

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

Judicial oversight of public procurement as a mechanism to combat financial corruption in Algeria

مدني هدى *

جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1

houda.madani@umc.edu.dz

تاريخ إرسال المقال: 2022 /11 /03 تاريخ قبول المقال: 2023 /02 /19 تاريخ نشر المقال: 2023 /03 /19

المخلص:

تتمحور هذه الدراسة حول إبراز دور الرقابة القضائية على الصفقات العمومية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر، والتي منحها المشرع الجزائري كأصل عام للقاضي الإداري الذي يمارسها بثلاث ا قضية تتمثل في قضاء المشروعية ، والقضاء الكامل و القضاء الاستعجالي ، ومنحها كمبدأ استثنائي للقاضي الجزائري في شق جرائم الصفقات العمومية التي تأكد منذ صدور الامر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته . ويرجع هدف المشرع من ازدواجية القضاء في هذا المجال لخاصية الصفة العمومية كأداة قانونية تمول من ميزانية الدولة لتنفيذ البرامج التنموية ، ما يؤدي الى اهدار المال العام في ظل منافسة غير مشروعة تستوجب تكثيف الرقابة القضائية كحد من الانتشار الرهيب لظاهرة الفساد المالي في هذا المجال.

* المؤلف المرسل

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

الكلمات المفتاحية: صفقة - منافسة - رقابة - فساد - رشوة - قضاء.

Abstract:

This study focuses on highlighting the role of judicial oversight on public transactions to combat financial corruption in Algeria, which was granted by the Algerian legislator as a general asset to the administrative judge who exercises it in three cases represented in the legality judiciary, the full judiciary and the urgent judiciary, and granted it as an exceptional principle for the criminal judge in splitting the crimes of public deals that It has been confirmed since the issuance of Ordinance 06-01 related to the prevention and control of corruption. The legislator's goal of the duplication of the judiciary in this field is due to the characteristic of the public deal as a legal tool financed by the state budget to implement development programs, which leads to wasting public money in light of illegal competition that requires intensifying judicial oversight as a limit to the terrible spread of the phenomenon of financial corruption in this field.

Keywords: Deal - competition - control - corruption - bribery - judiciary.

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية في الجزائر الاداة القانونية الامثل التي تركز عليها الدولة لتحقيق برامجها التنموية الاقتصادية بتمويل من ميزانيتها بصفة مباشرة ، اذ تحتل تلك العقود نسبة معتبرة من الموارد المالية للدولة ، وهذا ما يجعلها ميدان لإهدار المال العام اذا ابرمت ونفذت بطريقة مخالفة للنصوص القانونية ما ينجر عنه فساد مالي خطير¹. لذلك عمد المشرع الجزائري الى اصدار حزمة من القوانين المنظمة لها منذ سنوات توجت بالمرسوم الرئاسي الاخير رقم 15-247 المنظم لقانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مع نصه على بعض الجرائم التي ترتكب في هذا المجال والعقوبات المقررة من خلال اصدار القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته سابقا. عددت هذه القوانين من اشكال الرقابة المفروضة على الصفقات العمومية الا انه وبإجماع من الفقه المقارن تعتبر الرقابة القضائية الاكثر فعالية وحسما في وقف تجاوزات المصلحة المتعاقدة ، باعتبارها رقابة خارجية ، محايدة ومستقلة ، في ظل نظام ازدواجية قضائية مكرس دستوريا عمل على احداث قضاء اداري الى جانب هرم القضاء العادي يختص بالرقابة على اعمال الادارة واصبح ينتظر منه ان يلعب دورا اساسيا في الرقابة على المال العام المخصص لإنجاز الصفقات والتأكد من احترام طرق واجراءات ابرامها وفقا للنصوص القانونية السارية المفعول .

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

فكأصل عام تعد المنازعة الناشئة عن الصفقة العمومية منازعة إدارية وفقا للمعيار العضوي المكرس طبقا لقانون الاجراءات المدنية الادارية و ما اكده المرسوم الرئاسي 15-274 السالف الذكر. الا ان القاضي الاداري يتقاسم هذه الرقابة مع القاضي الجنائي في شق مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية التي تأكد منذ صدور الامر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته .

اذن تبرز اهمية دراسة موضوع الرقابة القضائية على المال العام في إطار قانون الصفقات العمومية من عدة جوانب اهمها تسليط الضوء على دور القضاء الاداري بكل اشكاليه، سواء كان- قضاء المشروعية او القضاء الكامل او قضاء الاستعجال- ومن خلال السلطات الممنوحة له في بسط رقابته على المصلحة المتعاقدة عند ابرامها للصفقة تحقيقا لمبدأ الشفافية و المنافسة المشروعة المنصوص عليهما تشريعيا. مع ابراز الدور الجوهرى للقاضي الجزائي للحد من انتشار جرائم الفساد في هذا المجال.

وعليه فإن الاشكالية المطروحة في هذا البحث تمثل في:

البحث عن دور القضاء في رقابته على منازعات الصفقات العمومية وماهي الوسائل المخولة له لمواجهة الجرائم المنجزة عنها؟ وما مدى فعالية تلك الرقابة في اطار مكافحة الفساد المالي في الجزائر؟.

ولقد اعتمدت لدراسة و تحليل الإشكالية المطروحة على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لرقابة القضاء على الصفقات العمومية سواء في قانون الإجراءات المدنية و الادارية او من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 او بالعودة لنصوص الامر 06-01 والوقوف على اهم السلطات الممنوحة له في حماية هذا النوع من العقود الادارية المعقدة .

ولد ارتأينا لمعالجة اشكالية هذا الموضوع تقسيم الورقة البحثية الى مبحثين ، تطرقنا لرقابة القضاء الاداري على الصفقات العمومية في المبحث الاول ، و رقابة القضاء الجزائي على الصفقات العمومية في المبحث الثاني .

المبحث الأول: رقابة القضاء الاداري على الصفقات العمومية

نظم المشرع الجزائري الاختصاص القضائي للمنازعات الادارية بصفة عامة دون ان يشير صراحة للاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية ، و بالرجوع الى المادتين 2/800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يظهر لنا تبني المشرع المعيار العضوي كأساس لتحديد

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

الاختصاص القضائي للمنازعة الإدارية². ويمكن رد ذلك الى الميزة الخاصة للنظام القضائي الجزائري الذي يستند إلى قاعدة عامة مبدئية في تحديد طبيعة النزاع، ألا و هي المعيار العضوي الذي يقوم على وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في النزاع.

و بمطابقة نص المادة 801 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية³ و المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴، يمكن الاستنتاج ان القضاء الإداري هو المختص كأصل عام في منازعات الصفقات التي تبرمها الهيئات المحددة في المادة 6 بنصها :

"لا تطبق احكام هذا الباب الا على الصفقات العمومية محل النفقات :

- الدولة ،او الجماعات الاقليمية او المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري او المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة ، كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة

تمارس رقابة القضاء الاداري في مجال الصفقات العمومية كأصل عام من خلال دعويين اساسيتين هما دعوى الالغاء (المطلب الاول) ودعوى القضاء الكامل(المطلب الثاني) ، اضافة الى الاحكام الجديدة التي جاء بها قانون الاجراءات المدنية والادارية والمتعلقة بتدخل قاضي الاستعجال الاداري في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: رقابة قضاء الالغاء على الصفقات العمومية

يوجه الطعن بالإلغاء ضد كل عمل قانوني صادر عن سلطة ادارية عامة بإرادتها المنفردة بقصد احداث اثر قانوني على المراكز القانونية .

يشترط في العمل الاداري حتى يكون محلا لدعوى الالغاء عدة شروط منها ان يكون صادرا عن سلطة ادارية عامة وان يكون نهائيا من شأنه احداث اثر قانوني ،غير ان القضاء الاداري اقر بجواز الطعن في اعمال اخرى لا تعد في الاساس قرارات ادارية وذلك بفصل التصرفات الانفرادية للسلطة الادارية عن العملية المركبة اعمالا لنظرية القرارات المنفصلة والتي تعد الصفقات العمومية النموذج الاوضح والمجال الالم لتطبيقها⁵ .

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي من ابتكر منذ عقود طويلة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة و التي تسمح للقاضي الإداري بفحص مشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة قبل و أثناء و بعد إبرام الصفقات العمومية . وتعتبر هذه النظرية أن جميع القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة تحتفظ بذاتيتها المستقلة حتى لحظة إبرام الصفقة ، فإذا تم هذا الإبرام فإن هذه القرارات تفقد استقلاليتها و تذوب في العقد الذي تم إبرامه ، و بذلك فتح المجال أمام القضاء الإداري و خاصة سلطته في إلغاء هذه الأعمال و معناه أن القرارات المنفصلة تتكون من مجموعة من القرارات تمهيدا او تحضيريا لإبرام العقد الإداري وتمر بعدة مراحل أولها الإعلان عن طلب العروض ثم بعد ذلك فحص العطاءات وصولا الى إبرام العقد النهائي .

ان إعمال نظرية القرارات القابلة للانفصال في المراحل السابقة على إبرام الصفقة على مستوى العمل القضائي في الجزائر وفي مجال الصفقات العمومية يعزز الوقاية من الجرائم المرتكبة عند إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية ، حيث ان إلغاء القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة و التي اتخذت بطريقة غير مشروعة أي مخالفة للقوانين و التنظيمات الجاري العمل بها من شأنه أن يحول دون استمرار عملية إبرام صفقة مخالفة للقانون ، كما يوقف تلقائيا اكتمال أركان الجريمة⁶.

ولو ان هذا الامر لا يمكن بحسبنا التسليم به في جميع الأوضاع خاصة في حالة ما اذا كان هذا الإلغاء للقرار باطل متأخر يصعب أو يستحيل معه وقف أو تدارك الأفعال المادية المجرمة التي تمس بالنظام المالي لإبرام الصفقات العمومية بشكل مباشر ، كما هو الحال في منح امتيازات غير مبررة في الصفقة للمتعامل يتوج بإصدار قرارا المنح المؤقت لصفقة . ولا يوقف اعمال نظرية القرارات القابلة للانفصال عند مرحلة التحضير لإبرام الصفقة ، بل يتعداه حتى أثناء و بعد إبرام الصفقة العمومية اين تصدر المصالح المتعاقدة مجموعة من القرارات ، وعلى العموم يمكن تحديد دائرة تلك الطعون وفقا لما يلي:

أولا: الطعن في القرارات الادارية المنفصلة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية

- 1- الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية :** الإعلان شرط أساسي لقيام الصفقة و كل إخلال بأحكامه يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء لذا على كل من تأثرت مصالحه جراء عدم مشروعيته ان يطعن فيه .

2- الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول الصفقة العمومية : تلجأ المصلحة المتعاقدة الى اصدار قرار بحرمان شخص ما من صفقة عمومية ، ذلك استنادا الى نصوص قانونية ، اذا ما ثبت غشه و تماطله في تعاقداته السابقة ، وعلى هذا الأساس فان قرار الحرمان من الصفقة هو قرارا منفصل يمكن للمعني بأن يطعن بدعوى الإلغاء ، وهو ما أكدته صراحة المادة 75 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، فيمكن للشخص الذي حرم من دخول الصفقة العمومية الطعن بالإلغاء اذا كان الحرمان مؤسسا على نص قانوني و ثبت ان الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة في النص ، او ثبت إلغاء النص القانوني او تعديله.

3-الطعن بالإلغاء ضد قرار المنح المؤقت: يرتب المنح المؤقت أثارا في مواجهة من منحت له اذ يتم إعلامه بالمنح و ترد له كفالة التعهد وتوضع كفالة حسن التنفيذ ، وهو ما أكدته المادة 125 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، أما المتعهدين الآخرين فيصدر بشأنهم قرار الاستبعاد و ترد لهم كفالة التعهد لعدم قبول عروضهم ولم يقدموا طعنا بعد يوم واحد من تاريخ انقضاء أجل الطعن ، كما ترد كفالة المتعهدين الذين لم تقبل عروضهم وقدموا طعنا عند تبليغ قرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة .

4- الطعن في قرار الاستبعاد: يصدر قرارا الاستبعاد بالموازاة مع اصدار الإدارة لقرار المنح المؤقت للصفقة و الذي يرتب أثرا مباشرا في مواجهة من منحت له الصفقة بعد إعلامه بالمنح ، حيث يكون قرار الاستبعاد في حق المتعهدين الآخرين نتيجة لعدم قبول عروضهم بسبب عدم مطابقتها للمواصفات او الشروط او المؤهلات المعلنة في الصفقة ، او لدواعي المصلحة العامة، وهما قرارين اداريان منفصلان عن الصفقة يمكن الطعن فيهما بالإلغاء ، اذا ما تجاوزت الإدارة القوانين و الأنظمة المعمول بها في مجال الصفقات العمومية ⁷.

وتصدر قرارات الاستبعاد لباقي المتقدمين لعدة أسباب أهمها :

-عدم مطابقة الشروط او المواصفات او المؤهلات المعلنة في الصفقة .

-استبعاد العرض لدواعي المصلحة العامة .

اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري و لترتيبه آثار قانونية بذاته تتمثل في الحرمان من التعاقد مع الإدارة و هو ما يخول أصحاب الشأن الطعن فيه بالإلغاء .

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

5- الطعن في قرار الغاء الصفقة العمومية: قد تلجأ الإدارة الى اصدار قرار بإلغاء الصفقة العمومية بعد أن تكون قد قطعت أشواطاً كثيرة فيها ، إما وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة⁸ او في حالة اعلان عدم الجدوى .ورغم كل هذا يمكن للإدارة ان تتخذ قرارا الغاء بعيدا عن الأسباب التي بينها المشرع في قانون الصفقات العمومية⁹.

ثانيا: الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة تنفيذ الصفقة

تصدر المصلحة المتعاقدة خلال تنفيذ الصفقة جملة من القرارات هذه الأخيرة التي ظل مجلس الدولة الفرنسي الى مرحلة متأخرة لا يعتبرها قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن فيها بالإلغاء و يعيد ذلك لوجود دعوى موازية و هي دعوى القضاء الكامل ، الا انه ما لبث الا وان تراجع عن هذا التوجه و قبل الطعون بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال و الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد¹⁰.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الكامل على الصفقات العمومية

من المتعارف عليه كأصل عام في واقع العمل القضائي و الدراسات الفقهية ان القضاء الإداري يتمتع بولاية القضاء الكامل ، حيث أنه صاحب الاختصاص الأصلي و الشامل في منازعات العقود الإدارية و منها الصفقات العمومية و هو اختصاص مطلق يهدف إلى تصفية كافة العلاقات و الحقوق و الالتزامات التي نشأت عنها ، وهو بذلك اختصاص أصيل لكن هذه الأعمال وما يتفرع عنها وما يرتبط بها من قرارات إدارية و لا يخرج عن سلطة القضاء الكامل باستثناء المنازعات التي تندرج ضمن قضاء الإلغاء ، و التي تتمحور حول نظرية القرارات القابلة للانفصال ان الوضع الغالب في منازعات الصفقات العمومية هو الإخلال ببند من بنود الصفقة ، او وجود خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين نتيجة أعماله المادية ، او نتيجة لقيام عارض ما كالقوة القاهرة ، او أحد الظروف الطارئة ، وعلى العموم فان هذه الأسباب التي تبني عليها الطعون تكون سببا لانعقاد الاختصاص الواسع الكامل للقضاء الإداري وتتمثل الدعوى بوجه خاص¹¹ في :

أولاً: دعوى إعادة التوازن المالي للصفقة

في مجال الصفقات العمومية قد تطرأ بعد إبرام عقد الصفقة أو اثناء تنفيذها ظروفًا و اوضاعًا خاصة يكون من شأنها التأثير في اقتصاديات العقد على نحو يخلل معه التوازن المالي للعقد الإداري ، و لذلك

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

قد يلجأ أحد الأطراف إلى رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري يطالب فيها بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية التي قد ينتج عنها إخلال في التوازن العقدي¹² وتكون في عدة حالات .

1- نظرية فعل الأمير : هي جميع الإجراءات المشروعة التي تتخذها السلطة الإدارية المتعاقدة ، ويكون شأنها زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها ، وقد يتخذ فعل الأمير شكل قرار فردي خاص كالقرار الذي يصدر عن السلطة التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو التعديل نظام المرفق أو الأسعار وقد يصدر فعل الأمير في شكل قرارات تنظيمية عامة كما في حالة رفع أجور العمالة .

2- نظرية الظروف الطارئة: تعطي للقاضي الإداري سلطة تقدير مدى الازهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام ، وليس الذي يجعله مستحيلا ، فهنا القاضي هو صاحب التمييز بين الحادث الطارئ الذي يجعل الالتزام مرهقا فحسب وبين القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا¹³ .

3- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة : والتي تقوم أساسا على مجموعة من الصعوبات المادية التي تكون لها خصائص استثنائية من شأنها أن تجعل من تنفيذ العقد مرهقا ، أين يجوز حينها للمتعاقد رفع دعوى قضائية يطالب من خلالها بتعويض كامل عما سببته هذه الصعوبات بما من شأنه ان يعيد التوازن المالي للصفقة العمومية .

ثانيا: دعوى رقابة مشروعية و ملائمة توقيع الجزاءات المالية و الإدارية

تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها مهما قصر في تنفيذ التزامه العقدي ، و يستوي في ذلك ان يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بعضها او كلها او تأخر في تنفيذها ، حيث ان سلطة الإدارة في التوقيع الجزاءات المالية لا تهدف في الأساس الى الردع بقدر ما تهدف الى تحقيق تنفيذ الالتزام الضروري لسير المرفق، وعموما تشمل هذه الجزاءات المالية الغرامات ، التعويضات ، مصادر الضمان، دون ان ننسى الجزاء الفاسخ الذي تضع فيه الإدارة حدا للصفقة بفسخها وفق الاوضاع و الإجراءات التي نص عليها القانون الى جانب العقوبات الضاغطة التي تسعى من خلالها المصالح المتعاقدة الى انهاء الصفقة¹⁴ .

ثالثا: دعوى ابطال فسخ الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم أشكال العقود الإدارية وعلى شاكلة العقود المعروفة في القانون الخاص فانها تستوجب توفر اركان العقد المتمثلة في ركن الرضا ، المحل و السبب إضافة إلى شروط صحة سلامة العقد، والى جانب ذلك فان العقود الإدارية تخضع الى الشروط الموضوعية و الإجرائية

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

التي نص عليها المشرع ، فإذا ما تخلف أحد هذه الأركان أو ورد عيب يؤثر في سلامة العقد جاز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة القاضي الإداري الحكم ببطالان الصفقة و اجاز من جهة اخرى للمتعاقل مع الادارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد طلب فسخ الرابطة التعاقدية سواء على اساس القوة القاهرة ، أو على أساس الإخلال في الالتزامات ، أو تجاوز الحدود القانونية في سلطة الإدارة في التعديل¹⁵.

المطلب الثالث: رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية

لقد اهتم المشرع الجزائري برقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية على غرار التشريعات الأوروبية ، بهدف حماية قواعد العلانية و المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية لضمان الشفافية للمتعاقلين و سد منافذ الفساد فخصه بالمادتين 946 و 947 من التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون 09/08 في الفصل الخامس "الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات " من الباب الثالث "في الاستعجال " من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹⁶.

وتعد الدعوى الادارية الاستعجالية الية قانونية تخول للقاضي استعمال صلاحياته وسلطاته الممنوحة له قانونا قصد فرض احترام مبدأ المشروعية وكذا محاولة احداث التوازن والتوفيق بين متطلبات المصلحة العامة من جهة والمحافظة على الحقوق وحريات الافراد من جهة اخرى ، لاسيما مع حجم الامتيازات التي تحوزها هذه الاخيرة فهي من الوسائل الناجعة التي وضعت للمتقاضين بغية حماية حقوقهم المهددة بحظر محقق او الحفاظ على مراكزهم القانونية¹⁷

والاستعجال بمفهوم الصفقات العمومية هو امكانية المصلحة المتعاقدة إبرام الصفقات العمومية دون الالتزام بالشروط الشكلية والموضوعية الصارمة و المعقدة المطلوبة في الظروف العادية متى توافرت الشروط القانونية الشكلية كنها و الموضوعية¹⁸. ويأخذ صورتين أساسيتين هما سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد و سلطات قاضي الاستعجال بعد إبرام العقد لكن قبل التطرق لابد من التعرّيج على اسباب اعتماد المشرع الجزائري للدعوى الادارية الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية.

اولا :اسباب اعتماد المشرع الجزائري الدعوى الادارية الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

على اعتبار أن دعوى الإلغاء الموجهة أساسا ضد القرارات الإدارية المنفصلة تكاد تفقد نجاعتها لان دعوى الإلغاء التي منح المشرع للمترشحين إمكانية رفعها تدرج ضمن قضاء الموضوع الذي

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

يؤدي بدوره الى نتائج خطيرة تتمثل في إلغاء الصفقة العمومية ، إضافة إلى طول أمد التقاضي و تعقد الإجراءات القضائية الأمر الذي أدى بالمشروع الى استحداث هذا النوع من التقاضي و اذا كان الاستعجال في القانون الخاص يحوز أهمية خاصة فان أهميته في المادة الإدارية أكبر لوجود الإدارة كطرف في النزاع الأمر الذي زاد التجاوز خاصة في الصفقات العمومية .

وبما ان القضاء الاستعجالي الموضوعي هو إجراء قضائي خاص يتمثل في إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العادية ويتميز بعدة خصائص جعلت المشروع الجزائري يعتمد اليه في مجال منازعات الصفقات العمومية لأسباب أهمها :

1- اعتبار الدعوى الاستعجالية تقنية قضائية قبل تعاقدية: يتم تحريك الدعوى الاستعجالية في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف للحد من المخالفات التي تمس قواعد العلانية و المنافسة، بحيث لها دور وقائي يحول دون تحريك دعوى الإلغاء بعد إبرام العقد و أثناء تنفيذه ، و بالتالي بمجرد إبرام العقد تفقد هذه الدعوى قيمتها القانونية.

2- الدعوى الاستعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة: يتمتع القاضي الإداري و هو بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في الأمر Injonction و الوقف Suspension و الإلغاء L'annulation و لكنه لا يمكن له منح التعويض.

3- دعوى قضاء مستعجل: يوكل النظر في هذه الدعوى لقاضي فرد بحيث يفصل في هذه الدعوى بأول و آخر درجة و بصفة استعجالية.

4- يبت القاضي الإداري الاستعجالي في الموضوع: القاعدة العامة أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق و انما يتخذ التدابير الاستعجالية الفورية و الضرورية فقط، إلا انه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في الموضوع.¹⁹

ثانيا: سلطات القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية:

للقاضي الاستعجالي سلطات في مادة الصفقات العمومية قبل إبرام عقد الصفقة و بعد إبرامها

1- سلطات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد: بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشروع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لاستعجال ما قبل التعاقد بل أشار في المادة 918 منه التي نصت على انه "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة ، لايُنظر في أصل الحق ، و يفصل في أقرب الآجال

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

" تاركا تعريف الاستعجال ماقبل التعاقد الى الفقه و القضاء وهو الامر الذي يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية و مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية تماشيا مع التعديلات التي شملت هذا القانون²⁰.

و يمكن تعريف الاستعجال ما قبل التعاقد في الصفقات العمومية على انه " اجراء قضائي تحفظي وقائي مستعجل ، الهدف منه حماية قواعد العلانية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية بوجه عام - وذلك عن طريق إعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة تختلف عن تلك الموجودة في القواعد العامة للاستعجال الإداري بهدف التصدي لأي إخلال بالالتزامات العلنية و المنافسة²¹. تتمثل تلك السلطات في :

أ-سلطة القاضي الاداري الاستعجالي في توجيه الأوامر للإدارة: تخلق المشرع على قاعدة عدم إمكانية القاضي توجيه الأوامر للإدارة بموجب المادة 04/946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالمنافسة و الإشهار الامتثال التزاماته في أجل معين .

واهم المبررات التي دفعت بالمشرع إلى اعتماد مبدأ الجديد هي :

- أن تمكين القاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة يشكل تطبيقا فعليا لمتطلبات دولة القانون و حماية لمبدأ المشروعية ، وبهذا ستتخذ الإدارة أثناء مباشرة نشاطها كل الاحتياطات اللازمة لتفادي مخلفة القانون وتوجيه القاضي لأوامر لها مما يحقق فعالية و نجاعة النشاط الإداري و يضيف على عملها طابع الصرامة .

- ان الاعتراف للقاضي بسلطة توجيه الأوامر للإدارة مصحوبة بغرامات تهديدية يجعل الإدارة ملزمة بالتنفيذ ، وقد يكون له أثر إيجابي ، يتمثل في مباشرة الإدارة لأعمالها بجدية متوخية في ذلك مقتضيات مبدأ المشروعية ، اذا ما تأكدت بأن أعمالها ستكون محل رقابة فعالة . .

-أن تطبيق المبدأ يعني اجتناب تهرب الإدارة من التنفيذ ، ويمثل ثورة على الأفكار التقليدية ، التي ارسى قناعة لدى المسؤولين على الإدارات العمومية ، انهم غير معنيين و غير ملزمين بالقرارات القضائية .

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

-ان السماح للقاضي بتوجيه أوامر للإدارة ، لا يؤدي الى شل أعمالها وعرقلتها بالشكل الذي يمس المصلحة العامة غاو النظام العام ، لأن هذه السلطة الممنوحة للقاضي لا تتعدى إعادة الأمور الى نصابها دون ان تصل الى درجة حلول القاضي محل الإدارة.²²

ب-سلطة القاضي الإداري الاستعجالي بفرض الغرامة التهديدية على الإدارة: تعتبر الغرامة التهديدية احد اهم وسائل التنفيذ الجبري للأحكام القضائية²³. قد ساد في القضاء الجزائري مبدأ عدم السماح للقاضي الإداري النطق بالغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة لكن هناك مبررات جعلت المشرع يتدخل في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09، ويقر صراحة بإمكانية لجوء القاضي الإداري لسلطة الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في مجال الصفقات العمومية وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية تطبيقا لمقتضيات المادة 946 حيث نصت ((...ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الاجل المحدد ...))

فالغرامة التهديدية بهذا المعنى هي تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ التزاماتها بأداء مبلغ من المال عن كل تأخير وهو ما يمكن ان يحملها على مبادئ الاشهار و المنافسة الشريفة يبدو ان المشرع منح السلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الاستعجالي في فرض الغرامة التهديدية عند انقضاء الاجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لالتزاماتها في محال الاشهار و المنافسة الا انه لم يبين كيفية تحديدها و لم يحدد قيمتها .²⁴

ج -سلطة تأجيل إبرام الصفقة الى غاية نهاية الاجراءات: يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية و وقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، و هي سلطة مهمة و خطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف ،هو وجود أسباب جدية تبيح للقاضي اتخاذ مثل هذا القرار أما فيما يخص صعوبة إصلاح القرار الذي ينتج عن تنفيذ القرار المتصل بالصفقة ، إذ نص في القرار صراحة على عدم اشتراطه ضمن الشروط الضرورية لذلك، لأنه بتقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحد من فعالية سلطات القاضي الإداري و يضع عليه قيودا يتعلق بضرورة وجود الضرر، و هذا ما نصت عليه المادة 946 /الأخيرة من ق.إ.م.إ. : "و يمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما ، " بحيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعى.²⁵

2- سلطات القاضي الإداري الاستعجالي بعد إبرام العقد: وفي هذه الحالة التي نص عليها المشرع بقوله (إذا أبرم العقد) أي بعد إبرام العقد تجدر الإشارة الى ان هذه الحالة غير معروفة في القانون و القضاء الفرنسي الذي رفض الاستعجال في العقود و الصفقات التي ترفع بعد إبرام الصفقة.²⁶

المبحث الثاني: رقابة القضاء الجزائي على الصفقات العمومية

أخذ القاضي الجزائي سلطته في رقابة الصفقات العمومية من خلال اعتماد المشرع الجزائري لسياسة التجريم و العقاب في مجال الصفقات العمومية، بموجب نصوص قانون العقوبات و القوانين المكملة له، لاسيما قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، الصادر بموجب الامر 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل و المتمم²⁷ حيث نظم كل الأعمال و التصرفات التي يقوم بها كل مكلف بوظيفة عمومية أثناء عملية إبرام الصفقات العمومية و تنفيذها، واعتبارها جرائم متعلقة بالفساد يعاقب عليها و قد جاء ذلك بالباب الرابع المعنون بـ التجريم و العقاب و أساليب . فعلى القاضي الجزائي التدقيق في جرائم الفساد المالي في مجال الصفقات العمومية و تطبيق العقوبات المنصوص عليها.

وعليه سنتناول بالدراسة و التحليل في هذا المبحث الصور الخاصة لجرائم الصفقات العمومية (المطلب الأول)، و الصور العامة لجرائم الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصور الخاصة لجرائم الصفقات العمومية

خص المشرع الصفقات العمومية بأحكام خاصة في مجال التجريم و العقاب بمناسبة إصدار الأمر بموجب الامر 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل و المتمم بتجريمه بعض الافعال التي يرتكبها الموظف العمومي اثناء إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية بطريقة مباشرة ، ومن ثم تعتبر هذه الصور من الجرائم صور خاصة بالصفقات العمومية دون غيرها من المجالات التي قد ترتكب فيها جرائم الفساد الأخرى و الهدف من ذلك دون شك هو تعزيز الآليات الوقائية للمال في إطار الصفقات

العمومية و التي تكفل المشرع بتنظيمها في قانون الصفقات العمومية باليات أخرى ذات طابع عقابي أو جنائي²⁸ و يأتي في مقدمة هذه الجرائم جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية(أولا) وجريمة تعارض المصالح (ثانيا) .

أولاً: جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

جرم المشرع الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية بنص المادة 26 من قانون 06-01 السالف الذكر التي جاء فيها ما يلي : ((يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج .

- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين)).

من خلال المادة 26 المذكورة أعلاه نستنتج أن المشرع حصر الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية في جريمتين، تتمثل الجريمة الأولى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري العمل بهما و التي يطلق عليها جريمة المحاباة المنصوص عليها في المادة 1/26 و تتمثل الجريمة الثانية في استغلال نفوذ و الجريمة المنصوص عليها في المادة 2/26.

1-جريمة المحاباة

هي جريمة نصت عليها المادة 26 من الامر 06-01 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، المعدلة بالقانون رقم 11-15 والتي حلت محل المادة 1/128 مكرر من قانون العقوبات و تتحقق هذه جريمة بإبرام الجاني عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق دون مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات ،وهذا يعني ان جريمة المحاباة هي تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق لتحقيق مصلحة معينة لمترشح معين

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

دون وجه حق مما يخل بمبادئ ابرام الصفقات²⁹ ويتطلب قيام جريمة المحاباة أن يكون الجاني متمتعاً بصفة الموظف العمومي لذلك حدد المشرع في المادة 02 من الامر 01-06 المعدل و المتمم الأشخاص المشمولين بصفة الموظف العمومي بطريقة وسع فيها المفهوم الضيق للموظف العام بصفته مستخدماً لدى الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها و يخضع بذلك إلى طائفة أخرى من المستخدمين لدى المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية و التجارية و الذين لا يتمتعون في الأحوال العادية بصفة موظف عمومي بل يتمتعون بصفة عامل و يخضعون بذلك إلى قانون علاقات العمل ، و بذلك فإن مفهوم الموظف العمومي يختلف في قانون الوظيفة العامة³⁰ عن تعريفه في قانون العقوبات لاسيما قانون الوقاية من الفساد و مكافحته أحكام القانون الأساسي للوظيفة العامة.

2-جريمة استغلال النفوذ و منح امتيازات غير مبررة

جرم المشرع استغلال النفوذ بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير بموجب الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته التي اعتبرت أنه يعد مرتكباً لهذه الجريمة، كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، و بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم - و لو بصفة عرضية - بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة أعلاه ، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

التي اعتبرت أنه يعد مرتكباً لهذه الجريمة، كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، و بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم - و لو بصفة عرضية - بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة أعلاه ، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

ثانياً: جريمة تعارض المصالح

نصت المادة 34 من الأمر 01-06 على ان ((يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 09 من هذا القانون)) و

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

بالرجوع إلى نص المادة 9 من الأمر 06-01 نجده يشترط أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية، و يجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، و الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء، و معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، و ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية ((بقرأة متأنية لهذين المادتين نستنتج أن المشرع من خلال المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته قد نظم حماية جزائية للقواعد المتعلقة بالمنافسة و الشفافية التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، و ذلك من خلال تجريم مخالفات الإجراءات المعمول بها في هذا المجال، و الرامية إلى تكريس الشفافية و المنافسة الشريفة التي تعتبر من المبادئ الأساسية في تكوين الصفقات العمومية . حيث اشترط لقيام جريمة تعارض المصالح المنصوص عليها في المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي و أن يرتكب النشاط الإجرامي المتمثل في خرق قواعد المنافسة و الشفافية عند إبرام الصفقة العمومية، فضلا على توافر القصد الجنائي العام بعنصرية العلم و الإرادة . و حيث أن صفة الجاني في جريمة تعارض المصالح هي نفسها صفة الجاني في جريمة منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: الصور العامة لجرائم الصفقات العمومية

يقصد بالصور العامة لجرائم الصفقات العمومية، الجرائم التي ترتكب في إطار إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، أي الجرائم التي ترتكب على مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية بداية من الإجراءات السابقة على التعاقد، إلى الإعلان عن الرغبة في التعاقد، ثم عملية الإبرام والرقابة، وتليها مرحلة التنفيذ، دون أن يكون ارتكاب هذه الجرائم مقتصرًا على مجال الصفقات العمومية فقط، بل من الممكن أن ترتكب في مجالات وقطاعات أخرى عمومية وخاصة ومن ثم فإن هذه الصور متعددة إلى درجة استحالة حصرها في هذا المقام، لذلك سنقتصر على معالجة نماذج عنها، تتمثل في جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، واختلاس الأموال العمومية، وسوء استغلال الوظيفة³¹ ما سنبينه بنوع من التفصيل في هذا المطلب ، الذي نقسمه إلى قسمين الأول نخصصه لجريمة الرشوة وجريمة استغلال النفوذ بينما نخصص القسم الثاني لجريمتي الاختلاس وسوء استخدام الوظيفة.

أولاً: جريمة الرشوة وجريمة استغلال النفوذ

1- جريمة الرشوة

الرشوة هي وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة او عرضها عليه او منحها اياها بشكل مباشر أو غير مباشر سواءا لصالح الموظف نفسه او لصالح شخص اخر بحيث يقوم الموظف بالقيام بفعل ما او الامتناع عن فعل ما اثناء اداء وظيفته ويعتبر الاتجار بالوظيفة جوهر جريمة الرشوة وهذه الاخيرة قد تكون ايجابية او سلبية فالعرض من الراشي يسمى الرشوة الايجابية ، والقبول من المرتشي يسمى بالرشوة السلبية³². ونظرا لتفشي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية اعتبرها المشرع جنحة ونظمها بأحكام خاصة في المادتين 27 و 35 من الامر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم حيث نصت المادة 27 على ان ((يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما كان نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية)) كما نصت المادة 35 من نفس القانون على ما يلي . ((يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشرة سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إنذرا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت)) .

نستج من المادتين المشار إليهما أعلاه أن الرشوة في مجال الصفقات العمومية تأخذ صورتين، الصورة الأولى هي أخذ وقبض العمولات عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، والصورة الثانية تتمثل في أخذ الفوائد بصفة غير قانونية. كما انها تقوم على ثلاث أركان أساسية تتمثل في ضرورة توافر صفة معينة بالجاني، واشتراط الركن المادي والركن المعنوي، كما تتميز بجزاء جنائي أشد من الجزاء الجنائي المقرر للجنتين السابقتين ، ويعتبر بعض الباحثين في هذا المجال بأن الرشوة مرحلة متطورة من مراحل الوساطة التي تعتبر أيضا سلوك إداري قائم على أساس المحاباة على حساب الأنظمة والقوانين، كما أنها نتيجة - حسبهم - لضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى الأفراد³³.

2- جريمة استغلال النفوذ

يقصد باستغلال النفوذ أن يكون للشخص مركزا اجتماعيا أو وظيفيا أو اجتماعيا أو عائليا يجعل له ثقل من شأنه الضغط على العاملين في أجهزة الدولة أو على بعضهم لتنفيذ مشيئته ، كما أنه يشكل ما يكون للشخص من سلطة وتأثير وقوة وإمكانية ووجاهية وتقدير مجتمعة أو منفردة³⁴. جرم المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي استغلال النفوذ بمقتضى المادة 32 من الامر 06-01 والتي جاء فيها : ((يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج :

كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لأي شخص آخر .

2 - كل موظف عمومي أو أي شخص آخر يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر بطلب أو قبول مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة ((من خلال نص المادة 32 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ومقارنتها بأحكام المادتين 25 و 27 من نفس القانون يلاحظ أن هناك أوجه تشابه بين جريمة الرشوة واستغلال النفوذ، وذلك لكونهما يشتركان في أنهما يمسان الوظيفة العامة ونزاهتها ومصداقيتها مما جعل التمييز بين الجريمتين على مستوى العمل القضائي تكتنفه الكثير من الصعوبات.

ثانيا: جريمة الاختلاس وجريمة سوء ممارسة الوظيفة

جرم المشرع الاختلاس بمقتضى المادة 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، في حين جرم سوء استغلال الوظيفة في المادة 33 من نفس القانون، حيث أن كلا الجريمتين من الجرائم الماسة بالوظيفة العامة، وبالتالي فإن كان ارتكابهما يشمل كل مجالات الوظائف العمومية، بما في ذلك مجال الصفقات العمومية كما سنبينه .

1- جريمة اختلاس الاموال العمومية

مما لا شك فيه أن جريمة اختلاس المال العام من الجرائم الخاصة التي تشترط توفر صفة خاصة في الفاعل، ذلك أنه يتوجب أن يكون موظفا عموميا، أو عضوا من أعضاء الجهاز الإداري باعتباره ممثلا للدولة، فضلا على ارتباط محل الجريمة بالأموال العموم³⁵.

جرم المشرع الاختلاس بمقتضى المادة 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي جاء فيها ما يلي . ((يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يختلس أو يتلف أو يبدد أو يحتجز عمدا وبدون وجه حق، أو يستعمل على نحو غير شرعي لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر أية ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية عمومية أو خاصة أو أية أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إليه بحكم وظائفه أو بسببها)).

من خلال نص المادة 29 من المشار إليه أعلاه نستنتج أن جريمة الاختلاس لا يمكن بطبيعتها أن ترتكب خلال المرحلة السابقة على التعاقد، أو خلال إبرام الصفقات العمومية، بل من الممكن ارتكابها أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، في كافة أنواع الصفقات، خاصة على مستوى اختلاس المواد المستعملة في صفقات الأشغال، وعلى مستوى كمية المنقولات المراد توريدها في صفقات التوريد أو على مستوى نوعية الخدمات في صفقات الخدمات، دون أن يكون ارتكاب هذا النوع من الجرائم ممكنا في صفقات الدراسات .

2- جريمة إساءة استغلال الوظيفة

جرم المشرع إساءة استغلال الوظيفة بمقتضى المادة 33 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي جاء فيها ما يلي . ((يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج

- كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمدا 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)) . من خلال نص المادة 33 المشار إليها أعلاه نستنتج أن جريمة إساءة استغلال الوظيفة تقوم على توافر مجموعة من الأركان، يتمثل الركن الأول في صفة الجاني

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

والركن الثاني في النشاط الإجرامي المحقق للركن المادي والمتمثل في أداء الموظف العمومي لعمل أو الامتناع عن أداء عمل وخرق القوانين والتنظيمات بهدف الحصول على منافع غير مستحقة، زيادة على ضرورة توافر القصد الجنائي العام .

الخاتمة:

وفي الاخير وبعد دراسة اشكال الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية في هذه الورقة البحثية نخلص الى عدة نتائج :

- لقد أسند المشرع الجزائري للقضاء الإداري والجزائي صلاحيات مهمة في مجال الرقابة على الأموال العامة لاسيما تلك المرتبطة بإبرام و تنفيذ الصفقات العمومية بحيث أن القضاء الإداري يتدخل في إطار اختصاصاته المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في هذا المجال عن طريق قضاء الإلغاء أو قضاء الاستعجال أو القضاء الكامل و تطبيقا للنصوص القانونية الجزائية المتعلقة بالصفقات العمومية لاسيما الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و القواعد العامة للتجريم و العقاب المنصوص عليها في قانون العقوبات المعدل و المتمم المتعلق الذي يمنح القضاء الجزائي معاقبة كل شخص يتمتع بصفة موظف عمومي طبقا للمادة 02 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، يقوم بانتهاك الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية و التي أعطى لها المشرع وصف جريمة بمقتضى القانون العقوبات و النصوص المكملة له .

-استحدث المشرع الجزائري الدعوة الاستعجالية في منازعات الصفقات العمومية بغرض الحد من المخالفات الواقعة على مبدأ المنافسة وذلك لحماية المال العام وتسريعا للإجراءات خروجاً عن القواعد العامة التي تحكم المنازعة الادارية في الظروف العادية ،كما اعطى للقاضي الاداري الاستعجالي سلطة الفصل في الموضوع على خلاف الدعوى الادارية الاستعجالية العادية التي تعد اجراء تحفظي وقتي لا ينظر في اصل الحق كما زود القاضي بسلطات غير مألوفة كتوجيه الاوامر لإدارة وتأجيل البت في الدعوى والغرامة التهديدية .

وبالنظر الى النتائج المتوصل اليها يمكننا تقديم بعض التوصيات التي من شأنها تفعيل الرقابة القضائية على مختلف منازعات الصفقات العمومية :

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

- أن السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الاستعجال بالرغم من أنها غير مألوفة إلا أنها تبدو غير كافية مقارنة بتلك التي يتمتع بها القاضي الاستعجال الفرنسي، حيث منحت لهذا الأخير سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعاقدية، مما خول له التحرر من القيوم المفروضة عليه في الدعوى الاستعجالية.

- لا بد من تعزيز الآليات القانونية الكفيلة بممارسة القضاء الإداري الجزائري لرقابة الإلغاء على القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة و تكون ضرورية و أساسية في تكوينها، و مع ذلك تبقى محتفظة باستقلاليتها عند صدورها رغم أن تطبيقها سيشكل ضربة موجعة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، في ظل وجود الكثير من القرارات التي تصدرها المصالح المتعاقدة قبل و أثناء إبرام الصفقة و التي يمكن أن تأخذ وصف القرار القابل للانفصال.

- معالجة التناقض الذي وقع فيه المشرع، و ذلك في المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حين سمح باللجوء إلى دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية بعد إبرام الصفقة، حينما أسند للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر للمصلحة المتعاقدة في حالة خرق القواعد المتعلقة بالمنافسة و الإشهار للامتثال لالتزاماتها القانونية و ذلك سواء كان الخرق قبل أو بعد إبرام الصفقة، في حين أنه لا يتصور على الإطلاق أن يتم خرق قواعد المنافسة و الإشهار بعد إبرام الصفقة العمومية.

- تغليظ العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية خاصة تلك التي تمس بالمصلحة العليا للوطن، و ذلك بالرجوع إلى اعتبار هذا النوع من الجرائم جنائيات و تقرير عقوبة الإعدام كما كان منصوص عليه في المادة 119 من قانون العقوبات الملغاة، و ذلك لأن سياسة التجنيح المعتمدة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته لم تحقق الردع الكافي الذي يقلل من ارتكابها.

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

الهوامش

- ¹ سلامي ميلود ،لكحل شهرزاد ،الفساد في الصفقات العمومية و الجهود الوطنية في مكافحته ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر ، الجزائر، المجلد 8 ،العدد 02 لسنة 2021 ،ص2 .
- ² - خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة المسيلة ،المجلد 11 ، العدد الثالث العشر ، 2016 ، ص199.
- ³ - "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :
 - دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و دعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :
 - الولاية و المصالح الغير مكرزة للدولة على مستوى الولاية .
 - البلدية
 - المنظمات المهنية الجهوية .
 - المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الادارية .
 - دعاوى القضاء الكامل .
- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة " المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية قانون رقم 22-13 المعدل و المتمم ، المؤرخ في 12 يوليو 2022 ، جريدة رسمية عدد 48 الصادر بتاريخ 17 يوليو 2022 ، يعدل ويتم القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية .
- ⁴ -المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ج العدد 50 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015 .
- ⁵ -شريفة سمية ، تقييم دور الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية، دراسة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون ، تخصص قانون ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2021، ص 123 .
- ⁶ -خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق ،تخصص قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2014-2015 ، ص272 .
- ⁷ - تياب نادية ، مادة قانون الصفقات العمومية، سلسلة محاضرات مقدمة للسنة ثمانية ماستر ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق نظام ل م د ، 2014-2015 ، ص54 .
- ⁸ -انظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق .
- ⁹ - شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الاداري في مجال الرقابة على ابرام و تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،العدد09 ، 2018 ، ص ص 344-345.
- ¹⁰ - خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، مرجع سابق ،ص279 .
- ¹¹ - شوقي يعيش تمام، مرجع سابق ، ص348 .
- ¹² -بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية ،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع /قانون الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ،السنة الجامعية 2008-2009 ص ص 71،72.
- ¹³ - خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، مرجع سابق ،ص314 .

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

- 14 - بن أحمد حورية ، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2010-2011 ، ص 113.
- 15 - شوقي يعيش تمام، مرجع سابق ، ص ص 349، 350 .
- 16 - مرجع نفسه ، ص 347.
- 17 - غواس حسينة ، دور القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، المجلد 13 ، العدد 04 ، 2021 ، ص 144 .
- 18 - بلغول عباس ، الاستعجال في عملية ابرام الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 57 ، العدد 05 ، 2020 ، ص 134 .
- 19 - بن أحمد حورية ، مرجع سابق ، ص 54 .
- 20 - جدي سليمة ، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات المجلد 10 العدد 1، جامعة غرداية ، الجزائر ، 2017 ، ص من 301 الى 303.
- 21 - بومقورة سلوى ، مداخلة بعنوان "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، الملتقى الوطني السادس حول : دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة د/ يحي فارس بالمدينة 20 ماي 2013 ص ص : 5 ، 6
- 22 - خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 205.
- 23 - غواس حسينة ، مرجع سابق ، ص 155.
- 24 - مرجع نفسه ، ص 156 .
- 25 - بن أحمد حورية ، مرجع سابق ، ص ص 64، 65 .
- 26 - خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 206.
- 27 - الأمر 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ج ر ج ج عدد 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006 : المعدل و المتمم بموجب الامر 05-10 المؤرخ في 26 غشت 2010 ، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010 .
- 28 - خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 338.
- 29 - سلامي ميلود ، لكحل شهرزاد ، مرجع سابق ص 5.
- 30 - نصت المادة 02 من الامر 03-06 المتضمن القانون الاساسي العام للتوظيف العمومية المؤرخ في 15 يوليو 2006 ج ر ج ج العدد 46 الصادر 16 يوليو 2006
- على ان يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات و الإدارات العمومية . يقصد بالمؤسسات و الإدارات العمومية المؤسسات العمومية و الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير الممركزة التابعة لها و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لهذا القانون الأساسي ((.
- 31 - خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 399 .
- 32 - سلامي ميلود ، لكحل شهرزاد ، مرجع سابق ص ص 5، 6 .
- 33 - زواوي عباس ، الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم ، تخصص القانون

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

- لجنائي، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012 - 2013، ص 96 .
³⁴ خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية ،ص 417 .
³⁵ أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثالثة، 1985 ، ص 235.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية

1. الأمر 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ج ر ج ج عدد 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006 :المعدل و المتمم بموجب الامر 05-10 المؤرخ في 26 غشت 2010 ، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010.
2. المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ج ج العدد 50 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
3. قانون رقم 13-22 المعدل و المتمم ، المؤرخ في 12 يوليو 2022 ، جريدة رسمية عدد 48 الصادر بتاريخ 17 يوليو 2022 ، يعدل ويتم القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية.
4. الامر رقم 06 -03 المتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 15 يوليو 2006 ج ر ج ج العدد 46 الصادر 16 يوليو 2006.

ثانياً: الكتب

1. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثالثة، 1985.

ثالثاً: الرسائل والمذكرات

1. خضري حمزة ، اليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق ،تخصص قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2014- 2015.
2. شريفة سمية ، تقييم دور الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية، دراسة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون ، تخصص قانون ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2021.

الرقابة القضائية على الصفقات العمومية كآلية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر

3. بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2008-2009.
4. بن أحمد حورية ، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2010-2011

رابعاً: المقالات

1. خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مجلة المفكر ، ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة ، المجلد 11 ، العدد الثالث العشر ، 2016.
2. جدي سليمة ، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات المجلد 10 العدد 1، جامعة غرداية ، الجزائر ، 2017.
3. شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 09 ، 2018 ،
4. بلغول عباس ، الاستعجال في عملية إبرام الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 57 ، العدد 05 ، 2020.
5. سلامي ميلود ، لكحل شهرزاد ، الفساد في الصفقات العمومية و الجهود الوطنية في مكافحته ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية جامعة باتنة 1 الحاج لخضر ، الجزائر، المجلد 8 ، العدد 02 لسنة 2021.
6. غواس حسينة ، دور القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، المجلد 13 ، العدد 04. لسنة 2021.
- 7.

خامساً: أشغال المنتقيات

1. بومقورة سلوى ، مداخلة بعنوان "رقابة القضاء الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، الملتقى الوطني السادس حول : دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة د/ يحي فارس بالمدينة 20 ماي 2013.



سادسا : المطبوعات الجامعية

1. - تياب نادية ، مادة قانون الصفقات العمومية، سلسلة محاضرات مقدمة للسنة ثانية ماستر ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق نظام ل م د ، 2014-2015