذلك بإجراء رقابة وتفتيش على النحو الآتي:
 - الحصول على كل مستند أو وثيقة ضرورية، بما في ذلك التقارير التي تعدها أية هيئة رقابية وأية خبرة خارجية.
 - طلب معلومات سواء كان بصفة شفوية أو كتابية.
 - التنقل إلى عين المكان للقيام بأي بحث وإجراء أي تحقيق بغرض رقابة التصرفات أو العمليات المسجلة في الحسابات.

622- زقوران سامية، الرقابة الخارجية على أعمال المؤسسات العامة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 53.

623- أنظر المادة 14 فقرة 5 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

- الإطلاع على كافة السجلات والمعطيات مهما كان شكلها.
- التأكد من صحة المستندات المقدمة وصدق المعطيات والمعلومات المبلغة⁶²⁴.
- إن عملية التفتيش هذه تتم بشكل مفاجئ ودون توجيه أي إشعار للهيئة الخاضعة للرقابة.
- وقد تم النص على قاعدة الفجائية في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 بأنه
- تتم تدخلات المفتشية العامة للمالية في عين المكان وعلى الوثائق تكون الفحوص والتحقيقات فجائية...⁶²⁵**
- ومن أجل تسهيل مهام المفتشية العامة للمالية، يتعين على الهيئات والمصالح الخاضعة للرقابة توفير ظروف العمل اللازمة لأداء المفتشين لمهامهم⁶²⁶ وذلك بالالتزام بما يأتي:
- تزويد المفتشين بكل السجلات والأوراق والإثباتات والوثائق الخاصة بذلك.
- الإجابة عن كافة مطالب المفتشين المتعلقة بالمعلومات الضرورية لعملهم ولا يمكنهم التخلص من هذه المطالب بدافع احترام التدرج السلمي أو السر المهني أو الطابع السري للوثائق المطلوب الإطلاع عليها، أو العمليات التي تجري عليها عمليات المراقبة⁶²⁷.
- الالتزام بتمكين المفتشين الإطلاع على كل الوثائق، قصد استكمال هؤلاء المفتشين لأبحاثهم واستخلاص نتائجها.
- وعدم تقيد أي مسير من المسيرين بالالتزام من الالتزامات المبينة أعلاه، يكون موضوع إعدار يبلغ للسلطة الرئاسية للمعني أو للسلطة الوصية عليه.
- وإذا لم يكن لهذا الإعدار أثر خلال ثماني أيام الموالية له، يحرر المسؤول المختص للوحدة العملية للمفتشية العامة للمالية، محضر قصور ضد العون المعني أو رئيسه السلمي ويرسله إلى السلطة السلمية أو السلطة الوصية التي عليها القيام بمتابعة ذلك⁶²⁸.
- وهذا يعني في واقع الأمر إضاعة جهود المفتش المختص ومن خلاله جهود المفتشية
-
- 624- فنينش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 207.
- 625- المبدأ ذاته أكدت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992...، سابق الإشارة إليه.
- 626- أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992...، سابق الإشارة إليه. والمادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 9 سبتمبر 2008...، سابق الإشارة إليه.
- 627- باستثناء الملفات المتعلقة بالدفاع الوطني التي يجري المفتشون تحرياتهم بشأنها حسب التعليمات المشتركة بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالدفاع الوطني. أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992...، سابق الإشارة إليه. والمادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، السابق الإشارة إليه.
- 628- أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، السابق الإشارة إليه.

العامة للمالية دون جدوى⁶²⁹.

ما يميز دور المفتشية العامة للمالية، أن عملها يبدأ في شكل رقابة مالية يتسع مجالها ويتنوع موضوعها وتتعدد سلطاتها في مواجهة الهيئات والأشخاص الخاضعين لرقابتها وقد ينتهي بخصوص الصفقات العمومية - محل الدراسة - الكشف عن وجود صفقات تمت بصفة مشبوهة تنبأ بارتكاب جريمة من جرائم الصفقات العمومية.

فالتدخلات التي تجريها المفتشية العامة للمالية لا يمكن إنكار أهميتها، لذلك يمكن القول: أن التحقيقات الفجائية التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية تكون ذات هبة واحترام خاصة على المحاسبين العموميين، فتكون لديهم الحرص الشديد على تسيير الأموال العمومية نتيجة الخوف من التفتيش المفاجئ.

فضلا عن ذلك فإن سعة مجالات تدخل المفتشية والموضوعات التي تنصب عليها رقابتها، تدفع كافة المؤسسات والإدارات العمومية وحتى الخاصة المستفيدة من الدعم المالي للدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية الالتزام بمسك المستندات الإدارية والمالية والمحاسبية وإنجاز العمليات المالية والمحاسبية المتعلقة بتنفيذ نفقاتها وفقا لما تقتضيه النصوص القانونية.

وما يهم دائما تلك الهيئات المخول لها إبرام الصفقات العمومية، فرقابة المفتشية العامة للمالية على هذا النحو تشمل كل الهيئات المنصوص عليها في المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

فضلا عما تقدم فإن تقارير المفتشية العامة للمالية تعدّ من قبل مختصين وخبراء تشمل جميع المجالات والموضوعات التي تخضع لرقابتها وهي واسعة، لذا تشكل أرضية خصبة يعتمد عليها عند تعديل وتطوير النصوص القانونية والتنظيمية قصد ترشيد النفقات العمومية بوجه خاص، ومعالجة جميع القضايا الاقتصادية والمالية والمحاسبية بوجه عام⁶³⁰.

ومع ذلك فإن هناك نقائص تتعلق بسعة مجالات تدخل المفتشية العامة للمالية والموضوعات التي تنصب عليها رقابتها التي تؤثر سلبا على عملها في هذا الخصوص،

629- لذلك كان أجدر بالمشروع الجزائري أن يقتدي بما هو عليه الحال في فرنسا مفاده أن كل عرقلة لرقابة المفتشية العامة للمالية، يؤدي إلى فرض غرامة مالية تقدر بحوالي 15200 أورو زيادة على ذلك يمكن لوزير المالية عرض الأمر على وكيل الجمهورية.

لمزيد من التفصيل أنظر: فنيش محمد الصالح الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 219-220.

630- أنظر نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 9 سبتمبر 2008...، سابق الإشارة إليه.

ويمكن إجمالها فيما يلي:

- إن التحقيقات التي تجريها المفتشية العامة للمالية لاسيما الفجائية منها وإن كانت وسيلة ضغط على المحاسبين إلا أن إجراءاتها غير منتظم، ينقص في الواقع من فعاليتها، فضلا أنه في غالب الأحيان يتم إعلام الهيئات محل الرقابة الشيء الذي يفقد صفة الفجائية قيمتها القانونية والعملية.

يضاف إلى ذلك نقص العدة والإمكانات التي تملكها المفتشية العامة للمالية، خاصة على المستويات الجهوية، الأمر الذي يؤثر سلبا على إنجاز العمليات الرقابية المبرمجة وغير المبرمجة والمهمات خارج الدوائر الإقليمية الموكلة لهذه الجهات.

- كثرة النصوص المكملة غير الآمرة الواردة في جميع المراسيم المنظمة للمفتشية العامة للمالية منذ نشأتها إلى اليوم التي أثرت وستبقى تؤثر سلبا على نجاعة مهامها، لأنها تجعل العديد من القطاعات تفلت من رقابتها، وكمثال لتوضيح ذلك ما نصت عليه المادة 3 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 التي جاء فيها **يمكن أيضا أن تمارس رقابتها على كل شخص آخر يستفيد من المساعدة المالية في الدولة أو جماعة محلية أو هيئة عمومية بصفة تساهمية أو في شكل إعانة أو قرض أو تسبيق أو ضمان**⁶³¹.

- إذا كان المرسوم التنفيذي رقم 09-96 الذي تضمن تحديد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، يكتسي أهمية كبيرة في جعل هذه المؤسسات تخضع من حيث تسييرها لرقابة المفتشية العامة مباشرة ودون طلب من الجهات المعنية، إلا أن هذا المرسوم يعد تكرارا في جميع مواد عدا المادة الأولى منه للمرسوم رقم 08-272 المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية.

لذلك كان من الأجدر بالمشروع أن ينص على مد رقابة المفتشية العامة للمالية إلى كل ما يتعلق بتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية مباشرة في المرسوم رقم 08-272 تجنباً للتكرار.

ورغم تمتع المفتشية بصلاحيات واسعة للتحري والكشف عن جرائم الصفقات العمومية عن طريق الفحص والمعاينة، لكنها تبقى غير مستقلة كونها وضعت تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، رغم أنها كلفت بالرقابة اللاحقة على تنفيذ العمليات المالية.

فمتابعة جرائم الصفقات العمومية بدءاً من الكشف عنها، يستوجب وجود هيئات مستقلة

631- كما يمكن الاطلاع على باقي النصوص المكملة أنظر على سبيل المثال المواد : 4، 10 فقرة 2، 13 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-502، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991،... سابق الإشارة إليه.

مدعمة بوسائل قانونية فعالة، خاصة وأن هذه الجرائم يرتكبها الموظفون العموميون مستغلين الوظيفة العامة لتحقيق أغراض شخصية، بعيدة عن المصلحة العامة⁶³².

لكن دور المفتشية العامة للمالية في هذه النقطة بالذات لا يحقق الغرض، إذ ينحصر في الرقابة الميدانية، ومن ثمة الكشف عن مكامن الجريمة دون حق اتخاذ أي حكم أو قرار، سوى إعداد تقارير وإيصالها إلى وزير المالية الذي كان هو بالأصل من أخطرها للتدخل.

فالمفتشية العامة لا تملك توقيع العقاب، ولا تحريك الدعوى العمومية، فالمخول له ذلك هو الوزير المكلف بالمالية، وفي هذا الصدد يقول أحد كتاب القانون الفرنسي

"un contrôle qui n'est pas suivi de sanction est un contrôle inefficace"

فضلاً عن غياب التناسق بين عمل المفتشية العامة للمالية وباقي الهيئات التي تقوم بدورها في كشف جرائم الصفقات العمومية.

كما أن محققي المفتشية يحققون ويفحصون في مدى تطابق تسيير الأموال العمومية التي تقدر بالملايين مقابل أجر لا يلائم صعوبة المهام الموكلة لهم⁶³³، مما يجعلهم عرضة للرشوة.

وتبقى رقابة المفتشية العامة للمالية ذات فعالية نسبية، رغم تمتعها بصلاحيات رقابية واسعة مجالا وموضوعا.

وحتى لا تتكرر جهود المشرع ومساعيه، يبقى للمفتشية دوراً هاماً على الأقل في كشف مكامن المخالفات والجرائم، رغم ما يعترضها من نقائص تنعكس سلباً على فعاليتها ونجاعتها⁶³⁴.

المطلب الثالث

مجلس المحاسبة مؤسسة عليا لكشف جرائم الصفقات العمومية

مكافحة الفساد أحد أهم التحديات الملقة على عاتق الدولة، التي تسعى جاهدة لمجابهته ومنع انتشاره في جسم المعاملات وصولاً إلى الحكم الرشيد.

إن التأمل في النظام الجزائري يفيد التزام الدولة بمكافحة الفساد، إذ عهدت قوانينها لعدة

632- حمدي سليمان القبيلات، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 15.

633- خير الدين فايزة، فقير محمد، الرقابة على النفقات العمومية، أبحاث في الإصلاح المالي، دار بلقيس الجزائر، 2010، ص 246.

634- فنيش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 255.

مؤسسات مكلفة بالرقابة مهمة حماية المال العام ومحاربة المخالفات المالية والإضرار بالخزينة العمومية.

ومن أهم هذه المؤسسات "مجلس المحاسبة" المكلف بالرقابة البعدية للأموال العمومية فتم التنصيص على إنشائه بموجب دستور 1976⁶³⁵، وأكدته الدساتير المتعاقبة حتى دستور 28 نوفمبر 1996، الذي أقر بموجب المادة 170 منه على "يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية".

وبعد طول انتظار صدر النص المتعلق بإنشاء هيئة مجلس المحاسبة سنة 1980 بموجب قانون رقم 80-05⁶³⁶، وجاء في نص المادة 3 على أنه "يوضع مجلس المحاسبة تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية وهو هيئة ذات صلاحيات قضائية وإدارية مكلفة بمراقبة مالية الدولة...".

ليعدل هذا النص بعدها تعديلا جذريا يعد انتكاسة حقيقية مست مجلس المحاسبة في جوهر كيانه وذلك بموجب القانون رقم 90-23⁶³⁷، إذ انتزع منه الصلاحيات القضائية وجعله مجرد هيئة إدارية مستقلة للرقابة اللاحقة وأغفل إغفالا تاما الرقابة القضائية.

كما أخرج من دائرة اختصاصه رقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية وختمها بنزع الحصانة القضائية عن أعضائه وجعلهم مجرد موظفين عموميين.

غير أن هذه الانتكاسة لم تدم طويلا فتم تعديل نص القانون وأعيدت للمجلس الصلاحيات القضائية واختصاصاته الرقابية، وذلك بموجب الأمر رقم 95-20⁶³⁸ الساري المفعول حاليا، المعدل بموجب الأمر رقم 10-02 الذي سيكون محور الدراسة.

مجلس المحاسبة مؤسسة مكلفة بالرقابة البعدية على إنفاق الأموال العمومية وحمايتها من

635- أنظر المادة 190 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 22 نوفمبر 1976 التي جاء فيها "يؤسس مجلس المحاسبة مكلف بالمراقبة اللاحقة لجميع النفقات العمومية للدولة والحزب والمجموعات المحلية والجهوية والمؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها يرفع مجلس المحاسبة تقريرا سنويا إلى رئيس الجمهورية...".

636- قانون رقم 80-05، مؤرخ في 1 مارس 1980، المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ج ر عدد (20)، بتاريخ 1980.

637- قانون رقم 90-23، مؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة، ج ر عدد (53)، بتاريخ 5 ديسمبر 1990.

638- أمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة ج ر عدد (39)، بتاريخ 23 جويلية 1995 معدل ومتمم بأمر رقم 10-02، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد (50)، بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

التبديد وسوء التسيير ومختلف الاستعمالات اللاقانونية التي تضر بالمصالح المالية للدولة. وباعتبار الصفقات العمومية أهم النفقات العمومية وأحد أهم وأخصب المجالات التي يصرف فيها المال العام، فرقابة مجلس المحاسبة على الصفقات يعتبر أمراً مفروضاً، إذ يلعب دوراً مهماً في كشف التجاوزات المالية والمخالفات المتعلقة بالنصوص التشريعية والتنظيمية. ولكي يقوم المجلس بهذه المهمة الرقابية المتميزة بأهميتها وسعة مجالها وتنوعها، زوده المشرع بهياكل وأجهزة تتناسب مع هذه المهمة (الفرع الأول)، كما عمل على توسيع تدخلات المجلس لتشمل مجالات مختلفة محاصرة للفساد وتعزيز آليات مكافحته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

هيكلية المجلس بما يتناسب واختصاصاته

باعتبار مجلس المحاسبة هيئة ذات طبيعة إدارية وقضائية، فتشكله وهيكلته ذات طابع متميز فيتكون من هياكل رئيسية وجدت لتقوم بالمهام القضائية (أولاً)، ومن جهة أخرى يتضمن هياكل إدارية مساعدة للأجهزة القضائية الرئيسية (ثانياً).

أولاً - الأجهزة القضائية لمجلس المحاسبة:

تتضمن الهياكل الرئيسية رئاسة المجلس (1)، غرف المجلس (2)، كتابة ضبط المجلس (3)، النظارة العامة (4).

1- رئاسة المجلس

يأتي الرئيس على قمة هرم المجلس، وهو المسؤول الأول فيه والمتحدث باسمه والمشرف على جميع الصلاحيات المنوطة له، يعين بموجب مرسوم رئاسي من طرف رئيس الجمهورية يساعد نائب يعين هو الآخر بمرسوم رئاسي بناءً على اقتراح من رئيس المجلس⁶³⁹.

باعتبار الرئيس هو صاحب السلطة فيقوم بالتنظيم العام لكافة أشغاله، إذ ينسق أعمال المجلس ويتابعها عن طريق المذكرات المنهجية والتعليمات العامة والقرارات والأوامر⁶⁴⁰.

639- أنظر المادتين 3، 4 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995، ...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه. الانتقاد نفسه الموجه لأجهزة الرقابة الأخرى فتعيين رؤساء هذه الهيئات من طرف رئيس الجمهورية يجعل هذه الهيئات خاضعة لسلطته مما يمس بمبدأ الاستقلالية.

640- أنظر المادة 41 من الأمر السابق الإشارة إليه. والمادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج ر عدد (72)، بتاريخ 1995.

وحتى يتمكن رئيس المجلس من أداء مهامه، زوّد بديوان لمساعدته يتألف من رئيس ديوان ومديرين للدراسات يتم تعيين كل منهم بمرسوم رئاسي، توزع عليهم المهام من قبل رئيس المجلس⁶⁴¹.

أمّا عن مهام الديوان فهي كثيرة ومتنوعة إذ تشمل كافة الأعمال التي لا تدخل ضمن اختصاصات هيكل مجلس المحاسبة.

كما ينظم بناءً على طلب رئيس مجلس المحاسبة، كل مهمة تفتيش أو تحقيق إداري تقتضيها وضعية خاصة.

2- غرف مجلس المحاسبة

غرف المجلس هيكل أساسية، إذ يعتمد المجلس لممارسة وظيفة الرقابة على غرف تتوزع بين غرف ذات اختصاص وطني وغرف ذات اختصاص إقليمي، مع إمكانية تقسيم الغرف إلى فروع، وحسب المادة 9 من النظام الداخلي لمجلس المحاسبة يشمل المجلس ثمانية (8) غرف ذات اختصاص وطني وتسع (9) غرف ذات اختصاص إقليمي⁶⁴².

وكقاعدة عامة تحدد مجالات تدخل الغرف ذات الاختصاص الوطني فيما يلي:

- المالية.
- السلطة العمومية والمؤسسات الوطنية.
- الصحة والشؤون الاجتماعية والثقافية.
- التعليم والتكوين.
- الفلاحة والري.
- المنشآت القاعدية والنقل.
- التجارة والبنوك والتأمينات مع استثناء بنك الجزائر من رقابة مجلس المحاسبة⁶⁴³.
- الصناعة والمواصلات.

وغرف ذات اختصاص إقليمي تتولى الرقابة على الحسابات وتسيير الجماعات الإقليمية والهيئات والمؤسسات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة، فضلا عن إمكانية تكليف هذه الغرف

641- أنظر المادة 42 فقرة 1 من الأمر رقم 95-20 من الأمر السابق الإشارة إليه.

642- أنظر المادة 47 من الأمر السابق الإشارة إليه.

643- أنظر المادة 3 من الأمر رقم 10-02 المعدلة والمتممة لأحكام المادة 8 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995 التي جاء فيها "بغض النظر عن أحكام الفقرة الأولى أعلاه لا يخضع بنك الجزائر لرقابة مجلس المحاسبة".

بمساعدة الغرف ذات الاختصاص الوطني⁶⁴⁴ تقام هذه الغرف في عواصم الولايات الآتية: عنابة، قسنطينة، تيزي وزو، البليدة، الجزائر، وهران، تلمسان، ورقلة، بشار.

أما عن مجالات تدخل كل غرفة من الغرف الوطنية والإقليمية، فيتم تحديدها بقرار من طرف رئيس مجلس المحاسبة الذي يضبط أيضا انقسامها إلى فروع لا يتجاوز عددها أربعة فروع⁶⁴⁵.

على العموم تمارس الغرف والفروع الصلاحيات القضائية والإدارية بمناسبة الأعمال التقييمية والتحقيقات التي تتم في إطار اختصاصات مجلس المحاسبة.

وتخصص غرفة تتكفل بملفات الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية التي ترد إليها وفقا لما يقتضي به القانون.

ولتحقيق هذه المهام تنظم غرفة الانضباط في تشكيلة للتحقيق وتشكيلة للحكم وتترتب عن تحرياتها الجزاءات القضائية والإدارية، لذا تعدّ هذه الغرفة من أهم غرف المجلس.

3- كتابة ضبط مجلس المحاسبة

لمجلس المحاسبة كتابة ضبط تتكون من كاتب ضبط رئيسي يساعده كاتب ضبط للقيام بمهام كتابة الضبط تشبه كتابة ضبط الجهة القضائية⁶⁴⁶.

يُعدّ كاتب الضبط الرئيسي جدول أعمال جلسات المجلس، يدون القرارات المتخذة ويتولى مسك الجداول والسجلات والملفات زيادة على ذلك تتكفل كتابة الضبط بما يلي:

-تبليغ التقارير والمقررات والقرارات التي يصدرها مجلس المحاسبة.

-تسليم النسخ والمستخرجات من القرارات التي يصدرها المجلس.

-مسك الأرشيف المتعلق بممارسة الصلاحيات القضائية والإدارية والعمل على حفظها.

وعلى مستوى كل غرفة من غرف المجلس، يتم تعيين كاتب ضبط يتولى كتابة ضبط الغرفة وفروعها.

4- النظارة العامة

وتتولى مهام النيابة العامة في مجلس المحاسبة، يسند أمر النظارة العامة إلى الناظر العام

644- أنظر المادة 10 من الأمر رقم 10-02 المعدلة والمتممة لأحكام المادة 31 من الأمر السابق الإشارة إليه.

645- أنظر المادة 20 من الأمر السابق الإشارة إليه.

646- أنظر المادة 34 من الأمر السابق الإشارة إليه.

الذي يعين بمرسوم يساعده مساعدون يتراوح عددهم بين ثلاثة إلى ستة يمارسون مهامهم في مقر مجلس المحاسبة، وناظر مساعد إلى ناظرين مساعدين على مستوى كل غرفة إقليمية، يخضعون للسلطة الرئاسية للناظر العام⁶⁴⁷.

تزود النظارة العامة للمجلس بمصالح إدارية يشترك في تحديد صلاحياتها رئيس مجلس المحاسبة والناظر العام.

يتولى الناظر العام، باعتباره الرئيس الإداري الأعلى في النظارة العامة متابعة وممارسة الصلاحيات القضائية لمجلس المحاسبة ويمارس مهام الرقابة على تطبيق القوانين والتنظيمات المعمول بها.

فطبيعة الصلاحيات الموكلة للهيكل المشار إليها أعلاه هي صلاحيات أو اختصاصات قضائية، الأمر الذي يحتم إيجاد هياكل بطبيعتها تحمل وصف قضائي وهذا ما لاحظناه فعلا بالنسبة للغرف أو كتابة الضبط وحتى على مستوى النظارة العامة.

ثانيا - الهياكل الإدارية لمجلس المحاسبة:

لمجلس المحاسبة هياكل إدارية مساعدة للهيكل القضائية تتألف من الأمانة العامة (1) والأقسام التقنية (2) والمصالح الإدارية (3).

1- الأمانة العامة لمجلس المحاسبة

يسير الأمانة العامة لمجلس المحاسبة، الأمين العام بمساعدة مكتبين وأقسام تقنية ومصالح إدارية.

يتولى الأمين العام التسيير المالي لمجلس المحاسبة باعتباره الأمر بالصرف الرئيسي، كما يتولى تنشيط أقسام المجلس التقنية ومصالحه الإدارية ومتابعتها والتنسيق بينها بمساعدة مكاتب التنظيم العام والترجمة، تحت سلطة رئيس مجلس المحاسبة.

2- الأقسام التقنية

تتقسم الأقسام التقنية إلى قسمين، قسم تقنيات التحليل والرقابة (أ) وقسم الدراسات ومعالجة المعلومات (ب).

أ- قسم تقنيات التحليل والرقابة

يسير قسم تقنيات التحليل والرقابة مدير دراسات، بمساعدة أربع رؤساء دراسات، يساعد

647- أنظر المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر سنة 1995....، سابق الإشارة إليه.

كل منهم أربع مكلفين بالدراسات ويتم تعيين هؤلاء جميعاً بمرسوم رئاسي بناءً على اقتراح رئيس مجلس المحاسبة⁶⁴⁸.

يتولى قسم تقنيات التحليل والرقابة تحت إشراف مدير دراسات بتقديم الدعم الضروري لقيام المجلس بمهامه وتحسين أدائه⁶⁴⁹.

ب- قسم الدراسات ومعالجة المعلومات

يسير قسم الدراسات ومعالجة المعلومات مدير الدراسات يساعده أربعة رؤساء دراسات ويساعد كل منهم أربعة مكلفين بالدراسات، يعين هؤلاء جميعاً بمقتضى مرسوم رئاسي بناءً على اقتراح من رئيس مجلس المحاسبة⁶⁵⁰.

3- المصالح الإدارية

توضع المصالح الإدارية لمجلس المحاسبة تحت إشراف الأمين العام، تتمثل هذه المصالح في مديرية الإدارة والوسائل التي تتكون من المديرية الفرعية للمستخدمين، المديرية الفرعية للميزانية والمحاسبة، المديرية الفرعية للوسائل والشؤون العامة والمديرية الفرعية للإعلام الآلي وتضم كل مديرية فرعية مكتبين إلى أربعة مكاتب⁶⁵¹.

تكلف المصالح الإدارية لمجلس المحاسبة بالتسيير المالي للمجلس وكذا تسيير المستخدمين والوسائل المادية التابعة له⁶⁵².

طبيعة المهام الموكلة للهياكل السابقة إدارية أصبح على هياكلها الطابع الإداري، فالإزدواجية التي تتسم بها هياكل المجلس تعكس حقاً طبيعته المزدوجة باعتباره هيئة إدارية من جهة، وقضائية من جهة أخرى.

فالهياكل الإدارية للاختصاصات الإدارية وهياكل قضائية للاختصاصات القضائية.

648- أنظر المادتين 29، 33 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر سنة 1995...، سابق الإشارة إليه.

649- أنظر المادة 35 فقرة 2 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

650- أنظر المادة 33 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر سنة 1995...، سابق الإشارة إليه.

651- أنظر المادة 25، 30 من المرسوم السابق الإشارة إليه.

652- أنظر المادة 35 فقرة 4 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني

توسيع تدخلات المجلس محاصرة للفساد

إذا كان مجلس المحاسبة يتمتع بتنظيم داخلي يراعي تقسيم العمل ويتمتع بتشكيلة بشرية تضمن له الاستقلال والموضوعية والحياد والفعالية فهل ترتقي الرقابة الممارسة من طرف المجلس لمستوى الفعالية القادرة على محاصرة أشكال الفساد والممارسات غير القانونية التي تمس الأموال العمومية؟.

لمواجهة هذا التحدي تم توسيع رقابة مجلس المحاسبة بفحص وتدقيق ومراجعة مختلف العمليات المالية، التي ترتبط أساسا بالتدقيق في كفاءات تسيير الأموال والموارد العمومية من طرف الهيئات التي تدخل في نطاق اختصاصه (أولا)، ومدى مطابقة عملياتها المالية والمحاسبية للقوانين والتنظيمات (ثانيا)، ويبقى أهم تحدي رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية (ثالثا).

أولا - رقابة نوعية التسيير:

باعتبار مجلس المحاسبة مؤسسة عليا للرقابة البعدية، دعم دوره في حماية الأموال العمومية، لذا لا تقتصر رقابته على مظاهر معينة في تسيير الأموال العمومية، بل تشمل رقابة المجلس جميع أوجه نشاط الهيئات الخاضعة لرقابته.

لذلك فرقابة نوعية التسيير تهدف إلى التأكد من أن جميع الإجراءات تتم وفق السياسات المرسومة وأن الأهداف المقررة تتحقق بصورة فعالة وبكفاءة عالية.

نص المشرع على اختصاص مجلس المحاسبة برقابة نوعية التسيير في المادة 69 من الأمر رقم 95-20 إذ يراقب المجلس نوعية تسيير الهيئات والمصالح العمومية المذكورة في المواد من 7 إلى 10 من الأمر ذاته.

مقارنة بتنظيم الصفقات العمومية، فالهيئات المذكورة أعلاه هي تقريبا المذكورة في صلب المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وقد أحسن المشرع صنعا بما أن نفقات هذه الهيئات أغلبها محل صفقات عمومية، فيبرز بشكل جلي ضرورة تدخل مجلس المحاسبة لرقابة نوعية التسيير.

وبهذه الصفة يقدم التوصيات التي يراها ملائمة لتدعيم آليات الرقابة والحماية والتسيير الأمثل للمال العام والممتلكات العمومية ومنه حمايتها من الفساد، وتحسين فعالية ومردودية

المصالح والهيئات محل الرقابة ليتم بعدها إرسالها لمسؤوليها وعند الحاجة إلى سلطاتهم السلمية أو الوصية.

ثانيا - مراجعة حسابات المحاسبين العموميين:

لا تقتصر تدخلات مجلس المحاسبة على رقابة نوعية التسيير فحسب فمن جهة أخرى، يقوم بمراجعة حسابات المحاسبين العموميين ومدى مطابقتها للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة⁶⁵³.

يتولى المراجعة مقرر يعين من قبل رئيس الغرفة المتخصصة بمساعدة قضاة آخرين أو مساعدين تقنيين في مجلس المحاسبة ليقوم بالتدقيق في الحسابات والوثائق، وتمارس عملية الفحص والمراجعة هذه إما على مستوى الهيئة محل الرقابة وإما في مقر المجلس استناداً للسجلات والوثائق المحاسبية المؤدية لها. وقد يكون بصفة فجائية أو بعد تبليغ⁶⁵⁴.

للمجلس الحق في فحص مختلف المستندات والوثائق والسجلات المحاسبية والتقارير والمحاضر والتحقق من صحة العمليات المالية ومن أن أرقامها مقيمة في السجلات وأنها مؤيدة بالمستندات القانونية ومن ثم مراجعتها والتدقيق بصورة تمكنه من الوقوف على المركز المالي للمؤسسة أو الهيئة محل الرقابة⁶⁵⁵.

وبعد انتهاء المقرر من التدقيق في الحسابات والوثائق المرتبطة بالعملية، يدون نتائج معانياته وملاحظاته.

يقوم رئيس الغرفة بعدها إرسال التقرير إلى الناظر العام، ليقدم استنتاجاته الكتابية، ويعرض بعدها الملف على هيئة المداولة للنظر والبحث فيه بقرار نهائي إن لم يسجل أية مخالفة على مسؤولية المحاسب وقرار مؤقت في الحالات الأخرى.

وفي الحالة الأخيرة يبلغ القرار المؤقت إلى المحاسب المعني وله أجل شهر من تاريخ التبليغ لإرسال إجابته إلى مجلس المحاسبة، مرفقة عند الاقتضاء بكل المستندات الثبوتية لإبراء ذمته مع إمكانية تمديد أجل الشهر بطلب معلل من المحاسب المعني.

ورغم أهمية الرقابة التي يمارسها المجلس بخصوص نوعية التسيير أو بخصوص

653- أنظر المادتين 74 و75 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

654- أنظر المادة 14 من الأمر السابق الإشارة إليه.

655- زيوش رحمة، مرجع سابق، ص 226.

حسابات المحاسبين العموميين، لكن أكثر ما يهم رقابة الانضباط المتعلقة بتسيير الميزانية والمالية باعتبارها المجال الذي يتم فيه الكشف عن المخالفات المتعلقة بمجال الصفقات العمومية محل الدراسة، ورقابة المجلس في هذا المجال قضائية تنتهي بفرض جزاءات جزائية.

ثالثاً - رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية:

أهم دور يقوم به مجلس المحاسبة هو التأكد من احترام قواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، ويترتب على عدم احترامها أو خرقها جزاءات قضائية.

قد تكشف نتائج تحقيقات المجلس التي تضبطها الغرفة المختصة أن المخالفة التي ارتكبتها مسؤول أو عون ما تدخل في مجال المخالفات المالية⁶⁵⁶، الوارد ذكرها في نص المادة 88 من الأمر رقم 95-20.

صياغة النص السابق تبين بوضوح أن المشرع الجزائري أورد تعدادا للمخالفات على سبيل المثال لا الحصر وقد أحسن صنعاً بفعله هذا، ذلك أن المخالفات المالية من حيث التطبيق كثيرة ومتنوعة ولا يمكن حصرها حصراً دقيقاً وشاملاً وهي مجالات ينطبق الكثير منها على مجال الصفقات العمومية باعتبارها أهم النفقات العمومية⁶⁵⁷.

وفي هذه الحالة يوجه رئيس الغرفة نفسها⁶⁵⁸ تقريراً مفصلاً إلى الناظر العام وعند استلام هذا الأخير للتقرير وبعد تلقيه المعلومات، يمكن أن يقرر بأنه لا مجال للمتابعات ويقوم بحفظ الملف بقرار معلل قابل للإلغاء⁶⁵⁹.

656- لاشك أن تعريف المخالفة المالية وتحديد مدلولها بشكل واضح يمثل أهمية كبيرة لأجهزة الدولة، حتى يتيسر الأمر عليها وعلى أجهزة الرقابة على حد سواء ورغم ذلك فالمشرع الجزائري كغيره لم يعرفها واكتفى في الأمر رقم 95-20، بتعداد الحالات التي يعتبرها مخالفات مالية، لذا حاول بعض الفقهاء إيجاد تعريف لها لتمييزها عن المخالفة الإدارية. إذ عرفها الأستاذ سليمان محمد الطماوي في معرض حديثه عن الجريمة التأديبية بأنها "كل مخالفة يترتب عنها ضياع حق مالي للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام أو من شأنها أن تؤدي إلى ذلك" كما عرفها الدكتور مختار عثمان بأنها "كل إخلال بالقواعد والأحكام المالية المقررة، أو كل إهمال أو تقصير يترتب عنه ضياع حق من الحقوق المالية للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى، أو من شأنه أن يؤدي إلى ذلك".

نقلاً عن فنينش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 475.

657- أنظر الفقرات 2، 3، 4، 5، 7، 12 ولاسيما الفقرة 13 من المادة 88 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

658- المقصود هنا غرفة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية التي تعد أهم غرف مجلس المحاسبة.

659- ويكون ذلك أمام تشكيلة خاصة تتكون من رئيس غرفة ومستشارين اثنين في مجلس المحاسبة على أن يُطلع رئيس الغرفة المهنية بذلك.

أنظر المادة 94 فقرة 3 من الأمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

لكن إذا قرر الناظر العام المتابعة يحضر الاستنتاجات التي توصل إليها كتابياً، ويرسل ملف القضية إلى رئيس غرفة الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية بغرض افتتاح التحقيق⁶⁶⁰.

يُعين رئيس غرفة الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية مقررًا يكلف بالتحقيق في الملف، ويخطر الشخص المتابع فوراً برسالة موصى عليها لأن التحقيق يكون حضورياً⁶⁶¹.

يقوم المقرر بأعمال التحقيق التي يراها ضرورية، وتحقيقاً لهذا الغرض يمكنه الاستماع إلى كل عون قد تثار مسؤوليته.

وعند انتهاء المقرر من عملية التحقيق يحضر تقريراً بذلك يضمنه اقتراحاته، ثم يرسل الملف كاملاً إلى رئيس الغرفة قصد تبليغه إلى الناظر العام⁶⁶².

عندما تخطر غرفة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية للبت في الملف، يعين رئيس الغرفة قاضياً مقررًا من بين قضاة الغرفة يكلف بتقديم ملف القضية أثناء تشكيلة الحكم، ويعين رئيس الغرفة تاريخ الجلسة، ويعلم بذلك كل من رئيس مجلس المحاسبة والناظر العام، كما يستدعي الشخص المتابع برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام⁶⁶³.

تعقد غرفة الإنضباط جلستها⁶⁶⁴ بمساعدة كاتب الضبط وبحضور الناظر العام والعون المتابع وتطلع على اقتراحات المقرر المكلف بالتحقيق واستنتاجات الناظر العام ومذكرة الدفاع وشروح وتفسيرات الشخص المتابع أو من يمثله.

وبعد اختتام المرافعات يضع رئيس الجلسة القضية في المداولة وهنا تتداول الغرفة في كل اقتراح تقدم به المقرر لتبت في القضية بأغلبية أصوات أعضائها، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.

يتم النطق بالحكم في جلسة علانية بقرار يكتسي الصبغة التنفيذية بعد توقيعه من قبل رئيس الجلسة والمقرر وكاتب الضبط وبعد ذلك يبلغ إلى الناظر العام والشخص المعني، وكذا إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى السلطات الرئاسية والوصية التي يخضع لها الشخص محل المتابعة⁶⁶⁵.

660- أنظر المادة 94 فقرة 3 من الأمر السابق الإشارة إليه.

661- أنظر المادة 95 من الأمر السابق الإشارة إليه.

662- أنظر المادة 97 فقرة 1 و 2 من الأمر السابق الإشارة إليه.

663- أنظر المادة 98 من الأمر رقم 95-20 من الأمر السابق الإشارة إليه.

664- باستثناء القاضي المكلف بالتحقيق، أنظر المادة 100 من الأمر السابق الإشارة إليه.

665- فنيش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية....، مرجع سابق، ص 470، 471.

واضح أنّ الإجراءات المتبعة أمام مجلس المحاسبة لتأكيد مخالفة قواعد الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، هي إجراءات معقدة مطبوعة بمراحل طويلة نظراً لخطورة المخالفات المالية المرتكبة في حق المال العام⁶⁶⁶.

يعاقب مجلس المحاسبة كل عون يرتكب مخالفة من المخالفات الواردة في نص المادة 88 بغرامة مالية، لا يمكن أن يتعدى مبلغها المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند تاريخ ارتكاب المخالفة، وإذا تعددت الغرامات المحكوم بها على العون، فلا يمكن الجمع بينها إلا في حدود المبلغ الأقصى لهذا المرتب السنوي.

من هنا يظهر دور مجلس المحاسبة كهيئة قضائية تمارس رقابة المطابقة التي تركز أساساً على اكتشاف المخالفات التي تشكل خرقاً للقوانين والتنظيمات، لذلك زود المجلس بصلاحيات واسعة للتحري والمتابعة قد تصل إلى تسليط العقوبات رغبة في محاصرة الفساد.

يتضح من خلال الدراسة التحليلية لدور مجلس المحاسبة خاصة إثر صدور الأمر رقم 10-02 الدور الهام الذي يلعبه في المحافظة على الأموال العمومية فهو حارسها، إذ يسهر على حفظها من خلال مراقبة طرق تنفيذ الميزانية، فإلى جانب الرقابة المستندية يمارس رقابة مالية، تقييمية وإصلاحية.

وعدم انحصار رقابة المجلس في شكل واحد يساعده على محاصرة أشكال الفساد ويمنع انتشاره ومنه التصدي بصفة صارمة للانتهاكات التي تضر الخزينة العمومية.

كما أنّ منح الاختصاص القضائي لمجلس المحاسبة واصطباغ قراراته بالصبغة التنفيذية قياساً على قرارات الجهات القضائية الإدارية يضفي الصرامة على نتائج أعماله ويكفل احترامها حفاظاً على المال العام فرقابته إذن علاجية.

لأشك أنّ لمجلس المحاسبة أهمية قصوى لا يمكن إنكارها لأنّ مجرد وجوده كهيئة عليا للرقابة المالية يدفع الجهات الخاضعة لرقابته إلى تحري الدقة في عملياتها المالية والمحاسبية مخافة الوقوع في المخالفات المالية.

666- إن الإجراءات المتبعة أمام مجلس المحاسبة في مجال إثبات خرق أو مخالفة قواعد الإنضباط تشبه إلى حد بعيد

الإجراءات الطويلة المتبعة أمام محكمة الإنضباط في مجال الميزانية والمالية بفرنسا. لمزيد من التفصيل أنظر BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie Christine, LASSALE Jean Pierre, Finances publique, 9^{ème} édition L.G.D.J, Paris, 2008, P 37.

المبحث الثاني

تعزيز مكانة الشرطة القضائية ضمن إستراتيجية الكشف عن جرائم الفساد

- تزويد الشرطة القضائية بوسائل تحري خاصة -

أول جهة تتحرى عن الجرائم هي الضبطية القضائية، وفي هذه المرحلة يتم التحقق من صحة الوقائع المبلغ عنها أو التي تم اكتشافها بتدخل الأجهزة الإدارية⁶⁶⁷ وتم اخطار وزير العدل ليقوم النائب العام بعدها بتحريك الدعوى العمومية.

تعتبر هذه المرحلة تمهيدية في سيرورة الدعوى العمومية، حيث تكون الجريمة المرتكبة لازال الغموض يكتنفها، فمهمة الشرطة القضائية كشف الغموض والاحاطة بمختلف ملبسات القضية والبحث عن الأدلة التي تفيد حصول الواقعة أو نفيها⁶⁶⁸.

لذا كان على المشرع تفعيل دور الشرطة القضائية مسايرة لاحتراف المجرمين الذين أظهروا تطوراً في أساليب ارتكاب الجريمة، فالذكاء الاجرامي لا يمكن التفوق عليه إلا بنخبة من أشخاص مختصين في المجال وهنا يبرز دور "الشرطة القضائية".

بلوغ هذا المسعى وجعله موضع التنفيذ، يتطلب تزويد رجال الشرطة القضائية سلطات تتعدد وتتنوع حسب كل جريمة.

فجرائم الفساد ليست بالنادرة ولا بالقليلة وأساليب ارتكابها متداخلة ومتشابكة، مما يتطلب تفعيل عمل الأجهزة والمصالح المكلفة بالبحث والتحري عنها.

خاصة وأن أساليب التحري التقليدية (التفتيش وسماع الأقوال والتتبع)، لم تعد قادرة على التصدي لجرائم الفساد، فمرتكبي هذه الجرائم يسعون لتحقيق أهدافهم الإجرامية بطرق حديثة ومتطورة، يصعب على السلطات القضائية إثباتها. وبذلك يشكلون خطراً على سلامة الدولة واستقرار المجتمعات، سياسياً واجتماعياً واقتصادياً⁶⁶⁹.

667- المقصود بالأجهزة الإدارية: هيئة مكافحة الفساد، المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة التي منحها القانون سلطة البحث والكشف عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية.

668- حايّد سعاد، "دور الشرطة القضائية في كشف جرائم الفساد"، الملتقى الوطني الثاني حول الفساد وآليات معالجته، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 4 و 5 أفريل 2012، ص 112.

669 - PICOTTI Lorenzo, "L'élargissement des formes de préparation et de participation" rapport général, Revue internationale de droit pénal, N° 78, Paris, 2007, P 407.

أمام هذه المصاعب يجب أن تتسلح العدالة بالوسائل اللازمة لمكافحتها، بتبني نظام إجرائي فعال ومن أجل هذا الغرض تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية⁶⁷⁰.

كما ابتكر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أحكاماً جديدة لم تكن معروفة في التشريع الوطني قصد تحقيق أكبر فعالية في محاربة جرائم الفساد عامة وجرائم الصفقات بصفة خاصة، وقد أجازت المادة 56 منه استخدام أساليب تحري خاصة⁶⁷¹.

تتمثل أساليب التحري الخاصة في التسليم المراقب، الاختراق والترصد الإلكتروني وفي السياق نفسه تضمن تعديل ق إ ج إضافة فصلين للباب الثاني من الكتاب الأول المتعلق "بمباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق الأولي" يتعلق الفصل الأول منه باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور أما الثاني فيتعلق بالتسرب وعلى هذا الأساس يمكن تحديد الأساليب الخاصة للتحري في اعتراض المراسلات والنقاط الصور وتسجيل الأصوات (المطلب الأول)، التسرب والتسليم المراقب (المطلب الثاني).

ومن أجل تفعيل استراتيجية البحث والتحري وجمع الأدلة، نص المشرع على إنشاء ديوان مركزي لقمع الفساد يتكون من ضباط وأعوان الشرطة القضائية أولاه المشرع أهمية كبرى في هذا المجال تتماشى والتأثير الكبير لجرائم الفساد على المجتمع.

المطلب الأول

اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور

أفرز التقدم العلمي والتكنولوجي المعاصر لا سيما في مجال الاتصال والهندسة الإلكترونية أساليب علمية جديدة عالية الكفاءة والفعالية أحدثت ثورة في مجال التحريات الجنائية.

670- بموجب قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006...، سابق الإشارة إليه.

671- لا نجد تعريفاً يُحدد المقصود بأساليب التحري الخاصة، فالاتفاقيات الدولية التي نصت على استخدامها كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تضمنت دعوة الدول الأعضاء في الاتفاقية إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير وفق نظامها الداخلي وتركت أمر تعريف الأساليب إلى كل دولة، وفق تشريعها الجنائي والمبادئ الأساسية لنظامها الداخلي. غير أنه يمكن القول أن أساليب التحري الخاصة هي تلك "العمليات أو الإجراءات والتقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة وإشراف السلطة القضائية، بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات وقانون مكافحة الفساد وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها دون علم ورضا الأشخاص المعنيين بها.

يعود صدور القانون الذي يبيح التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات بجميع أنواعها بعد الأحداث التي عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 11 سبتمبر 2001، إذ سمح لعدة تشريعات كانت مترددة إصدار قوانين تتضمن هذه الوسائل⁶⁷².

لذا جعل المشرع الجزائري من اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، أهم الأساليب المستخدمة للكشف عن جرائم الفساد عامة وجرائم الصفقات العمومية بصفة خاصة، جاء تنظيمها في إطار الفصل الرابع من ق إ ج تحت عنوان "اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور"⁶⁷³.

ونظرا لأهمية هذه الوسائل سنتناول شرح كل أسلوب على حدى (الفرع الأول)، لكن نظرا لخطورتها على حقوق وحريات الأفراد فإعمالها يتم وفق شروط وضوابط محكمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور

تتضمن المكالمات الهاتفية أدق أسرار الناس، يبيت فيها المتكلم إلى غيره همومه وأسراره ويعرض أفكاره دون خوف، معتقدا أنه في مأمن من فضول استراق السمع، لهذا كان التصنت لهذه المكالمات كشفاً صريحاً لستار السرية وحجاب الكتمان⁶⁷⁴.

فهو اعتراض أو نسخ أو تسجيل المراسلات التي تتم عن طريق قنوات وسائل الاتصال السلكية، كالهاتف التقليدي والتلغراف واللاسلكية كالهاتف النقال والانترنت والبريد الإلكتروني

672- كان الاعتقاد السائد أن تبني هذه الوسائل فيه انتهاك لحقوق الإنسان المكرسة في المواثيق العالمية إذ نصت المادة 12 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على "لا يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته". كما كرست المادة 17 من العهد الدولي لحقوق السيادة والمدنية والمادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان المبدأ ذاته.

673- كما نصت اتفاقية الأمم المتحدة في المادة 50 على "..... من أجل مكافحة الفساد مكافحة فعالة اتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني وغيره من أشكال الترصد والعمليات السرية".

674 - إيمان محمد عبد الله الدباس، مدى مشروعية الصوت والصورة في الاثبات الجنائي دراسة مقارنة، دراسة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 1992، ص 40.

وغيرها من الوسائل التقنية التي تدخل في هذا الحكم⁶⁷⁵.

في هذا المقام ينبغي التفرقة بين اعتراض المكالمات الهاتفية كوسيلة تحري خاصة وبين وضع الخط الهاتفي تحت المراقبة، فهذا الإجراء يتم برضا صاحب الشأن ويخضع لتقدير الهيئة القضائية بعد تسخير مصالح البريد لهذا الغرض، كما أنه غير محدد الموضوع بمحادثة أو محادثات معينة بينما الأول هو وسيلة تحري خاصة تتم دون علم ورضا صاحب الشأن.

أما تسجيل الأصوات فهو تلك العملية التقنية التي يتم بواسطتها مراقبة وتسجيل المحادثات الشفوية التي يتقوه بها شخص أو عدة أشخاص بصفة سرية في مكان خاص أو عام.

يكون المكان خاصاً إذا جرى في مكان مغلق لا يمكن دخوله إلا لأشخاص يرتبطون مع بعضهم بصلة خاصة، ولا يمكن للخارج عنه أن يشاهد ما جرى بداخله أو أن يسمعه⁶⁷⁶.

أما المكان العام فيقصد به تلك الأمكنة المعدة لاستقبال الكافة أو فئة معينة لأي غرض من الأغراض.

أما النقاط الصور فهو تلك العملية التقنية التي يتم بواسطتها إلتقاط صور لشخص أو عدة أشخاص وإن تواجدوا في مكان خاص ويطلق على هذه التقنية بأسلوب التصوير الفوتوغرافي لما يتم بأجهزة دقيقة.

لقد اختلف الفقه في تحديد التكييف القانوني لهذا الإجراء غير أن أغلبيتهم ذهب إلى القول أنه من أهم إجراءات التحقيق وأقرب الإجراءات الجزائية إليه هو التفتيش وحجتهم في ذلك أن الغاية من الإجراءين هو الإطلاع على محل منحه القانون حرمة وحماية خاصة بوصفه مستودع سر الأفراد.

في حين ذهب رأي آخر إلى التفرقة بين الإجراءين من حيث المحل الذي يقع عليه كل منهما، فالغاية من التفتيش العثور على أدلة مادية وضبطها ووضع اليد عليها وحبسها لمصلحة العدالة، لهذا لا يعد النقاط الصور تفتيشاً لاختلاف محل كل منهما بدليل أن المشرع الجزائري أفرد أحكاماً خاصة لكل من التفتيش واعتراض المراسلات والنقاط الصور وتسجيل الأصوات.

675- بن عمار مقني، بوراس عبد القادر، "التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح،

ورقلة، يومي 02 و 03 ديسمبر 2008، ص 14.

676- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 64، 65.

لا شك أن هذه الإجراءات الحديثة أشد وطأة وتأثيراً على الحياة الخاصة، بما قد لا يتوافر في وسائل التحري التقليدية، لذا أحاط المشرع هذه الإجراءات بضمانات الأمر الذي يدعونا إلى القول أن هذه الإجراءات تعد تفتيشاً لكن من نوع خاص.

فالإجراءات المنصوص عليها في إطار الفصل الرابع المستحدثة بموجب القانون رقم 06-22، هي من بين الإجراءات الجديدة التي مكن المشرع من خلالها ضابط الشرطة القضائية تنفيذاً لما تقتضيه ضرورات التحري والتحقيق عن بعض جرائم الصفقات العمومية، وغيرها من الجرائم الخطيرة باعتراض المراسلات التي تتم بوسائل الاتصال السلكية واللاسلكية وتسجيلها والتقاط الصور بشأنها.

قد تبدو هذه الأفعال في ظاهرها متناقضة مع تلك النصوص العقابية المقررة لحماية الحق في الخصوصية المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر و303 مكرر 1 من قانون العقوبات، إثر تعديله بقانون رقم 06-23 لذا يدفع هذا الأمر إلى البحث عن الأحكام القانونية الضابطة لهذه الأساليب الجديدة في التحري، حتى لا تحدث تعارضاً مع الحق في الخصوصية.

الفرع الثاني

الضوابط التي تحكم اختراص المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور

نظراً لخطورة وسائل التحري الخاصة على حقوق وحرّيات الأشخاص، فإعمالها مقيد بشروط وضوابط تهدف إلى توفير أكبر قدر من الضمانات ضد أي تعسف أو إفراط في استعمالها إما من جانب الجهات التي تتولى تنفيذها أو الجهات القضائية التي تتولى الترخيص لها.

والهدف من تقرير هذه الضوابط هو إقامة التوازن بين الحق في الحياة الخاصة وبين حق المجتمع في العقاب، فلا تستباح الحرمات ولا تهدر الحريات وفي الوقت ذاته لا تغل يد المجتمع على معاقبة الجناة.

تنقسم هذه الضوابط إلى ضوابط شكلية (أولاً) وأخرى موضوعية (ثانياً) بالإضافة إلى ضوابط التنفيذ (ثالثاً).

أولاً - الضوابط الشكلية:

تتعلق الضوابط الشكلية بصحة الإجراء إذ يتعين:

1 - الحصول على إذن من وكيل الجمهورية إذ تستلزم الشرعية الإجرائية أن يكون القانون المصدر الذي يستمد منه ضباط الشرطة القضائية القواعد الأساسية لتحرياتهم، تبعاً لذلك يتعين على ضباط الشرطة القضائية قبل الشروع في هذه العمليات الحصول على إذن مسبق من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص إذا كانت القضية معروضة عليه⁶⁷⁷، وعدم الحصول على إذن قضائي مسبق يترتب عنه بطلان إجراءات المتابعة القضائية.

ويشترط في الإذن أن يكون مكتوباً⁶⁷⁸ محدداً بمدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتמיד حسب مقتضيات التحري والتحقيق⁶⁷⁹.

وباعتبار جرائم الصفقات العمومية متعددة فيجب أن يذكر في الإذن نوع الجريمة المراد التحري فيها وهذا يدل على أن اللجوء الى هذه الأساليب يكون بناءً على قرائن ودلائل تتعلق بجريمة وقعت فعلاً.

كما يتضمن الإذن تعيين الأماكن التي سيجري فيها استخدام التقنيات حتى يمكن مراقبة مدى احترام الضبطية القضائية للأمكنة المحددة على سبيل الحصر.

2 - تحرير محضر عن العملية نظراً لأهمية التدوين في مجال التحري الجنائي، أوجب ق إ ج في المادة 18 منه على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم يوقعون عليه يبينون من خلاله الإجراءات التي قاموا بها بتفاصيلها⁶⁸⁰.

- أما عن مضمون المراسلات المسجلة أو الصور الملتقطة فإن ضابط الشرطة القضائية يقوم بنسخ محتواها في محضر يودع بملف الإجراءات أما إذا كانت المراسلات أو الاتصالات بلغة أجنبية فيتم تسخير مترجم لنسخ وترجمة محتواها⁶⁸¹.

677- أنظر المادة 65 مكرر 5 من القانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

678- أنظر المادة 65 مكرر 7 من القانون السابق الإشارة إليه.

679- يرى جانباً من الفقه أن كتابة الإذن هي الدليل الوحيد على حصوله في حين يذهب جانب آخر إلى أبعد من ذلك، فالكتابة ليست مجرد دليل يشهد على وقوع الإجراء بل شرط لوجوده.

لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد عوض، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991، ص 130.

680- أنظر المادة 65 مكرر 9 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

681- أنظر المادة 65 مكرر 10 من القانون السابق الإشارة إليه.

ثانياً - الضوابط الموضوعية:

تتعلق هذه الضوابط بنشوء الحق في اللجوء إلى اعتراض المراسلات والنقاط الصور وتسجيل الأصوات، وتتمثل هذه الضوابط في:

1 - أن يكون الإجراء من أجل التحري والكشف عن جرائم الفساد وقد اعتبر المشرع - كما سبق الذكر - جرائم الصفقات العمومية من جرائم الفساد⁶⁸².

فلا يثار إشكال إذا تم تكليف ضابط من ضباط الشرطة القضائية بخصوص جريمة من جرائم الصفقات بإجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات أو النقاط الصور.

2 - غاية المراقبة وضرورتها وهو ما عبر عنه المشرع "إذ اقتضت ضرورات التحري في الجريمة الملتبس بها أو التحقيق الابتدائي"⁶⁸³ في جرائم..... وكذا جرائم الفساد.....⁶⁸⁴.

كما هو واضح فاللجوء لهذه الإجراءات تقتضيه ضرورات التحري والتحقيق والكشف عن الجرائم، فهذه الأساليب تفرض نفسها إذا لم يكن من المستطاع الوصول إلى الحقيقة باستعمال وسائل البحث العادية المعروفة في القواعد العامة.

682- تطبيقاً لنص المادة الأولى من قانون مكافحة الفساد، اعتبرت كل الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من القانون ذاته جرائم الفساد وبالرجوع لأحكام الباب الرابع نجد جرائم الصفقات العمومية فالمادة 26 تخص الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية تتعلق الفقرة الأولى منها بجريمة المحاباة وتتعلق الفقرة الثانية باستغلال النفوذ أما المادة 27 فتخص جريمة الرشوة أما المادة 34 فتخص مخالفة أحكام المادة 9 من قانون مكافحة الفساد أخيراً نجد المادة 35 وتتعلق بأخذ الفوائد بصفة غير قانونية.

683- ينبغي التمييز بين مرحلة البحث الأولي أو التمهيدي ومرحلة التحقيق الابتدائي وإن ورد خلط بين التسميتين، فالبحث الأولي أو التمهيدي يقوم به ضباط الشرطة القضائية في حين أن التحقيق الابتدائي تبشره بحسب الأصل السلطة القضائية (قاضي التحقيق أو غرفة الإتهام).

684- أنظر المادة 65 مكرر 5 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه. في حين اشترطت المادة 100 فقرة 2 من القانون الفرنسي رقم 91-649 المؤرخ في 10 يوليو 1991 بشأن المراقبة القضائية للاتصالات التليفونية أن تكون الجريمة المراد ضبطها بهذه الوسيلة جنائية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس الذي يزيد عن سنتين، فضلاً عن ذلك أجازت الفقرة الثانية من ذات المادة لجهات التحقيق أن تأذن بالمراقبة إذا كانت هناك ضرورة يستوجبها كشف الحقيقة وكانت هناك استحالة في الوصول إليها بطرق البحث العادية، الاتجاه نفسه نجده بالنسبة للمشرع المصري إذ اشترط أن يكون الضبط مفيداً لإظهار الحقيقة وأن تكون الجريمة التي تتطلب اتخاذ جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن 03 أشهر وتطبيقاً للمادتين 95 فقرة 1 و206 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

3 - **الجهة المكلفة بهذه العمليات** نظرا لخطورة هذه الإجراءات جعلها المشرع من اختصاص ضباط الشرطة القضائية⁶⁸⁵.

ثالثاً - ضوابط التنفيذ:

تتعلق ضوابط التنفيذ بكيفيات المراقبة وبناتجها والأدلة الناجمة عنها، لذا سمح المشرع من خلال المادة 65 مكرر 5 فقرة 4 لضباط الشرطة القضائية الدخول إلى المكان المعني دون احترام الشروط الواردة في المادة 47 من ق إ ج⁶⁸⁶ وذلك باستخدام الترتيبات التقنية، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 65 مكرر 5 على أن النيابة العامة يمكنها منح الإذن لضباط الشرطة القضائية لوضع الترتيبات التقنية، التي يتم عن طريقها التصنت على المحادثات وتسجيلها والنقاط الصور دون الحاجة إلى موافقة المشتبه فيه⁶⁸⁷.

تتمثل هذه الترتيبات في وضع أجهزة تصنت وتسجيل في الأماكن التي يتردد إليها المشتبه فيهم ورصد الكلام المتفوه خاصة المتعلق بموضوع الجريمة، إضافة إلى وسائل التسجيل يتم تثبيت أجهزة خاصة بالتقاط الصور، والغرض من ذلك دائماً هو الحصول على أدلة تدين الأشخاص الذين يشتبه فيهم القيام بالجريمة⁶⁸⁸.

كما أجاز القانون إمكانية الاستعانة بالأعوان الفنيين المؤهلين، وذلك بتسخير كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالاتصالات السلكية واللاسلكية لتتكفل بالجوانب التقنية للعمليات⁶⁸⁹، ويلتزم العون المسخر بالسري المهني تحت طائلة المتابعة القضائية.

وإذا ما اكتشفت أثناء القيام بعملية التنصت أو المراقبة جرائم أخرى غير تلك الواردة في الإذن، فيمكن التحري بشأنها ولا يكون ذلك سبباً في بطلان الإجراءات⁶⁹⁰.

685- أنظر المادة 65 مكرر 9 من القانون السابق الإشارة إليه.

686- قد اختلف الفقه حول مشروعية الدخول إلى الأمكنة خفية بين مؤيد ومعارض خاصة وأن حرمة الحياة الخاصة تتعرض لانتهاك خطير.

687- د. أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، التحري والتحقيق، دار همومة، الجزائر 2009، ص 280.

688- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 71.

689- أنظر المادة 65 مكرر 08 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

690- ويكون المشرع بذلك قد رفع حرج العيوب الإجرائية عندما قرر أن التحقيق في جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في الإذن لا يكون سبباً في بطلان الإجراءات وإن كان هناك احتمال اكتشاف جريمة في حالة تلبس فما=

يتضح مما سبق أن المشرع قد حاول من خلال التعديل الجديد إدخال إجراءات مهمة لعلاج بعض صور الجرائم المستحدثة، وقرر لها بعض الضوابط الموضوعية والإجرائية وحتى التنفيذية، ولكنها تبقى غير كافية في مواجهة هذه الجرائم، وهو ما يمكن أن إبرازه فيما يلي:

- قد اقتصر المشرع على الاتصالات السلوكية واللاسلكية، مع أن الجرائم المعنية بهذه الإجراءات قد تتم بالطرق الكلاسيكية المتمثلة في الخطابات والمراسلات المكتوبة مهما كان نوعها (كالرسائل، والبرقيات)، أي كانت طريقة إرسالها فهل هذا يعني أنها معفاة من المراقبة؟.

- صعوبة الرقابة على وسيلة الأنترنت وبالأخص وسيلة البريد الإلكتروني التي تعد من أهم وسائل الإتصال شيوعاً، فهي غير قابلة بطبيعتها للرقابة بخلاف الرسائل القصيرة S M S التي تتم عن طريق الهاتف النقال التي تعد في متناول الرقابة.

- قد يلجأ المجرمين إلى استخدام لهجات متنوعة لحماية أنفسهم من المراقبة الإلكترونية، مما يثير مصاعب عديدة في التصنت عليها خاصة أمام ندرت المترجمين الفوريين المؤهلين لترجمة الأحاديث.

كما أن أدلة الإثبات الناتجة عن استعمال هذه الإجراءات هي بذاتها محل شكوك ويعوزها الكثير من الغموض، فليس هناك ما يؤكد صدور الحديث من الشخص المنسوب إليه ارتكاب الجريمة ولا صدق وموضوعية المحقق الذي يجمعها، خاصة وأن هذه الأدلة يمكن اصطناعها بإجراء تغيير أو حذف أو نقل من موضوع لآخر على شريط التسجيل.

كما أنه من اليسير تقليد الإنسان في صوته ونبراته الكلامية وبالتالي يجب التحرز في قبول هذا الدليل، لما يعترضه من شكوك.

ويطرح التساؤل أيضاً في حالة ما إذا أقرّ المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة في حديث مراقب، فما هي طبيعة هذا الاقرار وهل يمكن اعتباره اعترافاً يصلح للإدانة ؟

خاصةً وأن المشرع لم يحدد القيمة القانونية لهذه الأدلة وسكوت المشرع عن معالجة المسألة، يؤدي إلى القول أن هذه الأدلة تخضع للمبدأ العام في الإثبات طبقاً لما نصت عليه

=هي الإجراءات التي سوف تتخذ في هذه الحالة؟ حسب رأينا حالة التلبس تعد قائمة وبالتالي يصبح لضابط الشرطة القضائية جميع الإجراءات الاستثنائية المقررة لحالات التلبس من قبض وتفتيش وتوقيف للنظر..... في حق كل من له اتصال بالجريمة سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً.

المادة 212 من ق إ ج، أي أن جميع الأدلة التي تضعها الضبطية القضائية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

من جهة أخرى لم يحدد المشرع الآثار القانونية المترتبة عن مخالفة الضوابط من طرف ضباط الشرطة القضائية، كما هو الحال بالنسبة للتصوير والتسجيل دون إذن مسبق أو إدخال تغييرات تقنية عليها (عمليات المونتاج)، فهل يتم معاقبتهم تأديبيا أجزائيا أم هي جريمة إفشاء أسرار أم انتهاك لحرمة الحياة الخاصة؟.

ولم يُشر المشرع إلى ضرورة وضع التسجيلات أو شريط الصور في أحرار مختومة، فهي أشياء مطبوعة طبقا للمادة 18 وحكم المادة 45 من ق إ ج، خاصة وأن الأشرطة المسجلة تعتبر أدلة مادية أصلية تقتضي الشرعية الإجرائية حفظها بطريقة خاصة بوضعها في أحرار مختومة بما يضمن عدم التلاعب والعبث فيها وضمها الى ملف الإجراءات لكشف الحقيقة.

ورغم هذه الانتقادات، فلا يمكن حرمان القضاء من وسيلة فعالة من وسائل التحقيق الجنائي، فمما لا شك فيه أن هناك جرائم اكتشفت وأخرى منع ارتكابها بفضل هذه الوسائل، وكل ما في الأمر ينبغي إرساء رقابة قضائية فعالة على شرعية ونزاهة التحريات، وهذه الرقابة كفيلة بكشف تجاوزات ضباط الشرطة القضائية والإطار الذي سارو عليه في كل أعمالهم وعند حصول التجاوز ينبغي عندئذ عدم الاعتداد بالأدلة الناتجة عنها أمام القضاء.

المطلب الثاني

التسرب

التسرب وسيلة من وسائل التحري الخاصة، استحدثه المشرع بالنص عليه وتنظيمه في المواد 65 مكرر 11 الى 65 مكرر 18 من ق إ ج والمادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁶⁹¹.

التسرب نظام معروف منذ زمن وقد تطور دوره عبر التاريخ، إذ صرح وزير الداخلية الفرنسي الأسبق "روجي فراي" أمام الجمعية الفرنسية أنه "بدون الاستعانة بالمرشدين لن تكون هناك شرطة ولن تكون هناك عدالة قادرة على تنفيذ القانون العقابي".

691- ورد التسرب كأسلوب خاص للتحري بمصطلح آخر "الاختراق" بينما يقابله باللغة الفرنسية "infiltration" وقد تطرقت عدة تشريعات جزائية إلى هذه التقنية في التحري فنص عليه ق إ ج الفرنسي في سبعة مواد بدءاً من المادة 81 الى المادة 87.

كان المرشد آنذاك من المواطنين وبالتالي ليس موظفاً، وقد طبق نظام التسرب في بداية عهده لأغراض سياسة أكثر منها قانونية.

أما التسرب في الوقت الحاضر فيستعمل لأغراض قانونية للكشف عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية.

ونظراً لأهمية الإجراء كوسيلة تحرر خاصة سنتناول تحديد المقصود بهذا الإجراء (الفرع الأول)، ونظراً لخطورته سيتم تناول تلك الضوابط التي قررها المشرع لأعماله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالتسرب

التسرب كلمة مشتقة من تسرب تسرباً أي دخل وانتقل خفية وهو اللولوح والدخول بطريقة متخفية إلى مكان ما وجعلهم يعتقدون بأنه ليس غريباً عنهم وإشعارهم بأنه واحد منهم.

أما قانوناً فيقصد به قيام ضابط أو عون شرطة قضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جريمة أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف⁶⁹².

يتجسد التسرب ميدانياً بالتوغل داخل مكان أو تنظيم يصعب الدخول إليه، لكشف نوايا الجماعات الإجرامية لأهمية الحصول على صورة حقيقة للوسط المراد استهدافه من العملية.

إذن يقوم هذا الأسلوب على تعميق البحث والتحري حول الوسط محل التسرب وذلك بالبحث عن الوسائل التي يتم العمل بها وتحديد نقاط القوة والضعف فيه.

فالتسرب عملية منظمة بدقة تستهدف أوساطاً معينة، ليقوم ضابط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه تحت مسؤوليته بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم إحدى الجرائم المنصوص عليها حصراً في القانون⁶⁹³.

ليتم الوقوف على أدق خصوصياتها وتفاصيلها لمعرفة طبيعة عملها وكيفية تحركها من الناحية البشرية والمادية.

692- أنظر المادة 65 مكرر 12 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

693- أنظر المادة 65 مكرر 5 من القانون السابق الإشارة إليه.

ولا يتم اللجوء لهذا الإجراء إلا عند الضرورة الملحة التي تقتضيها إجراءات التحري والتحقيق.

ونظراً لخطورة الإجراء فأعماله يقتضي احترام ضوابط شكلية وأخرى موضوعية.

الفرع الثاني

الضوابط التي تحكم التسرب

نظم المشرع أحكام التسرب في الفصل الخامس من ق إ ج من المادة 65 مكرر 11 إلى المادة 65 مكرر 18 يدخل ضمن أعمال الضبط القضائي المشار إليها في المادة 12 من ق إ ج وإعماله يقتضي احترام ضوابط خاصة قد تتعلق بالجانب الشكلي (أولاً) أو بالجانب الموضوعي (ثانياً).

أولاً - الضوابط الشكلية:

تتعلق الضوابط الشكلية بمايلي:

1 - تحرير التقرير يلزم ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب تحرير تقرير كتابي يتضمن بيان مفصل عن جميع العناصر المتعلقة بالعملية⁶⁹⁴.

يراعي في إعداد هذا التقرير إحترام مراحل العملية كاملة وإيراد جميع المعلومات ذات الصلة بها كالأفعال التي استدعت العملية، تحديد هوية العناصر المشتبه في تورطهم في الجريمة (أسماءهم وألقابهم)، تحديد الكيفيات التي تم بها مخادعة الجناة وعليه يتناول التقرير مجريات عملية التسرب من بدايتها إلى نهايتها.

وقد ألزم المشرع ضابط الشرطة المنسق⁶⁹⁵ وهو ضابط شرطة قضائية مسؤول قانوناً عن عملية التسرب، أما أعوان الشرطة القضائية فيقومون بالعملية تحت تنسيقه ومسؤوليته

694- أنظر المادة 65 مكرر 13 من القانون السابق الإشارة إليه.

695- الضابط المنسق هو ضابط شرطة قضائية مسؤول قانوناً عن عملية التسرب وهو الذي يسهر على التنسيق بين المتسرب والجهة الأنفة به لذا يجوز سماعه دون سواه بوصفه كشاهد عن العملية وبمفهوم المخالفة لا يجوز سماع العون أو الضابط المتسرب كشاهد.

لمزيد من التفصيل: أنظر فليغة نوردين، كحول وليد، "أحكام التسرب في قانون العقوبات ومدى فعاليتها في مكافحة الفساد"، الملتقى الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 و 19 أفريل 2010، ص 03.

في كل الأحوال⁶⁹⁶.

2 - الحصول على إذن بالتسرب عملاً بمبدأ الشرعية يجب على ضابط الشرطة القضائية قبل مباشرة عملية التسرب الحصول على إذن قضائي.

يشترط في الإذن أن يكون مكتوباً ومسبباً تحت طائلة البطلان⁶⁹⁷ لأن الأصل في العمل الإجرائي هو الكتابة.

كما اشترط المشرع وجوب تحديد طبيعة الجريمة المراد كشفها كسبب مبرر للقيام بعملية التسرب، مع ضرورة اشتغال الإذن لهوية ضابط الشرطة القضائية الذي سيقوم بالعملية أو الذي سيشرف على تنفيذها.

3 - ألا تتجاوز مدة التسرب أربعة أشهر ويمكن تمديدتها إلى أربعة أشهر أخرى، وتخضع لتقدير مصدر الرخصة ويتم إصدار ترخيص آخر لتمديد عملية التسرب. وهي مقتضيات تخضع لتقدير ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية.

4 - السرية بمعنى إبقاء الإذن بالتسرب خارج ملف الإجراءات لحين الانتهاء من العملية لضمان السرية المطلوبة التي حصرها المشرع بين الجهة المانحة للإذن وضابط الشرطة المنسق على العملية والعون المتسرب. لذا على ضباط وأعوان الشرطة القضائية المأذون لهم بالتسرب عدم إظهار الهوية الحقيقية في أي مرحلة من مراحل الإجراءات⁶⁹⁸.

وفي سبيل إنجاح عملية التسرب أجاز المشرع استعمال هوية مستعارة وقرر ذلك حمايةً لأمن وسلامة ضباط وأعوان الشرطة القضائية المأذون لهم بالتسرب، لما يشكله هذا الإجراء من خطر على أمنهم وسلامتهم⁶⁹⁹.

696 - يتمتع بصفة ضابط شرطة قضائية من جاء ذكرهم في المادة 15 من قانون رقم 06-22 ونستثنى منهم لاعتبارات ميدانية رؤساء المجالس الشعبية البلدية بالإضافة إلى أعوان ضباط الشرطة القضائية الذين جاء ذكرهم في المادة 19 من القانون ذاته.

697- أنظر المادة 65 مكرر 15 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

698- أنظر المادة 65 مكرر 16 من القانون السابق الإشارة إليه.

699- فالقانون يعاقب كل من يكشف هوية العون المتسرب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج وإذا تسبب الكشف عن هوية المتسرب في أعمال عنف أو ضرب أو جرح على أحد المتسربين أو أزواجهم أو أبنائهم أو أصولهم المباشرين تشدد عقوبة الحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج.

لمزيد من التفصيل أنظر: حايّد سعاد، مرجع سابق، ص 118.

من جهة أخرى يمكن للقائمين بعملية التسرب أن يرتكبوا عند الضرورة بعض الجرائم دون أن يكونوا مسؤولين جزائياً لكي يكسب ثقة الشبكة التي يتسرب إليها⁷⁰⁰، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ القاضي محمد أدهم "إن نظام التسرب يمكن ادخاله ضمن أسباب الإباحة باعتبار القانون قد أذن بذلك"، مما يجعل المتسرب معفى من المسؤولية.

ومن جهة أخرى لا تشكل الأفعال التي قام بها تحريضاً، أما الإعفاء من المسؤولية المدنية، فقد بقي الأمر مبهماً، فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى المسؤولية المدنية للعون المتسرب.

وفي سبيل انجاح التسرب يتم تسخير الوسائل المادية والقانونية، وتمكين المتسرب من اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد وأموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها، أو وضع تحت تصرف المتسرب الوسائل ذات الطابع القانوني والمالي وكذا وسائل النقل والتخزين والإيواء أو الحفظ.

فالكشف عن جرائم الصفقات العمومية لا يتم بالصدفة كما يتخيل البعض⁷⁰¹، بل بإعمال وسائل حديثة تضمن كشفها وتوقيع الجزاء على مرتكبيها، تتضمن في طياتها خروجاً واضحاً عن القواعد العامة تستدعيه ضرورة الكشف عنها.

ثانياً - الضوابط الموضوعية:

1 - أن يكون التسرب من أجل التحري والكشف عن جرائم الفساد ونظراً لخطورته، جعل المشرع اللجوء إلى هذه الوسيلة لا يتم إلا إذا دعت إليه الضرورة الملحة⁷⁰².

2 - تحديد الغرض من التسرب فعملية التسرب غير مرتبطة بإطار تحقيق معين كحالة التلبس والإنابة القضائية، وإنما مرتبطة بجرائم معينة وهي تلك المحددة بالمادة 65 مكرر 05 من ق إ ج.

700- إن الإعفاء من المسؤولية الجزائية نتيجة التسرب، قد جاء تطبيقاً لأحكام المادة 14 من ق إ ج وتكريساً لأحكام المادة 39 من قانون العقوبات التي نصت على "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

701- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مناط التحريات، الاستدلالات والاستخبارات: منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص59.

702- أنظر المادة 65 مكرر 5 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006،... سابق الإشارة إليه.

ويظهر ذلك في تسبب عملية التسرب بالأسانيد القانونية والواقعية التي يوردها ضابط الشرطة القضائية في طلب الإذن بعملية التسرب من أجل اقناع الجهات المعنية بمنح الإذن. وبالتالي لا يمكن لوكيل الجمهورية أو لقاضي التحقيق أن يمنح هذا الترخيص إلا بعد تقدير العناصر التي قدمها ضابط الشرطة المنسق في طلبه.

وقد اشترط المشرع إيداع الإذن المكتوب والمسبب بملف الإجراءات المنجز عند نهاية عملية التسرب تحت طائلة البطلان.

قد جاء في المادة 65 مكرر 13 المتعلقة بتحديد الأشخاص المكلفين بعملية التسرب كلمة "مسخرين" إلى جانب ضباط الشرطة القضائية وأعاونهم.

يقصد بالمسخر كل شخص من الجنسين يراه ضابط الشرطة القضائية القائم بتنسيق عملية التسرب مفيدا في انجاز المهمة، وهنا يبقى التقدير لضابط الشرطة منسق العملية تحت رقابة القضاء⁷⁰³.

استناداً لما سبق فعندما تقتضي ضرورة التحقيق اعتماد أسلوب التسرب، يصدر إذن قضائي وبعد توافر الشروط الشكلية والموضوعية على النحو المبين أعلاه، تباشر العملية بخصوص جرائم الصفقات العمومية بتسرب العون داخل هيئة مكلفة بإبرام الصفقات العمومية ويشترك في إبرام صفقة مشبوهة تتضمن خرقاً للقوانين المعمول بها وهو أمر مسموح به قانوناً دون أية مسؤولية جنائية، وغاية ذلك الحصول على جميع المعلومات التي تفيد في الكشف عن الجرائم.

وبالرغم من أهمية التسرب في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها، غير أن المشرع لم يتطرق لجوانب هامة تخص العملية، مما يؤدي إلى ظهور اشكالات عملية وقانونية يمكن ذكر أهمها:

- عدم توضيح المشرع فيما إذا كان يجوز للمتسرب ارتكاب أفعال غير مشروعة أثناء المهلة الإضافية المرخصة له عند انقضاء المهلة وعجزه عن الانسحاب في ظروف تضمن أمنه.

فسكوت المشرع عن معالجة هذه المسألة يجعلنا نتساءل هل ارتكابه لأفعال غير مشروعة يرتب مسؤوليته الجزائية؟

- قد تتطلب عملية التسرب في بعض الأحيان عقد تصرفات مدنية أو تجارية أو حتى

703- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 79، 80.

عقود تمس الحالة الشخصية للمتسرب نفسه كعقد الزواج إذا استدع الأمر ذلك فما هو الحل في هذه المسألة، خاصة وأن المشرع لم يشير للمسؤولية المدنية.

وعليه يبقى السؤال مطروحاً فإذا انتهت المهلة المقررة لعملية التسرب فما مصير تلك العقود فهل هي وقتية تبعا لوقتيّة عملية التسرب؟ وهل يجوز للمتسرب التصل من التراماته وعلى أي أساس؟

- انعدام التنسيق بين مصالح الأمن، فكل تدخل لجهة أمنية دون علمها المسبق يشكل ضربة لعملية التسرب برمتها.

- نقص ضباط وأعوان شرطة متخصصين في عمليات التسرب وهي مسألة تقع على عاتق المديريات العامة للدرك لمسايرة التقنيات المستعملة عالمياً، وذلك باستحداث قسم خاص بالأمن الوطني يعني بمتابعة العمليات المهمة والخطيرة وتكوين ضباط متخصصين في عمليات التسرب وغيرها من وسائل التحري الأخرى.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أقر أنواعاً مختلفة من الإجراءات اعتراض المراسلات والتقاط الصور وتسجيل الأصوات في إطار الفصل الرابع والتسرب في إطار الفصل الخامس، غير أنه لم يحدد الأولوية.

هناك تشريعات تشترط على أن لا يتم اللجوء إلى التسرب إلا إذا كانت الوسائل الأخرى قد استنفذت وغير كافية لإظهار الحقيقة⁷⁰⁴.

- لم يمنح المشرع تصريحات الضابط المتسرب قيمة ثبوتية رغم تعريض حياته للخطر، وبالتالي يطبق على الأدلة المقدمة من طرفه القواعد العامة فهي مجرد استدلالات لا ترقى لوحدها كدليل مالم تقترن بدلائل أو عناصر ثبوتية أخرى.

فضلاً عن الأساليب السابقة يوجد أسلوب التسليم المراقب⁷⁰⁵، ويقصد به السماح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الاقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات

704- نأخذ مثال على نص المادة 47 من القانون البلجيكي المؤرخ في 6-01-2003 المتعلق باللجوء الى الطرق الخاصة للتحقيقات التي اشترطت عدم اللجوء الى التسرب إلا إذا استنفذت الوسائل الأخرى أو كانت غير كافية. نقلا عن سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 86.

705- لا يقل التسليم المراقب أهمية عن وسائل التحري الأخرى لكن طبيعة جرائم الصفقات العمومية تحتم تغليب الوسائل الأخرى - السالف ذكرها - مقارنة بالتسليم المراقب الذي يغلب تطبيقه في جرائم تبييض الأموال والاتجار غير المشروع بالمخدرات وهذا ما يفسر عدم الاطالة في شرح أحكامه وتفاصيله.

المختصة، وتحت مراقبتها بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه⁷⁰⁶.

بهذا المعنى يعتبر التسليم المراقب استثناء عن القاعدة التي تقرر أن كل مايقع على إقليم الدولة من جرائم يخضع لأحكام قانون العقوبات الوطني تطبيقاً لمبدأ "إقليمية النص الجنائي".

غير أن هذا الأسلوب يسمح بتأجيل ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة إلى وقت لاحق، إذ يتم السماح بمرورها داخل إقليم الدولة إلى إقليم دولة أخرى بعلم السلطات المختصة وتحت رقابتها السرية والمستمرة⁷⁰⁷، قصد التوصل إلى كشف مرتكبي الجريمة سواء كانوا أصليين أو شركاء.

يمكن القول أن هذا الأسلوب نوع من التنازل الاختياري من جانب الدولة لصالح دولة أخرى تغليباً لمصلحة عليا تراها الدولة المتنازلة، من منطلق التعاون الدولي والإسهام الجماعي في مكافحة الجرائم المنظمة.

عرف هذا الأسلوب اهتماماً كبيراً خلال السنوات الأخيرة، بعد أن أثبت جدواه في مكافحة الجريمة والمجرمين لا سيما في مجال مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، الذي كان ولا يزال المجال الأكثر استعمالاً لأسلوب التسليم المراقب على الصعيدين الدولي والوطني.

على ضوء ما تقدم يتبادر إلى الذهن مدى امكانية استخدام هذا الأسلوب في مراقبة حركة العائدات الإجرامية بوجه عام والأموال المتحصل عليها من جرائم الفساد بوجه خاص، حال نقلها أو تحويلها من دولة إلى أخرى بقصد اقتفاء أثر هذه الأموال والتعرف على المتورطين في العمليات غير المشروعة المتعلقة بها، وجمع المزيد من الأدلة اللازمة لإدانتهم.

الإجابة على هذه الإشكالات نجدها في المادة 56 التي أجازت استخدام التسليم المراقب في ملاحقة مرتكبي جرائم الفساد وذلك بتعقب الأموال المشتبه في مشروعيتها كونها متحصلات إجرامية ومتابعة تحركاتها لدى دخولها أو خروجها من إقليم الدولة الجزائرية بعد الحصول على إذن من الجهة القضائية المختصة.

ويبقى أسلوب التسليم المراقب أحد مظاهر التعاون الدولي في مكافحة جرائم الفساد لاسيما

706- أنظر المادة 2 فقرة "ك" من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه، وذات التعريف تضمنته المادة 2 فقرة "ز" من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

707- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 87.

جريمة تبييض الأموال، ومراقبة حركة العائدات الإجرامية حال نقلها أو تحويلها من دولة الى أخرى.

كما يوفر هذا الأسلوب المعلومات الضرورية لمعرفة الجهات الأساسية للأموال غير المشروعة والبلدان المستهدفة.

وتدعيما لوسائل البحث والتحري نص المشرع الجزائري على إنشاء ديوان مركزي لقمع الفساد⁷⁰⁸ في إطار الباب الثالث مكرر من الأمر رقم 10-05، فنصت المادة 24 مكرر على "إنشاء ديوان مركزي لقمع الفساد يكلف بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد...".

الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية، تكلف بالبحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد.

يعود إنشاء الديوان لتطور الجريمة وتنوعها خاصة بعد استفحال الفساد على النحو الذي يجعل الصفقات المشبوهة لصيقة بالصفقات المهمة التي أضحت تشكل عائقا أمام التنمية وتحول دون تحقيق المبتغى منها، خاصة وأن الوسائل التقليدية لا تقوى على كشفها.

فالهدف من إنشاء الديوان هو سد الطريق أمام الموظف العام وتجنبيه إساءة استعمال السلطة والمحابة والعمل وفق المتطلبات القانونية ومقتضيات المصلحة العامة.

فالديوان أداة عملية وإطار لتظافر الجهود في عمليات التصدي لجرائم الفساد ومكافحتها، يضم ضباط من الشرطة القضائية مكلفون بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد وقال ق إ ج⁷⁰⁹.

تحددت تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفية سيره، عن طريق التنظيم بموجب مرسوم رئاسي رقم 11-426⁷¹⁰ وتطبيقا لأحكام المادة 6 من المرسوم ذاته يتشكل من:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الدفاع الوطني.

708- يعود سبب إنشاء الديوان إضافة إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد أن الجزائر من بين الدول التي وقعت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وكذا اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد، فكان لابد من استحداث الميكانزمات الكفيلة بالوقاية والتصدي للفساد.

709- وهو ماجاء النص عليه صراحة في المادة 24 مكرر 1 فقرة 2 من الأمر رقم 10-05 التي جاء فيها ".... يمارس ضباط الشرطة القضائية التابعون للديوان مهامهم وفقا لقانون الاجراءات الجزائية وأحكام هذا القانون".

710 - مرسوم رئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر سنة 2011 يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، ج ر عدد (68)، بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية.
- أعوان عموميين ذوي كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد.
- وللديوان زيادة على ذلك مستخدمون للدعم التقني والإداري، ويظل ضباط الشرطة القضائية والموظفون التابعون للوزارات المعنية يمارسون مهامهم في الديوان خاضعين للأحكام التشريعية والتنظيمية والقانونية المطبقة عليهم⁷¹¹.
- يحدد عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية والموظفين الموضوعين تحت تصرف الديوان بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني⁷¹².
- وتطبيقاً لأحكام ومقتضيات المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426 صدر قرار وزاري مشترك⁷¹³، يهدف إلى تحديد عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعين لوزارة الداخلية والجماعات المحلية الموضوعين تحت تصرف الديوان المركزي لقمع الفساد، إذ حدد عددهم بخمسة ضباط شرطة قضائية وخمسة أعوان شرطة قضائية⁷¹⁴.
- واضح من تشكيلة الديوان أنه مصلحة خالصة للشرطة القضائية باستثناء مستخدمي الدعم التقني والإداري أو الأعوان العموميين الذين لهم من الكفاءة في مجال مكافحة الفساد ما يؤهلهم كي يكونوا أعضاء في هذا الديوان.
- طبيعة التشكيلة تعبر عن الثقة الممنوحة لجهاز الشرطة القضائية في مجال مكافحة الفساد، التي لم يكتسبها إلا بعد الجهود التي بذلها والنتائج التي حققها في مكافحة الجريمة التي خولته امتلاك ديوان متخصص في كشف جرائم الفساد⁷¹⁵.
- يتم تسيير الديوان، عن طريق مدير عام يعين بمرسوم رئاسي بناءً على اقتراح من وزير المالية⁷¹⁶.

711- أنظر المادة 7 من أحكام المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

712- أنظر المادة 8 من أحكام المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

ويقصد بالوزير المعني وزير الدفاع أو الداخلية حسب الحالة.

713- قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 7 يونيو سنة 2012، يحدد عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعين لوزارة الداخلية والجماعات المحلية الموضوعين تحت تصرف الديوان المركزي لقمع الفساد، ج ر عدد (42)، بتاريخ 22 يونيو 2012.

714- أنظر المادة 2 من القرار الوزاري السابق الإشارة إليه.

715- حديد سعيد، مرجع سابق، ص 115.

716- أنظر المادة 10 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر 2011....، سابق الإشارة إليه.

إذا كان المشرع يحرص على ضمان استقلالية الديوان في عمله وتسييره⁷¹⁷ فتعيين مدير الديوان عن طريق مرسوم رئاسي بناءً على اقتراح من وزير المالية يجعله تابعا للسلطة التي عينته، مما يمس بمبدأ الاستقلالية خاصة وأن انتهاء المهام يكون بالطريقة نفسها.

يكلف المدير العام للديوان على وجه الخصوص بـ:

- إعداد برنامج عمل الديوان ووضعه حيز التنفيذ.
- إعداد مشروع التنظيم الداخلي ونظامه الداخلي⁷¹⁸.
- السهر على حسن سير الديوان وتنسيق نشاط هيكله.
- تطوير التعاون وتبادل المعلومات على المستويين الوطني والدولي.
- ممارسة السلطة السلمية على جميع مستخدمي الديوان.
- إعداد التقرير السنوي عن نشاطات الديوان الذي يوجهه إلى الوزير المكلف بالمالية⁷¹⁹.

ويكلف رئيس الديوان تحت سلطة المدير العام بتنشيط عمل مختلف هيكل الديوان ومتابعته⁷²⁰

ومن أجل تجسيد الغاية التي أنشأ لأجلها الديوان كلف بالصلاحيات الآتية:

- جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد، ولم يكتف المشرع بعملية الجمع إذ زود الديوان بسلطة استغلال المعلومات التي تم جمعها⁷²¹.
- جمع الأدلة والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد وإحالة مرتكبيها أمام الجهة القضائية المختصة.

إن اختصاص الديوان بإمكانية إحالة مرتكبي الفساد أمام الجهة القضائية المختصة جاء بعد النقد الذي وجه للمشرع، إذ بدا واضحا أن المشرع أقصى هيئة مكافحة الفساد من تحريك الدعوى العمومية وإحالة مرتكبي الفساد على القضاء الجزائي، فاعتبرت هذه المسألة من أهم النقائص الموجهة للهيئة. والنقد ذاته موجه لكل من المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

717- أنظر المادة 3 من أحكام المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

718- ويحدد التنظيم الداخلي في الأخير بقرار من وزير المالية.

أنظر المادة 18 من أحكام المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

719- أنظر المادة 14 من أحكام المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

720- أنظر المادة 15 من أحكام المرسوم الرئاسي السابق الإشارة إليه.

721- يشبه العمل الذي تقوم به هيئة مكافحة الفساد عند تلقيها للتصريح بالممتلكات.

- تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية.

فتحقيق سياسة ناجحة وفعالة في مكافحة الفساد يقتضي تحقيق التناسق والتكامل خاصة بين تلك الهيئات المكلفة بالبحث والتحري.

- اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات وهو دور استشاري يقوم به الديوان فضلا عن سلطة البحث والتحري.

ومن أجل أداء فعال للشرطة القضائية التابعة للديوان، نص المرسوم الرئاسي رقم 426-11⁷²² على تمديد الاختصاص المحلي، ليشمل كامل الإقليم الوطني على غرار الاختصاص المحلي المقرر للشرطة القضائية، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والارهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

يتعين في كل الحالات إعلام وكيل الجمهورية مسبقا بعمليات الشرطة القضائية التي تجري وهو ما يعبر عنه بتوسيع الاختصاص المكاني لضباط الشرطة التابعة للديوان⁷²³.

يُستنتج من الأحكام السابقة، أن الديوان جاء بعد النقد الموجه للمشرع الذي انتهج سياسة إجرائية غير متوازنة في مكافحة الجرائم المستحدثة، إذ بدا واضحا إقصاء جرائم الفساد من توسيع الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية بموجب المادة 16 فقرة 7 من قانون رقم 04-14 رغم التداعيات السلبية لجرائم الفساد على المجتمع والاقتصاد الوطني.

كما مكن المشرع ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعون للديوان استعمال كل الوسائل المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، لجمع المعلومات المتصلة بمهامهم ويمكن للديوان عند الضرورة الاستعانة بمساهمة ضباط الشرطة القضائية أو أعوان الشرطة القضائية

722- قد سبق وأن نص المشرع على تمديد الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية في الأمر رقم 10-05 في المادة 24 مكرر 1 فقرة 3 الذي نص لأول مرة على تمديد نطاق اختصاص الشرطة التابعة للديوان ليشمل الإقليم الوطني على غرار الاختصاص المحلي المقرر للشرطة القضائية في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الوطن والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والارهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

723- حايّد سعاد، مرجع سابق، ص 115.

التابعين لمصالح الشرطة القضائية الأخرى⁷²⁴.

الجدير بالذكر أن إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد لا يلغي صلاحيات الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد المقررة في المادة 20 من قانون رقم 06-01، فلهذه الهيئة مسؤوليتها ومهامها والمفروض أنها ستعزز بوجود الديوان المكلف بالبحث والتحري عن جرائم الفساد.

فتفعيل سياسة قمع الفساد ومكافحته، تستدعي فعلاً إنشاء ديوان يضم ضباطاً للشرطة القضائية يتولى جمع المعلومات التي تسمح بالكشف عن أعمال الفساد والتحقيق فيها، وإحالة مرتكبيها أمام الجهات القضائية المختصة وتطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية، واقتراح أي إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها.

خاصة وأنه يحوز اختصاصاً وطنياً يضم ضباطاً من الشرطة القضائية ذوو مستوى عال من الكفاءة والمهارة العلمية، لذا سيكون له دوراً بارزاً فعالاً في الكشف عن المزيد من جرائم الفساد.

خاصة وأن عصرنا هذا يحتاج إلى تفعيل أدوات التصدي للجرائم، لا سيما بعد إظهار المجرمين لقدرات هائلة في التخطيط والتنظيم، لذا حاول المشرع مواكبة ومسايرة هذا التخطيط وذلك بنصه على أساليب تحرّ خاصة التي رغم ما قيل عن عدم شرعيتها، إلا أنه قد أحاطها بسياج تنمashi بموجبه مع حقوق الفرد وحرية.

بالإضافة إلى الديوان المركزي لقمع الفساد نجد جهاز الاستخبارات العسكرية أو الشرطة العسكرية⁷²⁵، يمتلك الجهاز من المؤهلات مالا تملكه الأجهزة الأخرى، يتكفل بالقضايا العسكرية، وتم تزويده بصلاحيات الشرطة القضائية، وما يهم في هذا المقام مجال الصفقات العمومية وبالتالي هل للجهاز دور في قضايا الفساد؟!

أفادت مصادر على دراية بقضايا الفساد، أن القاضي الأول في البلاد السيد رئيس الجمهورية يحرص على أن يتولى جهاز الاستخبارات العسكرية تحريك التحقيقات المتعلقة بقضايا الفساد بالنظر إلى الأدوات التي يمتلكها.

724- أنظر المادة 20 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر 2011...، سابق الإشارة إليه.

725- كما نجد مديرية المباحث والأمن، دائرة الأمن والاستعلام وكذا الأمن العسكري فكلاً تسميات رسمية لجهاز المخابرات العسكرية.

لذا انفردت مصالح الشرطة القضائية التابعة للجهاز بالتحقيق في الرشاوى التي دفعت في إنجاز الطريق السريع -شرق غرب-، وكذا في الصفقات المشبوهة التي تمت في سوناطراك، حيث تكبدت الخزينة العمومية خسائر بآلاف الملايين، نتيجة أفعال الفساد.

أفضت أول التحريات إلى توجيه تهمة الرشوة لمسؤولين مدنيين وعسكريين يتمتعون بمناصب هامة في الدولة.

فتوظيف جهاز المخابرات العسكرية لمعالجة قضايا الفساد ذات الوزن الثقيل يعكس سياسة واضحة، تهدف كشف رؤوس الفساد بتمكين الجهاز وسائل تحري متطورة يوفرها المرسوم الرئاسي الصادر في 9 فيفري 2008⁷²⁶.

قد استغرب الجميع لقرار القاضي الأول في البلاد السيد رئيس الجمهورية بتحويل ملف الفساد إلى جهاز الاستخبارات العسكرية، إلا أن الغاية واضحة تتمثل في توقيف الفساد الذي ينخر جسد الدولة الجزائرية، كما أن لجهاز الاستخبارات مهابة وسمعة نظيفة في هياكل الدولة.

ما تم إيراد في هذا المبحث يعتبر تجاوزاً لوسائل الكشف والتحري التقليدية نحو أجهزة عصرية مستحدثة تتلاءم وطبيعة جرائم الفساد وتطور التكنولوجيا المستحدثة.

726- أنشئت بموجبه مصلحة مركزية للشرطة القضائية وهي هيئة تابعة لوزارة الدفاع الوطني يتولى تسييرها ضابط سامي يتكفل بمعاينة الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات وقانون القضاء العسكري وجمع الأدلة عنها، وقد تدعمت بفرق قضائية متنقلة للتحري ومصالح جهوية للشرطة القضائية.

المبحث الثالث

متابعة جرائم الصفقات العمومية أمام القضاء الجزائي

يترتب عن كشف جرائم الصفقات العمومية سواء بوسائل الكشف الإدارية أو بتدخل الشرطة القضائية عن طريق وسائل التحري الخاصة، إحالة مرتكبيها على القضاء الجزائي قصد محاكمتهم على الأفعال المنسوبة إليهم، وبذلك تكون المتابعة القضائية الجزائية المآل الطبيعي لأي جريمة من جرائم الصفقات العمومية.

ورغم خطورة هذه الجرائم وجرائم الفساد ككل، تخضع المتابعة القضائية بشأنها إلى القواعد العامة، المقررة في ق إ ج سواء في كليات إحالة مرتكبي هذه الجرائم أمام القضاء الجزائي (المطلب الأول)، أو ما تعلق بإجراءات المحاكمة ومبادئها وقواعدها (المطلب الثاني)، وتنتهي المتابعة القضائية بإصدار حكم فاصل في موضوعها يتضمن قمع الفساد والمفسدين تحقيقاً لفكرة الردع العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إحالة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية على القضاء الجزائي

لم يتطرق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى كيفية رفع الدعوى إلى المحكمة الجزائية، كما لم يشر إلى القواعد الإجرائية المتبعة أمامها، وبالتالي فهو إحالة ضمنية إلى القواعد العامة التي تحكم الإجراءات أمام المحاكم الجزائية، بما في ذلك أساليب إحالة مرتكبي الجرائم إلى المحكمة الجزائية المختصة (الفرع الأول).

وإذا كان الأصل والقاعدة هو إحالة كل مرتكبي جرائم الفساد بما فيهم مرتكبي جرائم الصفقات العمومية على القضاء لمحاكمتهم ومعاقبتهم لخطورة الجرم المرتكب من طرفهم خاصة وأن الحق المعتدى عليه هو المال العام، إلا أن ذلك لا يعدّ مبدئاً مطلقاً إذ ترد عليه بعض الاستثناءات التي تحول دون إحالتهم على القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات إحالة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية على القضاء الجزائي

طبقاً للقواعد العامة تحال الدعوى إلى محكمة الجناح بأحد الطرق المنصوص عليها في المادة 333 من ق إ ج، التي جاء فيها "ترفع إلى المحكمة الجرائم المختصة بنظرها إما بطريق

الإحالة إليها من الجهة القضائية المنوط لها إجراء التحقيق وإما بحضور أطراف الدعوى بإرادتهم بالأوضاع المنصوص عليها في المادة 433، وإما تكليف بالحضور يسلم مباشرة إلى المتهم وإلى الأشخاص المسؤولين مدنيا عن الجريمة، وإما بتطبيق إجراء التلبس بالجنحة المنصوص عليه في المادة 833 وما بعدها" وكذا المادة 337 مكرر من ق إ ج⁷²⁷.

وباعتبار جرائم الصفقات العمومية الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ذات وصف جنحي⁷²⁸ فأساليب رفع الدعوى العمومية الناشئة عنها تتمثل في التكليف بالحضور (أولاً) وإجراء التلبس بالجنحة (ثانياً) وإجراء طلب تحقيق (ثالثاً).

أولاً - التكليف بالحضور:

يخول القانون وكيل الجمهورية ورجال النيابة العامة إمكانية إحالة الدعوى مباشرة مع أدلة الإتهام إلى المحكمة للفصل فيها وفقاً للقانون دون الحاجة إلى إجراء تحقيق في القضية بواسطة إجراء تكليف بالحضور⁷²⁹.

التكليف بالحضور إجراء يمارسه ممثل النيابة العامة لأجل تمكين المتهم الحضور إلى الجلسة المعدة لمحاكمته وتمكينه من إعداد وسائل الدفاع عن نفسه⁷³⁰.

727- وتخص الإدعاء المباشر أمام قاضي التحقيق والمقصود به حق المدعي المدني في الجرح والمخالفات في رفع الدعوى العمومية مباشرة بتكليف المتهم بالحضور أمام القضاء الجزائي وهذا الإجراء يخرج عن نطاق دراستنا.

728- يجب التنويه إلى أن تجنيح جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية لاقى العديد من الانتقادات، خاصة وأن انتزاع وصف الجنائية حصل في الوقت الذي كان ينتظر فيه تشديد الوصف والعقاب على مرتكبي الفساد، بسبب الفضائح المالية التي شهدتها الجزائر كفضيحة بنك وشركة طيران الخليفة وفضيحة سوناطراك التي تصدرت الفضائح في تاريخ الجزائر.

ومن بين الأساليب التي أدت إلى تجنيح جرائم الفساد أنها جرائم ذات طابع مالي وتقني لا يصح عرضها على قضاء شعبي (محكمة الجنايات) التي يشترك فيها المحلفون وتقوم على الاقتناع الشخصي، وإنما من الواجب عرضها على قضاء متخصص قائم على الدليل، يسمح بدرجات التقاضي ضماناً لحقوق الدفاع ولا يخفى على أهل الاختصاص طبيعة جرائم الصفقات العمومية التي تحتاج مكافحتها إجراءات سريعة وفعالة وإلى إجراءات بحث خاصة وتمديد الاختصاص المحلي وتخفيف القيود الإجرائية، ناهيك عن إجراءات الحجز والمصادرة والاسترداد وهي مسائل تحتاج جلسات ودرجات تقاض وتخصص وهي مقتضيات يفتقدها نظام محكمة الجنايات.

729- العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعمل مع آخر التعديلات، دار البدر، الجزائر، د ت ن، ص 137.

730- سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، دار هومة، الجزائر، د س ن، ص 78.

نصّ المشرع على هذا الإجراء في المادة 336 من ق إ ج، يكون في الجنج غير المتلبس بها التي تكون فيها محاضر الضبطية القضائية تحمل دلائل كافية ومتماسكة ضد المشتبه فيه⁷³¹.

تحيل المادة 335 من ق إ ج بخصوص كيفيات تبليغ وتسليم التكليف بالحضور إلى المواد 439 من ق إ ج وما يليها، فتحيلنا المادة 439 إلى ق إ م وإ لأنه ابتداءً من سنة 2008 أصبح المحضر القضائي مختصاً بالتبليغات المتعلقة بالجانب الجزائي، بعدما كان ذلك من اختصاص الشرطة القضائية أصلاً.

يتضمن التكليف بالحضور الواقعة التي قامت عليها الدعوى مع الإشارة إلى النص القانوني الذي يعاقب عليها، كما يذكر في التكليف بالحضور المحكمة المختصة وتاريخ الجلسة وتعين فيه صفة المتهم والمسؤول مدنياً⁷³².

من جهة أخرى أشارت المادة 334 من ق إ ج إلى طريق آخر لرفع الدعوى يتمثل في الإخطار الذي يسلم بمعرفة النيابة العامة، وبالتالي إحالة مرتكبي الجرائم إلى المحكمة دون إجراء تكليف بالحضور خاصة إذا تبعه حضور الشخص الموجه إليه الإخطار بإرادته.

ثانياً - إجراء التلبس بالجنحة:

يقصد بالتلبس إكتشاف الجريمة في وقت معين، كما يقصد به مشاهدة الركن المادي للجريمة وقت مباشرته أو برؤية ما يكشف عن وقوعها⁷³³.

وبالرجوع إلى قواعد القانون العام التي تحكم إجراءات التلبس بالجنحة، لاسيما المواد 59 و338 و339 من ق إ ج، التي تجيز لوكيل الجمهورية في حالة التلبس إذا لم يقدم المتهم ضمانات كافية للحضور، وكان الفعل معاقباً عليه بعقوبة الحبس ولم يكن قاضي التحقيق قد أخطر بالجريمة، إصدار أمر بحبس المتهم بعد إستجوابه عن هويته وعن الأفعال المنسوبة إليه.

بعدها يحيل وكيل الجمهورية المتهم فوراً على المحكمة طبقاً لإجراءات الجنج المتلبس بها، وتحدد أقرب جلسة للنظر في القضية في أجل أقصاه ثمانية أيام ابتداءً من يوم الأمر بالحبس⁷³⁴. لذا يعتبر هذا الإجراء وسيلة لإحالة مرتكبي الجرائم على الجهة القضائية المختصة

731- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 51.

732- أنظر المادة 440 من الأمر رقم 75-46، مؤرخ في 17 يونيو 1975...، سابق الإشارة إليه.

733- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 178.

734- أنظر المادة 59 فقرة 03 من قانون رقم 04-14، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004...، سابق الإشارة إليه.

لكن بخصوص الجرح المتلبس بها فقط.

وعند مثل المتهم في هذا المقام أمام المحكمة ذات الاختصاص الموسع باعتبارها الجهة المختصة بقضايا الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية، منحت المادة 338 للمتهم الحق في طلب مهلة لتحضير دفاعه ويتم التنويه في الحكم إلى ذلك، باعتباره من أهم الحقوق التي يجب أن تصان وإلا اعتبر ذلك إخلالاً جسيماً بحقوق الدفاع.

وإذا استعمل المتهم حقه هذا منحت المحكمة لذلك مهلة ثلاثة أيام على الأقل⁷³⁵، ولا يجوز لغير المتهم إثارة مخالفة المحكمة لأحكام المادة 338 فقرة 3 من ق ج.

ويجوز لكل ضابط من ضباط الشرطة القضائية ولكل عون من أعوان القوة العمومية استدعاء شهود الجثة المتلبس بها، ويلتزم هؤلاء الشهود بالحضور وإلا طبقت عليهم العقوبات التي نص عليها القانون⁷³⁶.

من جهتها أوضحت المادة 339 من ق ج أنه إذا لم تكن الدعوى مهيأة للحكم فيها، يجوز للمحكمة تأجيلها إلى جلسة أقرب لاستيفاء التحقيق ويتم التفريغ عن المتهم إحتياطياً بكفالة أو غيرها إذا كان ثمة محل لذلك.

الملاحظ عملياً أن جرائم الصفقات العمومية المتلبس بها، تكون في الغالب جريمة الرشوة التي عادة ما يتم ضبط مرتكبها متلبساً بناءً على إتفاق مسبق بين الضبطية القضائية والطرف الشاكي بعد الحصول على إذن من وكيل الجمهورية المختص.

إذ يقدم الشاكي أو المبلغ كل المعلومات المتعلقة بالجريمة، خاصة تلك المتعلقة بالمبلغ المتفق عليه ومكان وتاريخ التسليم على أن يقوم رجال الشرطة القضائية بتحضير كمين يسهل عملية القبض على الجاني متلبساً.

ثالثاً - طلب فتح تحقيق قضائي:

إذا قدرت النيابة العامة أن الوقائع موضوع الاستدلالات لازالت بحاجة إلى تحقيق، توجه طلباً افتتاحياً إلى قاضي التحقيق⁷³⁷ لفتح تحقيق في القضية محدداً فيه طلباتها⁷³⁸.

735- أنظر المادة 338 فقرة 3 من القانون السابق الإشارة إليه.

736- أنظر المادة 338 في فقرتها الأولى من القانون السابق الإشارة إليه.

737- يعتبر طلب فتح تحقيق الذي تقدمه النيابة العامة تحريكا للدعوى العمومية من حيث أنه أول إجراء أو الإجراء الافتتاحي في الدعوى العمومية تبادر به النيابة تطبيقاً لأحكام المواد 1، 29، 60 فقرة 4 والمادة 67 من الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 يونيو 1966...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

738- DAOUDI Aissa, Le juge d'instruction, Office Nationale des travaux Educatifs, Alger, 1993, P 18.

جاءت المادة 67 من ق إ ج أمرة لقاضي التحقيق بعدم جواز التحقيق مباشرة إلا بناءً على طلب يوجهه وكيل الجمهورية حتى ولو كان بصدد جنائية أو جنحة متلبس بها، والهدف من ذلك الحفاظ على مبدأ حياد قضاة الحكم وعدم التحقيق بمجرد علمهم الشخصي.

بناءً على الطلب الافتتاحي يحقق قاضي التحقيق في الوقائع والأشخاص، كما منحه المشرع سلطة اتهام أي شخص بصفته فاعلاً أو مساهماً أو شريكاً في الوقائع المحال التحقيق فيها، وهذا ما جاء في المادة 67 فقرة 3 من ق إ ج "فإذا وصلت لعلم قاضي التحقيق وقائع لم يُشر إليها في طلب إجراء التحقيق تعين عليه أن يحيل فوراً إلى وكيل الجمهورية الشكاوى أو المحاضر المثبتة لتلك الوقائع..."، لذا يتعين على قاضي التحقيق إتخاذ الإجراءات الآتية:

الحالة الأولى: إذا تبين لقاضي التحقيق أثناء مباشرة التحقيق وجود شاهد مسموع لديه في محضر وكان قد شارك في وقائع الجريمة، فالإجراء الذي يتخذه حتى يصبح الشاهد متهماً يتمثل في: توجيه التهمة للشاهد ثم إبلاغ النيابة بذلك (بأمر إبلاغ قصد الاتهام) لكي تقدم طلباتها وبعدها يتم استدعائه وسماعه في محضر سماع عند الحضور الأول.

الحالة الثانية: إذا تبين للقاضي أثناء التحقيق أن المتهم قام بإرتكاب أفعال إجرامية لم يتضمنها تكييف النيابة في الطلب الافتتاحي هنا يجب التمييز بين حالتين لإضافة هذه التهمة. أ- إذا تبين أن الوقائع منفصلة عن التهمة الأصلية الواردة في الطلب الافتتاحي، أي ظهرت لقاضي التحقيق وقائع جديدة وهو ما يلاحظ عادة بالنسبة لجرائم الصفقات العمومية فهي مرتبطة بجرائم أخرى على قاضي التحقيق، في هذه الحالة عرض الملف على النيابة العامة لتقديم طلب إضافي وإذا رُفض طلبه لا يستطيع التحقيق في الجريمة الجديدة لأن للنياية سلطة الملائمة⁷³⁹.

وإذا وافقت النيابة وقدمت طلب إضافي يصبح المتهم متبوع بتهمة جديدة ويحق للقاضي التحقيق في التهمتين معاً.

ب- إذا تبين أن الوقائع متصلة بالتهمة الأصلية الواردة في الطلب الافتتاحي، أي ظهرت أثناء التحقيق وقائع إجرامية مرتبطة بالجريمة الأصلية، ففي هذه الحالة يستغني قاضي التحقيق عن عرض الملف على النيابة وعلى الطلب الإضافي ويواصل التحقيق في القضية.

739- العيش فضيل، مرجع سابق، ص 170، 171.

ولوكيل الجمهورية الحق في أن يطلب من قاضي التحقيق أي إجراء يراه لازماً لإظهار الحقيقة وإذا لم يُجيبه قاضي التحقيق في ظرف 48 ساعة، يمكن لوكيل الجمهورية إخطار غرفة الاتهام خلال عشرة أيام ويتعين على هذه الأخيرة أن تبت في ذلك خلال أجل ثلاثين يوماً تسري من تاريخ إخطارها ويكون قرارها غير قابل لأي طعن⁷⁴⁰.

فطلب إجراء تحقيق يتم بمقتضاه إحالة مرتكبي جرائم الصفقات على القضاء الجزائي، ولا يلجأ إليه وكيل الجمهورية في مواد الجرح إلا عند الضرورة المحددة في الحالات التالية:

- عدم وضوح الوقائع.

- عدم اعتراف المتهم بالوقائع المنسوبة إليه.

- إذا كان المتهم في حالة فرار.

ومن أجل تفعيل آليات التحقيق في جرائم الفساد عامة وجرائم الصفقات بصفة خاصة، منحت التعديلات الجديدة لـ ق إ ج صلاحيات جديدة لقاضي التحقيق لم يكن يتمتع بها من قبل.

فإذا تعلق الوقائع المعروضة أمام قاضي التحقيق بجريمة من جرائم الصفقات العمومية، يجوز لقاضي التحقيق أن يعهد إلى ضابط الشرطة القضائية بناءً على ترخيص مكتوب القيام بعمليات التحري الخاصة المنصوص عليها في المواد 65 مكرر 10 إلى 65 مكرر 18.

ويبقى الهدف من التحقيق الذي يجريه القاضي هو تمحيص أدلة الإثبات والنفي، وبمجرد انتهاء التحقيق يقوم بإحالة الدعوى على محكمة الجرح وفي مقامنا هذا إحالتها على محكمة ذات الاختصاص الموسع، بإعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في قضايا معينة منها جرائم الصفقات العمومية وقد يكون الفعل المنسوب للمتهم يحمل عدة أوصاف، فنكون أمام التعدد الصوري للجرائم وهنا يتعين على قاضي التحقيق أن يكيّف الواقعة بالوصف الأشد طبقاً للمادة 32 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني

القيود التي تمنع متابعة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية

تمتاز جرائم الصفقات العمومية أنها جرائم ذوي الصفة، لا تقع إلا من شخص يتصف بصفة الموظف العام.

740- أنظر المادة 69 من قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006...، سابق الإشارة إليه.

غير أن هناك فئة من الموظفين العموميين يتمتعون بحصانة قانونية، تحول دون متابعتهم جزائياً.

وبالتالي لا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية رغم ثبوت ارتكابهم لجريمة من جرائم الصفقات إلا بعد الحصول على إذن مسبق (أولاً) أو بعد القيام بتحقيق مسبق (ثانياً) أو شرط الحصول على شكوى (ثالثاً).

أولاً - الحصول على إذن مسبق:

في إطار الحصانة البرلمانية الممنوحة لنواب المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ورد النص في المادة 110 من دستور 1996 "لا يجوز الشروع في متابعة أي نائب عضو في المجلس الوطني أو مجلس الأمة بسبب جنائية أو جنحة إلا بتنازل منه أو بإذن من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يقرر رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضائه".

بموجب هذا النص وضع المشرع قيداً أكيداً على حرية النيابة العامة في تحريك وممارسة الدعوى الجزائية الناتجة عن ارتكاب المتهم البرلماني لجريمة متعلقة بالصفقات العمومية وغيرها وعلقها على شرط تنازل صريح من المتهم نفسه أو إذن بتحريك الدعوى من الهيئة النيابة التي ينتمي إليها المتمثلة في المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة⁷⁴¹.

وإذا كان مع عضو مجلس الأمة أو المجلس الشعبي الوطني شركاء فإن الحصول على إذن أو تنازل صريح لتحريك الدعوى العمومية لا يغل يد النيابة في مواجهة باقي الشركاء فيكون لممثل النيابة كامل الحرية في تحريك الدعوى العمومية.

ثانياً - القيام بتحقيق مسبق:

كما وضع المشرع قيداً آخر على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بالنسبة لطائفة أخرى من الموظفين العموميين⁷⁴²، في حال ارتكابهم جريمة يتعلق بضرورة إجراء تحقيق مسبق من طرف هيئة قضائية مؤهلة قانوناً لإجراء هذا التحقيق وهو ما ورد النص عليه في المواد 573 إلى 577 من ق.إ.ج.

وعليه فإذا كان أحد أعضاء الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أو أحد رؤساء أو النواب العامين لدى المجالس القضائية معرضاً للاتهام بارتكاب جنائية أو جنحة أثناء

741- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 13.

742- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 44.

ممارسة مهامه أو بمناسبتها، يتعين على وكيل الجمهورية الذي يخطر بالقضية أن يحيل الملف عن طريق السلم الإداري إلى النائب العام لدى المحكمة العليا الذي يرفعه بدوره إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا، وإذا رأى هذا الأخير أن هناك ما يقتضي المتابعة يعين أحد أعضاء المحكمة العليا ليقوم بإجراءات التحقيق في الموضوع، وفق الأشكال والأوضاع المنصوص عليها في ق إ ج المتعلقة بالتحقيق الابتدائي في الجرائم⁷⁴³.

يتضح أن حرية ممثل النيابة العامة الذي يحاط علما بإرتكاب جنائية أو جنحة ليست حرية مطلقة تسمح له بتحريك الدعوى العمومية، بل أنها حرية مقيدة بوجوب إحالة الملف المتضمن الوقائع الجرمية إلى النائب العام بالمحكمة العليا.

ثالثاً - شرط الحصول على شكوى:

يوجد في بعض القوانين الخاصة التي يؤدي مخالفتها قيام جريمة من جرائم الفساد ما يفيد إمكانية تقييدها بهذا الشرط.

ورد في المادة 119 فقرة 3 من قانون رقم 01-09 على أن الجرائم الضارة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط لا تحرك الدعوى العمومية بشأنها، إلا بناءً على شكوى من أجهزة الشركة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري أو في القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية، وقد بينت المادة ذاتها بعض صور جرائم الفساد التي ترتكب إضراراً بالمؤسسات العمومية التي يشترط لمتابعتها الحصول على شكوى، تتمثل هذه الجرائم في جريمة الاختلاس⁷⁴⁴ وكذا جريمة الامتيازات غير المبررة⁷⁴⁵ والرشوة⁷⁴⁶ في مجال الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 128 مكرر 1 الملغاة المعوضة بالمادة 27 من قانون رقم 06-01 المعدل والمتمم.

743- طاهري حسين، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية مع التعديلات المدخلة عليه، دار المحمدية، الجزائر، 1999، ص 168.

744- المنصوص عليها في المادة 119، 119 مكرر، 119 مكرر 1 من قانون رقم 01-09 الملغاة، المعوضة بالمادة 29 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

745- المنصوص عليها في المادة 128 مكرر 1، الملغاة، المعوضة بالمادة 26 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، السابق الإشارة إليه.

746- المنصوص عليها في المادة 128 مكرر 1 الملغاة المعوضة بالمادة 27 من قانون رقم 06-01، السابق الإشارة إليه.

فإذا ما ارتكبت هذه الجرائم إضراراً بالمؤسسات العمومية الاقتصادية، فلا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية إلا بعد الحصول على شكوى من أجهزة الشركة المعنية⁷⁴⁷.

من جهة أخرى يتضح أن تقييد حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ليس مقصوراً على الجرائم الواقعة داخل الوطن، وإنما يتعداه إلى الجرائم الواقعة في الخارج التي تدخل ضمن إختصاص القضاء الجزائي الجزائري، وذلك طبقاً لما ورد النص عليه في المادة 03 فقرة 2 من قانون العقوبات التي جاء فيها **"يطبق قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل ضمن إختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية"**.

تبعاً لذلك نصت المادة 583 على أن **"كل واقعة موصوفة بأنها جنحة في نظر التشريع الجزائري أو في نظر تشريع البلد الذي وقعت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائرياً"**.

تطبيقاً لما نصت عليه أحكام المادة أعلاه إذا قام جزائري بارتكاب أي جريمة من جرائم الفساد كالرشوة أو غيرها... على إقليم دولة أجنبية، فيجوز للسلطات الجزائرية متابعة الجاني بعد تحقق جملة من الشروط نصت عليها المادة 582 فقرة 2 من قانون العقوبات وهي:

- 1- أن تكون الجريمة جنحة في نظر التشريع الوطني وفي نظر البلد الذي ارتكبت فيه.
 - 2- أن تقع الجريمة خارج الإقليم الجزائري.
 - 3- أن يكون الجاني جزائري الجنسية حتى وإن اكتسبها بعد ارتكاب الجريمة لأن القانون لا يشترط للملاحقة أن يكون الجاني جزائري وقت وقوع الجريمة.
 - 4- أن يعود الجاني إلى الجزائر بعد اقترافه الجريمة.
 - 5- أن لا يكون قد وقع الحكم عليه نهائياً من جهة قضائية أجنبية عن الواقعة ذاتها أو قضى العقوبة للمحكوم بها عليه أو أنها سقطت بالتقادم أو حصل العفو عنها⁷⁴⁸.
- فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة يمكن متابعة الجاني أمام القضاء الجزائي الوطني.

غير أن صلاحية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية تبقى مقيدة وموقوفة على

747- المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، قرار رقم 450220، مؤرخ في 31 ديسمبر 2008، (النيابة العامة) ضد (ب ف) **مجلة المحكمة العليا**، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص 409.

748- بغدادي جيلالي، التحقيق دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص 113.

وجوب توفر أحد الشرطين طبقاً لما نصت عليه المادة 583 فقرة 3 من ق إ ج، وهي استناد النيابة العامة إلى شكوى من الشخص المضروب أو استنادها إلى بلاغ رسمي صادر عن سلطات البلد الذي ارتكبت فيه وإلا كانت إجراءات المتابعة باطلة⁷⁴⁹.

وتطبيقاً للمادة 583 نص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 28 منه على جريمة الرشوة التي يرتكبها الموظفون العموميون الأجانب والموظفين في المنظمات الدولية في صورتها السلبية والإيجابية.

ويقصد بالموظف العمومي الأجنبي حسب نص المادة 2 فقرة ج من القانون رقم 06-01، كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي سواء كان معينا أو منتخبا، وكل شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي بما في ذلك هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية.

في حين يقصد بالموظف في نظر المنظمات الدولية كل مستخدم دولي تستعين به المنظمة على سبيل التأقيت وتأذن له أن يتصرف نيابة عنها.

ما يميز الموظفون العموميون الأجانب والموظفون في المنظمات الدولية وإن كانوا يؤدون وظيفة دولية، إلا أنهم ليسوا بموظفين دوليين طالما يؤدون أعمالهم بتكليف من دولهم، وإنما هم موظفون وطنيون في نظر الدولة التي يحملون جنسيتها، وبالتالي فلا يجوز للسلطات الوطنية متابعتهم عن جرائم الرشوة المرتكبة من قبلهم في الدول والمنظمات الدولية، إلا بعد تحقق الشروط الواردة في المادة 582 فقرة 2 من ق إ ج، وبعد الحصول على شكوى أو بلاغ من سلطات البلد الذي ارتكبت فيه تطبيقاً لمبدأ الشخصية.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 28 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نصت على جريمة رشوة الموظفون العموميون والموظفون في المنظمات الدولية، تضمنت هذه المادة جريمتين مستقلتين الأولى إيجابية ترتكب من أشخاص القانون الجزائري في مواجهة الموظف العمومي الأجنبي، تخضع للقانون الوطني سواء طبقاً لمبدأ الإقليمية إذا حدثت الوقائع في الجزائر أو طبقاً لمبدأ الشخصية.

أما الثانية فهي سلبية ترتكب من طرف الموظف العمومي الأجنبي يحمل جنسية أجنبية ويعمل لصالح بلد أجنبي أو في منظمة أجنبية، يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري أعلن

749- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 49، 50.

اختصاصاً عالمياً في متابعة الرشوة، علماً أن معظم التشريعات الغربية خاصة منها الأوروبية تكتفي بتجريم الرشوة الإيجابية.

ويزيد هذا التجريم تطبيقاً عندما اشترط فيه إقليمية الوقائع أو شخصية المتهم فالتشريع الوطني يبدو أنه كان أكثر شجاعة وإقدام وذلك لسببين، الأول أنه جرم الرشوة السلبية للموظف العمومي الأجنبي ولم يتركها لعناية دولته والثاني أنه لم يضيق مجال هذا التجريم صراحة ولم يشترط إقليمية الوقائع ولا شخصية المتهم.

المطلب الثاني

محاكمة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية أمام القضاء الجنائي

إحالة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية على القضاء الجنائي يتم أصلاً لأجل محاكمتهم. تعتبر المحاكمة ثالث وآخر مرحلة تمر بها إجراءات الدعوى العمومية، تستهدف أساساً البحث في الأدلة المقدمة من طرف الضبطية القضائية وجهات التحقيق الابتدائي⁷⁵⁰.

يلتزم القاضي التثبت من الواقعة موضوع الاتهام والتأكد من تكييفها القانوني، كما يبحث عن أدلة جديدة من شأنها إظهار الحقيقة وما تخضع له من نصوص في قانون العقوبات امتثالاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

وفي نهاية المحاكمة يتم الفصل في موضوع الدعوى بالبراءة أو الإدانة لذلك سميت المحاكمة "بالتحقيق النهائي".

يقود الحديث عن المحاكمة إلى البحث عن الجهة التي تتم فيها وما يميز جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد ككل، إخضاعها لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع (الفرع الأول)، وهو المبدأ الذي أقره الأمر رقم 10-05 رغبة من المشرع في إيجاد آلية إجرائية فعالة لرصد أشكال الفساد وقمع المفسدين، رغم خضوع إجراءات المحاكمة لتلك القواعد المعروفة في القانون العام (الفرع الثاني).

750- خوري عمر، شرح قانون الإجراءات الجزائية طبعة مدعمة بالتعديلات الجديدة التي جاء بها القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 24.

الفرع الأول

توسيع الاختصاص المحلي للجهات الفاعلة في جرائم الصفقات العمومية

تنص المادة 24 مكرر 1 من الأمر رقم 10-05 على أنه "تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

وبالرجوع إلى أحكام ق إ ج لاسيما المواد 37، 40 و 329 بعد تعديلها بالقانون رقم 04-14، يُلاحظ أن المشرع قام بتوسيع الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية (أولاً)، وقاضي التحقيق (ثانياً) وجهات الحكم لعدد من المحاكم إلى اختصاص محاكم مجالس قضائية أخرى (ثالثاً)، وذلك في الجرائم المتميزة بالخطورة والتعقيد، وتعتبر جرائم الصفقات العمومية واحدة منها باعتبارها من جرائم الفساد.

أولاً - توسيع اختصاص وكيل الجمهورية:

وسّع المشرع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 37 من ق إ ج الاختصاص الإقليمي لوكيل الجمهورية، ليشمل اختصاص محاكم أخرى وتم تحديد ذلك عن طريق التنظيم.

تطبق أحكام الاختصاص الموسع كلما تعلق الأمر بالتحري أو التحقيق بشأن الجرائم المذكورة بالمادة 37 من ق إ ج، تتمثل في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالصرف وجرائم التهريب وكذا جرائم الفساد، طبقا لما نصت عليه المادة 24 مكرر 1 من الأمر رقم 10-05.

فعندما يخطر وكيل الجمهورية لدى المحكمة الكائن بها مكان وقوع الجريمة ويبلغ بإجراءات التحقيق الأولى، ويعتبر بأن إجراءات التحقيق الابتدائي تتعلق بجريمة من جرائم الصفقات العمومية التي تعتبر من جرائم الفساد، يرسل فوراً نسخة ثانية إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة.

وإذا اعتبر النائب العام لدى المجلس القضائي الذي تقع باختصاصه المحكمة ذات الاختصاص الموسع بأن الإجراءات تتعلق بجريمة من جرائم الصفقات العمومية، يطالب بالإجراءات ويجوز له المطالبة بها أثناء جميع مراحل الدعوى.

ثانياً - توسيع اختصاص قاضي التحقيق:

ورد في المادة 40 من ق إ ج توسيع الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق التابع للمحكمة ذات الاختصاص الموسع إذا تعلق الأمر بالجرائم السابقة، وبالتالي يصبح قاضي التحقيق التابع لهذه المحكمة ذا اختصاص إقليمي يتجاوز اختصاصه العادي، فيمكنه التنقل أو انتداب أي ضابط شرطة قضائية للقيام بمهام تتعلق بالتحقيق القضائي في جرائم الصفقات العمومية⁷⁵¹، وإذا تم توسيع اختصاص كل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لدى المحاكم ذات الاختصاص الموسع، وبالتالي ما هي المحاكم ذات الاختصاص الموسع وكيف تم تنظيمها.

ثالثاً - توسيع الاختصاص المحلي لمحاكم متخصصة:

قام المشرع عند تعديل ق إ ج بتوسيع الاختصاص المحلي لعدد من المحاكم، وذلك بالنسبة للجرائم المتميزة بالخطورة والتعقيد والطبيعة الخاصة.

تم استحداث محاكم متخصصة تكون وحدها المختصة نوعياً بنوع من الجرائم لتكون ما يسمى "بالأقطاب المتخصصة"، للفصل في الدعاوى العمومية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في المادة 37 من ق إ ج، وكذا المادة 24 مكرر من قانون مكافحة الفساد⁷⁵² دون سواها من المحاكم الوطنية بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 06-348⁷⁵³.

يبدو بوضوح اتجاه المنظومة القانونية الجنائية إلى تبني أسلوب جديد في مجال التنظيم القضائي بخصوص الاختصاص النوعي والمحلي لجرائم الفساد، فسوف يكون للأقطاب المتخصصة دون سواها صلاحية النظر والفصل في موضوعها بأحكام نهائية⁷⁵⁴، على إثرها تم تقسيم التراب الوطني إلى أربعة أقطاب قضائية متخصصة وهي:

أ- **قطب محكمة سيدي محمد:** يمتد الاختصاص المحلي لمحكمة سيدي محمد ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لديها إلى محاكم المجالس القضائية التالية: الجزائر، الشلف،

751- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 39.

752- تخضع جرائم الصفقات العمومية لإختصاص المحاكم ذات الإختصاص الموسع على أساس المادة 24 مكرر 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وليس على أساس ق إ ج.

753- مرسوم تنفيذي رقم 06-348، مؤرخ في 5 أكتوبر 2006، يتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق، ج ر عدد (63)، بتاريخ 8 أكتوبر 2006.

754- خالف عقيلة، الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 39.

الأغواط، البليدة، البويرة، تيزي وزو، الجلفة، المدية، المسيلة، بومرداس، تيارزة، عين الدفلى.

ب- قطب محكمة ورقلة: يمتد الاختصاص المحلي لمحكمة ورقلة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لديها إلى محاكم المجالس التالية: ورقلة، أدرار، تمنراست، إيليزي، تندوف، غرداية.

ج- قطب محكمة وهران: يمتد الاختصاص المحلي لمحكمة وهران ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لديها إلى محاكم المجالس القضائية التالية: وهران، بشار، تلمسان، سيدي بلعباس، مستغانم، معسكر، البيض، تيسمسيلت، النعامة، عين تموشنت وغليزان.

د- قطب محكمة قسنطينة: يمتد الاختصاص المحلي لمحكمة قسنطينة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لديها إلى محاكم المجالس القضائية التالية: قسنطينة، أم البواقي، باتنة، بجاية، بسكرة، سطيف، سكيكدة، عنابة، قالمة، برج بوعريريج، الطارف، الوادي، خنشلة، سوق أهراس، ⁷⁵⁵ميلة.

ومن أجل تنفيذ هذه الإجراءات الجديدة أوجبت المادة 4 مكرر 1 من ق إ ج، ضابط الشرطة القضائية إخبار وكيل الجمهورية لدى محكمة مكان وقوع الجريمة وإبلاغه بأصل ونسختين من إجراءات التحقيق.

على وكيل الجمهورية أن يرسل النسخة الثانية فوراً إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة، فإذا اعتبر هذا الأخير أن الجريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة ذات الاختصاص الموسع يطالب بالإجراءات فوراً، وفي هذه الحالة يتلقى ضباط الشرطة القضائية العاملون بدائرة اختصاص هذه المحكمة التعليمات مباشرة من وكيل الجمهورية لدى هذه الجهة القضائية.

بعدها تسير إجراءات تحريك الدعوى العمومية بشأن هذه الجرائم وفق الأوضاع العادية لتحريك الدعوى العمومية من طرف وكيل الجمهورية لدى المحكمة ذات الاختصاص الموسع ⁷⁵⁶.

أما إذا كان سبق فتح تحقيق قضائي بالمحكمة الأصلية، فيجوز للنائب العام لدى المجلس القضائي التابع للمحكمة المختصة أن يطالب بالإجراءات، ويصدر قاضي التحقيق للمحكمة الأصلية أمراً بالتخلي لفائدة قاضي التحقيق لدى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يتلقى ضباط

755- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2006، ص 57.

756- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 40.

الشرطة القضائية العاملون بدائرة اختصاص هذه المحكمة التعليمات مباشرة من قاضي التحقيق لهذه الجهة القضائية⁷⁵⁷.

الفرع الثاني

سير المحاكمة الناشئة عن جرائم الصفقات العمومية

يخضع نظام المحاكمة أمام المحاكم ذات الاختصاص الموسع للقواعد المقررة في القانون العام، سواء تعلّق الأمر بتلك المبادئ التي تحكم المحاكمة (أولاً) أو الإجراءات المتبّعة إلى غاية صدور حكم فاصل في موضوع الجريمة (ثانياً).

أولاً - المبادئ التي تقوم عليها إجراءات المحاكمة:

نظراً لأهمية المحاكمة، وضع القانون قواعد عامة تلتزم بها الجهات القضائية أيّا كان نوعها ودرجتها من شأنها حماية الحقوق والحريات الفردية وتحقيق العدالة الجنائية.

فتقوم المحاكمة على مبادئ هامة تجعلها مختلفة عن تلك القواعد التي تحكم مرحلتي جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي أهمها علنية الجلسات (1)، شفافية المرافعات (2)، حضور الخصوم (3) والتدوين (4).

1- علنية الجلسات

الأصل أن تكون الجلسات علنية، التي تعد ضماناً هامة من ضمانات التقاضي، تتيح للخصوم الوقوف على سير التحقيق النهائي فيحسنون الدفاع عن أنفسهم ومراقبة المحكمة والطعن في الإجراءات المخالفة للقانون ويتحقق بها حياد القاضي، ويكون بذلك أكثر حرصاً على تحقيق العدالة وبالتالي تتحقق الوظيفة الردعية للعقوبة المحكوم بها على المتهمين⁷⁵⁸، كما تزيّن حكم القضاء بالثقة والاطمئنان.

تتحقق العلنية بالسماح للجمهور فضلاً عن الخصوم الحضور للجلسة، كما تتحقق بنشر ما يجري داخل الجلسات من إجراءات بكافة طرق النشر⁷⁵⁹.

757- حزيط محمد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء آخر تعديل بموجب القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 4.

758- خوري عمر، مرجع سابق، ص 99، 100.

759- أحمد شوقي الشلقاني، مرجع سابق، ص 384.

فالأصل هو علنية الجلسات ما لم يكن في علنيته خطر على النظام العام، وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكماً يقضي بعقد جلسة سرية، غير أن الحكم في الموضوع يكون في جلسة علنية وهو ما يحدث فعلاً في محاكمة مسؤولي سونطراك.

2- شفافية المرافعات

يقصد بشفافية المرافعات أن تتم مناقشة الدفوع التي قدمها الخصوم وطلبات النيابة العامة شفاهة، استناداً إلى أوراق الدعوى المقدمة من جهة التحقيق أو من قبل النيابة العامة.

فلا يجوز لهيئة المحكمة أن تبني حكمها إلا على الأدلة المقدمة لها في معرض المرافعات التي حصلت المناقشة فيها حضورياً، لذلك تصدر الأحكام من القاضي أو القضاة الذين حضروا جميع جلسات الدعوى وإلا كانت باطلة⁷⁶⁰.

فتقوم هيئة المحكمة بإعادة التحقيق في الدعوى فتسمع الشهود الذين أدلوا بشهادتهم من قبل⁷⁶¹، وذلك حتى تقدر تمام التقدير مدى صحتها وصدقها.

فضلاً عن ذلك يجوز لهيئة المحكمة أن تسمع غيرهم، وإذا لم تستجب لطلب المتهم القاضي بسماع شهود الإثبات بحجة اقتناعها بثبوت التهمة بما قرر بمحضر جمع الاستدالات، فإن المحكمة بذلك تكون قد أخلت بحق المتهم في الدفاع، مما يعيب الحكم ويوجب نقضه⁷⁶² فالتعويل على أقوال الشهود الذين سمعتهم هيئة أخرى دون الاستجابة إلى طلب سماعهم أمام الهيئة التي أصدرت الحكم يعد إخلالاً جسيماً بحق الدفاع.

وفي نهاية التحقيق بالجلسة تستمع طلبات المدعي المدني والنيابة العامة ودفاع المتهم، كما تقوم هيئة المحكمة بالاستماع إلى أقوال ضباط الشرطة القضائية وأعوانهم كي يكون المتهم أو المتهمين على بيّنة، مما قدّم ضدهم من أدلة وقد سبق القول أنه يجوز سماع المنسق على عملية التسرب كشاهد.

3- حضور الخصوم

تجرى إجراءات المحاكمة بحضور الخصوم ويعد ذلك أهم الضمانات وتكملة ضرورية لمبدأ شفافية المرافعات.

760- أنظر المادة 341 من أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-06، مؤرخ في 19 أبريل 1993...، سابق الإشارة إليه. التي جاء فيها "يجب أن تصدر أحكام المحكمة من القاضي الذي يترأس جميع جلسات الدعوى وإلا كانت باطلة".

761- أنظر المادة 233 من قانون رقم 82-03، مؤرخ في 13 فبراير 1982...، سابق الإشارة إليه.

762- أحمد شوقي الشلقاني، مرجع سابق، ص 382.

فلا يجوز للقاضي أن يأسس حكمه على دليل لم يطرح من طرف الخصوم أمامه ولم يناقش أثناء الجلسة، وعليه فحضور الخصوم ضروري لتمكينهم مناقشة الأدلة في الجلسة والخصوم الواجب حضورهم للجلسة هم:

- أ. النيابة العامة فهي من قام بتحريك الدعوى العمومية وهي ممثلة المجتمع، وتدخل في تشكيل هيئة المحكمة ولا تتعقد الجلسة في غيابها.
- ب. المتهم ويتعين حضوره باعتباره خصماً مهما في الدعوى العمومية لإعطائه فرصة الدفاع عن نفسه لتكون له دائماً الكلمة الأخيرة قبل إقفال باب المرافعة.
- ج. المدعى المدني يلزم القانون وجوده أثناء الجلسة في حالة رفع الدعوى المدنية التبعية ليتم الفصل في مسألة التعويضات.

4- التدوين

يناط لكاتب الضبط مهمة تدوين الإجراءات والأحكام، حتى بالنسبة للمحاكم ذات الاختصاص الموسع، يدخل في تشكيلة الجلسة ولا تتعقد إلا بحضوره⁷⁶³.

يحرر كاتب الجلسة في مهلة 3 أيام على الأكثر من تاريخ النطق بالحكم محضراً عن كل الإجراءات ليشمل طلبات المدعي المدني وطلبات النيابة العامة وأقوال الشهود ودفع المتهم ومحاميه والقرارات التي تصدر في المسائل العارضة وغيرها.

عند تحرير الحكم يجب على الكاتب مراعاة جميع الإجراءات الشكلية، كما يجب أن يحتوي على تلك البيانات التي نصت عليها صراحة نص المادة 314 من ق إ ج، ويوقع كل من الرئيس وكاتب الجلسة على أصل الحكم في مهلة 15 يوماً على الأكثر من تاريخ صدوره.

وطبقاً للمادة 380 من ق إ ج تؤرخ النسخة الأصلية، ويذكر فيها أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وكاتب الجلسة واسم المترجم عند الاقتضاء وتوقع من طرف الرئيس لتودع نسخة لدى كتابة ضبط المحكمة⁷⁶⁴.

تلك هي المبادئ التي تقوم عليها إجراءات المحاكمة أمام المحكمة ذات الاختصاص الموسع وغيرها من المحاكم، فهي قواعد تشترك فيها كل المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها ويجب احترامها وأي اختلال بهذه المبادئ يعرض حكم القاضي للنقض وبطلان الإجراءات.

763- أنظر المادة 257 من الأمر رقم 75-46، مؤرخ في 17 يونيو 1975...، سابق الإشارة إليه.

764- خوري عمر، مرجع سابق، ص 101.

ثانياً - سير الجلسات الناشئة عن جرائم الصفقات العمومية:

يحضر القضاة والنيابة العامة وكاتب الجلسة في اليوم المحدد لكل قضية تخص جريمة من جرائم الصفقات العمومية، ومن أجل ضبط الجلسة وإدارة المرافعات يتمتع رئيس الجلسة بسلطات هامة تتمثل في ضبط حسن سير الجلسة وفرض الاحترام الكامل لهيئة المحكمة، واتخاذ أي إجراء يراه مناسباً لإظهار الحقيقة، الأمر بإحضار الشهود وإذا اقتضى الأمر إحضارهم بالقوة العمومية. بعد ذلك تأتي إجراءات المرافعة.

المرافعة مرحلة هامة في إجراءات سير الجلسة المحاكمة تتضمن:

- إجراءات شكلية أولية: تتمثل في إعلان الرئيس عن القضية والأطراف والشهود والخبراء، ويتأكد من حضور المتهم بالتحقق من هويته وتاريخ ومكان ميلاده ومهنته ومحل إقامته ويعرّف بالإجراء الذي رفعت به الدعوى أمامه، كما يتحقق عند الاقتضاء من حضور المسؤول المدني والمدعى المدني والشهود وغيرهم⁷⁶⁵.

ويحق للمتهم الاستعانة بمدافع، وإذا حضر الجلسة بدون محامي على الرئيس ندب محامي تلقائياً إذا ما طلب ذلك المتهم⁷⁶⁶، وإذا تم تكليف المتهم بالحضور شخصياً ولكنه تغيب اعتبرت المحاكمة حضورية⁷⁶⁷.

كما تتضمن المرافعة:

- عرض ومناقشة الطلبات والدفع والأدلة: سبق الذكر أنّ رئيس الجلسة هو من يتولى ضبط وإدارة المرافعة، فيحدد ترتيب الأدلة كترتيب سماع الشهود وإخراج بعض المتهمين أثناء سماعهم ورفض توجيه بعض الأسئلة إلى الشهود وإرجاء استجواب المتهم وإدلاء الشهود بعد ذلك بشهادات متفرقة سواء تعلقت بالوقائع المنسوبة إلى المتهم أو بشخصيتهم.

ويجب كل شاهد عن الأسئلة التي وجهت إليه من الرئيس أو من النيابة العامة أو من أطراف الدعوى الآخرين ثم يدلي الخبراء وحتى ضباط الشرطة بتصريحاتهم وآراءهم حول مسائل متعلقة بالقضية.

كما يجوز للمتهم والأطراف الآخرين إيداع مذكرات ختامية، يؤشر عليها الرئيس والكاتب وينوه هذا الأخير أن هذا الإيداع قد تم بالجلسة.

765- أنظر المادة 343 من قانون رقم 04-14، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004...، سابق الإشارة إليه.

766- أنظر المادة 351 من القانون السابق الإشارة إليه.

767- أنظر المادة 345 من الأمر رقم 69-73، مؤرخ في 16 سبتمبر 1969...، سابق الإشارة إليه.

تلتزم المحكمة بالإجابة عن هذه المذكرات، كما يتعين عليها ضم المسائل الفرعية والدفع المبدات أمامها والفصل فيها بحكم واحد⁷⁶⁸.

فإذا رفعت الدعوى إلى المحكمة أصبحت هي المختصة بإجراء التحقيق فيها، لذلك تسمى مرحلة المحاكمة بـ "مرحلة التحقيق النهائي"، يبرز الدور الإيجابي لقاضي الحكم في الإثبات إذ لا يكفي بما قدمته النيابة من أدلة لإثبات التهمة وما قدمه المتهم من أدلة ينفيها، وإنما يتخذ كل سبل التحري والتحقيق للكشف عن الحقيقة.

فيبني حكمه على التحقيق النهائي الذي يجريه بنفسه ولا يتقيد بما هو ثابت في محاضر التحقيق الابتدائي أو محاضر جمع الاستدلالات أو بما قدمه الخصوم وبالمقابل لا يجوز للقاضي أن يثبت بناءً على أدلة لم تطرح في الجلسة ولم تناقش من طرف الخصوم في المرافعة⁷⁶⁹.

قد اعتمد المشرع لإثبات جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية على قرينة قانونية بمقتضى المادة 37 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إذ جاء فيها "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة في ذمته المالية مقارنة بمدخله المشروعة".

يفهم من النص أعلاه أن القرينة التي وردت تخالف القواعد العامة في الإثبات، فمن جهة نقل عبأ الإثبات إلى المتهم ذاته، فإذا كانت هناك زيادة في ثروة الموظف العمومي لا تتناسب مع موارده فعليه أن يثبت مصدر مشروع لتلك الزيادة لم تتطرق له جهات التحقيق وإلا اعتبرت هذه الزيادة ناتجة عن استغلال الوظيفة أو الصفة تنبأ بإرتكاب جريمة من جرائم الصفقات.

وجرد المادة 37 بالصياغة السابقة قد أثار عدة إشكالات، فالإتهام لا يستند إلى أي قاعدة من قواعد القانون العام ولا إلى قواعد المنطق، ولكن أساسه الشبهة التي اعتبرها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته دليلاً منفرداً لإثبات المخالفات والجرائم الحاصلة في مجال الصفقات

768- وتم التأكيد على المبدأ ذاته في قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم 270291، مؤرخ في 25 سبتمبر 2001، قضية (م ز) (ق ح) ضد (النيابة)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص ص 327 - 330.

769- تأكيداً على ذلك نصت المادة 212 من ق إ ج على "يجوز إثبات الجرائم، بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص القانون على خلاف ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الخاص.

ولا يسوغ للقاضي أن يبني حكمه إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه".

العمومية وفي جرائم الفساد ككل، مخالفاً بذلك أساس الإثبات المجمع عليه في جميع دول العالم وبذلك يكون المشرع الجزائري وكأنه أراد إيجاد قرينة حتى لا يُحمل سلطة الاتهام عباً تقديم الدليل على مصدر الزيادة في الثروة.

ويتطلب لقيام القرينة المنصوص عليها في المادة 37 في فقرتها الأولى ثلاث أمور هامة

هي:

- الزيادة في الثروة.

- انعدام التناسب مع مداخيل الموظف المشروعة.

- العجز على إثبات مشروعية المصدر.

لكن الجدير بالذكر أن القرينة المنصوص عليها في المادة 37 قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وعباً للإثبات ما يزال قائماً على عائق النيابة العامة وهي تستعين في ذلك بما تبشره من تحقيقات ومن تقارير الخبراء، فإذا ثبت عدم التناسب على المتهم إثبات العكس وإثبات مشروعية المصدر لأنه هو الأقدر على نفيها إذا كان له ما ينفيها.

وإذا عجز المتهم عن إثبات مصدر الثروة سكوته هذا لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالإدانة بل أن افتراض الإدانة سيبنى على وقائع معينة.

يُخلص إلى القول أن المشرع لم يقلب عباً للإثبات ولم يخالف مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، فمازالت البراءة هي الأصل الدستوري إلى أن تثبت الإدانة في محاكمة تكفل حقوق الدفاع، ومازالت النيابة العامة مطالبة بإثبات حصول الموظف على مال غير مشروع نتيجة استغلاله لوظيفته⁷⁷⁰، وحينئذ يفترض القانون أن هذه الزيادة ناشئة عن إثراء غير مشروع إلى أن يقدم المتهم مصدراً مشروعاً لهذه الزيادة.

وفي نهاية الجلسة، يتناول أطراف الدعوى الكلمة حيث يقدم المدعي المدني طلباته ثم تُسمع طلبات النيابة العامة ودفاع المتهم.

يتم بعدها إحالة ملف القضية إلى المداولة للفصل في موضوعها على ضوء الأدلة والبراهين الموجودة في ملف الدعوى ويتم النطق بالحكم في الجلسة المحددة لذلك.

لكن قد تنتهي الدعوى الناشئة عن جرائم الصفقات العمومية قبل الفصل في موضوعها، إذ يحمل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في طياته خروجاً عن القواعد العامة لانقضاء الدعوى

770- سوماتي شريفة، مرجع سابق، ص 58، 60.

العمومية، إذ تضمن أحكاماً مميزة بخصوص تقادم الدعوى العمومية في جرائم الفساد عامة تتمثل في:

- عدم قابلية الدعوى للتقادم بالنسبة لكل جرائم الفساد⁷⁷¹ إذا تم تحويل عائدات الجرم خارج الوطن.

يلاحظ أن المشرع بتقريره لهذا الحكم يكون قد خالف العهود الدولية التي صادقت عليها الجزائر، لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فلا يوجد مبرر لهذا الحكم، فالمطلوب من كل دولة طرف في الاتفاقية تحديد عند الاقتضاء فترة تقادم طويلة وفترة تقادم أطول في حال إفلات الجاني المزعوم من العدالة أو تحويل عائدات الجرم خارج الوطن⁷⁷²، وليس تبني فكرة عدم قابلية الجريمة للتقادم.

أما إذا بقيت عائدات الجريمة داخل الوطن، فطبقاً لما نصت عليه المادة 54 فقرة 2 من القانون ذاته، فإن مدة التقادم في هذه الحالة تقدر وفقاً لما قرره القواعد العامة بمضي 3 سنوات تسري ابتداء من يوم اقتراف الجريمة، إذا لم يتخذ في تلك الفترة أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة⁷⁷³.

كان على المشرع أن يقرر نقطة انطلاق "خاصة" لبداية احتساب مدة التقادم مثلما فعل المشرع الفرنسي عندما قرر أن مهلة التقادم تحتسب من يوم اكتشاف الجريمة في ظروف تسمح بمتابعتها، ولهذا فإن مدة التقادم حتى ولو كانت قصيرة ستمدد لأن بداية احتسابها ستتأخر.

من جهة أخرى ينبغي التذكير أن أحكام المادة 54 في فقرتيها الأولى والثانية تنطبق أيضاً على تقادم العقوبة المحكوم بها في جرائم الفساد، إذ تنص الفقرة الأولى على عدم تقادم العقوبة في جرائم الفساد بوجه عام إذا ما تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج بما يعني بمفهوم المخالفة أنه إذا لم يتم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج تتقادم العقوبة.

فالفقرة الثانية من المادة 54 تنص على تطبيق أحكام ق إ ج في غير ذلك من الحالات وبالرجوع إلى ق إ ج وتحديداً المادة 614 منه التي تنص على أن عقوبات الجناح تتقادم بمرور خمس سنوات ابتداء من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً.

771- أنظر المادة 54 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

772- أنظر المادة 29 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، سابق الإشارة إليها.

773- أنظر المادة 7 و8 من الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966...، سابق الإشارة إليه.

مما يقتضي تعديل أو إلغاء المادة 612 من ق إ ج⁷⁷⁴ التي نصت على عدم قابلية تقادم العقوبات المنطوق بها في باب الرشوة.

يتضح من الأحكام المنظمة لجرائم الصفقات العمومية خاصة وجرائم الفساد عامة خروج المشرع الواضح عن أحكام القواعد العامة يفسر ذلك رغبة المشرع في إيجاد آليات إجرائية فعّالة لمواجهة الفساد وقمع المفسدين.

المطلب الثالث

تنوع الجزاءات المقررة لجرائم الصفقات العمومية

أسفرت المواثيق والاتفاقيات التي عالجت ظاهرة الفساد عن توصيات، من أهمّها ضرورة إيجاد جزاء قانوني رادع يتم تعميم تنفيذه على كل مظاهر الفساد⁷⁷⁵.

يعد التشريع الجزائري من التشريعات السبّاقة التي أكدت على ضرورة ملاحقة الأشخاص المرتكبة لجرائم الفساد وإنزال العقاب عليهم، ومن أجل ذلك اشتمل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيم الصفقات العمومية على جزاءات⁷⁷⁶ وقد تنوعت تبعاً لتنوع الأشخاص المرتكبة للجريمة.

وما يهمّ في هذا المقام تلك الأشخاص المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية، وكما هو معلوم أن المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، قد جاءت بمزيج من الأشخاص تختلف من حيث طبيعتها فمنها ما هو من أشخاص القانون العام، ومنها ما هو من أشخاص القانون الخاص دون نسيان دور الشخص الطبيعي باعتباره الأداة المرتكبة لجرائم الصفقات العمومية على مستوى الهيئات المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية، تبعاً لذلك تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزاءات المقررة لهذه الجرائم.

774- بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 80.

775- القبي حفيظة، النظام القانوني للجرائم الاقتصادية - دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 156.

776- فضلنا تسمية هذا المطلب بالجزاءات المقررة لجرائم الصفقات العمومية بدلاً من لفظ العقوبات لأن لفظ الجزاءات" يشمل في تطبيقه العقوبة والتدابير الاحترازية التي أشار إليها كل من القانون الجنائي العام والقانون الجنائي الاقتصادي وهو ما ذهب إليه المشرع الجنائي الجزائري حسب ما يفهم من عنوان الكتاب الأول من التقنين الجنائي "العقوبات وتدابير الأمن".

بناءً على ما تقدم وقياساً على الحقوق التي تُمس نتيجة تطبيق هذه الجزاءات تم تقسيمها إلى جزاءات ماسة بالذمة المالية للمخالف شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً (الفرع الأول) وجزاءات ماسة بشخص المخالف وحريته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجزاءات الماسة بالذمة المالية

- الجزاءات المالية -

إذا عُدَّت العقوبات السالبة للحرية أهم العقوبات المقررة لجرائم القانون العام، فإنَّ العقوبات المالية من أهم العقوبات المقررة للجرائم الاقتصادية، يرجع سبب هذا الاختلاف إلى أنَّ غالبية هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع والرغبة في الكسب السريع وغير المشروع، لذلك ليس أنسب من العقوبة المالية لمكافحتها لردع المجرم كونها تصيبه في ذمته المالية التي سعى إلى تضخيمها بطرق غير مشروعة.

والعقوبات المالية هي الأخرى تتنوع بين عقوبة الغرامة (أولاً) والمصادرة (ثانياً) واسترداد الكسب غير المشروع (ثالثاً).

أولاً - الغرامة:

تعتبر الغرامة من أقدم العقوبات السائدة في الشرائع القديمة ويرجع أصلها إلى نظام الدية، الذي كان يختلط فيه العقاب بالتعويض⁷⁷⁷، وظلت كذلك إلى أن تطورت وأصبحت خالية من معنى التعويض لتستقر على معنى العقوبة، ونظراً لأهميتها يتحتم علينا الأمر التعرض لمفهومها (1) وتحديد أنواعها (2).

1- مفهوم الغرامة

الغرامة عقوبة أصلية⁷⁷⁸ في مواد الجench والمخالفات، يقصد بها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الدولة مبلغاً من المال مقدر في الحكم⁷⁷⁹.

777- بلعسلي ويزرة، المسؤولية عن فعل الغير في قانون العقوبات الاقتصادي - دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2000، ص 155.

778- العقوبات الأصلية هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقتزن بها أية عقوبة أخرى.

779- أيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 174.

وبوصف الغرامة عقوبة جزائية فإنها تتمتع بخصائص هذه الأخيرة، إذ يحكم بها بناء على حكم قضائي ووفقا لطلب سلطة الاتهام يحددها القانون عملاً بمبدأ الشرعية الجنائية وتخضع لمبدأ الشخصية.

والحكم بالغرامة مزايا عديدة، فهي لا تصيب المحكوم عليه في جسده ولا تمثل قيداً على حريته وهي عقوبة مؤثرة وفعالة خاصة بالنسبة للجرائم التي ترتكب بدافع الطمع، لأنها تقتطع جزء من الذمة المالية.

وهي عقوبة يمكن التراجع فيها إذا ما تبين حدوث خطأ في توقيعها، إذ يكفي أن ترد الخزينة العامة المبلغ المتحصل للمحكوم عليه، زيادة على ذلك غير مكلفة للدولة وإنما تستفيد من تطبيقها إذ تشكل إحدى مصادر إيرادات الخزينة العمومية⁷⁸⁰.

وبالرغم من تعدد مزاياها لم تسلم عقوبة الغرامة من النقد، حيث قيل بأنها تنتافي ومبدأ المساواة أمام الجزاء الجنائي، بالنظر إلى أثرها الضئيل الأهمية بالنسبة للثري والباهظ على الفقير.

غير أن هذا النقد لم يعد له مقام، حيث اتجهت معظم التشريعات الجنائية المعاصرة إلى تقرير مبدأ تناسب الغرامة مع دخل المحكوم عليه.

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام وجوب تناسب الغرامة مع دخل المحكوم عليه لكن بصفة ضمنية وذلك عندما لم يحدد الحد الأقصى للغرامات المقررة للجنح بنصه في المادة 5 فقرة 2 من قانون رقم 06-23 على "الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج" تاركاً بذلك للقاضي سلطة تقرير مبلغ الغرامة المناسب تخفيفاً أو تشديداً ليتناسب مع الجريمة وظروفها لاسيما الاقتصادية منها دون تسبب تقديره للعقوبة هذا ما أكدته المحكمة العليا عندما رفضت التمسك بضرورة تسبب اختلاف العقوبات باختلاف المتهمين في الجريمة نفسها بتقريرها "لكون الصلاحيات الممنوحة للقاضي في تطبيق العقوبة ترجع لتقديراته ولا يسأل عن ذلك".

2- أنواع الغرامات

بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون العقوبات تتبع طريقتين في تحديد الغرامة الواجبة التطبيق عند مخالفة أحكام القانون، فإما أن يتم تقدير مبلغ ثابت للغرامة وفي هذه الحالة تكون

780- د. عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الإحترازية، دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 465.

الغرامة محددة (أ)، وإما أن يتم ربط مقدار الغرامة بمتغير خارجي فتكون الغرامة عندها نسبية (ب). ويظهر استقراء نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالنسبة لجرائم الصفقات العمومية، أنه قد اعتمد على طريقة تحديد الغرامة، ومن المنطقي أن يتم تناولها بالدراسة والتحليل والتفصيل مقارنة بالغرامة النسبية.

أ. الغرامة المحددة

يتولى المشرع في هذا المقام تحديد مقدار الغرامة بطريقة حسابية على نحو يجعلها معروفة سلفاً، وذلك بتحديدتها بين حدين أدنى وأقصى تاركاً للقاضي سلطة الاختيار فيما بينهما، وهو ما اعتمده المشرع بالنسبة لجرائم الصفقات العمومية، فبخصوص جريمة المحاباة نصت المادة 26 بعد تعديلها بقانون رقم 11-15⁷⁸¹ على "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج...".

وهي الغرامة نفسها المقررة لجنة استغلال النفوذ. وتشدد قيمة الغرامة بالنسبة لجريمة الرشوة، وهو ما جاء النص عليه في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي جاء فيها "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج...".

وفي جريمة أخرى تتعلق دائماً بمجال الصفقات العمومية التي جاءت تحت عنوان "تعارض المصالح"، فجاءت المادة 34 لنتص "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون".

ما يلاحظ أن هذه الجريمة أقل الجرائم من حيث مقدار العقوبة والغرامة وفي تقديرنا لم يصب المشرع في ذلك لأن الجريمة تتعلق بالإجراءات والقواعد التي يجب أن يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية فكيف تفرض لها أقل عقوبة وأقل غرامة من حيث المقدار؟!

كما أن وجود نص المادة 34 بهذه الكيفية يتعارض مع المادة 26 بعد تعديلها بموجب

781- الجدير بالذكر أن الجريمة الوحيدة من جملة جرائم الصفقات التي أخضعها المشرع للتعديل بموجب قانون رقم 11-15 هي جنحة المحاباة ويخص التعديل تحديد المشرع بصفة واضحة وصريحة طبيعة الأحكام التشريعية والتنظيمية التي يؤدي مخالفتها إلى قيام الجريمة وهي تلك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات وتلك هي أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية.

قانون رقم 11-15، فبعدما كان نص المادة 26 عاماً يتعلق بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، جاء نص المادة 26 بعد التعديل ليحدد طبيعة الأحكام التي تقع عليها المخالفة وتقوم بها الجريمة، وهي مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

فعند مخالفة هذه القواعد هل تقوم الجريمة بمفهوم نص المادة 26 أو بمفهوم نص المادة 34 هذا المشكل يثير إشكال عملي خاصة أمام الاختلاف الكبير في مقدار العقوبة والغرامة.

أما بخصوص جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية فجاء نص المادة 35 لينص "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج...".

واضح من النصوص السابقة أن المشرع قد عمل على تحديد مقدار الغرامة بين حد أدنى وحد أقصى⁷⁸²، تاركاً للقاضي سلطة تقديرية حسب ملائمتها كل قضية وهي غرامات مغلظة، وتبقى جريمة الرشوة أشد الجرائم سواء من حيث العقوبة أو من حيث قيمة الغرامة، وذلك لاعتبارات يراها المشرع قد يعود في اعتقادنا إلى أن الرشوة من أخطر الجرائم والأكثرها انتشاراً، وقد بلغ مرتكبيها خطورة إجرامية كبيرة، لذا يتعين قمع كل من سولت له نفسه القيام بهذه الأفعال المشينة بالصفات العمومية.

كما يلاحظ أن المشرع لم ينص على إمكانية استعمال ظروف التحقيق للأشخاص المعنوية أو القضاء بوقف تنفيذ هذه الغرامات، كما لم يفرق بين الشخص المعنوي الوطني والأجنبي في الغرامات، وإن كان من الناحية العملية توجد صعوبات كبيرة في تنفيذ هذه الغرامات على الأشخاص المعنوية والأجنبية لأن المقر الرئيسي الذي تنفذ عليه الأحكام في الغالب لا يكون في الجزائر⁷⁸³.

ب. الغرامة النسبية

يتم تقرير مبلغ الغرامة بالقياس إلى عنصر معين يتمثل في قيمة محل الجريمة، كما يتقرر بنسبة الفائدة التي تحققت أو كان يراد تحقيقها... الخ.

782- على خلاف المشرع الفرنسي الذي حدد الحد الأقصى ولم يحدد الحد الأدنى وهذا قد يفتح المجال أمام القضاة بالنزول بالغرامة إلى المبالغ البسيطة التي لا تحمل زجراً ولا ردعاً ومن ثم تفقد الغرامة معناها وفعاليتها.

783- بوعزة نظيرة، جريمة الرشوة في ظل القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة أوسديق يحيى، جيجل، 2008، ص 137، 138.

تجدر الإشارة إلى أن تحديد مقدار الغرامة بحسب هذا المتغير لا ينفي عنها صفة العقوبة ولا يجعل منها تعويضاً مدنياً، وحجتهم في ذلك أن فكرة التعويض تظهر في أن هذه الغرامة تقدر على وجه يتناسب مع الضرر ويقضي بها على الجناة بالتضامن والتضامن نظام معروف أصلاً في القانون المدني.

ولما كانت الغرامة النسبية من طبيعة موضوعية لا شخصية على أساس أن تقريرها وتقديرها يتم وفقاً لما تلحقه الجريمة من ضرر وليس وفقاً لخطورة الجاني، فإن هذا الأسلوب هو الأنسب لمكافحة جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية.

ثانياً - المصادرة:

تجريم السلوك الذي تعود منه أرباح ضخمة غير مشروعة ليس كافياً لردع الجناة، ما دام بوسعهم التمتع بمكاسبهم غير المشروعة واستخدامها لأغراضهم الشخصية أو لأغراض أخرى، فرغم توقيع العقوبة سوف يضل الشعور باقياً بأن الجريمة مثمرة.

لذا كان من الضروري اتخاذ تدابير عملية للحيلولة دون إفادة المجرمين من مكاسب جرائمهم وأكثر من ذلك كل ماله علاقة بالفعل الإجرامي، ومن أهم الوسائل التي تضمن ذلك هو توفر نظام يقضي بمصادرة الممتلكات والعائدات وكذا الوسائل المستعملة.

تستوجب أهمية هذا الجزاء تناوله بشيء من التفصيل، وذلك بالتعرض إلى مختلف التعاريف التي قيلت بشأنه (1) وبيان شروط تطبيقها (2).

1- تعريف المصادرة

المصادرة في قانون العقوبات الجزائري عقوبة مالية ترد على مال مملوك للجاني يضاف إلى ملكية الدولة قهراً وبلا مقابل.

قد تكون المصادرة عامة أو خاصة تتمثل الحالة الأولى في وضع يد الدولة على جميع أموال المحكوم عليه وبيعها، أما الحالة الثانية فلا تنصب على جميع أموال المحكوم عليه بل على شيء معين بذاته من الأشياء المباحة بحسب الأصل ويكون منقولاً في أغلب الأحيان لتنتقل ملكيته إلى الخزينة العمومية⁷⁸⁴.

تعرف المصادرة في الفقه الجنائي على أنها استحواذ الدولة على أشياء مملوكة للغير إذا

784- دريس سهام، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية عن جريمة تبييض الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 66.

كانت تلك الأشياء ذات صلة بجريمة اقترفت فعلاً أو أنها من الأشياء المحرمة قانوناً. وعرفت بأنها "نزع ملكية المال جبراً من صاحبه وبغير مقابل وإضافته إلى ملك الدولة سواء كان المال ملكاً له أو لغيره إذا ما استعمل في ارتكاب الجريمة"⁷⁸⁵.

عرفها كذلك المشرع الجزائري في المادة 15 فقرة 1 من تقنين العقوبات بأنها "الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء".

كما عرفها المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنها "التجريد الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية"⁷⁸⁶، ونظراً لأهمية العقوبة تم التأكيد عليها في المادة 51 من القانون ذاته، بأنها "يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة".

واضح من التعاريف السابقة أن المصادرة عقوبة مالية كالغرامة، ولكنها تختلف عنها في كونها تمثل نقل ملكية أشياء من المحكوم عليه إلى الدولة، أما الغرامة فتتمثل في تحميل ذمة المحكوم عليه بدين للدولة.

وإذا كان يغلب في قانون العقوبات الاقتصادي أن تكون المصادرة وجوبية على خلاف القانون العام الذي يجعل المصادرة في غالبية الأحيان جوازية واختيارية، فبالرجوع إلى النصوص المنظمة لجرائم الصفقات العمومية⁷⁸⁷ فهي جوازية، إذ تقتصر النصوص السابقة على تقرير عقوبة الحبس والغرامة دون عقوبة المصادرة، وما يدعم هذا القول أن نص المادة 51 سالف الذكر قد نص "يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة..." فاستعمال المشرع مصطلح "يمكن"، يعني أن المسألة جوازية بالنسبة للقاضي فإن رأى فائدة في تقريرها حكم بها، وإن لم يرى في ذلك فائدة اقتصر العقوبة المحكوم بها على الحبس والغرامة وهنا تكون عقوبة المصادرة في جرائم الصفقات العمومية عقوبة تكميلية.

2- شروط تطبيق المصادرة

غالبية التشريعات الجنائية العامة والاقتصادية تستبعد المصادرة العامة وبالتالي تأخذ

785- القبي حفيظة، مرجع سابق، ص 160.

786- أنظر المادة 2 فقرة ط من أحكام القانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

787- أنظر المواد 26، 27، 34، 35، من القانون السابق الإشارة إليه.

بالمصادرة الخاصة أو كما تعرف بالمصادرة الجزئية للأموال ورغم اقتصار هذه الأخيرة على جزء من أموال المحكوم عليه فهي مقيدة بثلاثة شروط:

الشرط الأول: فلا تشمل المصادرة إلا الأموال التي جاء تحديدها في صلب المادة 15 فقرة 2 من قانون رقم 06-23 المتضمن قانون العقوبات.

الشرط الثاني: لا تشمل المصادرة الأشياء المملوكة للغير ما لم ينص القانون على خلاف ذلك بمعنى تطبق المصادرة مع التحفظ بحقوق الغير حسن النية، وهو ما أكدت عليه صراحة نص المادة 51 فقرة 2 من قانون رقم 06-01 التي جاء فيها "... في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرات العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات إسترجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية...".

الشرط الثالث: أن يصدر بشأن المصادرة حكم قضائي، بمعنى لا يجوز الحكم بها في حالة سقوط الدعوى بالتقادم أو الوفاة أو العفو أو البراءة وأن يقضي بها في الحالات المنصوص عليها في القانون.

وتبقى عقوبة المصادرة إحدى الأدوات الفعالة التي تساهم في تعزيز نظم العدالة الجنائية في التصدي لأخطر جرائم العصر والأكثرها مساساً بالأموال العمومية وتحقيق الأثر الردعي في مواجهة مرتكبيها فضلاً عن كونها مورداً إضافياً لخزينة الدولة بوجه عام⁷⁸⁸.

ثالثاً - استرداد الكسب غير المشروع:

أوصى المؤتمر السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة 1953 في توصيته الرابعة البند (ب) منه على أنه "من المناسب تقرير إجراء أمن عيني في صورة استرداد الربح غير المشروع، على أن لا يستخدم ذلك في تعويض المجني عليه"⁷⁸⁹.

كما أوصى المؤتمر العربي العاشر للدفاع الاجتماعي المنعقد في بغداد سنة 1980 "إن المؤتمر يرى ضرورة وضع ما يصطلح عليه بالجزاءات المهنية والاقتصادية تحت عنوان التدابير الوقائية أو الاحترازية... وبصدد التدابير الخاصة باسترداد الربح غير المشروع... يوصي المؤتمر الدول العربية التي لم تأخذ بهذا المبدأ ضرورة الأخذ به انسجاماً مع أحكام الشريعة الإسلامية"⁷⁹⁰.

788- دريس سهام، مرجع سابق، ص 66.

789- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 19.

790- نود أن نلفت الانتباه إلى أن عبارة "الربح غير المشروع" التي جاءت في توصيتي المؤتمرين المذكورين أعلاه ليست في محلها ذلك لأن لفظ "الربح" يطلق على الكسب أو العائد المشروع وهو قاصر على النشاط المشروع ولو =

إذا كان المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري لم يأخذ باسترداد الكسب غير المشروع كجزء في مجال التجريم الاقتصادي بصفة عامة، ولا في مجال المنافسة والممارسات التجارية غير المشروعة بصفة خاصة فقد أخذ به في جرائم الصفقات العمومية بصفة خاصة وفي جرائم الفساد عامة ويظهر ذلك باستقراء أحكام الفقرة الثالثة من المادة 51 من قانون رقم 06-01 التي جاء فيها "... وتحكم الجهة القضائية أيضا برد ما تم إختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجة أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى".

واضح من النص أن المشرع أقر بعقوبة استرداد الكسب غير المشروع كجزء مالي مستقل عن المصادرة كما أوصى به المؤتمر العربي العاشر للدفاع الاجتماعي، وذلك بردّ الجاني قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ولو انتقلت إلى أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة ولو تم تحويلها التي مكاسب أخرى.

إن استرداد الكسب غير المشروع جزاء جنائي يختلف عن التعويض الذي يُحكم به للمتضرر من جريمة وهذا ما جاء في توصية مؤتمر روما "... ألا يستخدم في تعويض المجني عليه"، فصفة الجزاء فيه تقوم على دفع الكسب غير المشروع للخزينة العامة لقاء الضرر العام الذي تسبب من مخالفته للقوانين.

أما عن طبيعته القانونية فقد اختلفت الآراء حول كونه عقوبة أو تدبير أمن وإن ساد الاتجاه إلى وجوب الحكم به ولو برء المتهم لأسباب شخصية فيستقيم الرأي عندها على اعتباره تدبير أمن عيني لكونه بمثابة مصادرة لأشياء غير مباحة وغير مضبوطة⁷⁹¹.

الفصل الثاني

الجزاءات الماسة بشخص المخالف

إلى جانب الجزاءات المالية يتعرض مرتكب الجريمة لجزاءات أو لعقوبات تمس شخصه يطلق عليها بالجزاءات الشخصية⁷⁹²، قد تمس هذه الجزاءات بحرية المخالف (أولاً) كما تضمن

=أطلقنا عليه صفة عدم المشروعية فسيخرج من نطاق الربحية ويدخل في معنى آخر وهو الكسب غير المشروع لذا جاءت دراستنا لهذا الجزاء تحت عنوان إسترداد الكسب غير المشروع دون الربح غير المشروع.

791- محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 161.

792-JEULAND Emmanuel, "l'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique", Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, N°11, Paris, 2001, P 156-166.

قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذا تنظيم الصفقات العمومية جزاءات أخرى معروفة في القانون العام متعلقة دائماً بشخص المخالف، لكن نادراً ما يتوعد بها المشرع الجنائي في مكافحته للجرائم العامة لهذه الجزاءات صلة بالنشاط المهني وبحقوق والمزايا المرتبطة به، تتميز بأنها عقوبات تكميلية⁷⁹³ تصيب المجرم في مجال نشاطه، وهي جزاءات ذات أثر فعال إذ ليس أشد على المجرم من إصابته في مجال نشاطه (ثانياً).

أولاً - الجزاءات التي تمس بحرية المخالف:

تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته جزاءات تصيب مرتكب الجريمة في ذاته أو شخصه فتصيب بدنه لتسلب حريته.

فلا تزال النظم الجنائية المعاصرة تتوعد بالعقوبات السالبة للحرية في محاولتها للحد من مخالفة الأحكام التي تتضمنها، ويصف الدكتور محمود محمود مصطفى أحد الباحثين في المجال الجزائي أن هذا الأسلوب طبيعي، فحسب اعتقاده "لا بد في مرحلة تكوين القانون الاقتصادي التذرع بجزاءات جنائية شديدة حتى يدرك الجمهور أهمية هذه القوانين على التنمية الاقتصادية ولما يجاوز القانون الاقتصادي هذه المرحلة ويألف الناس مراعاة أحكامه يمكن عندها إعادة النظر في العقوبات الجنائية بإلغاء بعضها أو تخفيفها على غرار ما حدث في الدول التي استقرت قوانينها الاقتصادية".

لوحظ هذا الأمر في التشريع الجزائري، إذ تميز التجريم في مجال الصفقات العمومية في بداية ظهوره بشدة وقسوة جزاءاته جاء لمواجهة ظروف استثنائية خطيرة، عرفت بها البلاد غداة الاستقلال فلم يكن أمام المشرع في تلك الفترة، إلا أن يفرض جزاءات جنائية قاسية ليأمن جشع المنحرفين ضد الأفعال التي من شأنها المساس بالثروة الوطنية وتعرض مصالح الخزينة العامة والاقتصاد الوطني للخطر، ويدخل في إطار هذه الجرائم "عقد وإنجاز اتفاقات أو صفقات تتجه بكل وضوح ضد مصالح الدولة"، إذ قرر لها تلك العقوبات المنصوص عليها في إطار الباب الثاني في المادة 6 فقرة 2 من الأمر رقم 66-188، التي جاءت تحت عنوان "في العقوبات المطبقة" وجاء نصها "... إن المخالفات المنصوص عليها في الفقرتان 1 و 2 و 3 تصدر في حقها عقوبة ثلاث سنوات سجنًا على الأقل وبالسجن المؤبد على الأكثر...".

793- تعرف المادة 4 من قانون العقوبات بعد تعديلها بالقانون رقم 06-23 بأنها تلك العقوبة التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إجبارية أو اختيارية.

ليترجع المشرع عن حدة وقسوة العقوبة في إطار أحكام قانون رقم 01-09 المعدل والمتمم لأمر رقم 66-156، وهو ما يتضح من نص المادة 128 مكرر بالنسبة لجريمتي المحاباة واستغلال النفوذ والمادة 128 مكرر 1 بالنسبة لجريمة الرشوة⁷⁹⁴، ولم ينظم هذا القانون جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية كشكل من أشكال جرائم الصفقات العمومية.

كما يلاحظ تخفيف حدة العقوبة في أحكام القانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وحتى في ظل آخر تعديل بموجب قانون رقم 11-15 سالف الذكر.

فالنسبة لجريمة الامتيازات غير المبررة بصورتها المحاباة واستغلال النفوذ فتتص المادة 26 على "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات...".

أما العقوبة المقررة لجريمة الرشوة فتتص المادة 27 "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة...".

ويوضح نص المادة 34 العقوبة المقررة لجريمة تعارض المصالح، وجاء فيها "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2)".

وأخيرا تظهر العقوبة المقررة لجريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية في نص المادة 35 التي جاء فيها "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات".

كما لوحظ من النصوص السابقة أن العقوبة السالبة للحرية في جرائم الصفقات العمومية تأخذ صورة الحبس، الذي تختلف مدته حسب جسامة الفعل المرتكب، إذ تتدرج العقوبة إلى أن تصل أشدها، وقد اتبع المشرع في ذلك منهجا منطقيا، لكن لا يمكن موافقته على هذا النهج بخصوص جريمتي الرشوة وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية، فبالرغم من أن الجريمتين تتضمنان الخطورة الإجرامية نفسها وتقريبا السلوك الإجرامي نفسه، إلا أن العقوبة المقررة لجريمة الرشوة أكثر شدة وتُقارن بمقارنة بجريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية، فعلى أي أساس تمّ تقرير ذلك؟!

والحبس عقوبة جزائية أصلية⁷⁹⁵ تضمنها تقنين العقوبات، لذا تطبق عليها كافة القواعد المنصوص عليها في هذا التقنين لاسيما منها شخصية العقوبة وتفريدها، كما تخضع لسلطة

794- قد تراوحت العقوبة بين سنتين إلى عشر سنوات بالنسبة لجريمتي المحاباة واستغلال النفوذ، ومن خمس سنوات إلى عشرين سنة بالنسبة لجريمة الرشوة التي كيّفها المشرع بأنها جنائية.

795- العقوبة الأصلية هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى أنظر المادة 4 من قانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، سابق الإشارة إليه.

القاضي بشرط أن يحترم الحد الأدنى والأقصى الذي وضعه المشرع احتراماً لإرادة هذا الأخير.

ورغبة من المشرع في مواجهة الفساد وقمعه، إتحه إلى تجريم نشاط الخطر تماشياً مع السياسية الحديثة للتجريم بتوسيعه لدائرة التجريم ليشمل الاعتداء الناقص، أي تجريم الشروع حسب ما ورد بصفة صريحة في نص المادة 52 فقرة 2 من قانون مكافحة الفساد، التي جاء فيها **"... يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها"**.

والشروع هو ما حددته المادة 30 من قانون العقوبات وجاء فيها **"كل محاولات لارتكاب جنائية تبدي بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجنائية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب آثارها إلا نتيجة ظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يتمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها"**.

جاءت تطبيقات العقاب على الشروع في نص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي جاء فيها **"يعاقب بالحبس... كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض نفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة..."**.

وهكذا يعاقب المشرع على الشروع والمحاولة في جريمة الرشوة كالجريمة التامة، والغريب في الأمر أن المشرع إن كان يعاقب على الشروع في جريمة الرشوة فلم يخضع جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية لتلك الأحكام التي تخضع لها جريمة الرشوة، مع أن نص المادة 52 فقرة 2 قد جعل الشروع كالجريمة التامة، وذلك في جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته!

لم تقتصر جهود المشرع الرامية إلى مواجهة الفساد في العقاب على الشروع، إذ وضع أحكام خاصة بالتقادم، وفي هذا الموضوع جاء في كلمة القاضي الأول في البلاد السيد رئيس الجمهورية **"يعد تشريعنا المتعلق بالفساد من أقصى التشريعات والدليل على ذلك هو أن الفساد يعتبر في نظر القانون جنحة لا يسري عليها التقادم"**.

فتطبق على جرائم الصفقات العمومية بخصوص تقادم الدعوى العمومية ما ورد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بحيث لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج وفي غير ذلك من الحالات أحالنا المشرع إلى القواعد العامة أي إلى قانون الإجراءات الجزائية⁷⁹⁶.

796- أنظر المادة 54 من قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006،... معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

وإذا كان المشرع قد تشدد في المعاقبة على جرائم الصفقات العمومية، فمن جهة أخرى قد فتح المجال للاستفادة من أحكام قانون الوقاية من الفساد المتعلقة بالإعفاء من العقوبة وإنقاذها إلى النصف وذلك:

- 1- إذا بادر مرتكب الجريمة بالتبليغ عن الجريمة قبل مباشرة إجراءات المتابعة وساعد على معرفة مرتكبيها، فإنه يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة.
- 2- إذا قام الشخص بإرتكاب الجريمة أو شارك في إرتكابها، وبعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها، فإنه يستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف⁷⁹⁷.

غاية المشرع من تكريسه لمسألة الإعفاء والتخفيض من العقوبة هو لتحفيز الأشخاص الذين ضلعوا في هذه الجرائم إلى التراجع قبل فوات الأوان هذا من جهة ومن جهة أخرى لتسهيل عمليات المتابعة والتحري للكشف عن باقي ملابسات القضية وربما اكتشاف أطراف وجهات أخرى مساهمة في الجريمة.

إنّ المتمنع للنصوص المنظمة لجرائم الصفقات العمومية يجد العقوبات التي جاء بها القانون الوقاية من الفساد ومكافحته - السالف ذكرها- تخص الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي⁷⁹⁸ والتمسك بروح النص وبالتفسير الضيق للنص الجنائي، يجعل الشخص المعنوي غير مسؤول جزائيا عن جرائم الصفقات العمومية⁷⁹⁹.

وإذا كان للشخص المعنوي العام ما يبرره من الناحية القانونية، فلا يوجد ما يبرر عدم مساءلة الشخص المعنوي الخاص عن هذه الجرائم خاصة وأن الشخص الطبيعي عند ارتكابه

797- أنظر المادة 49 من القانون السابق الإشارة إليه

798- أنظر المواد: 26، 27، 34، 35 من القانون السابق الإشارة إليه.

799- لم يكن المشرع يعترف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي قبل صدور الأمر رقم 96-22، حيث أقر بإسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وذلك في نص المادة 5 منه، وبذلك يكون المشرع قد وضع أول لبنة لفكرة المساءلة الجنائية للشخص المعنوي في الجزائر ولم يكتف المشرع بإقرار مسؤولية الشخص المعنوي الخاص، بل نجده يجيز مساءلة الأشخاص المعنوية العامة بالإضافة إلى الأشخاص المعنوية الخاصة.

لكن بصور القانون رقم 04-15 حصرت المادة 51 مكرر من مجال المسؤولية الجزائية في الشخص المعنوي الخاص بنصها "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون عن ذلك".

للجريمة، إنما يرتكبها لحساب ولمصلحة الشخص المعنوي الخاص أضف إلى ذلك فنص المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يحيلنا للقواعد العامة أي لنص المادة 52 مكرر من قانون العقوبات، وبالرجوع لأحكام النص فقد اتجه المشرع إلى عدم جواز مساءلة الأشخاص المعنوية العامة بصفة مطلقة⁸⁰⁰.

ولا يوجد لذلك تفسيراً إلا على أساس أن الشخص الطبيعي "الموظف العام" هو من يتولى بصفة شخصية العمليات الخاصة بالصفة العمومية، وأي خرق لإجراءاتها يجعله مسؤولاً بصفة شخصية، أضف إلى ذلك طبيعة السلوك الإجرامي في جرائم الصفقات العمومية فلا يتصور أن يتم من شخص معنوي.

وتبقى الغاية المنشودة ضمان نجاعة وفعالية الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، فتقرير مسؤولية الموظف الشخصية تجعله في مواجهة مباشرة مع القانون يكون للموظف العام فيها خياران، إما التنفيذ السليم لنصوص القانون وإما قمعه بجزاءات صارمة عند مخالفة أحكام هذه القوانين، ولا يتسنى له عندها التستر تحت لواء الشخص المعنوي الذي ينتمي إليه.

وإذا كان المشرع لا يقرّ بمسؤولية الشخص المعنوي الخاص عن جرائم الصفقات العمومية خلافاً للقواعد العامة، إلا أن هناك اتجاه جديد يرمي إلى رفع التجريم على المسيرين كخطوة جديدة جاء بها القاضي الأول في البلاد السيد رئيس الجمهورية تدرج في إطار سياسة مكافحة الفساد أمام استفحاله في الجزائر.

لذا توعّد الرئيس بمعاقبة المتورطين في جرائم نهب المال العام ودع مسيري القطاع العام إلى ممارسة مهامهم بكل طمأنينة، وحثهم على وضع ثقتهم في جهاز العدالة والدولة الذي لن يتوان في معاقبة المتسببين في الفساد.

لذا كلف رئيس الجمهورية الحكومة خلال إجتماع مجلس الوزراء المنعقد في 03 فيفري 2011 بإعداد أحكام تشريعية تتعلق برفع التجريم عن فعل التسيير، على ألا يعني ذلك تخويلاً للأعقاب.

ونظراً لأهمية الإجراء في إيجاد التوازن بين حماية الدولة من الفساد وحماية الإطارات المسيرة النزاهة، قام المشرع بتعديل بعض الأحكام القانونية المطبقة على جرائم الصفقات

800- في حين نجد القانون الفرنسي الصادر في 22 يوليو 1992 يقر بمسؤولية الأشخاص المعنوية العامة كالأشخاص الطبيعية لمزيد من التفصيل أنظر:

LARGUIER Jean, CONTTE Philippe, Droit pénal des affaires, 10^{ème} édition, Armand Colin, Paris, P12.

العمومية ذات الصلة بالتسيير التي تشكل عائقاً أمام المسيرين وكان ذلك بتعديل نص المادة 26 التي تنص قبل التعديل على "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج؛

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

هذه الصياغة تعتبر أي خرق للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال الصفقات العمومية عنصراً أو ركناً مادياً للجريمة، ومجرد إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير يعتبر ركن معنوي لهذه الجريمة وكنتيجة لوجود هذه المادة بهذه الصياغة، فإن جميع المتدخلين في مجال إبرام الصفقات العمومية لاسيما المطالبين بالتأشير، قد وجدوا أنفسهم مضطرين إلى قضاء مدة طويلة للتدقيق فيما يقومون به من أعمال الرقابة على مدى احترام هذه الصفقات لكل الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، مما أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع الهامة.

استناداً لهذه الاعتبارات جاء التعديل الأخير لنص المادة 26 بموجب قانون رقم 11-15، أين تم تكريس الإجراءات كشكل من أشكال رفع التجريم، وذلك بحصر مجال مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية بتلك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، فرفع التجريم على المسيرين يعني وجود إرادة سياسية قوية في مواجهة الفساد والمفسدين.

وتبقى عقوبة الحبس والغرامة الصورة الغالبة في التشريعات العقابية، غير أن العقوبة السالبة للحرية قد تراجعت أمام العقوبة المالية في مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، فلم تعد المعاملة العقابية لهذا النمط الجديد من الجرائم تتسم بالشدة فهي سياسة معتدلة لاقت ترحيباً من الفقه المقارن⁸⁰¹.

لكن دون أن ينقص هذا الإجراءات من صرامة القانون المنظم لجرائم الصفقات العمومية لأن صرامة القانون لا تقاس أبداً بشدة الجزاءات المطبقة على مخالفة أحكامه، وإنما تقاس بتنوع الجزاءات التي يفرضها المشرع على مخالفي أحكامه وبقدر الغرامات التي يقررها، لما للعقوبات المالية من أثر فعال في ردع الجرائم التي ترتكب بدافع الطمع والرغبة في الكسب السريع غير المشروع.

801- محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 124.

ثانياً - الجزاءات التي تمس بالنشاط المهني للمخالف:

لم يكتف المشرع بتقرير تلك الجزاءات التي تمس بحرية المخالف طبقاً لما هو معروف في القواعد العامة، لذا أقر عقوبات من نوع آخر تمس دائماً بشخص المخالف تتعلق هذه المرة بأساس وجوده فهي إذن جزاءات تمس النشاط المهني للمخالف.

وباعتبار الصفة العمومية هي سبب ارتكاب هذه الجرائم، فهذه الجزاءات تمس الصفة العمومية، وذلك بتقرير بطلانها (1) وقد يصل الأمر حتى إلى حرمان المخالف المشاركة مرة أخرى في الصفقات العمومية (2) حماية للمال العام وقمعا للفساد.

1- بطلان الصفة العمومية

جلّ جرائم الصفقات العمومية قوامها إبرام عقد أو صفقة أو ملحق أو التأشير عليه أو مراجعته أو تنفيذه، مخالفين بذلك تنظيم الصفقات العمومية أو قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ولاسيما نص المادة 9 منه وهي قواعد أمرة لتنظيمها مصالح جوهرية، لذلك يترتب بطلان التصرفات المخالفة لها بطلاناً مطلقاً ومن آثار هذا البطلان جعل العقد أو الصفقة أو الإتفاقية أو الملحق في حكم العدم.

قد تناولت هذا الجزاء أغلب التشريعات الجنائية المقارنة كالنشرية المصري في المادة 8 منه، أما المشرع الجزائري فقد تناوله بصورة واضحة وصريحة في نص المادة 55 من قانون رقم 06-01 تحت عنوان "آثار الفساد" بنصها "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام أثره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن نية".

فالجزاء الذي قرره المشرع هو بطلان الصفقة وانعدام أثرها، غير أن المشرع لم يحدد الجهة التي تحكم ببطلان الصفقة، مما يفهم منه أن ذلك يتم إما أمام القضاء الإداري باعتباره قضاء لإلغاء التصرفات المخالفة لمبدأ المشروعية، فالمستقر لدى مجلس الدولة الفرنسي أن إلغاء القرار الإداري المنفصل سبباً مباشراً في إبطال العقد الإداري حتى ولو لم يتمسك الأطراف بالبطلان.

أو من طرف المحكمة الجنائية الفاصلة في الدعوى العمومية فتحكم بهذا الجزاء كتدبير، فضلاً عن العقوبات الأخرى ذات طابع شخصي أو مالي، وذلك لتوسع مجال تدخل القضاء

رغبة من المشرع في التصدي للفساد وقمع أشكاله المختلفة في أكبر وأهم مجال تصرف فيه الأموال العمومية وهو مجال الصفقات العمومية.

ونظرا لأهمية الجزاء يعيد المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ويؤكد على الجزاء ذاته، وذلك في نص المادة 61 منه التي جاءت في إطار القسم السادس بعنوان "مكافحة الفساد" التي جاء فيها "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني... وفسخ الصفقة".

واضح من النص أن المشرع يلح مرة أخرى على تطبيق الجزاء فبعد تقريره في قانون مكافحة الفساد يعيد تقريره والتأكيد عليه بعد 04 سنوات بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

لكن المشرع لا يتحكم في المصطلحات، وهو الأمر الذي لوحظ في عدة مناسبات، وفي هذا المقام جاء نص المادة نفسها، بل وفي الفقرة نفسها تارة يعبر عن الجزاء بالإلغاء وتارة أخرى بالفسخ وشتان بين الإلغاء والفسخ. إذ يتضح بالرجوع إلى أحكام القانون المدني أن الآثار القانونية المترتبة عن الإلغاء تختلف عن تلك المقررة للفسخ.

كما يثير نص المادة العديد من التساؤلات التي لا يوجد لها إجابة أمام غموض النص وعموميته، فإذا كان المشرع قد أعاد النص والتأكيد على الجزاء فكان ينتظر منه أن يكون أكثر وضوحا مقارنة بنص المادة 55 الذي جاء في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

أما بالنسبة لجزاء الفسخ فتم النص عليه في المادة 112 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها *إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة أعذار لفي بالالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.*

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الآجال الذي حدده الأعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد.

قد جاء نص المادة واضحا وصريحا يفيد إمكانية فسخ الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة باعتباره من أهم امتيازاتها في مرحلة التنفيذ، لكن الفسخ يخص الإخلال بالالتزامات التعاقدية وليس نتيجة القيام بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه، فطبيعة الأفعال المرتكبة لا تلائم ولا تتناسب جزاء الفسخ خاصة وأن هذا الأخير جزاء إداري وهذه الأفعال التي تبرر تقرير هذا الجزاء هي من طبيعة جزائية.

2- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

أضف إلى حظر مزاولة النشاط الذي كان سببا في ارتكاب الجريمة، إجراء الإقصاء من المشاركة الذي نص عليه المشرع في نص المادة 19 من قانون رقم 06-23 "... المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن...".

كما نظم أحكامه في المادة 23 من القانون ذاته بنصه "يجوز الحكم بالمنع من مزاولة مهنة أو نشاط أو فن على المحكوم عليه بجناية أو جنحة إذا ثبت للقضاء أن الجريمة التي ارتكبت صلة مباشرة بمزاولته المهنة، أو النشاط أو الفن وأنه يوجد خطر من تركه يمارس أيا منها".

يتبين من نص المادة أن المقصود من حظر مزاولة نشاط ما منع شخص معين طبيعياً كان أو معنوياً من ممارسة نشاطه بعد أن ثبتت العلاقة بين ممارسة النشاط وارتكاب الجريمة، لذا يخشى إن ترك يمارس نشاطه سيؤدي ذلك إلى ارتكاب جرائم أخرى مستقبلاً.

فإذا ارتكب العون جريمة تكون نتيجة ذلك الحرمان من بعض الحقوق المتعلقة بالنشاط وذلك في الحالات التي ينص على ذلك القانون، وهو ما تناوله المشرع في أحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "... ومن شأنه أيضا أن يكون سببا كافيا لاتخاذ أي تدابير ردعي آخر، يمكن أن يصل حد، التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية، وفسخ الصفقة...⁸⁰²".

802- للمشرع محاولات في قوانين خاصة أخرى في تطبيق هذا الجزاء وذلك في نص المادة 5 من أمر رقم 96-22 التي جاء فيها "يجوز للجهة القضائية المختصة أن تحكم ولمدة لا تتجاوز 05 سنوات إحدى العقوبات

واضح من النص أن ارتكاب الأفعال المنصوص عليها أعلاه يكون سببا في إقصاء مرتكبيها من تقديم عروض أي المنع من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك بتسجيل اسم المخالف ضمن قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض في الصفقات العمومية وتتحد كفيات التسجيل والسحب من القائمة بقرار من الوزير المكلف بالمالية⁸⁰³.

وضوح الأمر لا يمنع من التساؤل عن سبب عدم إدراج هذا الجزاء، عندما نص المشرع في المادة 52 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، فقد جاءت هذه المادة ببيان مفصل للأسباب التي تؤدي إلى الإقصاء دون ذكر الحالة التي جاء بها المشرع في نص المادة 61، ربما يفسر ذلك في رغبة المشرع إلى الإلزام بكل ما يخص مكافحة الفساد من منظور تنظيم الصفقات العمومية في إطار القسم السادس المكون من مادتين 61 و62.

=- المنع من مزاولة عمليات الصرف والتجارة الخارجية.

- الإقصاء من الصفقات العمومية

- المنع من الدعوى العلنية للادخار".

803- أنظر المادة 61 فقرة 4 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010...، معدل ومتمم، سابق الإشارة إليه.

خاتمة

تحول الفساد إلى قضية تحظى باهتمام الحكومات والهيئات والمؤسسات الدولية، إذ أخذ حيزاً مهماً في سلم أولويات الحكومة، نظراً لما يترتب على تفشيه من آثار سلبية.

وقد وجدت الحكومات أن علاج الظاهرة ومحاصرتها لا يمكن أن يحدث دون الاعتماد على استراتيجيات متعددة الجوانب، فالفساد ظاهرة مركبة، لذا ينبغي أن تشمل محاربته سياسة متعددة الجبهات، وأي استراتيجية لا تأخذ في الاعتبار الأسباب التي أدت وساعدت على نموه وتفشيه لن تكون استراتيجية ناجحة.

تبدأ سياسة مواجهة الفساد بضرورة الاعتراف بوجود المشكلة وآثارها السلبية، ثم وضع الاستراتيجيات المناسبة.

وهو ما سعى إليه المشرع الجزائري وحرص على تجسيده، بإيجاد أطر قانونية داخلية كان قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أهمها، يطمح هذا القانون لأن يكون إطاراً مرجعياً لمنع الفساد ومحاربته، ولم تقتصر أحكامه على التجريم والعقاب بل تضمنت قواعد تتعلق بالوقاية من الفساد، وهو مستمد في جوهره من أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهذا الارتباط يمنحه نوعاً من الخصوصية.

كما أنّ هناك إرادة سياسية قوية في مواجهة الفساد، تتضح من تبني المشرع لنظام إجرائي فعال في ملاحقة مرتكبي جرائم الفساد، بما فيها جرائم الصفقات العمومية على الصعيدين الوطني والدولي حدده قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وضبط بعض أحكامه ق إ ج، يظهر ذلك في تفعيل القواعد الإجرائية المألوفة في ق إ ج واستحداث أحكام إجرائية أخرى لم تكن معروفة في التشريع الوطني.

لذا تتبنى سياسة المشرع الرامية إلى مواجهة الفساد على تكريس آليات، اجتهد على تجسيدها في أرض الواقع سواء في صورتها الوقائية وحتى الردعية، تتضمن في طياتها ميكانيزمات وتدابير جذابة لمحاربة الفساد. إلا أنّ هذه القوانين تتخللها ثغرات ونقائص حالت دون تحقيق الفعالية المرجوة.

يمكن ملئ هذه الثغرات والنقائص بجملة من الاقتراحات والحلول كمحاولة لإثراء المنظومة القانونية في هذا الشأن، ويمكن إجمالها فيما يلي:

- جوهر الفساد هو فساد الإنسان، فباعتبار الموظف العام العنصر المرتكب لجرائم الصفقات العمومية فأولى الحلول يتعين أن تبدأ به، وبالتالي يجب الاهتمام بالموظف العام بتقوية القيم الدينية التي تحرم الفساد وتقوية الجوانب الخلقية التي تحث على السلوك القويم البعيد عن كل أنواع الفساد.

- سدّ الثغرات التي يشهدها نظام التعيين حتى لا يجعل الهيئات والمؤسسات المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية بيئة خصبة لانتشار الفساد وغياب الشفافية، وذلك بالتأكيد على المعايير الموضوعية الخاصة بالكفاءة والجدارة والحرص على التطبيق الفعلي لمبدأي "الرجل المناسب في المكان المناسب وتكافؤ الفرص"، وفي هذا الإطار يجب مراجعة شروط الترشح لعضوية المجالس الشعبية البلدية والولائية، حتى يشرف على إبرام صفقات البلديات والولايات منتخبون يتمتعون بالكفاءة المطلوبة، من أجل ضمان الأداء الصحيح والمشرف والسليم للوظائف العامة.

- إصلاح هيكل أجور الموظفين حتى يمكن محاصرة الفساد في أدنى مستوياته، حتى تصبح الأجور أداة للعيش الكريم، مما يساعد في زيادة حصانة صغار الموظفين إزاء الفساد والمفسدين، لذا يجب على الدولة أن تولي اهتماماً كبيراً لما يتقاضاه الموظفون من رواتب ومقارنته بمستويات المعيشة.

- تفعيل مبدأ "من أين لك هذا؟" بإقامة نظام معلوماتي متطور يسمح بمراقبة التحركات المالية ومعرفة مشروعية مصادرها ثم تتبع مسارها وكيفية استعمالها، وإخضاع الموظفين لنظام التصريح بالامتلاكات، وإلزامهم على تجديده وتوحيد الجهة المختصة بتلقيه (الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد)، بالنسبة لجميع فئات الموظفين دون استثناء في المواعيد المحددة في المادة الخامسة من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بما فيها الفئة القيادية في الدولة المذكورة في المادة 6.

وأن يشمل التصريح بالامتلاكات جرّداً كاملاً لجميع أملاك الموظف العقارية والمنقولة وحتى تلك المملوكة لزوجته وأولاده القصر، كما يجب إضافة عنصر المظهر الخارجي للثروة.

- اعتماد سياسة النقل الوظيفي، أي تكريس مبدأ تغيير الأشخاص في المنصب الواحد، خاصة في الإدارات والمؤسسات المعنية بإبرام الصفقات العمومية، منعاً لتمرکز

العلاقات الشخصية بين المفسدين وموظفي هذه الجهات، فتداول المناصب يعدّ خطوة وقائية حيوية في مواجهة الفساد الإداري ككل.

- تعزيز دور أجهزة الرقابة على الصفقات العمومية سواء على المستوى الداخلي، وذلك بإدراج التوضيحات المتعلقة بلجنة فتح الأطراف بتحديد عدد أعضائها، شروط العضوية فيها وكيفية استدعاءهم لجلسة الفتح.

من جهة أخرى، تلعب لجنة تقييم العروض دوراً كبيراً في تجسيد الشفافية، وذلك بالنظر للدور الذي تلعبه في تحليل العروض وبدائلها ورغم أهميتها تم تخصيص مادة واحدة ولم تكن كافية لمعالجتها، لذا يتعين تدارك الفراغات الموجودة بإضافة مواد أخرى تتعلق بتحديد كفاءات تعيين أعضائها، النصاب القانوني الذي تصح به اجتماعاتها، تحديد المدة القصوى التي لا يجب تجاوزها لإجراء عملية التقييم سواء بالنسبة للعرض المالي والتقني تجنباً لإطالة الإجراءات وامكانية حدوث الفساد.

ولضمان السير الحسن للجنتي الفتح والتقييم يتعين وضع نظام داخلي يحكمهما، مثلما هو عليه الحال بالنسبة للجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، تفادياً لأي غموض ولمزيد من الشفافية والتوحيد في طريقة عمل هذه اللجان على كل المستويات.

أما على مستوى الرقابة الخارجية، فباعتبارها رقابة إجرائية ذات أهمية بالغة غايتها التأكد من إبرام الصفقة وفق الإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، لذا يتعين منحها هي الأخرى قدرًا من الاستقلالية العضوية والوظيفية حتى يكون لها دور تقييري، وتوسيع اختصاصاتها لتشمل حتى الطلبات التي لم يصل سقفها المالي لاعتبارها صفقة عمومية، لأنه مهما قلّ السقف المالي يبقى المال المتعاقد به مال عام يتعين حمايته بإخضاعه للرقابة، من جهة أخرى، منحها اختصاصات واسعة في حالة اللجوء إلى التراضي، من جهة أخرى يتعين رفع الإشكال الذي تثيره الإحالة المتكررة للمواد 146، 147، 148 و 148 مكرر من تنظيم الصفات العمومية، وما نتج عنه من تعارض الاختصاص بين جهات الرقابة الخارجية.

- قد خص المشرع الجزائري الرقابة الوصائية بمادة واحدة، وهي المادة 127 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فهي غير كافية للإحاطة بأحكام الرقابة الوصائية، لذا يجب سن مواد أخرى لتوضيح خصوصية هذه الرقابة في مجال الصفقات العمومية.

- تكريس الطابع التكميلي لرقابة المحاسب العمومي لرقابة المراقب المالي، لأنه لاجدوى من وجود هئتين تمارسان الاختصاصات نفسها، فيجب أن تتعدى الرقابة المحاسبية الاعتبارات القانونية والشكلية والتركيز على المردود الاقتصادي والاجتماعي، وفي سبيل ذلك يمكنها الإستعانة بهيئات صاحبة الاختصاص لتقويم الأداء.

- التنسيق بين مختلف الأجهزة الرقابية لضمان الفعالية والجدوى، فتعدد الأجهزة الرقابية وعدم التنسيق بينها يؤدي إلى إهدار نتائج الرقابة استناداً إلى المبدأ القائل "الإفراط في الرقابة يترتب عليه انعدامها".

- إن هيئات القضاء الإداري التي أعلن عنها التعديل الدستوري لسنة 1996 لا تعكس سوى تحولاً منقوصاً لعدم تخصص غرفها وكذا قضائتها، فلا تشير النصوص مطلقاً إلى وجوب تخصص هذه الغرف وإلى وجوب تخصص قضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

مما يعني أن كلها من نفس النوع والتشكيلة وكان الأفضل لو نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تحديد عدد الغرف وتخصص كل واحدة منها بنوع محدد من المنازعات الإدارية، لأن الطابع الفني لهذه المنازعات وصعوبتها يفرضان تجسيد فكرة التخصص حتى داخل هيئات القضاء الإداري ذاته، وليس الاكتفاء بالتخصص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

- ويبقى الأمر الأهم هو تحديد المعيار المتبع في تحديد اختصاص جهة القضاء الإداري وجعله منسجماً مع مجال تطبيق الصفقات العمومية، أو وضع نص قانوني يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية، بالنظر إلى طبيعتها القانونية، وهذا الاقتراح يعد أسهل الحلول وأنجعها للتخلص من الإشكالات القانونية والآراء الفقهية والإجتهادات القضائية المختلفة والمتناقضة التي أثارته المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم.

- تفعيل دور الدعوى الاستعجالية، هذا المولود الجديد الذي يقود ثورة على المحظورات التقليدية التي كانت سائدة في نظامنا القانوني، فهي دعوى استعجالية من نوع خاص، لذا يتعين تقرير إعمالها قبل إبرام الصفقة العمومية تكريسا لطابعها الوقائي.

- تنفيذ أحكام القضاء هو الغاية المنشودة وتحقيق ذلك يكون بإيجاد مؤسسة "قاضي التنفيذ" على مستوى المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، مهمتها مراقبة تنفيذ الأحكام الإدارية الناتجة عن قضاء الإلغاء أو الاستعجال.
- تمكين الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد والمفتشية العامة للمالية وكذا مجلس المحاسبة من ممارسة مهامها بكل صرامة، بمنحها سلطة إحالة مرتكبي الفساد والمشتبه فيهم أمام القضاء الجزائي، وذلك بتمكينها تحريك الدعوى العمومية.
- تبني سياسة جنائية حديثة بغية توحيد القواعد الإجرائية لملاحقة جرائم الصفقات العمومية خاصة وجرائم الفساد بصفة عامة، وذلك بإدخال باب جديد في ق إ ج تحت عنوان "التعاون القضائي الدولي" يتناول إجراءات جمع الأدلة وتنفيذ الأحكام الأجنبية وغيرها من الأحكام التي تثيرها هذه الجرائم.
- البحث عن أحكام بديلة لمواجهة اشكالية الحصانة التي يتمتع بها بعض مرتكبي جرائم الصفقات العمومية، التي تعيق دور النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية وذلك بجعل سقوط الحصانة بقوة القانون لمجرد ثبوت ارتكاب جريمة من جرائم الفساد.
- رفع مقدار العقوبة إذ تؤدي آلية العقاب في كثير من الأحيان إلى تقليص الفساد وزيادة كفاءة النظام القضائي.
- حماية الأشخاص الذين يقومون بالإبلاغ عن جرائم الصفقات العمومية، فلا يوجد في صلب الأنظمة القانونية الوطنية ما يؤكد هذه الحماية، وهكذا تخسر السلطات القضائية دور هؤلاء في الكشف عن تفاصيل هذه الجرائم والتعرف على مرتكبيها، كما يتعين تقرير حوافز جدية بتخفيف العقاب على المساهمين في الجريمة، متى أقدموا على الإبلاغ والكشف عنها، ومن جهة أخرى، وضع نظام قانوني يكفل حماية المبلغين متى كانوا من عامة الناس ولاسيما تقديم مكافآت مقابل ذلك.
- كما لا يجب إغفال دور الصحافة البالغ الأهمية في التشهير بالمفسدين، هذا الأمر يجعلهم يفكرون قبل إقدامهم على أي شكل من أشكال الفساد، شرط منح الصحافة نوعاً من الحرية وتمكينها الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالفساد.

ويبقى أهم الحلول إقامة نظام ديمقراطي قائم على تداول الوظائف واعتماد الشفافية والمساءلة والرقابة بهدف التصدي للمفسدين كأفراد أو جماعات.

فإذا كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أعلنت بموجب القرار 04/58 يوم 9 ديسمبر يوماً دولياً لمكافحة الفساد، فلا حرج لو أعلنت الجزائر بدورها يوماً وطنياً لمكافحة الفساد، يتم بموجبه إحياء ضمير الموظفين بعاقبة المفسدين وإذكاء وعيهم بمخاطر هذا الورم الخبيث، وما له من انعكاسات سلبية على الفرد والمجتمع.

لذا فمواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية عملية هامة تتطلب تضافر كافة الجهود لتضييق الخناق على مرتكبيه، بغض النظر عما قد يلجئون إليه من وسائل للإفلات من قبضة الدولة وسلطانها.

فلا يعيب الدولة تواجد أشكال مختلفة من الفساد، وإنما يعيبها عدم تبني سياسة كفيلة لمحاربتة أو على الأقل الوقاية من آثاره.

تم بقدرة الله تعالى

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية:

I - الكتب

1. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
2. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
3. أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر 2009.
4. بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2006.
5. باسم سكجها، كتاب المرجعية الشفافية الدولية، مواجهة الفساد، عناصر بناء نظام النزاهة الوطني، مؤسسة الأرشيف العربي، عمان، 2002.
6. بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، التنظيم الإداري، دار العلوم، عنابة، 2002.
7. _____، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
8. بغدادي جيلالي، التحقيق دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
9. بكر قباني ومحمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970.
10. بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، د د ن، الجزائر، 1993.
11. بن شيخ لحسين آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
12. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
13. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
14. _____، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

15. **حزيط محمد**، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء آخر تعديل بموجب القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، دار هومة، الجزائر، 2008.
16. **حسين مذكور**، الرشوة في الفقه الإسلامي مقارنةً بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1948.
17. **حمدي سليمان القبيلات**، الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
18. **خوري عمر**، شرح قانون الإجراءات الجزائية طبعة مدعمة بالتعديلات الجديدة التي جاء بها القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 والإجتهد القضائي للمحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
19. **ديدان مولود**، قانون العقوبات حسب آخر تعديل له قانون رقم 09-01، المؤرخ في 25 فبراير 2009، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
20. **راغب ماجد الحلو**، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
21. **سامي بن فرحات**، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2005.
22. **سعد عبد العزيز**، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، دار هومة، الجزائر، د س ن.
23. **سلامي عمور**، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، نسخة معدلة ومنقحة طبقاً لأحكام قانون 08-09 المتضمنة قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
24. **سليمان بن ناصر المسلم**، إدارة الموارد البشرية في ظل نظام العولمة، د د ن، الرياض، 2005.
25. **سليمان محمد الطماوي**، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
26. _____، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.

27. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
28. الشوبكي عمر، القضاء الإداري، -دراسة مقارنة-، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
29. صادق مورييس، قانون المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، د ت ن.
30. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
31. طارق المجذوب، الإدارة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
32. طاهري حسين، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية مع التعديلات المدخلة عليه، دار المحمدية، الجزائر، 1999.
33. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات، الجزء الثاني، الجنايات والجناح المضرة بالمصلحة العامة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
34. عبد الله حنفي، العقود الإدارية، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
35. عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
36. عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005.
37. عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات، النسر الذهبي، القاهرة، 2000.
38. عصام إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
39. علي أحمد مدحت، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
40. علي خاطر الشنطاوي، القرار الإداري الأردني، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، د د ن، عمان، 1995.
41. عوايدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.

42. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
43. _____، القانون الإداري، (النظام الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
44. العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي مع آخر التعديلات، دار البدر، الجزائر، د ت ن.
45. فايزة خير الدين، محمد فقير، الرقابة على النفقات العمومية، أبحاث في الإصلاح المالي، دار بلقيس الجزائر، 2010.
46. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مناط التحريات، الاستدلالات والاستخبارات: منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
47. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
48. كمال دسوقي، سيكولوجيا الإدارة العامة وأخلاقيات الخدمة المدنية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000.
49. لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، LEBED، سطيف، 2004.
50. _____، الوجيز في القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، LEBED، سطيف، 2006.
51. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
52. محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، مطبعة اخوان مورافتلي، القاهرة، 1984.
53. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
54. محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
55. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

56. محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
57. محمد عوض، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991.
58. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989.
59. محمد قاسم القريوتي، مهدي حسن زويلف، المفاهيم الحديثة في الإدارة: النظريات والوظائف، دار الشروق، عمان، 1993.
60. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
61. محي الدين القسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
62. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
63. مصلح عبير، النزاهة والشفافية والمساءلة في مواجهة الفساد، الإئتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، -أمان- (فرع فلسطين لمنظمة الشفافية الدولية) فلسطين، 2007، ص 37، منشور في موقع: www.aman-palestine.org
64. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
65. ناصر عبيد ناصر، ظاهرة الفساد مقارنة - سوسيولوجية - اقتصادية -، دار المدى للنقافة والنشر، سوريا، 2002.
66. نواف كعنان، الرقابة المالية على الأجهزة الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، ددن، د م ن، 2010.
67. وليام أوري، فن التفاوض، ترجمة الدكتور نفين عزاب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.
68. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، (تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية)، د د ن، 1998.

ب - الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - رسائل الدكتوراه

1. تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
2. خالف عقيلة، الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
3. زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
4. فنيش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.

ب - مذكرات الماجستير

1. الأسود الصادق، المحاسبة العمومية كأداة تسيير ومراقبة، دراسة حالة المعهد الوطني للتعليم العالي في العلوم الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التسيير، معهد العلوم الاقتصادية جامعة الجزائر، 1993.
2. أوفائدة إبراهيم، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع إدارة ومالية عامة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1986.
3. أيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
4. إيمان محمد عبد الله الدباس، مدى مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دراسة قدمت استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 1992.
5. براهيمى فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 12-08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010.

6. بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية -دعوى الإلغاء نموذجًا-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007.
7. بلحيرش سمير، الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، 2012.
8. بلعسلي ويزة، المسؤولية عن فعل الغير في قانون العقوبات الاقتصادي - دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2000.
9. بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005.
10. بوزبرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2008.
11. بوعزة نظيرة، جريمة الرشوة في ظل القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة أوصديق يحيى، جيجل، 2008.
12. حدري سمير، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية والمالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006.
13. خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005.
14. دريس سهام، المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية عن جريمة تبييض الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

15. رحماني أحمد، ميزانية البلدية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.
16. رناي فريد، حماية حقوق الموظف في النظام القانوني للتوظيف العمومي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
17. رياض لوز، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
18. زقوران سامية، الرقابة الخارجية على أعمال المؤسسات العامة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
19. سعادى فتيحة، المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.
20. سعد محمد علي المرى، مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2004.
21. سوماتي شريفة، المتابعة الجزائية في جرائم الفساد في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
22. شرون حسبية، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003.
23. عبيد ريم، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2006.
24. عثمانى فاطمة، التصريح بالممتلكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

25. علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004.
26. فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
27. فنينش محمد الصالح، القيود الواردة على الإدارة لدى تعاقدها، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986.
28. القبي حفيظة، النظام القانوني للجرائم الاقتصادية -دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
29. قرانة عادل، سلطات الإدارة العامة في العقد الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2004.
30. كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
31. كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
32. موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
33. هارون نورة، جريمة الرشوة في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأثرها في التشريعات الجزائية الداخلية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2008.

34. وسيم نظير سويدات، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية- دراسة مقارنة-مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2005.

III - المقالات والمداخلات

أ - المقالات

1. بوبشير محمد أمقران، "القضاء من الوظيفة إلى السلطة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، 2006، ص ص 05 - 35.
2. بوجادي عمار، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، 2007، ص ص 88 - 122.
3. بوضياف عمار، "الوصاية على أعمال المجالس البلدية في دول المغرب العربي، الجزائر- تونس- المغرب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، بجاية، 2010، ص ص 09 - 22.
4. رسلان أنور أحمد، "الرقابة الإدارية على تقارير كفاية الموظف العام": دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، الإمارات العربية المتحدة، 1995، ص ص 334 - 350.
5. زوايمية رشيد، "ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، 2008، ص ص 5 - 19.
6. الطبطبائي عادل، "الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية"، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الحادية عشر، الكويت، 1987، ص ص 442 - 453.
7. غناي رمضان، "عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية"، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، الجزائر، 2003، ص ص 145 - 171.
8. فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مجلة إدارة، العدد السادس والعشرون، الجزائر، 2003، ص ص 7 - 48.
9. منير الحمش، "الاقتصاد السياسي للفساد"، المستقبل العربي، السنة 29، العدد 328، الكويت، 2006، ص ص 60 - 86.

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

ب - المداخلات (أعمال الملتقيات)

1. أعراب أحمد، "في استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 و 19 أفريل 2010، ص ص 1 - 12.
2. أكرور مريام، "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، الملتقى الوطني الثاني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 5 و 6 ماي 2009، ص ص 1 - 14.
3. بريق عمار، "الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وإشكالاته"، الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 05 و 06 ماي 2009، ص ص 1 - 5.
4. بن عمار مقتي، بوراس عبد القادر، "التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 02 و 03 ديسمبر 2008، ص ص 1 - 22.
5. بوبشير محند أمقران، "حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 17 و 18 ماي 2011، ص ص 1 - 13.
6. بوحنية قوي، بن ناصر بوطيب، "الرقابة الوصائية وأثارها على المجالس الشعبية البلدية في الجزائر وفي ضوء التجارب المقارنة"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و 19 أفريل 2012، ص ص 1 - 19.
7. بودريوة عبد الكريم، "إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص ص 1 - 13.

8. بوشكيوه عثمان، "استعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29، 30 نوفمبر، 2011، ص ص 1 - 12.
9. بوصنبورة مسعود، "الرشوة"، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 24 و 25 أبريل، 2007، ص ص 32 - 53.
10. بوكحيل ليلي، بوسالم دنيا، "دور القاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص ص 1 - 16.
11. بولقصيات أحمد، نقشيري فاطمة الزهراء، "ضمانات حماية الموظف العام أمام الأوامر غير المشروعة ودورها في الوقاية من الفساد الإداري"، الملتقى الوطني الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 و 19 أبريل 2010، ص ص 1 - 13.
12. بومقورة سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29، 30 نوفمبر 2011، ص ص 1 - 22.
13. حaid سعاد، "دور الشرطة القضائية في كشف جرائم الفساد"، الملتقى الوطني الثاني حول الفساد وآليات معالجته، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 4 و 5 أبريل 2012، ص ص 111 - 122.
14. حسونة عبد الغني، "حالة الإستعجال الإداري بين التقدير القضائي والتحديد التشريعي"، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، ص ص 1 - 13.
15. خرباشي عقيلة، "دور تعدد أشكال وهيئات الرقابة في ضمان مشروعية الصفقات العمومية"، الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، يومي 13 و 14 ماي، 2007، ص ص 1 - 13.
16. دريد كمال، "الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للاضطلاع بسلطاته المنوطة به"، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 17 و 18 ماي 2011، ص ص 1 - 6.

17. دنش رياض، "قواعد تنازع الاختصاص القضائي في المادة الإدارية وفقاً لأحكام القانون رقم 08-09"، الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون 08-09، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يومي 05-06 ماي 2009، ص ص 1 - 5.
18. رابحي كريمة، بركان زهية، "وضع ديناميكية جديدة لتفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية (مراقبة ميزانية الجماعات المحلية)"، الملتقى الدولي حول تسيير وتمويل الجماعات المحلية في ضوء التحولات، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2010، ص ص 1 - 11.
19. شريف شريف، "دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية مبدأ حرية المنافسة في العقود الإدارية"، الملتقى الدولي حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29 و 30 نوفمبر 2011، ص ص 1 - 23.
20. _____، "المناقصة العامة كأسلوب تعاقد في قانون البلدية"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية الحلية، المركز الجامعي، النعامة، يومي 18 و 19 أبريل 2012، ص ص 1 - 21.
21. شيخ ناجية، "المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبيض الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 10 و 11 أبريل 2009، ص ص 96 - 110.
22. ضويفي محمد، "التصريح بالتملكات كآلية للوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 2 و 3 ديسمبر 2008، ص ص 1 - 5.
23. عيساوي نبيلة، "جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد"، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، قالمة، يومي 24-25 أبريل 2007، ص ص 1 - 14.
24. فاضل إلهام، سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه في التشريع الفرنسي والجزائري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 17 و 18 ماي 2011، ص ص 1 - 14.

25. فليغة نوردين، كحول وليد، "أحكام التسرب في قانون العقوبات ومدى فعاليتها في مكافحة الفساد"، الملتقى الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 و 19 أفريل 2010، ص ص 1 - 15.
26. محمدي بدر الدين، "الدور الرقابي للجنة البلدية للصفقات"، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، يومي 18 و 19 أفريل 2012، ص ص 1 - 14.
27. نجاح عصام، "تنفيذ القرارات القضائية الإدارية: حجية على مقاس الإدارة"، الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإداري، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 17 و 18 ماي 2011، ص ص 1 - 6.
28. هاملي محمد، "هيئة مكافحة الفساد والتصريح بالممتلكات كآليتين لمكافحة الفساد في الوظائف العامة في الدولة"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبيض الأموال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 10 و 11 مارس 2009، ص ص 65 - 76.
29. يعيش آمال، "الغرامة التهديدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 17 و 18 ماي 2011، ص ص 1 - 5.

IV - النصوص القانونية

أ - الدستور

1. الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد (76)، بتاريخ 8 ديسمبر 1996. معدل ومتمم بقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر عدد (25)، بتاريخ 14 أفريل 2002، معدل ومتمم بقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد (63)، بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

ب - الاتفاقيات الدولية

1. مرسوم رئاسي رقم 04-128، مؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة المعتمدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج ر عدد (26)، بتاريخ 25 أبريل 2004.

2. مرسوم رئاسي رقم 06-137، مؤرخ في 10 أفريل سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو سنة 2003، ج ر عدد (24)، بتاريخ 16 أبريل 2006.
3. مرسوم رئاسي رقم 11-427، مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011، ج ر عدد (68)، بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

ج - القوانين العضوية

1. قانون عضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (39)، بتاريخ 7 جوان 1998، معدل ومتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، مؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43)، بتاريخ 3 غشت 2011.

د - القوانين العادية

1. قانون رقم 62-157، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج ر عدد (02)، بتاريخ 11 جانفي 1963.
2. أمر رقم 66-155، مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد (48)، بتاريخ 10 جوان 1966، معدل ومتمم بالأمر رقم 68-10، مؤرخ في 23 يناير سنة 1968، ج ر عدد (09)، بتاريخ 30 يناير 1968، والأمر رقم 68-116، مؤرخ في 10 مايو سنة 1968، ج ر عدد (39)، بتاريخ 14 ماي 1968، والأمر رقم 69-76، مؤرخ في 16 سبتمبر 1969، ج ر عدد (80)، بتاريخ 19 سبتمبر 1969، والأمر رقم 70-26، مؤرخ في 20 مارس سنة 1970، ج ر عدد (28)، بتاريخ 24 أبريل 1970، والأمر رقم 71-34، مؤرخ في 03 يونيو سنة 1971، ج ر عدد (46)، بتاريخ 08 جوان 1971، والأمر رقم 72-38، مؤرخ في 27 يوليو 1972، ج ر عدد (63)، بتاريخ 22 فبراير 1972، والأمر رقم 75-46، مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975، ج ر عدد (53)، بتاريخ 04 يوليو 1975، والقانون رقم 78-01، مؤرخ في 28 يناير 1978، ج ر عدد (06)، بتاريخ 07 فبراير 1978، والأمر رقم 81-01، مؤرخ في 21 فبراير سنة 1981، ج ر عدد (08)، بتاريخ 24 يناير 1981، والقانون رقم 81-04، مؤرخ في 25 أبريل 1981، ج ر عدد (17)، بتاريخ 28 أبريل 1981، والقانون رقم 82-03، مؤرخ في 13 فبراير سنة 1982، ج ر عدد (07)، بتاريخ 16 فبراير 1982، والقانون

- رقم 85-02، مؤرخ في 26 يناير 1985، ج ر عدد (05)، بتاريخ 27 يناير 1985،
والقانون رقم 86-05، مؤرخ في 04 مارس 1986، ج ر عدد (10)، بتاريخ 05 مارس
1986، والقانون رقم 89-06، مؤرخ في 25 أبريل سنة 1989، ج ر عدد (17)، بتاريخ
26 أبريل 1989، والقانون رقم 90-24، مؤرخ في 18 غشت سنة 1990، ج ر عدد
(36)، بتاريخ 22 غشت 1990، والمرسوم التنفيذي رقم 90-109، مؤرخ في 19 أبريل
1990، ج ر عدد (16)، بتاريخ 18 أبريل 1990، والمرسوم التشريعي رقم 93-06،
مؤرخ في 19 أبريل 1993، ج ر عدد (25)، بتاريخ 25 أبريل 1993، والمرسوم
التشريعي رقم 93-14 مؤرخ في 04 ديسمبر 1993، ج ر عدد (80)، بتاريخ 05 ديسمبر
1993، والأمر رقم 95-10، مؤرخ في 25 فبراير 1995، ج ر عدد (11)، بتاريخ 29
أبريل 1995، والقانون رقم 01-08، مؤرخ في 26 يونيو 2001، ج ر عدد (34)، بتاريخ
27 يونيو 2001، والقانون رقم 04-14، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر عدد (71)،
بتاريخ 10 نوفمبر 2004، والقانون رقم 06-22، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر
عدد (84)، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، والأمر رقم 11-02، مؤرخ في 23 فبراير
2011، ج ر عدد (12)، بتاريخ 23 فبراير 2011.
3. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد
(49)، بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم بقانون رقم 01-09، مؤرخ في 26 جوان
2001، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (34)، بتاريخ 27 جوان 2001، معدل ومتمم
بقانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد
(84)، بتاريخ 24 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم بقانون رقم 11-14، مؤرخ في 02
أوت 2011، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (49)، بتاريخ 10 أوت 2011.
4. أمر رقم 67-90، مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر
عدد (52)، بتاريخ 27 يونيو 1967 (ملغى).
5. قانون رقم 80-05، مؤرخ في 1 مارس 1980، المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من
طرف مجلس المحاسبة، ج ر عدد (20) بتاريخ 1980، (ملغى).
6. قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات
العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (02)، بتاريخ 13 يناير 1988، معدل بأمر رقم 95-25،
مؤرخ في 25 ديسمبر 1995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر عدد
(55)، بتاريخ 25 ديسمبر 1995، ملغى بموجب الأمر رقم 01-04، مؤرخ في 20 أوت

- 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها، ج ر، عدد (47)، بتاريخ 2001، المعدل والمتمم.
7. قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 غشت سنة 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد (35)، بتاريخ 1990.
8. قانون رقم 90-23، مؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة، ج ر عدد (53)، بتاريخ 5 ديسمبر 1990.
9. قانون رقم 91-02، مؤرخ في 8 يناير 1991، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، ج ر عدد (2)، بتاريخ 9 يناير 1991.
10. أمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 جويلية 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة ج ر عدد (39)، بتاريخ 23 جويلية 1995 معدل ومتمم بأمر رقم 10-02، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد (50) بتاريخ 1 سبتمبر 2010.
11. أمر رقم 96-22، مؤرخ في 9 يوليو 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (2)، بتاريخ 1996، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-03، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (50)، بتاريخ 1 سبتمبر 2010.
12. أمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج ر عدد (85)، بتاريخ 1996.
13. أمر رقم 98-04، مؤرخ في 11 جانفي 1997، متعلق بالتصريح بالممتلكات، ج ر عدد (3)، بتاريخ 12 جانفي 1997 (ملغى).
14. قانون رقم 01-01، مؤرخ في 31 جانفي 2001، يتعلق بعضو البرلمان، ج ر عدد (09)، بتاريخ 4 فيفري 2001.
15. قانون رقم 02-11، مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر عدد (86)، بتاريخ 25 ديسمبر 2002.
16. أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد (43)، بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم، بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جويلية 2008، ج ر عدد (36)، بتاريخ 2 جويلية 2008، معدل ومتمم بقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر، عدد (46)، بتاريخ 18 أوت 2010.

17. قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14)، بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج ر عدد (50)، بتاريخ 1 سبتمبر 2010، معدل ومتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر عدد (44)، بتاريخ 10 أوت 2011.
18. أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد (46)، بتاريخ 16 يوليو 2006.
19. أمر رقم 07-01، مؤرخ في 1 مارس سنة 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج ر عدد (16)، بتاريخ 7 مارس 2007.
20. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21)، بتاريخ 23 أبريل 2008.
21. قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37)، بتاريخ 3 يوليو سنة 2011.
22. قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج ر عدد (12)، بتاريخ 29 فيفري 2012.

هـ - النصوص التنظيمية

• المراسيم الرئاسية

1. مرسوم رقم 68-652، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقوداً أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج ر عدد (2)، بتاريخ 7 يناير 1969. معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي رقم 02-176، مؤرخ في 20 ماي 2002، ج ر عدد (37)، بتاريخ 2002.
2. مرسوم رقم 80-53، مؤرخ في 1 مارس 1980، يتضمن إنشاء المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (10)، بتاريخ 04 مارس 1980.
3. مرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (15)، بتاريخ 13 أبريل 1982، معدل ومتمم بمرسوم رقم 84-51، مؤرخ في 25 فبراير سنة 1984 يعدل ويتمم المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل سنة 1982 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (9)، بتاريخ 28 فبراير 1984، (ملغى).

4. مرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (20)، بتاريخ 15 مايو 1984.
5. مرسوم رئاسي رقم 90-225، مؤرخ في 25 يوليو 1990، المحدد لقائمة الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان "رئاسة الجمهورية"، ج ر عدد (31)، بتاريخ 1990.
6. مرسوم رئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج ر عدد (72)، بتاريخ 1995.
7. مرسوم رئاسي رقم 96-233، مؤرخ في 2 يوليو 1996، يتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، ج ر عدد (41)، بتاريخ 1996 (ملغى).
8. مرسوم رئاسي رقم 2000-114، مؤرخ في 11 مايو 2000، ج ر عدد (28)، بتاريخ 2000.
9. مرسوم رئاسي رقم 03-301، مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (55)، بتاريخ 14 سبتمبر 2003 (ملغى).
10. مرسوم رئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006، معدل بمرسوم رئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 7 فيفري 2012، ج ر عدد (08)، بتاريخ 15 فيفري 2012.
11. مرسوم رئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات، ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
12. مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفيات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (74)، بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
13. مرسوم رئاسي رقم 07-304، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
14. مرسوم رئاسي رقم 07-305، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

15. مرسوم رئاسي رقم 07-306، مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2007، يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
16. مرسوم رئاسي رقم 07-307، مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2007، يحدد كفاءات منح الزيادة الاستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر عدد (61)، بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
17. مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (62)، بتاريخ 9 نوفمبر 2008 (ملغى).
18. مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58)، بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14)، بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34)، بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4)، بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 يناير سنة 2013، ج ر عدد (2)، بتاريخ 13 يناير 2013.
19. مرسوم رئاسي مؤرخ في 7 نوفمبر سنة 2010، يتضمن تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (69)، بتاريخ 14 نوفمبر 2010.
20. مرسوم رئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر سنة 2011 يحدد تشكيله الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكفاءات سيره، ج ر عدد (68)، بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

• المراسيم التنفيذية

1. مرسوم تنفيذي رقم 90-334، مؤرخ في 27 أكتوبر سنة 1990، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، ج ر عدد (46)، بتاريخ 1990.
2. مرسوم تنفيذي رقم 91-312، مؤرخ في 07 سبتمبر 1991، يحدد شروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين وإجراءات مراجعة باقي الحسابات وكفاءات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، ج ر عدد (43)، بتاريخ 18 سبتمبر 1991.

3. مرسوم تنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، ج ر عدد (43)، بتاريخ 1991.
4. مرسوم تنفيذي رقم 91-314، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين. ج ر عدد (43)، بتاريخ 1991.
5. مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (57)، بتاريخ 1991 (ملغى).
6. مرسوم تنفيذي رقم 91-502، مؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الإقتصاد، ج ر عدد (67)، بتاريخ 23 ديسمبر 1991.
7. مرسوم تنفيذي رقم 92-32، مؤرخ في 20 جانفي 1992، يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (06)، بتاريخ 1992.
8. مرسوم رقم 92-33، مؤرخ في 20 يناير سنة 1992، يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج ر عدد (6)، بتاريخ 26 يناير 1992.
9. مرسوم تنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992، يحدد إختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (15)، بتاريخ 24 فيفري 1992.
10. مرسوم تنفيذي رقم 92-157، مؤرخ في 21 أفريل 1992، المتضمن تنظيم المصالح الخاصة بكاتب الدولة لدى الوزير، ج ر عدد (30)، بتاريخ 1992.
11. مرسوم تنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر عدد (82)، بتاريخ 1992.
12. مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، ج ر عدد (79)، بتاريخ 1993، معدل ومتمم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 7 أبريل 2005، ج ر عدد (26)، بتاريخ 2005.
13. مرسوم تنفيذي رقم 95-305، مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 1995، يحدد كيفيات تحرير الفاتورة، ج ر عدد (58)، بتاريخ 1995.

14. مرسوم تنفيذي رقم 96-92، مؤرخ في 3 مارس 1996، يتعلق بتكوين الموظفين وتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم، ج ر عدد (16)، بتاريخ 1996، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 04-17، مؤرخ في 22 جانفي 2004، ج ر عدد (04)، بتاريخ 25 جانفي 2004.
15. مرسوم تنفيذي رقم 06-348، مؤرخ في 5 أكتوبر 2006، يتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق، ج ر عدد (63)، بتاريخ 8 أكتوبر 2006.
16. مرسوم تنفيذي رقم 07-364، مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2007، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر عدد (75)، بتاريخ 2 ديسمبر 2007.
17. مرسوم تنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 9 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، بتاريخ 7 سبتمبر 2008.
18. مرسوم تنفيذي رقم 08-273، مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2008، يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، بتاريخ 7 سبتمبر 2008.
19. مرسوم تنفيذي رقم 08-274، مؤرخ في 06 سبتمبر 2008، يحدد تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، بتاريخ 7 سبتمبر 2008.
20. مرسوم تنفيذي رقم 09-96، مؤرخ في 22 فبراير سنة 2009، يحدد شروط وكيفية رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (14)، بتاريخ 04 مارس 2009.
21. مرسوم تنفيذي رقم 09-374، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي تلتزم بها، ج ر عدد (67)، بتاريخ 19 نوفمبر 2009.
22. مرسوم تنفيذي رقم 2011-118، مؤرخ في 16 مارس سنة 2011، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج ر عدد (16)، بتاريخ 13 مارس 2011.

و - التعليمات والقرارات الوزارية

1. قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 15 مايو 1988، المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر عدد (43)، بتاريخ 1988.
2. تعليمة رئاسية رقم 03 متعلقة بتنفيذ مكافحة الفساد، المؤرخة في 13 ديسمبر 2009.

3. قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 2 أوت 2011، يحدد قائمة الدراسات واللوازم الخاصة بتكنولوجية الإعلام واتصال التي لا تتطلب اللجوء إلى مناقصة، ج ر عدد (06)، بتاريخ 12 فيفري 2012.

4. قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 7 يونيو سنة 2012، يحدد عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعين لوزارة الداخلية والجماعات المحلية الموضوعين تحت تصرف الديوان المركزي لقمع الفساد، ج ر عدد (42)، بتاريخ 22 يونيو 2012.

ز - نصوص قانونية أجنبية

1. قانون رقم 62 صادر بتاريخ 03-10-2006، متعلق بهيئة مكافحة الفساد في الأردن
www.je.gov.jo
2. قانون رقم 39 صادر بتاريخ 25-12-2006، المتعلق بمكافحة الفساد في اليمن
www.yem.gov.jo
3. المرسوم رقم 338-06-2، الصادر في 5 فبراير 2007، يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتسييرها ومراقبتها، ج ر عدد 5518، صادر في 19 أبريل 2007، (المغرب).

V - القرارات والأحكام القضائية

1. المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 105050، مؤرخ في 24 جويلية 1994، قضية (ح م) ضد (رئيس بلدية الشرافة)، المجلة القضائية، العدد الثالث، الجزائر، 1994، ص 224-218.
2. مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 000332، فهرس رقم 275، مؤرخ في 14 ماي 2001 (ديوان الترقية والتسيير العقاري) ضد (مؤسسة الأشغال بعين تيموشنت)، (قرار غير منشور).
3. المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم 270291، مؤرخ في 25 سبتمبر 2001، قضية (م ز) (ق ح) ضد (النيابة)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص 327 - 330.
4. مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 5638، مؤرخ في 15 جويلية 2002، قضية (ب ع وس ف) ضد (مديرية المصالح الفلاحية لولاية وهران)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر، 2003، ص 161-163.

5. مجلس الدولة، الغرف المجتمعة، قرار رقم 018743، مؤرخ في 15 جوان 2004، قضية (والي ولاية الجزائر) ضد (ع وش ومن معه)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص ص 247 - 251.
6. مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 014637، مؤرخ في 15 جوان 2004، قضية (بلدية العلمة) ضد (ه ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص ص 132 - 134.
7. محكمة التنازع، قرار رقم 16، فهرس رقم 01، مؤرخ في 17 جويلية 2005، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، الجزائر، 2006، ص ص 247 - 249.
8. المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، قرار رقم 450220، مؤرخ في 31 ديسمبر 2008، قضية (النيابة العامة) ضد (ب ف) مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص ص 409 - 413.
9. محكمة تلمسان، غرفة التحقيق الأولى، رقم النيابة 07/66، رقم التحقيق 07/37، مؤرخ في 30 نوفمبر 2007، قضية (النيابة) ضد (ر م)، (ب خ)، (ح ب)، (ب ش)، (ب م)، (خ ع)، (ب س)، (ع أ)، (قرار غير منشور).
10. محكمة جيجل، قسم الجناح، حكم رقم 3225، مؤرخ في 18 ماي 2008، قضية (النيابة) ضد (ص ع)، (حكم غير منشور).
11. مجلس قضاء بجاية، الغرفة الجزائية، ملف رقم 09/02213، فهرس رقم 09/05433، مؤرخ في 12 أكتوبر 2009، قضية (النيابة) ضد (ل ه)، (قرار غير منشور).
12. مجلس قضاء بجاية، محكمة الجنايات، قرار رقم 09/00007، فهرس رقم 09/00138، مؤرخ في 21 ديسمبر 2009، قضية (النيابة) ضد (ت ج ومن معه)، (قرار غير منشور).
13. محكمة جيجل، قسم الجناح، حكم رقم 2010/1994، فهرس رقم 3562، مؤرخ في 03 أكتوبر 2010، قضية (النيابة) ضد (ت ج)، (حكم غير منشور).

ثانيا - باللغة الفرنسية:

I. OUVRAGES

1. **AL-JERAISSY Khaled**, La gestion du temps du point de vue islamique et administratif, Riyadh : King Fahd Nationale Library, 2001.
2. **ALT Eric et LUC Irène**, La lutte contre la corruption, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
3. **BENOIT Francis-Paul**, Le droit administratif Français, Dalloz, Paris, 1968.
4. **BERBARI Mireille**, Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence, LE MONITEUR, Paris, 2001.
5. **BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie Christine, LASSALE Jean Pierre**, Finances publique, 9^{ème} édition L.G.D.J, Paris, 2008.
6. **CHAUVEL François**, Finance publiques, 10^{ème} édition, Gualino éditeur, Paris, 2007.
7. **DAOUDI Aissa**, Le juge d'instruction, Office Nationale des travaux éducatifs, Alger, 1993.
8. **DIDIER Jean**, Droit pénal des affaires, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000.
9. **GUEDON Marie-José**, Hétérosuggestion des données organiques, in DECOOPMAN Nicole, Le désordre des autorités administratives indépendantes collection Ceprisca, Paris, 2002.
10. **LAJOYE Christophe**, Droit de marches public, BERTI édition, Alger, 2007.
11. **LARGUIER Jean, CONTTE Philippe**, Droit pénal des affaires, 10^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2004.
12. **LARGUIER Jean, LARGUIER Anne-Marie**, Droit pénal spécial, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, France, 2000.
13. **LOMBARD Martine et DUMONT Grilles**, Droit administratif, 6^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2005.
14. **MABROUK Mahieddine**, Traite de droit administratif Tunisien, Tom1, Tunisie, 1994.
15. **NICINSKI Sophie, BINCZAK Pascal**, Q C M, Droit administratif des biens, Gualin éditeur, Paris, 2001.
16. **NIKE KOMTSINDI Valère**, La Corruption, une lecture systémique, Edition DIANOIA, Paris, 2004.
17. **RICHER Laurent**, Droit des contrats administratifs, 2^{ème} édition L.G.D.J, Paris, 1999.
18. **ROBBINS Stephen, DECENZO David**, Management l'essentiel des concepts et des pratiques, 4^{ème} édition, Pearsan Education, France, 2004.

19. **THIRION Nicolas**, Libéralisations, privatisations régulations, aspects juridiques et économiques des autorités de régulation sectorielles, marchés financiers, télécommunication médias, santé, LARCIER, Paris, 2006.
20. **ZOUAIMIA Rachid et ROUALT Marie Christine**, Droit administratif, BERTI Edition, Alger, 2009.
21. **ZOUIMIA Rachid**, Droit de la régulation économique, BERTI édition, Alger, 2006.

II - THESES ET MEMOIRES

A - Thèses

1. **DAUPHIN Laurent**, Collectivités territoriales et expérimentation, thèses pour l'obtention du grade de docteur en droit public, faculté de droit et des sciences économiques, université de limoges, 2008. Publié sur le site :
<http://www.unilim.fr>
2. **GHEWOPO Attila**, Corruption, fiscalité et croissance économique dans les pays en développement, Thèse pour l'obtention du titre de docteur en sciences économiques, centre d'études et de recherches sur le développement international (CERDI), faculté des sciences économiques et de gestion, université d'Auvergne clermont ferrand I, 2007. Publié sur le site :
<http://tel.Archives-ouvertes.fr>

B – Mémoires

1. **ACCORDO Christophe**, La Dématérialisation des procédures de passation de marchés publics, mémoire pour le D.E.A, de droit public des affaires, U.F.R, des sciences juridiques, administratives et politiques, Université de Paris x-Nanterre, 2005.
2. **DEBIEVE Christian**, La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?, mémoire pour le DESS management du secteur public, faculté de sciences de gestion (IEP de Lyon), 2004. Publié sur le site :
<http://www.doc.sciencespo-Lyon.fr>
3. **GUEDON Julien**, La publicité dans les marchés publics : préalable indispensable à l'achat public ?, mémoire pour le DESS, management du secteur public : collectivités et partenaires, institue d'étude politique de lyon, université lumière, Lyon 2, 2004. Publié sur le site :
<http://www.doc.sciences politique.fr>

III – ARTICLES ET ACTES DE COLLOQUES

A - Articles

1. ALFONSI Jean, "La notion de marché public", Revue du Conseil d'Etat, N° 3, Paris, 2003, (PP 47 – 65).
2. BENNADJI Cherif, "Marchés publics et corruption en Algérie", Revue d'études et de critique social, N°25, Alger, 2008, (PP 137–153).
3. GIBAL Michel, "Le nouveau code des marchés publics, une réforme composite", la semaine juridique, juris classeur périodique, édition général, N°16-17, Paris, 2004, (PP 23 – 47).
4. JEULAND Emmanuel, "l'efficacité des procédures et des sanctions en matière économique", Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial, N°11, Paris, 2001, (PP 156-176).
5. KHALOUFI Rachid, "Les instruments de régulation", RASJEP, volume 41, N° 2, Alger, 2003, (PP 69 - 119).
6. MARCEAU Anne et VERPEAUX Michel, "Qui exerce le contrôle de légalité sur les actes des collectivités locales?", Revue Française de Droit Administratif, N°1, Paris, 2001, (PP 128 – 134).
7. OUCHEN Mohamed, "Pouvoirs de l'assemblée populaire de wilaya", Revue du Conseil d'Etat, N° 03, Alger, 2003, (PP 24 – 42).
8. PICOTTI Lorenzo, "L'élargissement des formes de préparation et de participation" rapport général, Revue internationale de droit pénal, N° 78, Paris, 2007, (PP 127 – 136).
9. SABRI Mouloud, "Le droit des marchés publics en Algérie : réalité et perspectives", IDARA, volume18, N°01, Alger, 2008, (PP 07-47).
10. SHWARTS Rémy, "Le juge français des référés administratifs", Revue du Conseil d'Etat, N° 4, Paris, 2003, (PP 73 – 92).
11. VERON Michel, "Corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme", Revue de jurisprudence commerciale, N°11, Paris, 2001, (PP 35 – 44).
12. ZOUAIMIA Rachid, "Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie", RASJEP, N°2 , Alger, 2011, (PP 05-38).

B - Acte colloques

1. AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, "Management des marchés publics", séminaire I.S.G.P, du 26 au 19 Septembre 2006, (PP 01 – 28).
2. CASTRESANA FERNANDEZ Carlos, "La corruption dans les marchés publics", rapports conseil de l'Europe, Tallien (Estonie), 27-29 octobre 1997, Edition du conseil de l'Europe, 1998, (PP 15 – 30).
3. KESSAL Malik, "La Cour des comptes algérienne et le contrôle des marchés publics", Séminaire de Tunis sur le contrôle des

délégations de services publics et des marches publics,

Tunis, 6-8 avril 2009, (PP 01 – 14).

4. **TRAORES**, "Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ?", **G.C.P administratif**, fax 75, n° 8,9 Aout-septembre 2004, (PP 24 – 43).

IV - TEXTES JURIDIQUES ETRANGERS

1. Loi n° 88-227 du mars 1988, relative à la transparence financière de la vie politique, version consolidée au 16 Mai 2009, publié sur le site : www.legifrance.gouv.fr
2. Code des marchés publics français 2009, version consolidée au 21/12/2008. Publié sur le site : www.marchéspublicspme.com

V - DOCUMENTS

1. O.C.D.E, Liste de vérification pour renforcer l'intégrité dans les marches publics, Publié sur le site : <http://www.oecd.org>
2. Rapport public sur les autorités administratives indépendantes, **E.D.C.E**, N° 52, 2001, P 293. Publié sur le site : www.conseil-etat.fr.
3. Rapport du gouvernement français au parlement sur le contrôle à posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux, 21^{ème} rapport, 2004, 2005, 2006, P 34. Publié sur le site : <http://www.lesrapportes-ladocumentationfrancaise.fr>

فهرس

7 مقدمة.

الباب الأول

15 آليات الوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول

18 تنظيم عملية إبرام الصفقات العمومية

18 المبحث الأول: إخضاع الموظف العام لقواعد قانونية صارمة.

19 المطلب الأول: تبني سياسة توظيف متطورة.

19 الفرع الأول: اعتماد معايير موضوعية في تعيين الموظفين.

22 الفرع الثاني: الاعتماد على البرامج التعليمية والتدريبية لرفع كفاءة الموظفين.

25 الفرع الثالث: إصلاح نظام الرواتب والأجور.

28 المطلب الثاني: فرض إجراء التصريح بالامتلاكات.

30 الفرع الأول: تحديد المشرع لكيفيات التصريح بالامتلاكات.

30 أولاً: الكيفيات التي يشترك فيها الملزمين بالتصريح بالامتلاكات.

34 ثانياً: الكيفيات المتباينة بين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات.

39 الفرع الثاني: تقرير جزاءات عند الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات.

39 أولاً: تحريم الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات.

41 ثانياً: العقوبات المقررة لجريمة الإخلال بواجب التصريح بالامتلاكات.

43 المطلب الثالث: تجريم أفعال الفساد.

43 الفرع الأول: الأفعال التي تشكل جرائم من منظور قانون مكافحة الفساد.

44 أولاً: أفعال الفساد المرتكبة من الموظف العام.

51 ثانياً: أفعال الفساد المرتكبة من المتعامل المتعاقد.

54 الفرع الثاني: إرساء ضمانات لحماية الموظف العام من أفعال الفساد.

54 أولاً: امتيازات السلطة الرئاسية مصدر الأوامر غير المشروعة.

57		ثانيا: حماية الموظف العام من الأوامر غير المشروعة.
61		المبحث الثاني: تكريس مبادئ تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
61		المطلب الأول: المبادئ التي تحكم إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
62		الفرع الأول: مبدأ حرية المنافسة.
63		أولا: إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان تحقيقا لمبدأ حرية المنافسة.
66		ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة.
71		الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المتنافسين.
73		المطلب الثاني: الإجراءات المكرسة لمبادئ إبرام الصفقات العمومية.
74		الفرع الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
74		أولا: دفتر البنود الإدارية العامة.
75		ثانيا: دفاتر التعليمات المشتركة.
75		ثالثا: دفاتر التعليمات الخاصة.
76		الفرع الثاني: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة.
78		الفرع الثالث: الموضوعية والدقة في اتخاذ القرارات.
84		المبحث الثالث: تدخل المشرع لتحديد أساليب إبرام الصفقات العمومية.
84		المطلب الأول: اعتبار المناقصة أساس إبرام الصفقات العمومية.
85		الفرع الأول: إفراغ المناقصة ضمن الأشكال المقررة قانونا.
87		أولا: المناقصة المفتوحة والمحدودة.
88		ثانيا: المزايدة.
89		ثالثا: الاستشارة الانتقائية والمسابقة.
91		الفرع الثاني: تقييد المصلحة المتعاقدة بقواعد إجرائية خاصة.
91		أولا: القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوب المناقصة.
96		ثانيا: القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوبي الاستشارة الانتقائية والمسابقة.
98		المطلب الثاني: اعتبار التراضي أسلوبا استثنائيا في إبرام الصفقات العمومية.
99		الفرع الأول: إعمال التراضي وفق قواعد خاصة.
100		أولا: الدعوة إلى التعاقد.
102		ثانيا: التفاوض.
104		ثالثا: مرحلة التعاقد.

- 104 الفرع الثاني: تكريس الطابع الاستثنائي للتراضي بتحديد مجالاته.....
- 105 أولاً: حالات التراضي البسيط.....
- 111 ثانياً: حالات التراضي بعد الاستشارة.....

الفصل الثاني

116 إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية للمراقبة

- 117 المبحث الأول: الرقابة الإدارية.....
- 118 المطلب الأول: الرقابة الداخلية - الرقابة الذاتية -.....
- 118 الفرع الأول: إنشاء لجنة دائمة لفتح الأظرفة.....
- 119 أولاً: تشكيلة اللجنة.....
- 120 ثانياً: التحديد الدقيق لمهام لجنة فتح الأظرفة.....
- 123 الفرع الثاني: إنشاء لجنة دائمة لتقييم العروض.....
- 123 أولاً: تشكيلة لجنة تقييم العروض.....
- 125 ثانياً: صلاحيات لجنة تقييم العروض.....
- 129 المطلب الثاني: تعدد أجهزة الرقابة الخارجية.....
- 129 الفرع الأول: رقابة اللجان المحلية على الصفقات العمومية.....
- أولاً: رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية، ولمراكز البحث والتنمية
الوطني والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري
130 والمؤسسات العمومية الاقتصادية المنصوص عليها في المادة 2 من تنظيم
الصفقات العمومية.....
- ثانياً: رقابة لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز
للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في القائمة
131 المنصوص عليها في المادة 134.....
- 133 ثالثاً: الرقابة على الصفقات العمومية البلدية.....
- 138 رابعاً: رقابة اللجنة الولائية للصفقات العمومية.....
- 142 الفرع الثاني: الرقابة على الصفقات العمومية المركزية.....
- 142 أولاً: رقابة لجنة الصفقات الخاصة بالهيئات الوطنية المستقلة.....
- 144 ثانياً: رقابة اللجنة الوزارية للصفقات العمومية.....

146	ثالثا: رقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية.....
154	الفرع الثالث: الوصاية أسلوب رقابي تكميلي على الصفقات العمومية - الرقابة الوصائية -.....
160	المبحث الثاني: الرقابة السابقة للهيئات المالية على الصفقات العمومية.....
161	المطلب الأول: رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية.....
163	الفرع الأول: توسيع نطاق الهيئات الخاضعة لرقابة المراقب المالي.....
165	الفرع الثاني: توسيع مجال اختصاص المراقب المالي.....
174	المطلب الثاني: رقابة المحاسب العمومي للصفقات العمومية.....
174	الفرع الأول: فكرة المحاسبة العمومية في التشريع الجزائري.....
175	أولا: تأهيل المحاسب العمومي.....
177	ثانيا: أصناف المحاسبين العموميين.....
178	الفرع الثاني: شمولية رقابة المحاسب العمومي.....
190	المبحث الثالث: تدعيم أجهزة الرقابة بإنشاء هيئة للوقاية من الفساد ومكافحته.....
191	المطلب الأول: الحرص على ضمان استقلالية الهيئة.....
192	الفرع الأول: مظاهر الاستقلالية العضوية.....
192	أولا: التشكيلة الجماعية للهيئة.....
193	ثانيا: تحديد مدة انتداب الرئيس والأعضاء.....
194	الفرع الثاني: مظاهر الاستقلالية الوظيفية.....
195	أولا: الوسائل القانونية.....
198	ثانيا: الاستقلال المالي للهيئة.....
198	ثالثا: إخضاع موظفي الهيئة لنظام التنافي.....
201	المطلب الثاني: جعل الهيئة آلية لتنفيذ إستراتيجية الوقاية من الفساد.....
202	الفرع الأول: تزويد الهيئة بسلطات تجسيدا لإستراتيجية الوقاية من الفساد.....
202	أولا: دراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريح بالممتلكات.....
203	ثانيا: التوجيه والرقابة في أداء الشؤون العمومية.....
206	الفرع الثاني: الغاية من السلطات الممنوحة للهيئة.....
206	أولا: التحكم في سياسة الوقاية من الفساد.....

- 207 ثانيا: اعتبار الهيئة جهاز مكمل لهيئات الرقابة التقليدية.....
- 208 ثالثا: اعتبار الهيئة آلية لتفعيل سياسة الحكم الراشد.....

الباب الثاني

211 تدخل القضاء كآلية لرقابة وقمع الفساد

الفصل الأول

213 تدخل القضاء الإداري لرقابة التجاوزات المتعلقة بقواعد إبرام

الصفقات العمومية

- 214 المبحث الأول: التدخل عن طريق قضاء الإلغاء.....
- 214 المطلب الأول: تبني نظرية القرار الإداري المنفصل.....
- 216 الفرع الأول: مفهوم القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية.....
- 216 أولا: نشأة وتطور نظرية القرار الإداري المنفصل.....
- 218 ثانيا: تعريف القرار الإداري المنفصل.....
- 220 الفرع الثاني: مجال تطبيق نظرية القرار الإداري المنفصل.....
- 221 أولا: الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية.....
- 222 ثانيا: الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية.....
- 223 ثالثا: الطعن بالإلغاء ضد قرار المنح المؤقت.....
- 223 رابعا: الطعن في قرار الاستبعاد.....
- 224 خامسا: الطعن في قرار إلغاء الصفقة العمومية.....
- 226 سادسا: الطعن بالإلغاء ضد قرار إبرام الصفقة العمومية.....
- 229 المطلب الثاني: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.....
- 230 الفرع الأول: الشروط الشكلية.....
- 230 أولا: شرط الصفة والمصلحة.....
- 232 ثانيا: أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري.....
- 233 ثالثا: شرط الميعاد.....
- 235 رابعا: شرط الاختصاص.....

243		الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.
244		أولاً: عيب عدم الاختصاص.
245		ثانياً: عيب مخالفة الشكل والإجراءات.
246		ثالثاً: عيب مخالفة القانون.
248		رابعاً: عيب السبب.
249		خامساً: عيب الانحراف في استعمال السلطة.
253		المبحث الثاني: التدخل عن طريق قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد.
255		المطلب الأول: الاستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات العمومية.
256		الفرع الأول: شروط الاستعجال بالطبيعة.
256		أولاً: توافر عنصر الاستعجال.
257		ثانياً: عدم المساس بأصل الحق.
258		ثالثاً: عدم المساس بالنظام العام.
259		الفرع الثاني: مميزات الاستعجال بالطبيعة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية
259		أولاً: الطابع المؤقت للحكم الصادر عن قضاء الاستعجال بالطبيعة.
260		ثانياً: إدراج قضاء الاستعجال بالطبيعة ضمن الاختصاص النوعي.
260		ثالثاً: الطابع الجماعي للتشكيلة الفاصلة في الاستعجال الإداري بالطبيعة.
261		المطلب الثاني: الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية.
262		الفرع الأول: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن قضاء الاستعجال القانوني.
264		الفرع الثاني: تكريس قواعد خاصة لدعوى الاستعجال تفعيلاً لطابعها الوقائي ما قبل التعاقد.
265		أولاً: الشروط الشكلية.
268		ثانياً: الشروط الموضوعية.
273		المبحث الثالث: إرساء ضمانات لتنفيذ أحكام القضاء الإداري.
275		المطلب الأول: توجيه أوامر للإدارة.
276		الفرع الأول: الامتناع التلقائي عن توجيه أوامر للإدارة.
276		أولاً: مبررات الامتناع عن توجيه أوامر الإدارة.
278		ثانياً: مظاهر الامتناع عن توجيه أوامر للإدارة.

280		الفرع الثاني: الإجازة الصريحة بتوجيه أوامر للإدارة
280		أولاً: مفهوم الأمر
281		ثانياً: مبررات الإجازة الصريحة بتوجيه أوامر للإدارة
282		ثالثاً: مجالات توجيه أوامر للإدارة
284		المطلب الثاني: إهمار الأحكام بغرامة تهديدية
285		الفرع الأول: الاعتراف التشريعي الصريح بالغرامة التهديدية
289		الفرع الثاني: مظاهر تطبيق الغرامة التهديدية
294		المطلب الثالث: ترتيب المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن تنفيذ الحكم القضائي
295		الفرع الأول: الإطار القانوني لجريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية
298		الفرع الثاني: عراقيل تكريس المسؤولية الجزائية للموظف

الفصل الثاني

302	تدخل القضاء الجنائي وإرساء قواعد خاصة لقمع الفساد	
303		المبحث الأول: تدخل هيئات إدارية للكشف والتحري
303		المطلب الأول: صلاحية هيئة مكافحة الفساد في الكشف والتحري
303		الفرع الأول: حق الهيئة في طلب المعلومات والوثائق
306		الفرع الثاني: تجريم كل رفض متعمد في تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق
311		المطلب الثاني: المفتشية العامة للمالية هيئة رقابية كاشفة لجرائم الصفقات العمومية
313		الفرع الأول: توسيع مجال الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية العامة للمالية
316		الفرع الثاني: توسيع صلاحيات المفتشية العامة للمالية
322		المطلب الثالث: مجلس المحاسبة مؤسسة عليا لكشف جرائم الصفقات العمومية
324		الفرع الأول: هيكلية المجلس بما يتناسب واختصاصاته
324		أولاً: الأجهزة القضائية لمجلس المحاسبة
327		ثانياً: الهياكل الإدارية لمجلس المحاسبة
329		الفرع الثاني: توسيع تدخلات المجلس محاصرة للفساد
329		أولاً: رقابة نوعية التسيير
330		ثانياً: مراجعة حسابات المحاسبين العموميين
331		ثالثاً: رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية

334	المبحث الثاني: تعزيز مكانة الشرطة القضائية ضمن إستراتيجية الكشف عن جرائم الفساد
	- تزويد الشرطة القضائية بوسائل تحري خاصة -.....
335	المطلب الأول: اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور.....
336	الفرع الأول: المقصود باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور...
338	الفرع الثاني: الضوابط التي تحكم اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور.
338	أولا: الضوابط الشكلية.....
340	ثانيا: الضوابط الموضوعية.....
341	ثالثا: ضوابط التنفيذ.....
343	المطلب الثاني: التسرب.....
344	الفرع الأول: المقصود بالتسرب.....
345	الفرع الثاني: الضوابط التي تحكم التسرب.....
345	أولا: الضوابط الشكلية.....
347	ثانيا: الضوابط الموضوعية.....
357	المبحث الثالث: متابعة جرائم الصفقات العمومية أمام القضاء الجزائي.....
357	المطلب الأول: إحالة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية على القضاء الجزائي.....
357	الفرع الأول: إجراءات إحالة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية على القضاء الجزائي.
358	أولا: التكليف بالحضور.....
359	ثانيا: إجراء التلبس بالجنحة.....
360	ثالثا: طلب فتح تحقيق قضائي.....
362	الفرع الثاني: القيود التي تمنع متابعة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية.....
363	أولا: الحصول على إذن مسبق.....
363	ثانيا: القيام بتحقيق مسبق.....
364	ثالثا: شرط الحصول على شكوى.....
367	المطلب الثاني: محاكمة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية أمام القضاء الجزائي.....
368	الفرع الأول: توسيع الاختصاص المحلي للجهات الفاصلة في جرائم الصفقات العمومية
368	أولا: توسيع اختصاص وكيل الجمهورية.....
369	ثانيا: توسيع اختصاص قاضي التحقيق.....

369		ثالثا: توسيع الاختصاص المحلي لمحاكم متخصصة.....
371		الفرع الثاني: سير المحاكمة الناشئة عن جرائم الصفقات العمومية.....
371		أولا: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات المحاكمة.....
374		ثانيا: سير الجلسات الناشئة عن جرائم الصفقات العمومية.....
378		المطلب الثالث: تنوع الجزاءات المقررة لجرائم الصفقات العمومية.....
379		الفرع الأول: الجزاءات الماسة بالذمة المالية
		- الجزاءات المالية -
379		أولا: الغرامة.....
383		ثانيا: المصادرة.....
385		ثالثا: استرداد الكسب غير المشروع.....
386		الفرع الثاني: الجزاءات الماسة بشخص المخالف.....
387		أولا: الجزاءات التي تمس بحرية المخالف.....
393		ثانيا: الجزاءات التي تمس بالنشاط المهني للمخالف.....
397		خاتمة.....
403		قائمة المراجع.....
431		الفهرس.....

ملخص

هناك أزمة كبرى عنوانها الفساد تكاد تعم جميع المرافق العامة وتعتبر الصفقات العمومية أكثر المجالات عرضة لهذه الظاهرة، الأمر الذي استدعى تدخل فعال للاستئصال هذا الورم من كيان المجتمع ولا يكون ذلك إلا باعتماد استراتيجية موضوعية واضحة المعالم طويلة الأمد، وهو ما حرص المشرع على تكريسه في كل من قانون الصفقات العمومية في إطار القسم السادس من أحكام الباب الثالث تحت عنوان "مكافحة الفساد"، ومن جهة أخرى نجد قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تتجلى هذه السياسة بتكريس قواعد وإجراءات منها ما هي وقائية ومنها ما هي قمعية.

Résumé

La corruption est considéré comme une crise majeure affecte presque tous les domaines y compris celui des marchés publics, qui est menacé par ce phénomène pour cela sa nécessite une intervention efficace pour déraciner cette tumeur de la société, mais la réalisation de telle lutte nécessite une adoption d'une stratégie objective, claire et à long terme auquel le législateur l'a consacré soit dans le code des marchés publics dans sa sixième section intitulé "de la lutte contre la corruption" soit dans la loi relative à la prévention et la lutte contre la corruption avec une politique qui est consacré par des règle et des procédures préventifs, curatif et même répressives.