

التجريم في الصفقات العمومية: بين صرامة الردع الجزائي وهشاشة الأمن القانوني للمقررين العموميين

الأستاذ/ رراقي محمد زكرياء ،جامعة سعيدة

- مقدمة

أدى انتشار الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وخطرهما على المال العام والنظام العام الاقتصادي¹، بالمشروع الجزائري إلى وضع منظومة قانونية لمكافحة هذه الجرائم، من خلال منح القاضي الجنائي سلطة اتخاذ التدابير اللازمة، ومباشرة الإجراءات التي يرى بأنها كفيلة لردعها، في إطار تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام الصفقات العمومية، وكذا احترام المبادئ العامة التي تحكمها.

وعلى هذا الأساس، تم منح سلطات واسعة للقاضي الجزائري لقمع مثل هذه الجرائم، حيث أنشأ المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي جريمة خاصة بقمع الإخلال بواجبات النزاهة والحياد في مجال الصفقات العمومية²، إضافة إلى تطبيق بعض جرائم القانون العام التقليدية على الصفقات العمومية³.

على أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وفي إطار تعزيز الردع الجزائي للانتهاكات المسجلة على مستوى النفقات المرصودة لتنفيذ المشاريع ذات الطابع العام، لم يكتفي بتشديد العقوبة في هذا المجال فحسب، بل وسع من مفهوم

¹ احتلت الجزائر المرتبة 105 من بين 174 دولة بـ 35 نقطة في تقرير منظمة الشفافية الدولية، حول مؤشرات الفساد في العالم لسنة 2012، يراجع:

- Transparency international, Corruption perception index 2012. Available at the organization web site: www.transparency.org.

² يتعلق الأمر بجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية المستحدثة بموجب القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006، المتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر عدد 44 المؤرخة في 10 أوت 2011.

³ يتعلق الأمر بتلك الجرائم التي لها علاقة مباشرة بشفافية الصفقات العمومية ونزاهتها، والتي أوردها المشرع الفرنسي في الباب الثالث من الكتاب الرابع، تحت عنوان "الإخلال بسلطة الدولة" (les atteintes à l'autorité de l'état)، في حين أوردها المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المواد 26 و 27 و 35، وتمثل أساسا في جرائم: الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية، الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية.

الأشخاص المعنيين بذلك¹، والعمليات التي قد ينصب عليها الركن المادي لبعض الجرائم²، مما جعل بعض المقررين العموميين يشعرون وكأنهم يسبحون في محيط من الخطر الجزائي.

وبالتالي، سنحاول من خلال هذا المقال، التعرض لتطور فكرة التجريم في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ثم نوضح مبرراته والآثار التي قد تتولد عنه اتجاه الأشخاص المعنيين بعملية إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطور فكرة التجريم في الصفقات العمومية

كان للمشرع الفرنسي الأسبقية في مجال تأطير القواعد المتعلقة بتجريم الانتهاكات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية إخلالا بمبادئها العامة، ومنافاة لواجبات النزاهة والحياد المفترضة في أعوان الدولة بمناسبة إبرام الصفقة العمومية (المطلب الأول)، وهو التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري بدوره بالرغم من تأخره مقارنة بنظيره الفرنسي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: السياق العام لتطور فكرة التجريم في فرنسا

على الرغم من أن قانون العقوبات في فرنسا، كان يتضمن ردع جرائم الرشوة واستغلال النفوذ وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، فإنه قلما أودعت شكاوى من أجل هذه الجرائم في إطار الصفقات العمومية، نظرا لسرية هذه الأفعال، وقلة الإبلاغ عنها لما في ذلك من اعتبارات سياسية، ولكون مراكز القرار تحضى بمركز متميز في السلطة³.

ومن أجل ذلك تدخل المشرع الفرنسي لتعزيز الحماية الجنائية للصفقات العمومية من خلال تحديث الجرائم سالفة الذكر، بالموازاة مع استحداث جريمة خاصة بالصفقات العمومية هي جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية المعروفة بـ "الحابابة"⁴.

¹ يراجع نص المادة 02 الفقرة ب من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي اعتمد المفهوم الجنائي للموظف العمومي.

² على غرار توسيع مفهوم الصفقة العمومية الوارد في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ليشمل أيضا عمليات أخرى تتمثل أساسا في الصفقة العمومية، والعقد، والاتفاقية والملحق.

³ Catherine Prebissy-Shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002, p. 07.

⁴ Article 432-14 du code pénal Français, tel que modifié par la loi n° 91/03 du 03 Janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (J.O du 05 Janvier 1991).

ولعل نقطة الإنطلاق نحو تجريم التعامل غير الشرعي في الصفقات العمومية كانت من أوروبا، بحيث شاع الحديث ابتداء من أواخر سنة 1991 عن عملية Manupulitt، أي "الأيدي النظيفة" التي شرع فيها في مدينة ميلانو بإيطاليا، والتي من خلالها تصدت السلطة القضائية لجزء من الطبقة السياسية الإيطالية، حيث كشفت تحقيقاتها عن كيفية مساهمة تشكيلات سياسية في منح صفقات لرجال أعمال، مقابل الحصول على عمولات لصالحهم كأشخاص أو لصالح الأحزاب التي ينتمون إليها، وقد كلف ذلك إختلاس آلاف الملايير من الليرات، نظرا لتقديم أربعة مؤسسات إيطالية كبيرة رشاًوى على مستوى عال¹، من أجل الحصول ولمدة عشر سنوات على صفقات إنجاز مستشفيات لحساب وزارة الصحة العمومية².

ونفس الأمر يمكن أن يقال عن فرنسا، حيث كانت الانطلاقة من ردة فعل السلطة القضائية على قانون العفو الشامل الصادر في 15 جانفي 1990، والذي عفا على كل الأفعال غير المشروعة المتعلقة بتمويل الأحزاب السياسية في قضية Carrefour du développement، الأمر الذي اعتبره القضاء تدخلا من السلطة التشريعية في عمل القضاء، وولد لديه إصرارا على عدم التسامح مع المنتخبين المحليين، زيادة على الشعور العام الذي تولد لدى المجتمع المدني بفرنسا، حيث أصبح رجال السياسة يظهرون وكأنهم أعلى من سلطة القانون، فانفجرت كنتيجة لهذه المعطيات العديد من قضايا الفساد في مجال الصفقات العمومية³.

هذا إضافة للعديد من الفضائح المرتبطة بالصفقات العمومية التي تم الكشف عنها في تلك الفترة، مثل قضية شركة TOTAL التي عرفت بقضية "النفط مقابل الغذاء"، حيث اتهمت هذه الشركة بدفعها عمولات للنظام العراقي مقابل الفوز بصفقات، ذلك أن منظمة الأمم المتحدة وللتخفيف من معاناة الشعب العراقي بسبب الحظر الدولي على العراق في تلك الفترة، سمحت له ببيع النفط من أجل شراء الغذاء و الأدوية، لكن النظام العراقي أخذ عمولات على

¹ مناسبة التحقيق حول هذه الجرائم، صرح نائب عام إيطالي مختص في محاربة الفساد إسمه Pietro Grasso بأن المافيا الصقلية تتحكم بصفة شبه مباشرة في الصفقات العمومية وخاصة تلك المتعلقة بمجال الأشغال العمومية، يراجع:

- Hope Henri, Le piratage des marchés publics par le crime organisé, D'une pratique locale à un phénomène mondial, Mémoire pour obtenir le diplôme d'université 3ème cycle, Analyse des Menaces Criminelles Contemporaines, Université Paris II Pantheon-Assas, Juin 2005, p.41.

² شنة زواوي، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية - جنحة الحباة نموذجاً -، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة، ص. 109.

³ Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 09.

الشركات التي تعامل معها. ولا يمكن إغفال العديد من القضايا الأخرى التي ساهمت في الوعي بأهمية إحاطة مجال الصفقات العمومية بحماية جنائية خاصة مثل قضية Carignon، والعديد من القضايا الأخرى ذات الصلة¹.

المطلب الثاني: تبني التشريع الجزائري للتجريم في الصفقات العمومية

بالنسبة للجزائر،² تأثرت نصوص التجريم في هذا المجال بالأنظمة السياسية والاقتصادية التي عرفتها الدولة منذ استقلالها، على أنه يمكن حصر التطور الذي عرفته نصوص تجريم الصفقات العمومية في الجزائر في مرحلتين: في ظل قانون العقوبات، ثم في ظل قانون مكافحة الفساد.

فقانون العقوبات بعد صدوره بموجب الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 لم يتضمن أي مادة يستفاد منها تبني فكرة التجريم في الصفقات العمومية، وبذلك، فإن الانتهاكات ذات الطابع الإجرامي التي تحصل بمناسبة إبرامها، كانت تقع تحت طائلة المتابعة وفقا لما تضمنه الفصل الرابع منه المعنون بـ "الجنايات والجح ضد السلامة العمومية"، لاسيما القسم الأول المتعلق بالاختلاس والغدر، وكذا القسم الثاني المتعلق بالرشوة³ واستغلال النفوذ⁴، ولعل ذلك راجع إلى عدم وجود إطار قانوني أصلا يهتم بتنظيم الصفقات العمومية⁵، نظرا لحدثة استقلال الدولة الجزائرية،

¹ Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 10.

² كشفت المفتشية العامة للمالية سنة 2006 عن فضيحة شركة Brown Roots and Condor، وهي شركة جزائرية أمريكية مؤسسة بين شركة سوناطراك وشركة Halliburton الأمريكية، حيث تعاملت هذه الشركة مع شركة سوناطراك ومع وزارة الدفاع الوطني، فجاء في تقرير المفتشية العامة للمالية أنه ما بين سنة 2001 وسنة 2005، تحصلت BRC على 41 صفقة بقيمة تفوق مليار دولار أمريكي، وذلك عن طريق التراضي مخالفة لما يقتضيه قانون الصفقات العمومية، يراجع: بن درة عمر، الجزائر: تعاقب أجيال وتغييرات سياسية، مجلة السفير العربي، عدد 1303، 30 أكتوبر 2013، ص. 13.

³ نصت المادة 127 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 على أنه: "يعد مرتشيا ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج كل عامل أو مستخدم أو مندوب بأجر أو مرتب، على أية صورة كانت طلب أو قبل عطية أو وعدا أو طلب أن يتلقى هبة أو هدية أو جعلاً أو خصماً أو مكافأة بطريق مباشر أو عن طريق وسيط، وبغير علم مخدومه أو رضائه، وذلك للقيام بأداء عمل من أعمال وظيفته أو بالامتناع عنه أو بأداء عمل، وإن كان خارجاً عن اختصاصاته الشخصية إلا أنه من شأن وظيفته أن تسهل له أدائه أو كان من الممكن أن تسهله له".

⁴ نصت المادة 128 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 على أنه: "يعد مستغلاً للنفوذ ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج، كل شخص يطلب أو يقبل عطية أو وعدا أو يطلب أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى، وذلك ليحصل على أنواط أو أوسمة أو ميزات أو مكافآت أو مراكز أو وظائف أو خدمات أو أية مزايا تمنحها السلطة العمومية أو صفقات أو مقاولات، أو غيرها من الأرباح الناتجة من اتفاقات مبرمة مع السلطة العمومية، أو مع مشروعات استغلالية موضوعة تحت إشراف السلطة العمومية، أو يحاول الحصول على أي من ذلك، أو يستصدر بصفة عامة قراراً من مثل هذه السلطة أو تلك الإدارة لصالحه أو يحاول استصداره ويستغل بذلك نفوذاً حقيقياً أو مفروضاً. فإذا كان الجاني قاضياً أو موظفاً أو ذا وكالة نيابة تضاعف العقوبات المقررة".

⁵ لم يصدر نص قانوني ينظم الصفقات العمومية إلا بتاريخ 17 جوان 1967، والمتمثل في الأمر رقم 90/67 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر عدد 52 لسنة 1967.

ومواصلة العمل بالقوانين الفرنسية بمقتضى القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962¹، وبالتالي، اقتضت هذه المرحلة، على معاقبة الجرائم المرتكبة في مجال بالصفقات العمومية بالنصوص المتعلقة بجرائم الرشوة واستغلال النفوذ.

وقد استمر الحال على ما هو عليه، بعدم إيراد أي نص خاص يتناول موضوع التجريم بصفة مباشرة في مجال الصفقات العمومية، إلى غاية صدور الأمر رقم 47/75 المؤرخ في 17 جوان 1975²، الذي ألغى محتوى المادة 423 الفقرة 02³، الواردة في الأمر رقم 156/66 وعوضه بنص يعاقب على إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية، وهو النص الذي عدل عدة مرات⁴، بتغليظ هذه الجريمة تارة وتلطيفها تارة أخرى، زيادة على تعديله للمصلحة المحمية بنص المادة⁵. وبصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تم نقل جرائم الفساد⁶، التي كان منصوصا عليها في قانون العقوبات إلى هذا القانون الجديد، لاسيما المواد الواقعة في الفصل المتعلق بالجنايات والجح ضد السلامة العمومية، ابتداء من المادة 119 إلى غاية المادة 134 باستثناء المواد 119 مكرر و120 و132، ويعود لإفراد هذه المواد بنص خاص حسب رأيي، إلى زيادة توضيح هذه الجرائم وتسهيل الضوء عليها بشكل يساعد على الإطلاع عليها، ويسهل تطبيق قاعدة عدم العذر بجهل القانون، زيادة على تسطير سياسة شاملة لمكافحة الفساد، بما يساهم في توضيح النصوص الجنائية وتفسيرها تفسيراً غائباً متناسقاً.

ورجوعاً لنصوص هذا القانون، نجده قد إستعمل عبارة "الصفقات العمومية" في تسمية الجرائم مرتين، الأولى في المادة 26 المتعلقة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، والثانية في المادة 27 المتعلقة بالرشوة في مجال

¹ بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة، ص. 12.

² ج.ر عدد 53 لسنة 1975.

³ كانت المادة 423 قبل تعديلها تنص على ما يلي: "كل من أفشى بأية وسيلة كانت سر التصويت في جمعية عامة للعمال أو مجلس لهم أو قام بالملاساس بسلامته أو منع إجراءات الاقتراع أو غير في نتيجته أو شرع في شيء من ذلك، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين..."

⁴ تم تعديل نص المادة 423 للمرة الأولى بموجب القانون 03/78 المؤرخ في 11 فبراير 1978 والثانية بموجب القانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 والثالثة بموجب القانون 26/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988.

⁵ تمثلت في حماية "المصالح الاقتصادية الأساسية للدولة" قبل تعديلها، لتصبح مقرر لردع "مخالفة المصالح الاقتصادية الأساسية للأمة" بعد تعديلها بالقانون رقم 04/82، وهي العبارة التي استبدلت سنة 1988 بعبارة "قاصداً المس بمصالح الدولة أو الجماعة المحلية أو الهيئة التي يمثلها"، ليتم بعد ذلك إلغاء المادة 423 بموجب القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائي، ونقل محتواها إلى المادة 128 مكرر، والتي حولت طبيعة الجريمة من جريمة اعتداء على سير الاقتصاد الوطني، إلى جنحة محاباة هدفها قمع مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، في مجال الصفقات العمومية.

⁶ لم يكن قانون العقوبات يستعمل عبارة "جرائم الفساد" بل ظهر هذا التعبير القانوني مع صدور القانون 01/06.

الصفقات العمومية، كما نص في المادة 34 منه على جريمة تعارض المصالح، التي يعاقب نصها على مخالفة أحكام المادة 09 من نفس القانون، وهي الأحكام الخاصة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

وأهم ما حملته هذا القانون، هو صياغة المادة 26 بشكل كرسها كجريمة خاصة بمجال الصفقات العمومية مقارنة بما حملته المادة 128 مكرر من قانون العقوبات قبل إلغائها¹، زيادة على ما حملته المادة 27، بنصها على جريمة الرشوة كأحد تطبيقات هذه الجريمة المنصوص عليها في المادة 25 من القانون رقم 01/06، بحيث لا يمكن القول بأن القانون 01/06 قد استحدثها، بالإضافة لتخصيص إحدى صورها بمادة خاصة هي المادة 35 المتعلقة بأخذ فوائد غير قانونية².

والملاحظ بشكل عام، أنه فيما عدا جريمة منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 26، فإن كل جرائم الفساد غير المرتبطة بقطاع أو نشاط خاص قابلة للوقوع في إطار التعامل بالصفقات العمومية، ذلك أن هذه العقود هي عمل قانوني من أعمال الإدارة، يقوم بها موظفون عامون، وبالتالي، فأي جريمة من جرائم الفساد الغرض من تجريمها الحفاظ على نزاهة الوظيفة العمومية، وحماية المال العام، تنطبق على التعامل بالصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأن مسألة التجريم في الصفقات العمومية عرفت قفزة نوعية بصدد هذا القانون.

المبحث الثاني: مبررات التجريم في مواجهة تحفظات المقررين العموميين

بعد التعرض لمسألة تطور فكرة التجريم في فرنسا ثم تبنيه من طرف المشرع الجزائري، ينبغي التساؤل حول مبررات ذلك (المطلب الأول)، والنتائج الهامة المترتبة عنه لاسيما بعد التحفظات التي أثارها بعض المقررين العموميين بشأنه (المطلب الثاني).

¹ لاسيما بعد تعديلها بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر. عدد 44 المؤرخة في 10 أوت 2011، بحيث لم تكن قبل ذلك تختلف كثيرا عن صياغة المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، إلا فيما يخص استعمال مصطلح الموظف العمومي بدلا من تعداد الأشخاص المعرضين لارتكاب الجريمة، إلا أنه بصدد القانون 15/11 طرأت عناصر مختلفة تميز الجنيحة في شكلها الحالي عما كانت عليه في قانون العقوبات، إذ أن المشرع حدد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية بتلك المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

² علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2012/2013، ص. 44.

المطلب الأول: مبررات التجريم في الصفقات العمومية

بمفهوم عام، يقصد بالتجريم التدخل من أجل ردع فعل معين بعقوبة تتمثل في الحبس، بسبب تطورات يعرفها المجتمع، والواقع الاجتماعي البشري¹، وبالنسبة للأسباب التي دفعت بالمشروع للتدخل بموجب حركة تشريعية لتجريم بعض الانتهاكات في مجال الصفقات العمومية في إطار أخلاقة الحياة المالية والاقتصادية، فيمكن إرجاعها إلى نقص الثقة في النخب والمسيرين الممارسين لمهامهم في الهيئات والإدارات العمومية، وكذا نقص الوازع الأخلاقي، والميل نحو الربح السهل للمال، بالموازاة مع ضغط الرأي العام الذي أحس بنوع من عدم المساواة أمام القانون والقضاء، نظرا للحصانة التي أصبح يتمتع بها بعض رجال السياسة وأعوان الإدارة وإفلاتهم من العقاب.

هذا زيادة على عدم كفاية إدعاء المقررين العموميين بمادية الجرائم وإمكانية متابعتهم جنائيا بسبب أفعال غير مقصودة، حيث أن مثل هذه الجرائم المادية تهدد جميع المواطنين، وليست مقصورة على المقررين العموميين فحسب. كما أن صفة المقرر العمومي لم تكن مضبوطة بشكل كافٍ، بما سمح لعدد كبير من أعوان الدولة بالإفلات من العقاب، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن بعض الجرائم المتمدة كأخذ فوائد بصفة غير قانونية، والرشوة، لا يمكن أن تتم إلا من طرف أشخاص يمارسون مهام عامة، مما دفع في كثير من الأحيان القاضي الجزائي لعلاج هذه الإشكالية بشكل قمعي مبالغ فيه، مبررا ذلك بطبيعة النشاطات التي يمارسها هؤلاء الأعوان، واستنادا لفكرة أن "أعوان الدولة يجب أن يتحلوا بسلوك أكثر انضباطا مقارنة بالمواطنين العاديين"².

ويقصد التوفيق بين الحماية الجزائية الصارمة للصفقات العمومية، والأمن القانوني للمقررين العموميين، ظهرت الحاجة لتأطير تدخل القاضي الجزائي في هذا الشأن.

كما أن الآليات القانونية المقررة لحماية الصفقات العمومية في إطار القضاء الإداري، لا تنصب إلا على فحص مشروعية الصفقة في حد ذاتها، أما مبرم الصفقة فلا يطوله أي عقاب.

¹ "Au sens commun, la pénalisation invoque la punition par une peine d'emprisonnement. Elle correspond à une évolution de la société, à une réalité sociale et humaine". Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 12.

² "Les serviteurs de l'Etat doivent respecter une morale plus exigeante que les simples citoyens". Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 13.

فالقاضي الإداري يبطل التصرف، ويحكم على الإدارة بأن تعوض المتنافس المبعد بصفة غير قانونية إذا توفرت شروط ذلك، أي أن الإدارة هي من يتحمل تبعة خطأ الشخص مبرم الصفقة¹. فالقاضي الإداري لا يهتم بمسألة المسؤول عن إبرام الصفقات غير القانونية، مما حدا بالبعض للقول أنه لا فائدة من وضع نظام رقابة إذا كان مرتكبو المخالفات لا يعاقبون².

أما القاضي الجزائي فإنه يحاكم الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الفعل المجرم، ولا يحاكم الفعل في حد ذاته، فمن خلال تجريم فعل إعطاء الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية مثلاً، أراد المشرع حمل المشتري العمومي على التخلي عن الممارسات التفاضلية من خلال نقل المسؤولية من الإدارة إلى المتصرفين باسمها، فلو أن الإدارة وحدها هي المسؤولة، فإن القاضي الإداري لن يعاقب مرتكب فعل منح المزية غير المبررة.

وبالتالي، يعتبر تجريم التعامل غير المشروع في مجال الصفقات العمومية، جزء من عملية تشخيص مسؤولية المتدخلين العموميين³، هذا من جانب، أما من جانب آخر فإن تدخل القاضي الجزائي يسد نقائص رقابة القضاء الإداري⁴.

يضاف إلى ما سبق ذكره، أن الإجراءات الجزائية تختلف عن إجراءات الدعاوى القضائية الإدارية من حيث كونها شفافية وسريعة وأكثر بساطة، فهي تشبع رغبة الجماعة في تطبيق العدل في المجتمع.

وبذلك، تظهر الحماية الجزائية للصفقات العمومية، كخطوة من خطوات تهذيب الحياة السياسية والاقتصادية، كون القاضي الجزائي يتدخل لتقييم أعمال الموظفين المتدخلين في عملية الشراء العمومي، وقد تم وصف عملية تجريم الأعمال

¹ Dal Farra Thierry, Le risque pénal dans les marchés publics de travaux, RDI, oct-dec 1998, p. 467.

² علة كريمة، مرجع سابق، ص. 208.

³ Picard Etienne, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondement et champ d'application, Rev. Soc, 1993, p. 261.

⁴ Reis Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, Petites affiches, n° 133, 04 Juillet 2003, p. 04.

الإدارية بأنها "من أبرز الظواهر التي لحقت بالقانون الإداري في السنوات الأخيرة"¹، نظرا لسماح التجريم بضمان حسن استعمال الأموال العمومية من جهة، وكذلك تهذيب الشراء العمومي من جهة أخرى.²

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التجريم في الصفقات العمومية

إن القاضي الجزائري ينطق بعقوبات جزائية ضد المقررين العموميين الذين تصرفوا خرقا لواجبات النزاهة والحياد والحيطة التي يفرضها قانون الصفقات العمومية، ويدخل ذلك في إطار معالجة الثغرات التي يمكن أن تترتب عن آليات الرقابة الإدارية والمالية، مما جعل من القاضي الجزائري عنصرا جديدا ضمن عملية تخليق الصفقات العمومية، بما يترتب عن ذلك من نتائج بالغة الأهمية، رأى بعض المقررين العموميين أنه يمكن تسجيل عدة تحفظات بشأنها.

فتجريم قانون المشتريات العامة ينطوي على عنصرين مختلفين، الأول يتمثل في النظام الجزائي، والثاني يتمثل في مجال الشراء العام، مما يشكل فجوة بين هذين المجالين يمكن أن تثير العديد من الإشكاليات، على أساس، أن مختلف الفاعلين في الصفقات العمومية يمنحون اهتماما أكثر للآثار الإدارية التي يمكن أن تترتب عن ممارساتهم، بدون الأخذ بعين الاعتبار الآثار الجزائية، خصوصا وأن القاضي الجزائري يتمتع بصلاحيات واسعة ينبغي الإلمام بها.

فأول نتيجة تثيرها مسألة التجريم، تتمثل في إحالة النص الجزائي من أجل الحكم بخصوص الإخلال المرتكب على مفاهيم القانون الإداري ونصوص قانونية أخرى³، والتي تعتبر جزءا من النص العقابي، مما يستوجب تحليل هذه النصوص من أجل تحديد الأركان المكونة للجريمة، بما يثير إشكالات عديدة بخصوص توسع القاضي الجزائري في تفسير النصوص الموجودة بين يديه، والتي يمكن أن تؤدي إلى تجميع المسؤولية الجزائية، إضافة لما يمكن أن يثار بخصوص عمدية أو عدم عمدية الخلل المرتكب.

¹ J-B. Auby, "Le mouvement de pénalisation de l'action publique", Dr. Adm., janv. 1997, p. 03. Cité par :

Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 15

² علة كريمة، مرجع سابق، ص. 209.

³ من بينها قانون المنافسة، بحيث على غرار القاضي الإداري الذي أدخل هذا القانون في كتلة الشرعية الإدارية، يمكن للقاضي الجنائي مساءلة المشتري العمومي في حالة ارتكابه لإخلال بقواعد هذا القانون، تراجع:

- Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 39.

كما يمكن للقاضي الجزائري في إطار تدخله الموازي أن يمارس صلاحيات الولاية الكاملة عند نظره لجريمة من جرائم الصفقات العمومية¹، حيث له صلاحية البحث المعمق في مدى مشروعية الصفقة والقرارات المتعلقة بها لاسيما القرارات المنفصلة عنها، إضافة لسلطته في تفسير القرارات التنظيمية متى كان حل الدعوى العمومية مرتبطا بها².

فللقاضي أن يصرح بطلان العقد أو الصفقة³، عند نظره لأركان الجريمة بالعودة للرقابة على مشروعية الصفقة من الناحية الإدارية، حيث يمكن أن يكون العنصر المادي لجريمة ما ناشئ عن قرار إداري منفصل خاص بعملية الاختيار، وهو الذي كان وراء اختيار المتعهد.

على أن هذه النتائج وإن كانت تهدف لتطبيق الردع الجزائي بأسسه الصارمة القائمة على مبدأ الشرعية في التعامل بالصفقات العمومية، وعلى الرغم من الآثار الإيجابية التي حققتها، إلا أنها لم تسلم من بعض الانتقادات التي سجلها بعض المقررين العموميين.

ولعل التحفظ الأساسي، هو ذلك المتعلق بإمكانية قيام التجريم في مجال الصفقات العمومية بناء على خطأ إداري، باعتبار أن منح الصفقة العمومية نتيجة مخالفة القانون، قد يكون ناتجا عن خطأ، وبعيد عن كل إخلال بواجبات النزاهة والحياد، فالمعاقبة الجزائية على أساس الخطأ في مجال الصفقات العمومية، يشكل خطرا بالنسبة للمتعاين في الشراء العمومي لدرجة إعاقه عمله، وانحسار مبادرته لإحساسه بعدم الأمن القانوني *L'insécurité juridique*.

أما الانتقاد الثاني فهو يتعلق بتعدد القضاة المختصين في فحص مشروعية الصفقة العمومية وبأغراض مختلفة، دون أن يضع المشرع ترتيبا زمنيا لتدخل القاضي الإداري أو القاضي الجزائي، مما يخلق أيضا جوا من عدم الاستقرار القانوني.

كما أن إمكانية تفحص القاضي الجزائي بالتفصيل، مختلف المراحل التي مر بها قرار إبرام الصفقة العمومية ليتمكن من التوصل لتحديد الجاني، يخشى معها من استقلالية تدخل القاضي الجزائي، وعدم التزامه بالاجتهاد القضائي الإداري في مجال التعامل في الصفقات العمومية، بإنشاء اجتهاده الخاص، مما يربك المتعاملين في مجال الصفقات العمومية، لتعودهم على تفاسير القاضي الإداري.

¹ بودالي محمد، محاضرات في مقياس "التجريم في الصفقات العمومية" الملقاة على طلبة السنة الأولى ماجستير، مدرسة دكتوراه "التجريم في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011/2012، غير منشورة.

² بوضار عبد النبي، اختيار المتعاين المتعاقد في الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و25 أبريل 2013، غير منشورة، ص. 20.

³ نصت المادة 55 من قانون الفساد على أنه: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح بطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنتظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

هذا زيادة على مسألة ارتباط نص تجريم الصفقات العمومية بالقانون الذي ينظمها من أجل تحديد مدلول المفاهيم المستعملة فيه، فلا يعد النص الجنائي نصا تجريميا قائما بذاته، بل هو نص مجزأ يحيل على نصوص تشريعية وتنظيمية، بل وأكثر من ذلك يحيل إلى مبادئ عامة وهي مبادئ الشراء العمومي مثلما هو معمول به بالنسبة للجنة المحابة¹، فيبدو بذلك من الأصوب الحديث عن الكتلة التجريبية وليس عن النص التجريبي².

- خاتمة

في الأخير، ينبغي الإشارة إلى أن مسألة التجريم في الصفقات العمومية، لا يمكن الاستغناء عنها مهما كانت طبيعة النظام السياسي والاقتصادي المتبع داخل الدولة، على أن يكون تدخل المحاكم الجزائية جزءا من نظام يسعى لضمان الأمن القانوني³، من خلال التدخل وفق جرة مضبوطة توازن بين الإجراءات الوقائية والقمعية، بشكل يجعل من التجريم في الصفقات العمومية يلعب دور المحفز والمقوي لآليات الرقابة الإدارية والمالية⁴.

وعلى هذا الأساس، ينتظر مستقبلا المزيد من التدخل التشريعي في هذا الشأن، من أجل التوفيق بين الأهداف المتوخاة من التجريم، ودعم الأمن القانوني لمختلف المتدخلين في الصفقات العمومية، لاسيما تخفيف التجريم عن الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير.

¹ يمكن القول وفقا لذلك بأن المشرع خالف في المادة 26 من القانون 01/06 مقتضيات الدقة والوضوح الملازمة لمبدأ الشرعية وفسح المجال أمام القاضي الجنائي ليتوسع في تفسير النص.

² علة كريمة، مرجع سابق، ص. 210.

³ جلسات مجلس الأمة، مكافحة الفساد، إرادة سياسية وتطبيقات في الميدان - الصفقات تخضع ل: حرية الترشح، المساواة وشفافية الإجراءات، مجلة مجلس الأمة، العدد الثامن والأربعون، مجلس الأمة، الجزائر، أكتوبر 2011، ص. 12.

⁴ "Afin de sortir de l'ombre l'ensemble des dérives actuelles au droit des marchés publics sans pour autant aboutir à une pénalisation croissante, l'intervention du juge pénal doit s'inscrire dans un système propre à garantir la sécurité juridique. Un dosage d'actions préventives et répressives équilibrées devrait ainsi permettre de rétablir une certaine cohérence, la pénalisation du droit des marchés publics jouant un rôle de catalyseur des contrôles administratif et financier". Catherine Prebissy-Shnall, op.cit, p. 27.

مراجع:

- Transparency international, Corruption perception index 2012. Available at the organization web site: www.transparency.org.
- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006، المتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر. عدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر. عدد 44 المؤرخة في 10 أوت 2011.
- Catherine Prebissy-Shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002
- code pénal Français, tel que modifié par la loi n° 91/03 du 03 Janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (J.O du 05 Janvier 1991).
- Hope Henri, Le piratage des marchés publics par le crime organisé, D'une pratique locale à un phénomène mondial, Mémoire pour obtenir le diplôme d'université 3ème cycle, Analyse des Menaces Criminelles Contemporaines, Université Paris II Pantheon-Assas, Juin 2005.
- شنة زواوي، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية - جنحة المحاباة نموذجاً -، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و 25 أبريل 2013، غير منشورة.
- بن درة عمر، الجزائر: تعاقب أجيال وتغييرات سياسية، مجلة السفير العربي، عدد 1303، 30 أكتوبر 2013.
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتعلق بقانون العقوبات المعدل و المتمم.
- بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس،

- 24 و 25 أبريل 2013، غير منشورة
- القانون 03/78 المؤرخ في 11 فبراير 1978 والثانية بموجب القانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 والثالثة بموجب القانون 26/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988.
- القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري
- القانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر. عدد 44 المؤرخة في 10 أوت 2011
- علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013/2012
- Dal Farra Thierry, Le risque pénal dans les marchés publics de travaux, *RDI*, oct- dec 1998.
- Picard Etienne, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondement et champ d'application, *Rev. Soc*, 1993, p. 261.
- Reis Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, *Petites affiches*, n° 133, 04 Juillet 2003
- 1J-B. Auby, "*Le mouvement de pénalisation de l'action publique*", *Dr. Adm.*, janv. 1997
- بودالي محمد، محاضرات في مقياس "التجريم في الصفقات العمومية" الملقاة على طلبة السنة الأولى ماجستير، مدرسة دكتوراه "التجريم في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2012/2011، غير منشورة.
- بوصوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و 25 أبريل 2013، غير منشورة.
- جلسات مجلس الأمة، مكافحة الفساد، إرادة سياسية وتطبيقات في الميدان – الصفقات تخضع لحرية الترشيح، المساواة وشفافية الإجراءات، مجلة مجلس الأمة، العدد الثامن والأربعون، مجلس الأمة، الجزائر، أكتوبر 2011.

¹ - أنظر د. أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1998، ص 20.