الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي - سعيدة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية
.قسم الحقوق.

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: ادارة الجماعات المحلية -

الموضوع

مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية

إعداد الطالب
داودي قدور

إشراف الأستاذ
أ. رقراقي محمد زكريا

أعضاء لجنة المناقشة

الاستاذ :تبون عبد الكريم ..... رئيساً
الاستاذ رقراقي محمد زكرياء..... مشرفاً
الاستاذ :قميدي محمد فوزي..... عضواً مناقشاً

الموسم الجامعي 2020-2021

قائمة المختصرات

ج .ر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.ج دينار جزائري.

ص. صفحة.

ص ص. من صفحة الى صفحة.

المقدمة

من المتعارف عليه ان عملية ابرام الصفقات العمومية وتنفيذها لا تتم إلا وفقا لقواعد و اجراءات قانونية محددة بصفة مسبقة نظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية البالغة مقارنة بالعقود الاخرى التى تبرمها المصالح المتعاقدة ،ومن خلال قراءة متأنية لمضمون المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،يتضح جليا مدى حرص السلطات العمومية على الحفاظ على المكتسبات المتعلقة بضمان اكبر قدر من المنافسة ،التى تحققت في اطار المحطات الاصلاحية السابقة ،مع تقويتها بضمانات جديدة بهدف نجاعة الصفقات العمومية وحماية المال العام

وفي الاطار ،سعى المشرع الجزائري لتكريس عدة اليات قانونية تهدف لحماية المنافسة في الصفقات العمومية ،حيث اسست المادة (05)من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[1] المنافسة حقيقية وفعالة بنصها على انه: ''لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب ان تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات ضمن احترام احكام هدا المرسوم ''.[2]

وفي هدا المسعى ،عمل تنظيم الصفقات العمومية من خلال اقراره للمبادئ العامة في تحكم الصفقات العمومية ،على توفير حماية لمبدأ الشفافية عبر مختلف مراحل الصفقة العمومية ،وخصوصا بمناسبة التحضير لها ،وابرامها تكريسا لمبدأ حياد الادارة وحرية المنافسة ،والتي بموجبه تكون المصالح المتعاقدة على اختلافها غير حرة في اختيار المتعاقد معها ،بل يتعين عليها ان تسللك سبلا محددة ،وتتبع الاجراءات المبينة قانونا حماية للمصلحة العامة والمال العام ،وتكريسا لمبدأ المنافسة ،حيث تخضع الادارة عند ابرام عقودها لجملة من القيود والاجراءات ،تختلف فيها بينها باختلاف نوع العقد وطبيعته وظروف إبرامه، كما تختلف بلا شك عن صبغة التعاقد بين أشخاص القانون الخاص.

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

2 هذه المبادئ مستوحاة من أهداف عالمية تتعلق بحقوق المواطنة والانسان والمساواة في الفرص ،ولعل من أهم الوثائق التي أكدت عليها ،اتفاقية روما في 25 مارس 1957 التي استندت لسياسة مشتركة بين الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية تهدف لعدم الإخلال بالمنافسة في السوق المشتركة بالنسبة لجميع المعاملات الاقتصادية ،لاسيما من خلال تحقيق هدفين أساسيين هما :ضمان سير جيد للأموال العامة، وتحقيق منافسة فعالة بين المترشحين في عقود الدولة.

وبالتالي ،يقع على المشترين العموميين قانونا مسؤولية توفير الظروف اللازمة للسماح لأي مترشح تتوفر فيه الشروط القانونية بالوصول للطلبات العمومية ،بحيث يمكن لأي كان المشاركة فيها في اطار الشروط الموضوعية المحددة ،وهي شروط يجب ان تبتعد اشد البعد عن الاعتبارات الذاتية او التمييزية على أي أساس كان لشخص على حساب اخر .

كما يجب على المشترى العمومي العمل على ضمان شفافية اجراءات الصفقات العمومية من خلال توضيح اجراءاتها، والإعلام المسبق للمتنافسين بشان معايير الاختيار ،وضرورة الاعلان عن الصفقات بالطرق الواجبة قانونا ،وتمكين المترشحين من ايداع عروضهم وحضور جلسات فتح العروض، و الاطلاع على نتائج التقييم والاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ،وفتح مجال الطعن في القرارات المتخذة والأعمال المتعلقة بإجراءات الشراء العمومي.

وينبغي على المشترى العمومي أيضا العمل على ضمان العدالة بين المترشحين ،بوجوب اخضاعهم جميعا لنفس معايير الاختيار ،وكدا لنفس قواعد المنافسة الموضوعية المنصوص عليها قانونا ،حيث يفترض مبدأ المنافسة وجوب معاملة أي شخص بطريقة مماثلة للأشخاص الآخريين اذا تماثلت الوضعية القانونية لهؤلاء الأشخاص، على أن الضمانات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية لضمان شفافية هذه العقود ،لا تغني عن رقابة القضاء على صحة اجراءات عملية تنظيم المنافسة ،وترتيب الجزاء المناسب في حالة الاخلال بها ،مما يحتم تدخل القاضي الجنائي في مجال حماية قواعد الشفافية في الصفقات العمومية لاسيما في ظل تنامي جرائم الفساد في عقود الدولة ،مما يستدعي تدخل القضاء من اجل ضمان الردع الفعال للجرائم المخلة بزاجلات الحياد والنزاهة في هذا المجال.

نظرا لما سلف ذكره ، تتجلى لنا اهمية موضوع الشفافية في الصفقات العمومية في المستجدات التنظيمية المتعلقة بحماية مبدأ الشفافية في هذا المجال ،وكذا طرق الرقابة القضائية على مشروعية القرارات وصحة الاجراءات المتعلقة بالمنافسة المتطورة باستمرار ، وبالتالي ، فان مصدر تكريس هذا البحث هو

تحليل الوضع الجديد للضمانات القانونية المؤطرة لحق المترشحين لنيل الصفقات العمومية في المساواة وضمان شفافية الاجراءات .

وعلى ضوء دالك ،فإن هذا البحث يسعى إلى تحقيق أهداف مختلفة منها:

01-رضم الضمانات القانونية ،الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية المقررة لضمان الشفافية في مجال الصفقات العمومية

02-تقصى مدى اسهام الرقابة القضائية في حماية مبدأ الشفافية0

وقد جاء اختياري للموضوع لأسباب ذاتية تتمثل في الرغبة في معرفة كيفية تكريس مبدأ ي الشفافية وحرية المنافسة في الصفقات العمومية ،ونطاق ذلك ومعرفة الاليات التي قررها المشرع الجزائري من اجل سد الطريق امام الموظف العمومي وتفادي المحاباة والمحسوبية عند تنظيم هذا النوع من التصرفات القانونية .كما ان الموضوع لم يوليه الباحثون ما يستحق من دراسة بالرغم من اهميته.

تأسيسا على ما سلف ،فان معظم التساؤلات المراد تحليلها في هذا المقام موصولة بالإشكالية المركزية التالية:

إلى أي مدى توفر الضمانات القانونية المجسدة في تنظيم الصفقات العمومية ما يكفي من الحماية لضمان منافسة شفافة ونزيهة في ابرام هذا النوع من العقود؟

وتتفرع من هذه الاشكالية العديد من التساؤلات الثانوية مفادها :

- ما هي أهم الاجراءات التي تحيط بعملية ابرام الصفقات العمومية في اطار تكريس مباد الشفافية ؟
- هل يوجد حالات استثنائية واردة على مبدأ ي المنافسة والشفافية في تنظيم الصفقات العمومية ؟
- ما هو دور القاضي الجزائي في ردع جرائم الصفقات العمومية لاسيما انها تشكل خطرا جسيما على مبدأ المساواة والمنافسة الشريفة وكذا تؤثر سلبا على الاقتصاد الوطني ؟

سوف اعتمد في سبيل معالجة اشكالية هذا البحث المنهج التحليلي نظرا لأهميته وملائمة استخدامه في مجال الدراسات القانونية ،خصوصا من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية المتعلقة بحماية مبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية وتحليلها.

وقد تم تسجيل بعض الصعوبات عند انجاز هذا البحث تمثلت في قلة ما تم تحريره من مراجع في مجال العقود الادارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة باعتبار انها مجال تقني واجرائي يشمل عدة مجالات منها ما هو قانوني واقتصادي وحتى سياسي.

سعيا الى تحقيق اهداف الدراسة والاحاطة بأكبر قدر ممكن من عناصر الاجابة المتطلبة لتفكيك الاشكالية ،سيتم تقسيم هذا البحث الى فصلين:

– نتطرق في اولهما للإطار القانوني المنظم لمبدأ الشفافية في الصفقات العمومية والذي يقوم أساسا على تلك الأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية ،باعتباره المرجع الاساس لتنظيم ابرام الصفقات العمومية اضافة لتحديد نطاق هذا المبدأ .

– أما الفصل الثاني ،فسيتم تخصيصه لاستقصاء الحماية الجزائية لمبدأ الشفافية ودور القاضي الجزائي في فرض احترام قواعد الشفافية في مجال الصفقات العمومية المقررة بمقتضى التشريع والتنظيم المعمول به وترتيب الجزاء المناسب في حالة الاخلال بها من خلال تحليل الاحكام الخاصة بجرائم الصفقات .

الفصل الأول

التأطير القانوني لمبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية

من الخصائص الاساسية للصفقات العمومية ،ان ابرامها خاضع لشرط تنظيم المنافسة في اطار الشفافية وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالنظام القانوني لهذه الصفقات. وهو النظام الذي عرف عدة اصلاحات من خلال تدعيمه بضمانات معتبرة تهدف اساسا لحماية قواعد الشفافية.[1]،حملها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي يتميز بنظام يحاول قدر الامكان من ضمان ابرام هذه العقود في شفافية تامة لاسيما من خلال الطرق المقررة لإبرامه والإجراءات المتبعة في ذلك.

1لعل ابرزها المرسوم الرئاسي رقم 308/08 المؤرخ في 26 اكتوبر 2008 ،المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 (الملغى)،والذي تم من خلاله تبني المبادئ العامة للصفقات العمومية بصفة واضحة وصريحة.

المبحث الاول :تكريس مبدأ الشفافية من خلال طرق ابرام الصفقة العمومية

ان الهدف من وراء وضع نظام للشفافية كشرط جوهري لإبرام عقود الادارة عامة والصفقات العمومية خاصة ،هو الوصول الى تحقيق اختيار افضل المتعاقدين ،فان تلبية هذا المطلب الضروري لا يمكن ان يتم الا بتوافر ثلاثة شروط هي :غياب اثار التسلط والسيطرة ،تجانس المواد ،وحرية الاعلام والمشاركة وبما ان اساليب اختيار المتعامل المتعاقد تنحصر في اسلوبين كما سبقت الاشارة ،وهما اسلوب طلب العروض كقاعدة عامة في التعاقد وأسلوب التراضي كاستثناء ،فان النظام القانوني للصفقات العمومية ،فصل في توضيح المقصود بهاذين الاسلوبين ،واشكالهما ،وحالات اعمال كل منهما.

المطلب الاول : طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية

يعد اسلوب طلب العروض القاعدة العامة في ابرام الصفقات العمومية ،تلتزم المصلحة المتعاقدة باتباعه عند التعاقد في جميع صفقاتها التي تتجاوز عتبتها المالية ما هو محدد بالمادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية وبالتالي فالمصلحة المتعاقدة مجبرة على اتباع اسلوب طلب العروض واشكاله قانونا،مع كافة اجراءاته المقررة في تنظيم الصفقات العمومية ،وهذا بغرض الحصول على اكبر قدر ممكن من العروض لتمكين المصلحة المتعاقدة من اختيار افضل المترشحين الراغبين في اداء الخدمة العامة ،ولعل هذا الإجراء من شانه ان بضبط حرية القائمين على ابرام الصفقات العمومية في مختلف المصالح المتعاقدة منعا لأي مساس بحرية المنافسة والشفافية في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الاول :تعريف طلب العروض

تبرم الصفقات العمومية وفقا الإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة او وفق اجراء التراضي.

أولا: التعريف الفقهي

يعرف طلب العروض على انه الطريقة التى تلجا اليها الادارة العامة في ابرام عقودها الادارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط مثل :توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة ،او عقد نقل اداري لنقل اجهزة

وادوات تابعة للإدارة ،وقوام هذه الطريقة واساسها انما هو الاعتبار المالي والاقتصادي[1]، حيث تلجأ الادارة في طلب العروض لاختيار المتقدم بأقل عطاء ،ويعرف ايضا على انه الطريقة او الإجراء الذي تلتزم الادارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم اقل عطاء ممكن ويكون ذلك عادة اذا ارادت الادارة القيام بأعمال معينة كما هو الحال في عقود الاشغال العامة أو القيام بالشراء او التوريد او النقل مثلا.

ثانيا: التعريف القانوني

عرف المشرع الجزائري طلب العروض في نص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه طلب العروض هو اجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية الى معايير موضوعية ،تعد قبل اطلاق الإجراء.

ويعلن عدم جدوى اجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام اي عرض او عندما يتم الاعلان بعد تقييم العروض ،عن عدم مطابقة اي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط او عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

والملاحظ من خلال التعريف الفقهي والتعريف القانوني للطلب العروض ،ان التعريف الفقهي ارتكز على اختيار المصلحة المتعاقدة للمترشح الذي يقدم اقل عطاء ممكن ،اي المتعاقد الذي يقدم أقل ثمن بينما العريف القانوني للصفقة ارتكز على ضرورة اختيار الادارة المتعاقد الذي يقدم افضل عرض اي افضل عرض من الناحية المالية والتقنية[2]، فالأصل ان طريقة طلب العروض تهتم بكل الاعتبارات المالية والتقنية ،من حيث تقيم التوازن بين السعر والجودة إلا ان التطبيقات العملية لهذه الطريقة كثيرا ما تؤدي الى التضحية بالكيف في سبيل الكم

1قدوج حمامة ،عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ،الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2006،ص.05

1كركدان فريد طرق واجراءات ابرام الصفقات العمومية –دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري–،مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول''دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ''كلية الحقوق لجامعة المدية ،20ماي 2013،غير منشورة،ص .04

2 بعلى محمد الصغير ،العقود الادارية ،بدون طبعة،دار العلوم للنش والتوزيع ،الجزائر،2005،ص.26،يراجع ايضا :القاضي منصور القانون الاداري الجزء الاول ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،لبنان 2001،ص339.

بتركيز الاهتمام على المسائل المالية ،دون اعتبار كاف بمسالة الجودة والمواصفات الواردة فعلا بقائمة دفتر الشروط[1].

الفرع الثاني :اشكال طلب العروض

منح قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة اشكال مختلفة لطلب العروض تعمل وفها على اختيار الشكل الذي يتوافق مع نشاطها وامكانياتها والخدمة المزمع تلبيتها ،حيث نصت المادة 42 م تنظيم الصفقات العمومية على انه يمكن ام يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ،ويمكن ان يتم حسب احد الاشكال التالية :طلب العروض المفتوح ،طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا ،طلب العروف المحدود والمسابقة.

وإذا كان المشرع قد احسن بتعداده لأشكال طلب العروض ،حتى يتسنى للمصلحة المتعاقدة اختيار الاسلوب الملائم ،إلا انه يؤخذ عليه ايراد هذه الاشكال بشكل مقتضب احيانا ،وطريق غامض احيانا اخرى،لم يوضح لنا تنظيم الصفقات العمومية بشكل مفصل متى تلجأ المصلحة المتعاقدة لشكل دون آخر ،ومن ثم فسح المجال امام الادارة للاختيار بين عدة انواع من طلب العروض ،مما يعنى اعطاء حرية ومرونة اكبر لاختيار الاسلوب والنمط الذي يليق بها حسب ظروف كل عملية تعاقدية[2] وبالتالي التوسيع في اشكال المنافسة وتجلي الشفافية ،وفقا لما يتطلبه مشروع وموضوع الصفقة محل التعاقد[3].وبذلك فان أشكال طلب العروض هي كالتالي:

بوضياف عمار شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 اكتوبر 2010،المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له الطبعة الثالثة دار جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2011،ص.126.

2 بن دعاس سهام ،المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،كلية الحقوق ،جامعة عنابة ،2005،ص09.

أولا :طلب العروض المفتوح

عرفت المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 طلب العروض المفتوح على انه إجراء يمكن من خلاله اي مرشح مؤهل ان يقدم تعهدا ،وبالتالي فان طلب العروض المفتوح يوجه الى كل المتنافسين بدون حضر أو تخصيص أو استثناء ،بحيث يحق للجميع سحب دفتر الشروط وتقديم عروضهم للمشاركة في طلب العروض ،بشرط ان يكونوا مؤهلين قانونا للقيام بذلك.

وبالتالي ،يضمن هذا الشكل من اشكال طلب العروض بسبب عدم محدوديته ،اكبر قدر من المشاركة ويتضمن اوسع ما يمكن توفيره من درجات الاحترام للمبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسعتها وسهولة المشاركة في الصفقة العمومية .

ثانيا :طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

اوضحت المادة 44 من قانون تنظيم الصفقات العمومية بخصوص طلب العروض المحدود بشرط قدرات دنيا ،بانها ذلك الإجراء الذي لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا ،وبذلك يكون هذا الاسلوب قد تم الاعتراف فيه للإدارة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة ،باعتبارها أدرى بالمصلحة التي تسعى لتحقيقها ،واليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بها لتحقيق الغرض من العملية التعاقدية .

ولا شك في ان اسلوب التعاقد بطريق طلب العروض التي تؤكد مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات ،لذا يكون من حق الإدارة ان تقدر ما تراه لها من شروط خاصة ،وتعلن عن طلب العروض اشتراط قدرات دنيا ضمن هذا الاطار الذي رسمته[1].

1 بوضياف عمار ،مرجع سابق ص.127

2 الخوري يوسف سعد الله ،القانون الاداري العام ،الجزء الاول ،تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية ،الطلعة الثالثة ،دار المنشورات الحقوقية ،بيروت ،2004،ص.472

وبالتالي إذا كانت طبيعة اللوازم أو الأشغال أو الخدمات لا تسمح بفتح باب المنافسة امام الجميع، فإنه يجوز للإدارة ان تحصر طلب العروض بين فئة محدودة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات المالية والفنية المطلوبة، على ان تحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفاتر الشروط الخاصة ،من خلال توضيح المواصفات الواجب توفرها في المترشحين والمؤهلات التي يجب ان تتميز بها الاشغال او المواد المطلوبة [1].

بعد طلب العروض المحدود اي الاستشارة الانتقائية حسب المادة 45 من تنظيم الصفقات العمومية ،شكلا من اشكال طلب العروض ،وقد تم اعتماد هذا الاسلوب منذ صدور المرسوم رقم 145/82 ،معتبرا اياها شكلا من اشكال طلب العروض حسب المادة 25 منه، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 250/02بموجب المادة 26 منه.

وقد عرفها المرسوم الرئاسي رقم 247/15في المادة 45 بانها "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية ،يكون المترشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد".

وتكفل هذه الطريقة من طرف التعاقد للإدارة صاحبة الصفقة قدرا من الحركة ،تتمثل في الاعتراف لها بسلطة انتقاء المترشحين مسبقا كمرحلة اولى ،ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عن هؤلاء العارضين وبحكم طبيعة الخدمة موضوع العقد[2].

ومنه تلجأ المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها لطريقة الاستشارة الانتقائية ،حينما تتطلب الأعمال موضوع العقد ،بحكم تعقدها او نظرا لطبيعتها الخاصة ،القيام بانتقاء مسبق للمترشحين في مرحلة اولى قبل دعوة المقبولين منهم لإيداع العروض .

1 بوضياف عمار ،مرجع سابق ،ص.130.

2 رقراقي محمد زكريا ،الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس ،2013-2014،ص38.

رابعا :المسابقة

يعتبر اسلوب المسابقة في التشريع الجزائري قديم الاعتماد ،بحيث تم ذكره في الامر رقم 90/67 ،تحت تسمية "المباراة" ،كما تناوله المرسوم رقم 145/82 في المادة 34منه ،وكذا المرسوم التنفيذي رقم 434/91 في نص مادة 30 والمرسوم الرئاسي رقم 250/02 في نص المادة 28 منه، بحث أكدوا جميعا على امكانية اللجوء لهذا الاسلوب إذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية او مالية او جمالية تستوجب القيام بدراسات مسبقة قبا التعاقد كأن ترغب الادارة في الحصول على تصميمات هندسية وعمرانية لباء احياء سكنية في منطقة ما ،او الاستفادة من الطاقة الشمسية في استخراج المياه الجوفية وغيرها من العمليات ذات الطبيعة التقنية والجمالية او الفنية المعقدة [1].

ونظرا لتعلق هذا النمط من المنافسة بأشياء لا يمكن تحديدها مسبقا بمواصفات دقيقة ، ثم التأكيد على الاسلوب للتعاقد في نص المادة 47 من المرسوم الرئاسي 247/15 مع التفصيل اكثر في قواعد واجراءاته غير انه يؤخذ على نص المادة قصرها اسلوب المسابقة فقط على رجال الفن أي الاشخاص الطبعيين ،مما يمس بمبدأ حرية المنافسة العامة والمساواة بين المتعاملين المتقدمين للصفقة العمومية [2]

المطلب الثاني :أسلوب التراضي كاستثناء

تبين لنا مما سبق ان أسلوب طلب العروض هو القاعدة العامة في تعاقدات الادارة ،بما يكفل حق المشاركة لكل المترشحين ،ويقيد جهة الادارة بجملة من الاجراءات التي تؤدي في مجملها لفقد الادارة حريتها في اختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية ،يأتي على راسها ضمان الشفافية وتكريس مبدا حرية المنافسة ،على الرغم من ان قانون الصفقات العمومية بنصه على عدة اشكال لطلب العروض ،يكون قد أتاح للإدارة هامشا معتبرا في حرية اختيار الطرف المتعاقد ،وهذا ما دفع أيضا بالمشرع الى الاعتراف بنوع الحرية في اختيار المتعاقد في حالات وظروف معينة لا يمكن معها اتباع اسلوب طلب العروض وهو ما يعرف بأسلوب التراضي.

---

1 خرشي النوي ،تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية ،بدون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،2011،ص.04.

الفرع الاول :مفهوم التراضي

التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية الى منافسة ويمكن ان يكتسي شكل التراضي البسيط او شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة .

اولا: تعريف التراضي

يعتبر اسلوب التراضي إحدى طرق ابرام الصفقات العمومية ،وهو اسلوب معروف في التشريعات المقارنة ففي مصر يعرف بالاتفاق او الامر المباشر ،اما في فرنسا فقد ظل مصطلح التراضي متداولا الى غاية صدور مرسوم 1976/01/21، بحيث تم استبداله بمصطلح التعاقد بناءا على مفاوضة[1].

ويعرف التراضي بانه''ذلك الاسلوب الاستثنائي في التعاقد الذي تقوم السلطة المختصة دون التنفيذ بشكليات طلب العروض ،وذلك في اطار من المناقشة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد مع

الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب بشرط الالتزام بالقواعد المنظمة بهذا الاسلوب[2].

ثانيا :المدلول القانوني للتراضي

نظم اسلوب التراضي منذ صدور الامر 90/67،وكذلك نص عليه المرسوم 145/82في المادتين 43و26منه ،والذي اعتبر اسلوب التراضي قاعدة في التعاقد ،مع الاشارة الى انه تحددت معالم هذا الاسلوب تدريجيا مع صدور المرسوم التنفيذي رقم 434/91 والتعديلات المدخلة عليه لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 54/96 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 87/98، وصولا للمرسوم الرئاسي رقم 250/02 الملغى بالمرسوم الرئاسي 236/10 الذين قسما بدورهما التراضي الى شكلين ،هما التراضي البسيط بعد الاستشارة ،مع تأكيدها على الطابع الاستثنائي لهذا الاسلوب في تعاقدات الإدارة كما نص عليه المرسوم الرئاسي الاخير 247/15 في المادة 41 وبناءا عليه غان دراسة اسلوب التراضي تستلزم التعرض لأشكاله ،للوقوف على

1ماجد راغب الحلو العقود الادارية ،بدون طبعة ،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،مصر ،2000،ص.62.

2عوابدي عمار ،مرجع سابق،ص.209

حدود الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في استعمالها لهذه الطريقة التي تمس مباشرة بمبدأ المنافسة العامة خلافا لأسلوب طلب العروض.

الفرع الثاني :اشكال التراضي

نصت المادة 41 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي247/15على ان التراضي يمكن ان يكتسي شكل التراضي البسيط او بعد الشكل التراضي بعد الاستشارة ،ورغم ان اسلوب التراضي كان معروفا في النظام القانوني للصفقات العمومية منذ صدور الامر 99/67،الا انه لم يفصل الة أشكال

الا بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 54/96 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 434/91 الذي قسمه الى شكلين المعروفين حاليا [1]،أي التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة ،والمرسوم الرئاسي رقم 250/02 الملغى ،والمرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي حدد هو الاخر حالات إعمال كل شكل من اشكال التراضي ،والمتمثلة اساسا في مايلي :

اولا:التراضي البسيط

ان اجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها في الحالات الواردة في المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية من المرسوم الأخير ،ومنه يتضح بان التراضي البسيط هو اسلوب مرن تلجأ اليه المصلحة المتعاقدة ،بكل حرية دون استعمال اجراءات وشكليات المنافسة ولا حتى الاستشارة المسبقة ،وانما الاتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر وبذلك فهي محررة من قيود الرقابة الذاتية مما يؤدي الى التأثير على المنافسة والشفافية.

1بحري اسماعيل،الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر ،السنة الجامعية 2008 /2009،ص .20

1رقراقي محمد زكريا ،المرجع السايق ،ص.43

2المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15

غير ان اطلاق يد الادارة في اختيار التعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار ،يفرض تقييدها بحالات اللجوء للتراضي البسيط ،بحيث قيدها نص المادة 49 بحالات محددة تلجأ في حالة توفرها لهذه الطريقة ،وتتمثل في:

1-الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد[2]

وهي الحالة التي تتوفر عندما لا يمكن تنفيذ موضوع الصفقة الا على يد متعامل وحيد يتحكم بصفة احتكارية في الخدمة المطلوبة ،او بصورة حصرية في الاسلوب التكنولوجي المختار من طرف المصلحة المتعاقدة ،او لاعتبارات ثقافية و/او فنية .فنجد ضمن حالات الاحتكار الواقعي ،اي ذلك الاحتكار الذي يفرضه واقع السوق، بحيث لا تتوفر الخدمة او الاسلوب المختار من طرف المتعامل المتعاقد إلا لدى متعامل وحيد.

ويدخل في حالات الاحتكار ايضا ما اوردته الفقرة 06 من المادة 4 التي نصت على اللجوء الى اجراء التراضي البسيط "عندما يمنح نص تشريعي او تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية "وهو ما يشكل احتكارا قانونيا للخدمة ،علما بأنه امتياز خاص بالمؤسسات العمومية دون سواها ،وبين التنظيم ان قائمة هذه المؤسسات تحدد بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني[1].

2-حالات الاستعجال

وهي حالات تبر وتسمح للمصلحة المتعاقدة بابرام الصفقات بطريق التراضي البسيط ،وقد نصت المادة 49 على امكانية تجسيدها في عدة صور هي:

ا-حالة الاستعجال المعلل لخطر داهم يتعرض له مللك او استثمار تجسد في الميدان ،بحيث ان اتباع اسلوب طلب العروض لإبرام الصفقة لا يسمح بتغطية حالة الاستعجال غير متوقعة،اي مرتبطة بفكرة الظروف الطارئة،وهنا تتفاوض الادارة مباشرة مع المتعامل المتعاقد باعتبار ذلك الانسب لتغطية هذا الخطر الداهم،وعلى المصلحة المتعاقدة تبيان الضرورة والاستعجال،وتقديم التبرير الكافي لإتباعها طريقة التراضي البسيط ،لذا نجد المادة 19 من تنظيم الصفقات العمومية تنص على ان لا يكون لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الطريق نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها .

1 بحري اسماعيل،المرجع السايق،ص.42

ب-الحالة الثانية للاستعجال هي حالة التموين المستعجل ،غير ان وجه الاختلاف بينها وبين الحالة الاولى يكمن في موضوع العقد ،كونه يتعلق بالتموين لضمان سير الاقتصاد او توفير حاجات السكان الاساسية وهذا اما لتزويد السوق بمادة ضرورية للاقتصاد اصبحت نادرة على سبيل المثال ،ونقصها يؤثر في الاسعار او يحتم الوضع الاقتصادي والمعيشي توفرها ،او لتوفير الحاجات الاساسية للسكان ،وهذه الاخيرة متعددة ومتغيرة من منطقة لأخرى وعدم حصرها من التنظيم يفتح باب التحايل امام المصلحة المتعاقدة في اللجوء الى اسلوب التراضي البسيط ،وتعليل ذلك و تسبيبه بتوافر حالة التموين المستعجل.

03-حالة المشروع ذي الاولوية والأهمية الوطنية وترقية الإدارة الوطنية للإنتاج

نصت المادة 49من تنظيم الصفقات العمومية على امكانية اللجوء لإجراء التراضي البسيط في التعاقد بالنسبة لهاتين الحاتين ،وذلك بعد الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء اذا كان مبلغ الصفقة يساوي او يفوق عشرة ملايير دينار 10.000.000.000د ج ،للموافقة المسبقة اثناء اجتماع الحكومة اذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سالف الذكر.

ولا شم في ان الطابع الخاص للمشروع ذي الاولوية الوطنية او اداة الانتاج الوطنية ،سيخلف اثر ايجابيا عاما يمس كل اقليم الدولة طالما وضفت المادة 49 المشروع او اداة الانتاج بان لهما طابع وطني ،ومن المؤكد أيضا ان الاعباء المالية الناتجة عن ابرام مثل هذه العقود ستكون ضخمة جدا لذا تشدد النص في فرض موافقة مسبقة لمجلس الوزراء او اثناء اجتماع الحكومة[1].

ثانيا :التراضي بعد الاستشارة

وهو الاجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب استشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة مخصصة ومهيأة لذلك دون الشكليات الاخرى، ومنه فان اجراء التقاضي بعد الاستشارة لا يخرج عن كونه اسلوب مرن

1تراجع هذا الشأن: تعليمة الوزير الاول رقم 18 المؤرخة في 16 جانفي 2013 الموجهة لأعضاء الحكومة والولاة بخصوص ابرام الصفقات العمومية بصيغة التراضي البسيط

2رقراقي محمد زكريا ،المرجع السابق،ص.42

تلجأ فيه المصلحة المتعاقدة الى التعاقد اداريا ،اذ تتحرر من قيود[1] الاجراءات والشكليات الواجبة الاتباع في اسلوب طلب العروض ،فهي تجد في هذا الطريق الحرية والمرونة الكافية في اختيار المتعاقد معها .

واذا كانت الادارة المتعاقدة في التراضي البسيط تلجأ لأبرام الصفقة عن طريق التفاوض المباشر ،فانها في هذا الاسلوب يجب عليها استيفاد واتباع طريق الاستشارة ،كما قيد تنظيم الصفقات العمومية اللجوء الى التراضي بعد الاستشارة في مادتيه51و50 من المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل والمتمم ،وهي كالآتي :

01-حالة عدم جدوى طلب عروض للمرة الثانية

تتوفر حالة عدم الجدوى اذا قامت المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن رغبتها في ابرام طلب العروض من اجل حاجة معينة ،ولا تستلم اي عرض ،او انه لا يمكن بعد تقييم العروض المستلمة اختيار اي عرض ،في حالة عدم ضمان تمويل الحاجات .

2-حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى طلب عروض

ان الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إعمال اسلوب التراضي بعد الاستشارة إلا ان المشرع لم يحدد طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها ،حيث ذهب البعض الى انه مادام ان المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية تناولت شروط اللجوء الى صيغة التراضي البسيط بنا فيها الصفقات ذات المنفعة الوطنية العامة ،الهادفة لتحريك الاقتصاد في قطاع معين او تدعيم المنتوجات الوطنية ،فان المادة 51 لم تبق من انواع الصفقات إلا ما يمكن ان ينظر اليها انها ذات طابع سرية[2].

3- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

اقتصرت هذه الحالة على الصفقات المنصبة في تنفيذ الاشغال التابعة للمؤسسات ذات البعد الوطني والسيادي دون غيرها من الهيئات الاخرى ،دون تبيان او تعداد لهذه المؤسسات ،حيث اشارت المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية الى انه تحدد قائمة الاشغال التي تدخل ضمن هذه الحالة بموجب قرار وزاري بين

1خرشي النوي،مرجع سابق،ص.173.

وزير المالية والوزير المعني او سلطة المؤسسة الوطنية السيادية المعينة ،ومن ثم فان إعمال هذا الاسلوب مفيد بالعودة الى القائمة المذكورة [1].

4-حالة العمليات المنجزة في اطار استراتيجية التعاون الحكومي

تم النص على هذه الحالة لأول مرة بموجب المادة 09 من المرسوم الرئاسي 338/08 المعدلة لنص المادة 38 من المرسوم الرئاسي 250/02 ،حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتيازية على ذلك وقد اكدت المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية الحالي على هذه الحالة مشيرة الى امكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في حالة الاتفاقيات الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الاخرى.

5-حالة صفقات الدراسات او اللوازم او الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ

يمكن ان تدفع بعض الظروف المحيطة بإنجاز موضوع الصفقة الى فسخها ،سواء تم ذلك بشكل احادي من طرف المصلحة المتعاقدة في حالة اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ،وعدم استجابته للاعتذارات الموجهة اليه بخصوص الالتزام بما تم الاتفاق عليه ،او تم بشكل رضائي من خلال الاتفاق التعاقدي بين الطرفين على فسخ الصفقة ،ومهما كانت طريقة الفسخ أجاز تنظيم الصفقات العمومية اللجوء الى التراضي بعد الاستشارة لإبرام صفقة جديدة ،في حالة ما كانت طبيعة الصفقة لا تسمح بالرام طلب العروض جديدة ،علي ان ذلك لا يشمل صفقات الاشغال[2].

في الاخير ،ينبغي الاشارة لمسالة ضرورة اتباع شكليات معينة عند اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة ،حيث تخضع الاستشارات المتعلقة بجميع الحالات المشار اليها اعلاه وجوبا ،الى دفتر شروط واجب التأشيرة عليه من طرف لجنة الصفقات المختصة ،باستثناء حالة التراضي بعد الاستشارة بناء على عدم جدوى طلب العروض حيث تتم الاستشارة بنفس عناصر دفتر الشروط المعد بصدد الطلب العروض ولا تعفى المصلحة المتعاقدة الا من الاجراءات التي تعد من أخص خصائص طلب العروض ،وهي كفالة العرض وكيفية الابرام

1بوضياف عمار ،مرجع سابق،ص.115.

2بحري اسماعيل ،مرجع سابق،ص.23

والزامية نشر اعلان المنافسة مع اجبارية استشارة ثلاثة متعاملين مؤهلين على الاقل وجميع المتعهدين الذين استجابوا للطلب العروض ما عدى في حالة الاستثناء المبرر قانونا[1].

في الاخير يمكن القول ان اسلوب طلب العروض بمختلف اشكالها كما وردت في قانون الصفقات العمومية كقاعدة عامة اساسية للتعاقد ،جاءت من اجل تقييد حرية الادارة العمومية في اختيار الطرف المتعاقد ،وذلك لعدة عوامل واسباب تتلخص في تكريس مبدا الشفافية والمحافظة على المال العام باعتبار طلب العروض ضمان لعدم اهدار الاموال العمومية نظرا لخصوصيتها كما انها تساهم في اختيار المتعاقدين الاكثر كفاءة والحد من تعسف الادارة وتجاوز سلطتها ،ومن خلال ضبط اشكال وانواع المناقصات الواجب اتباعها في تعيين المتعامل المتعاقد وفقا للشروط التي يفرضها القانون وتحددها الحاجة الى التعاقد بما يؤدي لمزيد من التكريس لحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية[2].

ومن خلال ما سبق عرضه فان اختيار المصلحة المتعاقدة للتعاقد بواسطة اسلوب التراضي يتيح لها انجاز المشاريع في وقت قصير مقارنة بأسلوب طلب العروض لما يمتاز به من السرعة والبساطة في كيفية الابرام ،ولكن يؤخذ على إعمال هذا الأسلوب في التعاقد الحد كثيرا من المنافسة والشفافية لاسيما في حالة التراضي البسيط الذي يحرم الادارة من المقارنة بيم العروض ،وبالتالي اختيار أفضلها ،زيادة على غياب ضوابط تحدد طريقة الابرام وفقا لهذا الاسلوب بما يمكن معه اختيار المتعامل المتعاقد بناء على اسس ذاتية واعتبارات شخصية ،لاسيما اذا علمنا ان أسلوب التراضي يتسم بتضييق مساحة الرقابة القبلية على صفقات المصلحة المتعاقدة مقارنة بأسلوب طلب العروض[3].

1المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15

2خرشي النوي ،مرجع سابق،ص.173.

3بحري اسماعيل ،مرجع سابق،ص.24.

المبحث الثاني: مبدأ الشفافية عند منح واعتماد الصفقة ونطلقه

يتميز التنظيم الحالي للصفقات العمومية ،بالإجراءات تضمن شفافيتها من حيث هذه الاخيرة للمتعامل اكثر كفاءة ،هذه الشفافية العرض منهت المحافظة على المال العام واعطاء الفرصة لكل المتعاملين ،وبهذا تكون الإدارة من خلال هذا التنظيم تسعى لتكريس مبدأ تساوي الفرص للمترشحين لظفر بالصفقة في ظل منافسة شفافة عند منحها او اعتماد

المطلب الاول:تكريس مبدأ حياد الإدارة

تم تكريس حياد الإدارة من خلال تنظيم الصفقات العمومية من خلال عدة إجراءات ابرزها إجراء الإعلان والإجراءات السابقة واللاحقة لعملية المنح المؤقت للصفقة.

الفرع الاول :إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية

إن الصفقات العمومية ترد عليها عدة قيود تحد من حريتها في عملية الإبرام وتكوين الصفقة من خلال وجوب إحترام القواعد الأساسية التي تحكم الصفقات العمومية

ومن بين اهم القواعد التي يجب ان تؤسس عليها إجراءات ابرام الصفقات العمومية ،احترام مبدأ الشفافية والمنافسة الشريفة ،والتي بدورها ترتب على عاتق الإدارة جملة من الالتزامات من اهمها: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات ابرام الصفقات العمومية أي قاعدة الإشهار والإعلان ،ونزاهة عملية إيداع العروض وفتحها وتقييمها ،وإتخاذ موقف الحياد اتجاه عملية ارساء الثفقة[1].

وعليه فان المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام قواعد الشفافية والحياد في عملية ابرام الصفقات العمومية والخضوع لمختلف أنواع الرقابة القبلية في اطار تجسيد المبادئ الشفافية والمنافسة.

1حمود محمد عبد الله النظام القانوني لإبرام العقد الاداري عن طريق تقنية الطلب العروض مجلة الحقوق ،جامعة البحرين ،المجلد الثاني العدد الاول ،يناير 2005،المنامة ،ص.87.

اولا :الإعلان إجراء جوهري لتكريس مبدأ شفافية الإجراءات

إن قانون الصفقات العمومية جاء لتكريس العمل بالمبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية ،وهي القواعد التي تعتبر بلا شك من الضمانات الهامة لتحقيق منافسة حرة ونزيهة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء او تعسف من جانب الإدارة .

ويتحلى تحقيق مبدأ الشفافية وحياد الإدارة العامة ،في إجراءات منح الصفقة لاسيما ما يتعلق بالإعلان عنها واجباريته بالنسبة للمناقصات بمختلف اشكالها ،وكذا اعتماد الوسائل الحديثة للتواصل بين أطراف الصفقة ،مما يساهم في توسيع المنافسة وتسهيلها على المعنيين بها، زيادة على تكريس إجراء المنح المؤقت ،وما يترتب عنه من حقوق للمترشحين للصفقة مثل الحق في معارضة قرار المنح.

ألزم المشرع الجزائري الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد وجوبا وفقا للطرق المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية ،ويعرف الإعلان على انه دعوة علنية للمؤسسات المعنية بموضوع الطلب العروض ،لتقديم عروضها بشان الطلب العروض قصد إجراء منافسة بينها، واختيار العرض الاكثر ملائمة ،حسب الشروط المنصوص في الإعلان والسماح لها بالترشح للصفقة متى أبدت رغبتها وتوفرت فيها الشروط القانونية ،كما يجنب الإعلان الادارة أجواء الشك والريبة في التعامل النزيه أثناء إبرام الصفقة العمومية ، ،وبالتالي يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة لك ان الإعلان وسيلة تحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة ضيقة من المتعاملين ،بحجة انهم وحدهم من يمكنهم الوفاء بمتطلباتها ،وبذلك تتحقق الوقاية من جرائم المال العام، بالموازاة مع ضمان منافسة واسعة ويكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي ويحرر الإعلان باللغة الوطنية وباللغة الاجنبية واحدة على الاقل، ينشر إجباريا في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين ،يعتبر الإعلان إجراء ضروري من أجل تحقيق فعالية الطلب العام وضمان المساواة بين المترشحين ،وبالتالي يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة والشفافية [1].

1 الطماوي محمد سليمان الأسس العامة للعقود الادارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة الخامسة ،مطبعة عين شمس ،القاهرة ،1991،ص.250

ثانيا :استعمال الوسائل الحديثة للتواصل وأثرها على مبدأ الشفافية

يحمل الفصل السادس من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عنوان''وتبادل المعلومات بطريقة الكترونية والذي ينبئ عن عزم السلطات العمومية على وضع الصفقات العمومية ضمن المجالات المعنية بسيرورة الانتقال التدريجي من الإدارة الوقية الى الإدارة الالكترونية [1].

01-نشر الإعلانات وتبادل المعلومات بطريقة الكترونية

في هذا الشأن ،نصت المادة 203 من تنظيم الصفقات العمومية على انه :''تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية ''،وبالرغم من عدم صدور قرار وزير المالية من أجل تحديد محتوى هذه البوابة وكيفيات تسييرها وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة ،فإنه يتوقع ان تكون وظيفة هذه البوابة إعلام العموم بكل ما يتعلق بالصفقات ،ولاسيما المعلومات الخاصة بمرحلة الإبرام المتمثلة في إعلانات جلسات العروض ،ونتائج المنافسة ،ونتائج جلسات فحص العروض[2].

غير ان نشر وتبادل هذه المعلومات مثلما ورد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري ،لا يعدو ان يكون وسيلة إضافية ومكملة لوسائل النشر الأخرى ذات الصفة المادية ،والتي تم الاحتفاظ بوظيفتها الإجرائية كاملة.

فباستقراء نص المادة 203 من تنظيم الصفقات العمومية ،يتضح لنا النشر الإلكتروني لا يعفي صاحب المشروع من نشر طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ،وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين.

وتبعا لذلك ،فإن إحداث هذه البوابة الإلكترونية يسدي خدمة مرفقية تكميلية لفائدة الفاعلين الاقتصاديين من خلال توسيع مجال إعلامهم فيما يعنيهم من شؤون الصفقات.

1يراجع:تقرير اللجنة الإلكترونية التي تم إنشاءها من طرف الوزارة الاولى ،بعنوان ''الجزائر الإلكترونية 2013''ديسمبر 2008،ص.20،متوفي بموقع بوابة الوزير الاول :www.premier-ministre.gov.dz

2بحري اسماعيل ،مرجع سابق،ص.33

كما ان مقتضيات المادة 204 تنص على امكانية وضع وثائق الدعوة الى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين بالطريقة الإلكترونية ،بالإضافة لإمكانية هؤلاء أن يردوا على الدعوة الى المنافسة بنفس الطريقة ،والملاحظ ان الوثائق والمعلومات القابلة للتبادل بطريقة إلكترونية قد وردت حسب نص المادة بصيغة تفيد التعميم ،وللتواصل الإلكتروني انعكاسات متمثلة في صعوبة التأكيد من وفاء صاحب المشروع بالتزام مراعاة المساواة في التواصل مع المتنافسين[1] ،علما بأن طبيعة هذا الالتزام ستتحول من التزام بتحقيق نتيجة الى التزام ببذل عناية ،ذلك أن الطرق العادية لتبادل المعلومات تقضي من صاحب المشروع تسليم الوثائق الضرورية لتحضير ملف الترشيح استلاما ماديا مشهودا عليه بتوقيع المترشحين ،وبثبوت تاريخه بالسجلات الادارية المعدة لهذا الغرض ،بينما في حالة التواصل الإلكتروني ،يكتفي صاحب المشروع ببعث الإرسال بنفس التاريخ للمتنافسين المعنيين بإبرام الصفقة ،دون أن يكون ملزما بضمان توصلهم جميعا في تزامن تام بهذا الإرسال.

إن صعوبة الحفاظ على مساواة المتنافسين ،تبرر مستوى ازدواج التعامل مع ملفات الترشيحات والعروض ،بسبب التمييز القائم بحكم الواقع بين الارسال العادي والارسال الالكتروني، فمخاطر اللامساواة في التعامل قائمة في ما يرجع لانتهاء أجل استلام ملفات الترشيح والعروض: الذي يمكن ضبطه في حالة الإرسال العادي بالاستناد الى تاريخ والساعة المحددين في الإعلان عم طلب العروض بخصوص جلسة فتح الأظرفة ،يطرح موضوع التواصل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية إشكالية حماية سرية المعلومات المتعلقة بوثائق الترشيح والعروض ،باعتبار أن صاحب المشروع يكون ملزما بحماية سرية هذه الوثائق بمجرد استلامها بإحدى الطرق العادية ،بينما لا نجد توضيحا لهذه الفرضية في التشريع الجزائري بالنسبة للإرسال الإلكتروني.

الفرع الثاني :إجراءات منح الصفقات العمومية

يأتي المنح المؤقت ،انطلاقا من تحديد الحاجات ،مرورا بوضع الصفقة محلا للمنافسة من خلال اشهارها وصولا الى منح الصفقة ،غير انه يوجد بعض الإجراءات التي لها علاقة مباشرة بتعيين صاحب الصفقة ،خصوصا ما يتعلق بتقديم العروض وتقييمها ،وعليه ينبغي توضيح الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة ،على ان يتم بعدها الحديث حول المنح المؤقت وارساء الصفقة.

1بوضياف عمار ،مرجع سابق،ص.149

اولا :الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة

بعد مرحلة الإعلان عن طلب العروض ،وموافاة المترشحين بالوثائق المتعلقة بالصفقة مع امكانية ارسالها الى المترشح الذي يطلبها ،وبعد اطلاعهم على هذه الوثائق واعداد عروضهم يتم تقديم هذه العطاءات من اجل فحصها وتقييمها.

01-تقديم العروض

تعرف العروض على انها تللك العطاءات التي يتقدم بها الأشخاص ،والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المترشح القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة ،وكذلك تحديد السعر الذي يرتضي على اساسه ابرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة[1].وتعتبر عملية تقديم العروض عملية هامة لتشكيلها نقطة بدأ العلاقة بين الغدارة والمتنافسين ،فضمن الإجراءات السابقة لإيداع العروض ،كانت الإدارة تنفرد بإعداد للصفقة ،دون ان يشاركها في ذلك اطراف آخرون ،غير اننا نلاحظ انه ابتداء من بدأ عملية تقديم العروض ،فإن كل اعمال الإدارة ترتبط بأشخاص وهيئات أخرى فضلا عن اعوانها[2]،ويمكن ان تكون هذه الاعمال محلا لطعون ونزاعات قضائية

وفي هذا المسعى ،يجب ان تقدم العروض خلال المدة المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة ،ويبدأ تقديمها من تاريخ اول صدور للإعلان عن طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي اة في الصحافة وقد أعطت سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة كما سلف ذكره في اختبار الأجل الذي يناسبها لتحضير العروض، مع مراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة ،والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وايصال التعهدات ،وكان من الافضل وتفاديا لأية خروقات قد تحدث ،ان يحدد النص أجلا ادني ينبغي .

1بحري اسماعيل ،مرجع سابق،ص.57

2خرشي النوي ،مرجع سابق،ص.211.

مراعاته وعدم النزول عليه كأن يذكر مثلا 20 يوما ابتداء من يوم الموالي من تاريخ نشر اول إعلان للطلب العروض[1].

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة ،ان تمدد هذ الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك ،مع ضرورة إخطار المترشحين بكل الوسائل.

واضافة الى عنصر الآجال ،يجب أن تقدم العروض طبقا للمواصفات التي تحددها المصلحة المتعاقدة سلفا والواردة في دفاتر الشروط ،كما يجب أن تشمل العروض على ملف الترشح وعرض تقني وعرض مالي وهذا حسب ما جاء في المادة 67 من قانون تنظيم الصفقات .

02-فحص العروض وتقييمها

في اطار تكريس مبداي المنافسة والمساواة بين المترشحين ،تم اسناد مهمة فحص العروض للجنة خاصة في اطار ما يصطلح عليه قانونا بالرقابة الداخلية ،وهذه الصفة ،تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الأتية:

- تثبت صحة تسجيل العروض

- تعهد قائمة المترشحين او المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم تو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.

- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.

- توقع بالحروف الاولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا يكون محل طلب إستكمال.

- تحرر المحضر اثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه أعضاء اللجنة الحاضرين ،والذي يجب ان يتضمن التحفظات المسجلة والمقدمة من قبل اعضاء اللجنة[2].

1بوضياف عمار ،مرجع سابق،ص.151

– تدعو المترشحين او المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا عن طرق المصلحة المتعاقدة الى استكمال عروضهم التقنية،تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق التقنية التبريرية ،في اجل اقصاه عشرة –10–أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة ،ومنها ومهما يكن من امر تستثنى من طلب الإستكمال كل الوثائق الصادرة للمتعهد والمتعلقة بتقييم العروض

– تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في المحضر ،إعلان عدم جدوى الإجراء

– ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة الي اصحابها من المتعاملين الاقتصاديين عند الاقتضاء.

– كما يتم تقييم العروض من طرف نفس اللجنة ،حيث تقم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية:

– إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام تنظيم الصفقات العمومية او لموضوع الصفقة وفي حالة الإجراءات التي لا يحتوي علي مرحلة انتقاء اولي لا تفتح أضرفة العروض التقنية والمالية والخدمات عند الاقتضاء المتعلقة بالترشيحات المقصاة.

– تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على اساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط – وتقوم في مرحلة اولى بالترتيب التقني للعروض مع اقصاء العروض التي لم تتحصل عبى العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط ،كما تقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية [1].

1المادة 71من المرسوم الرئاسي رقم 247/15

2المادة 72من المرسوم الرئاسي السابق رقم 247/15

ثانيا :المنح المؤقت وإرساء الصفقة

إن المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الاختيار والبث النهائي في العروض إذ يجب عليها تنفيذ في هذه المرحلة بجملة من الضوابط والثوابت التي تحددها سلفا وتعلن عنها سواء تعلق الامر بمعيار العرض الاقب ثمن او العروض الافضل من الناحية الاقتصادية .

لقد تم تقرير اجراء المنح المؤقت للصفقة في اطار التكريس المتزايد لمبدا الشفافية من خلال التنصيص على اجبارية اتباع هذا الاجراء بعد الفراغ من عملية فحص العروض واختيار افضل متعهد ،ليصدر قرار المنح المؤقت لهذه الصفقة لمن رست عليه ،في انتظار إتمام إجراءات التصديق والاعتماد والرقابة الخارجية عن طريق الصفقة على لجنة الصفقات المختصة.

ويقصد بالمنح المؤقت للصفقة ،ارساء الصفقة بصورة مؤقتة على احد المتنافسين ،اما الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة وبقصد به اعلام المتنافسين المشاركين في طلب العروض ومجموع الجمهور بالنتائج المؤقتة للطلب العروض وفقا لشكليات واطر معينة ولا يعتبر المترشح المختار حائزا بصورة نهائية للصفقة بحيث لا يعتبر كذلك الا بعد دراسة الطعون ان وجدت[1].

يتم اعلام المتنافسين باسم المتعامل الذي رسي عليه الاختيار المؤقت مع تضمين الاعلان للسعر ،وآجال الانجاز ،وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة وتمكن اهمية هذا الاجراء في تمكينه للمتنافسين من التأكد من صحة المقارنات التي اجرتها المصلحة المتعاقدة بين عرض كل منهم وعرض من رسي عليه الاختيار المؤقت ،بالإضافة لتمكينهم من معرفة ما آلت اليه عروضهم وعروض منافسيهم ،فضلا عن فتح المجال امامهم لتقديم طعون بشان الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ،بما يضفي شفافية على أعمال الادارية [2].

1خرشي نوي، مرجع سابق،ص.213

2رقراقي محمد زكريا ،المرجع السابق،ص.72

الفرع الثالث: الإجراءات المؤطرة لطعون المتنافسين

ان حل الضمانات الواردة في تنظيم الصفقات العمومية جاءت لتأكد حرص المشرع على تحقيق الاهداف المتوخاة من الصفقة العمومية ،الا وهي اشباع الحاجات العمومية وتحقيق المصلحة العامة من خلال صيانة واحترام المبادئ العامة للصفقات لاسيما حماية قواعد الشفافية وتكريس نزاهتها .

ومن اهم الضمانات الزامية لتعزيز حقوق المترشحين في منافسة نزيهة وشفافة ،وتكريس الحق في الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة ،حيث ان الصفقة العمومية من خلال المراحل التي تمر بها ،أوكلت عملية اتمامها منذ البداية حتى النهاية الى المصلحة المتعاقدة التي تشرف علي كل الترتيبات الأمر الذي قد يؤدي الى تعسفها في عملية اختيار المتعامل المتعاقد ،او اغفالها إجراءات مهمة في عملية الانتقاء وعدم اختيار الامثل لصاحب الصفقة ،وهذا حتما يؤدي الى نشوب نزاعات تتعلق بعملية انعقاد الصفقة بحد ذاتها.

ومن اجل نجاعة عملية اختيار المتعامل المتعاقد ،وتجنبا لأي تعسف او اخلال قد يحدث من قبل المصلحة المتعاقدة ،خاصة في مجال المناقصات التي تعتبر كما سبقت الاشارة القاعدة العامة للمتعاقد ،عند المشرع في مجال الصفقات العمومية الى تقرير امكانية طعن المتنافسين في الاختيار الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة[1].

اولا :نطاق الطعن

حسب المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية /فإنه''زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة او الغائه او اعلان عدم جدوى او الغاء الاجراء ،في اطار طلب العروض او اجراء التراضي بعد الاستشارة ،أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة ،وبالتالي فإن هذا التظلم او الطعن اختياري بالنسبة للمتعامل المتعاقد خلاق لبعض النصوص السابقة التي جعلت منه أمرا اجباريا قبل اللجوء للقضاء.

1رقراقي محمد زكريا ،المرجع السابق،ص.82

وتكريسا لمبدأ حرية المنافسة ولمبدأ الشفافية فإن المنح المؤقت للصفقة الصادر عن السلطة المتعاقدة يجب ان يدرج في الجرائد التي نشر فيها اعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا ،مع تحديد السعر وآجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

أما بالنسبة للجهة المختصة بدارسة الطعون فإنه علاوة على صلاحيات لجنة الصفقات المنشأة على مستوى كل مصلحة متعاقدة بخصوص ممارسة مهام الرقابة على عملية إبرام الصفقة العمومية فإن المشرع قد خول لها أيضا ابداء الرأي حول الطعون التي يتقدم بها العارضون الاين يحتجون على اختيار المصلحة المتعاقدة.

ثانيا :آجال الطعون

يجب على المتعهد عمد تقديمه الطعن استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية من حيث وجوب احترامه للآجال القانونية في ايداع الطعن مع ايداعه في الجهة المختصة بذلك،(سواء تعلق الامر يلجان الصفقات القطاعية او الولائية او البلدية او الوزارية)أي انه يأخذ بعين الاعتبار اختصاص اللجنة بالعودة الى النصوص القانونية التي تنظم اختصاصها النوعي والاقليمي.

كما يتوجب ايضا على المتعهد الطاعن ،اثبات وجه خرق القانون او صورة التميز بين المتنافسين[1] ،فبعد اسناد الصفقة يبقي الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة مؤقتا إلى غاية انتهاء الآجال القانونية لإيداع الطعون ،والتي حددها التنظيم باجل عشرة ايام ابتداء نت تاريخ نشر اعلان فتح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ،او في الصحافة حسب الحالة ويقدم الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الاجراء بعدها تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في اجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء اجل العشرة ايام ،حسب نص المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية ،ويبلغ هذا الرأي الى كل من المصلحة المتعاقدة ز صاحب الطعن.

1خرشي نوي، مرجع سابق،ص.60

ولا يمكن ان بعرض مشروع الصفقة نتيجة لذلك على لجنة الصفقات العمومية المختصة لدراسته إلا بع انقضاء اجل 30 يوم ابتداء من تاريخ نشر اعلان المنح المؤقت للصفقة ،الموافق للآجال المحددة لتقديم

الطعن ودراسته من طرف لجنة الصفقات المختصة ،ثم تبليغه بقرارها بعد انقضاء اجل 10 ايام الممنوحة للمتعهد من اجل تقديم طعمه علما بانه في حالة طعن ،تجتمع لحنة الصفقات المختصة بتشكيلتها المحددة قانونيا ،وبحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

المطلب الثاني :القيود الواردة على مبدأي الشفافية والمنافسة في الصفقات العمومية

إذا كان مبدأي حرية المنافسة وتكريس شفافية الاجراءات من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية ،مما أدى الى حرص المشرع الجزائري على تكريسها سواء في تنظيم الصفقات العمومية او في القوانين الاقتصادية الاخرى ،إلا ان تطبيق هذه المبادئ لا يأخذ على اطلاقه دائما ،ففي بعض الحالات نجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامها دون ان يعبر ذلك احلالا منها بمبدأي حرية المنافسة والشفافية ،ويكون ذلك غما تطبيقا لنص قانوني إذ عادة ما تحدد نصوص بعض القوانين فئات يمنع عليها الدخول في المناقصات التي تجريها الإدارات العمومية لارتكابها لجرائم او مخالفات (الاقصاء)،او لأسباب تتعلق بتحديد بعض الشروط التي يؤدي فرضها الى جعل مجال المنافسة محصورا على فئات محددة[1](الاستبعاد)،زيادة على امكانية تخصيص نسبة من الصفقات للمؤسسات الوطنية لاسيما الصغيرة منها والمتوسطة(الصفقات المحجوزة)

1– 1عبرت على ذلك محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17 جوان 1992 بقولها:"...إلا ان هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان :أولهما يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة وثانيها يتعلق بما تفرضه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة ".ذكرته :تياب نادية ،تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام،الملتقى الوطني السادس حول "دقر قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"،كلية الحقوق لجامعة المدية ،20 ماي 2013 ،غير منشورة ،ص.07.

الفرع الاول :استبعاد المترشحين وإقصائهم من المشاركة في الصفقات العمومية

ان حرية المنافسة والمساواة بين المترشحين الصفقة لا يعني ذلك انعدام سلطة الادارة في تقدير صلاحية المتقدمين وكفاءتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة ،حيث تملك الإدارة سلطة استبعاد العروض التي لم تتوفر فيها أو في مقدمتها الشروط المقررة ،لأنه لما كانت العقود الادارية مرتبطة أشد الارتباط بالمصلحة العامة فإنه من واجب الإدارة أن تتأكد مقدما من صلاحية المترشحين ،بحيث انها تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال [1].

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة ،إقصاء لعض الاشخاص لقيامهم ببعض الأفعال المحظورة قانونا كإجراء عقابي يتم إبقائه على المترشح لحماية المصلحة العامة ،مما يستدعي شرح مضمون الاقصاء والاستبعاد وابراز الأساس القانوني لسلطة الإدارة في استبعاد بعض المترشحين أو اقصائهم مع توضيح الفرق بين الاستبعاد والإقصاء .

اولا :مضمون الإقصاء والاستبعاد

يمكن تعريف الإقصاء على انه قرار إداري يحول دون تقدم شخص ما للمنافسة في التعاقد مع الإدارة [2]،وتباشر الإدارة سلطتها في الإقصاء عن طريق إصدار قرار أحد الاشخاص الطبيعية او المعنوية من التقدم للمنافسة في الصفقات العمومية التي تطرحها مختلف المصالح المتعاقدة ،وقد يكون الإقصاء لمدة محدودة أو غير محدودة[3]،ويترتب على قرار الإقصاء عدم قبول العروض التي يتقدم بها الشخص المقصى ولو كانت لكافة الشروط.

وبالنسبة لأنواعه ،نجد أ، قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 قد قسم الإقصاء الى صنفين :إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي ،وصنف الاقصاء المؤقت بدوره الى إقصاء تلقائي وآخر بموجب مقرر مع اعترافه للوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المختص إقليميا بإصدار مقرر الإقصاء.

1بركات عمر فؤاد ،مبادئ القانون الاداري ،بدون طبعة ،شركة سعيد رأفت للطباعة والنشر ،القاهرة ،1985،ص.534

2الهاشمي عبد المطلب عبد الرزاق ألطيف ،النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ،اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة بغداد ،العراق 1997،ص.45.

3نصار جابر جاد ،الوجيز في العقود الإدارية ،بدون طبعة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر ،2001،ص.64

وبخصوص حالاته ،جاء المرسوم الرئاسي رقم 247/15في القسم الرابع منه تحت عنوان "حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية"، فذكرت المادة 75 المتعاملون الاقتصاديون المقصون بصفة مؤقتة أو نهائية.

أما بالنسبة للاستبعاد ،فهو قرار تصدره الإدارة يتضمن استبعاد أحد العروض التي قدمت في الصفقة العمومية [1] ،وهو قرار موضوعي لا ينصب على الشخص المتقدم بالعرض وانما يوجه للعرض في حد ذاته، ويعد إجراء فرديا ينطبق على حالة معينة بالذات وهو يستبعد عرضا معينا مقدما في صفقة ما، وبذلك يحرم العرض من السير في إجراءات الصفقة الى منتهاها

وتباشر الإدارة سلطتها في استبعاد العروض لأسباب عديدة :فقد يكون نتيجة لتطبيق حالة من حالات الإقصاء ،أو لعدم استيفاء العرض للشروط التي تحددها الإدارة ،لاسيما لعدم توافر الكفاءة التقنية والمالية لدى صاحب العرض[2]،أو العرض الناقص من جانب الملف المقدم، وغيرها من الاسباب

ثانيا: سلطة الإدارة في الاستبعاد والإقصاء

إن سلطة الإدارة في الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية تعتبر سلطة تقديرية ،تباشرها عن طريق إعمال امتيازها بحق التنفيذ المباشر الذي يخولها إصدار قرارات فردية منفصلة عن العقد ،بحيث تتمكن بذلك من إصدار قرارات لإقصاء أو استبعاد أي شخص بإرادتها المنفردة ،على اساس أن الإقصاء والاستبعاد يعتبران من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية ،والتي تخولها سلطات استثنائية مما لا يجده المتعاقد في عقود القانون الخاص.

إلا ان هذه السلطة الممنوحة للإدارة ليست مطلقة ،حيث أن قرار الإقصاء أو الاستبعاد يعتبر قرار إداري منفصل عن العقد يمكن الطعن فيه امام القضاء الإداري ،بمعنى أن سلطة الإدارة تخضع لمبدأ المشروعية الذي يلزمها القواعد القانونية بمختلف أنواعها وعدم التعسف في استعمال حقها.

1نصار جابر ،مرجع سابق،ص.106.

2بركات عمر فؤاد ،مرجع سابق،ص.536.

ثالثا :التمييز بين الاستبعاد والإقصاء

إذا كانت سلطة الإدارة في الحد من حرية المنافسة ،تتمثل في استعمال سلطتها التقديرية في إقصاء بعض الأشخاص او استبعاد بعض العروض من التنافس على الصفقات التي تعلنها ،فإن هناك فوارق أساسية بين الإقصاء والاستبعاد أبرزها كما يلي:

* الإقصاء إجراء شخصي ينصب على شخص معين بالذات طبيعيا كان أم معنويا ،أما الاستبعاد فيعد إجراءا موضوعيا يرد على عرض معين في صفقة ما.

* يهدف الإقصاء الى منع الشخص من التقدم الى الصفقات العمومية التي تعلنها الإدارة ،أما الاستبعاد فيهدف الى إبعاد عرض معين قدم في الصفقة وحرمانه من السير في إجراءاتها الى منتهاها.

* الإقصاء إجراء عام يطبق على عدد محدود من الصفقات العمومية طيلة مدة سريانه المحددة في المقرر الصادر لإنفاذه ،والتي قد تكون لفترة مؤقتة او مؤبدة ،أي الإقصاء نهائيا من المشاركة في الصفقات العمومية [1]،أما الاستبعاد فهو إجراء فردي يصدر في كل حالة على حدى ،وبمناسبة صفقة واحدة معينة بالذات ،ويكون محله استبعاد أحد العروض المقدمة لمخالفتها الشروط المقررة في دفتر أعباء الصفقة .

الفرع الثاني :الصفقات المحجوزة في إطار تنظيم الصفقات العمومية

دائما وتحت ضغط المؤسسات الخاصة الوطنية ،تدخلت الحكومة بشكل أكثر عمقا ليس فقط في منح هذه الاخيرة أفضلية على حساب المؤسسات الاجنبية ،بل تعدى ذلك الى حرمان المؤسسات الأجنبية من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عدة من قبيل الصفقات المحجوزة ،ويتحلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 236/10 التالية:

-أجازت المادة 65 للبلديات والولايات والمؤسسات ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها ،بمناسبة إعلان مناقصاتها أن يكون هذا الإعلان محليا فقط بحيث تتمكن المؤسسات القريبة منها بالمساهمة وحدها دون غيرها في هذه العقود بما يمكن معه اعتبارها صفقات محجوزة للمؤسسات المحلية،

1المادة 08 من قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

على الرغم من تقييد التشريع اللجوء لهذا النوع نت الإعلانات برغبة الإدارة فب انجاز صفقات لا يتعدى تقديرها المالي حدا معينا.

-هذا بالإضافة الى أحكام المادة 87 التي نصت على انه" عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما ،فإنه يجب على مصالح المتعاقدة إلا في الحالات الاستثنائية المبررة قانونا كما ينبغي تخصيص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم".

إن مفهوم الصفقات المحجوزة لا يعد حكرا على المرسوم الرئاسي 236/10،بل يمكن أن نلمس هذا المفهوم ضمن أحكام التنظيمات السابقة، إذ تعود أصوله الى النظام القانوني الموروث عن النظام الاستعماري صمن أحكام المرسوم رقم 370/59[1]،الذي شدد على منح مساهمة لا تقل عن 15%من مجموع الصفقات الممنوحة من الدولة للمؤسسات العمومية الوطنية.

1المرسوم رقم 370/59 المؤرخ في 28 فبراير 1959 المتعلق بمساهمة المؤسسات في الصفقات العمومية قصد تسهيل التنمية في الجزائر

الفصل الثاني

الحماية الجزائية لمبدأ الشفافية في الصفقات العمومية

بما أن الصفقات العمومية تشكل أهم قناة تتحرك فيها الأموال العمومية ،في اطار تنفيذ أهداف وبرنامج ومخططات التنمية الوطنية والمحلية ،فإنها بذلك تشكل مجالا حيويا للفساد بكل صوره، هذا الأخير الذي يتسبب في تشويه دور الدولة الاقتصادي ،مما جعل المشرع يتدخل من اجل إحاطتها بحماية خاصة ،لاسيما وأن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لم ينص على الجزارات المترتبة على مخالفة أحكامه ،انما أحال ذلك الى نصوص أخرى[1] ،وذلك بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية.

وتماشيا مع السياسة الدولية الرامية الى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد ،صدر في الجزائر القانون رقم 01/16 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[2] ،الذي أكد بدوره على وجوب احترام المعايير التي يجب أن تؤسس عليها الصفقات العمومية ،وعلى ضوء هذا القانون سأحاول البحث عن مختلف الأفعال التي يمكن أن تكون محلا لارتكاب جرائم تتعلق بالصفقات العمومية ،لاسيما الجرائم الرئيسية في الصفقات العمومية التي تعرقل شفافيتها.

1صبايحي ربيعة، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ولاقتصادية والسياسية ،عدد02،2010،ص.118.

2 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

المبحث الاول :الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

نجد منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية في صورتين جمعهما المشرع الجزائري في نص المادة 26من القانون رقم01/06المتعلق بالوقاية من الفساد مكافحته، وعليه نعالج الجريمة في ثورتها الأولى وهي مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية بغرض منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية ،او ما اصطلح على تسميته "بجنحة المحاباة" (المطلب الاول)،والصورة الثانية ،تتمثل في استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة (المطلب الثاني).

المطلب الأول :جنحة المحاباة

هي الجنحة المنصوص عليها في المادة 26 الفقرة الأولى من القانون 01/06المتعلق بالرقابة من الفساد ومكافحته[1]،المعدل والمتمم وقد نصت هذه المادة [2]،على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ،وهي ما اصطلح على تسميتها فقها بجنة المحاباة[3] Délit de favoritisme

ولدراسة هذه الجريمة :سنقوم بتحليل الأركان التي تقوم عليها ،والمتمثلة في صفة الجاني ،والتي تعتبر مشتركة بين غالبية جرائم الفساد ،وركنيها المادي والمعنوي.

أولا: الركن المفترض(صفة الجاني).

من بين اهداف التجريم في الصفقات العمومية ،صيانة قدسية الوظيفة العامة من الاتجار بها، ودرء الشبهة عن الموظف في مجريتها لذلك نجد المشرع قد توسع في مدلول هذا الأخير بعد صدور القانون01/06،إذ أصبحت غير مرتبطة بالشروط المحددة في المادة 04 من الامر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006

1حلت هذه المادة محل المادة 128 مكرر الفقرة الاولى الملغاة من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 تم تعديل المادة بموجب المادة02من القانون رقم 15/11 المعدل والمتمم للقانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3 ظهرت هذه الجريمة لأول مرة في شكل جريمة إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية بعد صدور الأمر رقم 47/75المؤرخ في 17 جوان 1975 مثلما سبقت الإشارة

المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية [1]،بل جعل قانون الفساد ،الأشغال في اي نشاط عام او تنفيذ أعمال عامة موجب للمسؤولية في جرائم الفساد عامة والصفقات العمومية خاصة ،ولم يحدد لذلك شروطا معينة كالترتيب في السلم الإداري والشغل الدائم للمنصب ،وذاك تشديدا من المشرع للتجريم في مجال الفساد وحماية المال العام وصونا للمصلحة الوطنية ،فجاء بنص شامل في الفقرة الثانية من المادة 02 من القانون01/06،وإستعمل عبارات وكلمات مفتاحية شاملة لا تترك مجالا لخروج اي موظف منشغل بالوظيفة العامة اثناء إجراء الصفقة عن هذه الصفة في أي مرحلة كانت عليها[2].

حيث عرف قانون الفساد من خلال المادة 02 الفقرة ب من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006،الموظف العمومي ،باعتماده لذات التعريف الوارد في المادة 02 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد من خلال منحة صفة الموظف ل:

-كل شخص يشغل منصب تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة ،سواء أكان معينا أو منتخبا ،دائما أو مؤقت ،مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ،بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

-كل شخص آخر يتولى واو مؤقتا ،وظيفة أو وكالة لأجر أو بدون أجر ،ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية او مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو لعض رأسمالها ،أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

-كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه للتشريع والتنظيم المعمول بهما .

وعليه يمكن القول أن مصطلح الموظف العمومي كما جاء في القانون المتعلق بالفساد يشمل عدة فئات :تتمثل في مايلي:

1نصت المادة 04 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".

2 من بين أهم هذه الكلمات والعبارات نجد" كل شخص معين منتخب ،يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة ،بأجر او بدون أجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته في أي مؤسسة تقدم خدمة عمومية ".

01-ذوو المناصب التشريعية والتنفيذية والإدارية والقضائية

وهي الفئة المبينة في المطة 01 من الفقرة ب من المادة الثانية المشار اليها أعلاه [1]،بمعنى انه يعتبر موظفا كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا ،ويستوي في ذلك أن يكون معينا أو منتخبا ،دائما أو مؤقتا ،مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر.

-اصحاب المناصب التشريعية

تشمل كل شخص يشتغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في احد المجالس المحلية ،حيث يشتغل منصبا تشريعيا أعضاء البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الامة ،سواء كانوا منتخبين أو معينين[2]،كما يعتبر منتخبا في المجالس الشعبية المحلية ،أعضاء المجالس الشعبية البلدية أو أعضاء المجالس الشعبية الولائية المنتخبيين[3].

-اصحاب المناصب التنفيذية

يقصد بذلك كل شخص يشتغل منصبا تنفيذيا ،وتضم رئيس الجمهورية ،والوزير الاول واعضاء الحكومة (الوزراء والوزراء المنتدبون).

-اصحاب المناصب الإدارية

تضم طائفة المناصب الإدارية كل من يعمل في إدارة عمومية سواء كان دائما في وظيفته أو مؤقتا ،مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ،بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته ،وبذلك ينطبق هذا التعريف على فئتين هما :

1المادة 02 الفقرة ب-1-من القانون رقم 01/06المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم

2أحسن بوسقيعة ،الوجيز في القانون الجزائي الخاص ،جرائم الفساد ،جرائم المال والأعمال ،جرائم التزوير ،الجزء الثاني ،الطبعة الثاني عشر ،دار هومة،الجزائر،2012،ص.18.

3 المرجع نفسه،ص.18

.*الفئة الأولى، وتشتمل الموظفين الذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة ،ويقصد بهم الموظفون كما عرفهم القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية [1].

*الفئة الثانية ،وتشتمل العمال الذين يشغلون منصبا إداريا بصفة مؤقتة ،والذين لا تتوفر فيهم صفة الموظف ،بمفهوم القانون الإداري ،كالأعوان المتعاقدين والمؤقتين.

01- أصحاب المناصب القضائية

أي القضاة كما عرفهم القانون الأساسي للقضاء [2]،وهم فئتان:

*الفئة الأولى ،وتشمل القضاة التابعون لنظام العادي ويشمل هذا السلك قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم ،وكذا القضاة العاملون في الإدارة المركزية لوزارة العدل.

*الفئة الثانية ،وتشتمل القضاة التابعون للقضاء الإداري أي قضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ،ويستثنى من هؤلاء قضاة مجلس المحاسبة وقضاة المجلس الدستوري ،كما يضاف الى من يشغلون مناصب قضائية كل من :المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات ،والمساعدون في القسم الاجتماعي وفي قسم الأحداث ،باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائي[3].

02-تولي وظيفة أو وكالة في موقف عام أو مؤسسة عمومية مختلطة أو ذات رأس مال مختلط

يصنف ضمن هذه الفئة الأشخاص المعنوية غير الدولة والجماعات المحلية ،سواء أكانوا أشخاص خاضعين للقانون العام أو أشخاص خاضعين للقانون الخاص ،المهم أن يقدموا خدمة عامة ،فكل من يعمل لديهم يعتبر موظفا عموميا بمفهوم قانون الفساد ،ويتعلق الأمر ب:

1وفقا للقانون الاساسي العام للوظيفة العمومية ،ينبغي توفر أربعة شروط أساسية لاعتبار الشخص موظفا في مفهوم الامر رقم 03/06المتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية وهي :صدور أداة قانونية يعين بمقتضاها الشخص في وظيفة عمومية ،وأن يقوم بعمل دائم مع ترسيمه في رتبة في السلم الإداري ،وأن يتم ذلك في مؤسسة أو إدارة عمومية .

2احسن بوسقيعة ،مرجع سابق،ص.17.

3المرجع نفسه ،ص.17.

-الذي يتولى وظيفة

هو كل من أسندت له مسؤولية في مؤسسات والهيئات العمومية ،مهما كانت مسؤوليته من رئيس أو مدير عام الى رئيس مصلحة ،كما يتولى وظيفة مسؤولي المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية[1] .

و يتعلق الأمر بالأشخاص العاملين في الهيئات العمومية[2].أو المؤسسات العمومية[3].،أو في المؤسسات ذات رأسمال المختلط[4]،أو في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية[5] ،على أن يكون هؤلاء الموظفين يتمتعون بقسط من المسؤولية.

-الذي يتولى وكالة

يقصد بهم اعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية ،باعتبارهم منتخبين من قبل الجمعية العامة ،ويستوي أن تحوز فيها الدولة كل رأس مالها الاجتماعي أو جزء منه فقط[6] .

ج–من في حطم الموظف

المقصود بمن في حكم الموظف ،وهو كل شخص ندب لخدمة عامة أو كلف بمهمة رسمية ،وبالتالي تضم هذه الفئة في مفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ،كل شخص معرف بأنه موظف عمومي ،أو في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ،وينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني والضباط العموميين.[7]

---

1 زوزو زوليخة ،جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ورقلة ،2012،ص.28.

2 الهيئات العمومية هي كل شخص معنوي آخر غير الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عام مثل :المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،وهيئات الضمان الاجتماعي ،كما يدخل تحت هذا المفهوم السلطات الإدارية المستقلة .

3 يقصد بالمؤسسات العمومية حسب قانون الفساد ،المؤسسات العمومية الاقتصادية كما عرفها الأمر رقم 04/01المؤرخ في 20أوت 2001المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها

4 يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية التي فتحت رأسمالها الاجتماعي للخواص

5 يتعلق الأمر بالمؤسسات الخاصة التي تتولى تسيير المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز.

6 أحسن بوسقيعة ،مرجع سابق ،ص.21

7 شنة زواوي،الوقاية من الفساد ومكافحته في اطار الصفقات العمومية –جنحة المحاباة نموذجا –،مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية "،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة سيدي بلعباس ،24و25أبريل 2013،غير منشورة ،ص.135.

-فالمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني تم استثناءهم من تطبيق أحكام الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[1].وعلى الرغم من ذلك يدخلون في طائفة الموظفين حسب القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

-أما الضباط العموميون فلا يشملهم تعريف الموظف العمومي كما جاءت به المادة الثانية في فقرتها الاولى والثانية من قانون الوقية من الفساد ومكافحته ،كما لا يشملهم تعريفه الوارد بموجب الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ،ولكن يمكن إدراجهم ضمن من في حكم الموظف كونهم يتولون مهاما من السلطة العمومية ويتعلق الأمر ب:الموثقين[2]،المحضرين القضائيين[4]،محافظ البيع بالمزايدة[5]،والمترجمون الرسميون[6].

من خلال ما تقدم ،يمكن القول بأن مدلول الموظف العمومي كما هو معرف في القانون الإداري بمفهومه الضيق ،لا يكفي قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال تجريم الأفعال المخلة بنزاهة الصفقات العمومية وشفافيتها.

فالمفهوم الإداري للموظف ،لا يشمل كل الأشخاص الذين يتولون مهاما ويقومون بأداء خدمات في مواجهة الجمهور ،ويمكن الإشارة الى أن قانون مكافحة الفساد بتوسعه في مفهوم الموظف قد ألم بكل من يتمتع بصفة الموظف العمومي أو من حكمه ،في إطار حصر شتى أشكال الفساد ومساءلة كل موظف يتلاعب بوظيفته ،قصد كسب المال وخيانة الثقة المفترضة فيه.

ثانيا: الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ،بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعتة أو تأشيره ،مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية

1يحكمهم الأمر رقم 02/06 المؤرخ في 28فبراير 2006،المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين.
2يحكمهم القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق
4يحكمهم القانون رقم 03/06المؤرخ في 20فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر.
5يحكمهم الأمر رقم02/96المؤرخ في 10جانفي 1996المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة.
6يحكمهم الأمر رقم 13/95المؤرخ في 11مارس 1995المتضمن تنظيم مهنة المترجم-الترجمان الرسمي.

الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الركن المادي لهذه الجريمة الى عنصرين أساسيين هما: السلوك الاجرامي، والغرض منه[1]

01-السلوك الاجرامي

يتمثل السلوك المجرم في جنحة المحاباة في قيام الجاني وهو الموظف العمومي على حسب ما سبق تعريفه ،بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعتة أو تأشيره،مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ،وأن تنصب هذخ المخالفة على العمليات المشمولة بنص التجريم.

-مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات

لقد كان نص المادة 26 من القانون 01/06 قبل تعديله بموجب القانون 15/11 يربط جريمة المحاباة بمخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل،دون أن يحددها بتللك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ،وبالتالي كان النص يتسع لينطبق على كل المخالفات لقانون الصفقات العمومية مهما كان نوعها ،الأمر الذي كان يضفي على النص نوعا من الغموض وعدم الاستقرار ،نظرا للكم الهائل من النصوص المنظمة لمادة الصفقات العمومية.

أما النص بصيغته الحالية فقد حصر النصوص التشريعية والتنظيمية بتلك المكرسة لحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ،وهي مبادئ الشراء العمومي المنصوص عليها في المادة05من تنظيم الصفقات العمومية ،مما يعتبر تكريسا للحماية الجنائية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية.

وعلى هذا الاساس يعتبر مخالفا للمبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية ،عدم احترام الإجراءات التي أشرنا اليها في المبحث الأول من الفصل الأول لهذا البحث ،بما فيها تلك المتعلقة بتحديد الحاجيات

1- زوزو زوليخة،مرجع سابق ، ص.61.

،واختيار طرق الإبرام وقواعد الاستبعاد والإقصاء من الصفقات العمومية ،وعلانية الصفقات العمومية وغيرها من الأحكام.

وبالتالي ربط المشرع قيام المجرم بمخالفة هذه النصوص ،مما يجعلها جزءا من نص التجريم ،فلا يمكن أن تقوم جنحة المحاباة ما لم تكن ثمة مخالفة لقاعدة من النصوص سالفة الذكر ،حيث يتوجب على القاضي الجنائي الإشارة صراحة في حكمه ،للتشريع أو التنظيم الذي تمت مخالفته[1].

إلا أنه يطرح إشكال بخصوص النصوص القانونية المتعددة التي تحكم الصفقات العمومية ،مما يخلق صعوبة للقاضي الجنائي بخصوص معرفة النص الواجب التطبيق ،لاسيما إذا علمنا أنه ملزم أيضا بالإلمام بالنصوص المتعلقة بالمنافسة بعد إدخالها في مجال الشرعية الإدارية مثلما سبقت الإشارة ،بحيث أن النصوص المنظمة للمنافسة تعد جزءا لا يتجزأ من نصوص تجريم المحاباة.

يترتب عما سبق ،أن القاضي الجنائي هو من يقرر بالنسبة لكل فعل متابع في لإطار المادة 26 هل يشكل مخالفة لمبادئ الشراء العمومي القائمة على حرية المنافسة أم لا ،وكون المشرع لم يحدد ماهي الأعمال التي تشكل مخالفة لقواعد المنافسة ،فإن القاضي الجنائي سيتوسع لا محالة في تفسير النص ،ليحدد الأفعال التي تشكل السلوك المجرم ،مما يعتبر خرقا لمقتضيات مبدأ المشروعية الذي يلزم القاضي بالتفسير الصارم للنصوص الجنائية ،وهو أمر مستحيل في حالة عدم دقة ووضوح النص.[2].

1 قرار الغرفة الجنائية للمحكمة العليا المؤرخ في 15 فبراير 2006 ملف رقم 354438ذكرته :علة كريمة ،جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ،رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 1،السنة الجامعية 2013/2012،ص.178.

2 علّة كريمة ،مرجع سابق،ص.182.

على أنه يجب في جريمة المحاباة زيادة على ماسبق ،أن تنصب مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ،على إحدى العمليات المشمولة بنص التجريم.

-العمليات التي ينصب عليها الركن المادي للجريمة

إن الصفقة العمومية حسب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ،لا تنحصر فقط في مفهومها حسب المرسوم الرئاسي رقم 247/15،بل يتوسع مفهومها ليشمل أيضا عمليات أخرى ،تتمثل أساسا فيما يلي

***الصفقة العمومية** :ويقصد بها كل عقد يبرمه الموظف العمومي ،قصد انجاز الأشغال أو اقتناء المواد أو الخدمات أو إنجاز الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة ،على أن يتجاوز مبلغها الحدود المالية المقررة قانونا

***العقد**: والمقصود به العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة مثل عقود امتياز المرافق العامة ،,العقود التي تبرم مع أشخاص طبيعية بدون استعمال امتيازات السلطة العامة كما هو محدد في القانون الإداري بالعقود التجارية التي تبرمها المؤسسات والهيئات الإدارية [1].

***الاتفاقية** :تأخذ الاتفاقية مفهوم العقد ،غير أن مصطلح الاتفاقية يطلق على العقود التي تبرمها الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها مع شخص معنوي أو طبيعي خاص ،كم اجل انجاز أشغال أو خدمات لصالحها عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها الى مبلغ الصفقة.

*الملحق :هو عبارة عن 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 الإجمالي ،وابرام الملحق لا يخضع لنفس إجراءات إبرام الضفقة كما هي محددة بالمرسوم الرئاسي 247/15 ،خاصة فيما يتعلق بالرقابة ،إلا إذا تجاوز مبلغ الملحق النسب المحددة قانونا.

1زوزو زوليخة،مرجع سابق،ص.37.

ومن ثم فإن الصفقات العمومية التي يقصدها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ،لا تنحصر في الصفقات العمومية وفقا لمفهوم المرسوم الرئاسي 247/15،وإنما تشمل كل العقود التي تبرمها الإدارات المعنية بنص التجريم ،بما فيها صفقات التوريد التي تتم عن طريق طلبات أو فواتير أو بناء على سندات طلب Marchés à bons de commande

فإن كان هذا النوع من الصفقات لا يخضع لأحكام المرسوم الرئاسي 247/15فلا يعني أنها لا تقع تحت طائلة المادة 26من قانون مكافحة الفساد [1].زيادة على الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية ،والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،عندما لا تكون ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة ،والصفقات التي تبرمها المؤسسات ذات رأس المال المختلط ،والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية [2].

وعلى هذا الأساس ،يجب على القاضي أن يتأكد بأن مخالفة القواعد التشريعية والتنظيمية قد مست هذه الأعمال بمناسبة إبرامها أو التأشير عليها ،ويقصد بإبرام الصفقة أو العقد أو الاتفاقية أو الملحق التوقيع على الوثيقة المعنية ،في حين يقصد بالتأشيرة الموافقة التي تمنحها لجان الصفقات العمومية المكلفة بالرقابة القبلية على الصفقات العمومية ،بعد دراستها ،والتي تتوج إما بمنح التأشيرة أو رفضها .

02-الغرض من السلوك الإجرامي

لا يكفي لتحقيق الركن المادي للجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ،قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها بشكل مختلف للتشريعات والتنظيمات المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ،وانما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة ،كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات

1 أحسن بوسقيعة،مرجع سابق،ص.146.

2 المرجع نفسه ،ص.145.

وليس الجاني [1]،وإلا اعتبر الفعل رشوة أو أحد فوائد بصفة غير قانونية ،بالرغم من أن ذلك لا يحول دون إمكانية استفادة الجاني من فائدة أو مقابل سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة [2].

وعليه ،لا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية المكرسة لحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ،والتي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية ،وانما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو محاباة أحد المتنافسين على غيره ،وقد تساءل البعض عما إذا كان مجرد الحصول أو الفوز بالصفقة يشكل في حد ذاته مزية غير مستحقة ،باعتبار أن هذه الصفقة توفر للفائز بها أرباحا ،حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن أن يشكل الفوز بالصفقة عنصر المزية غير المستحقة [3].

وبعنصر الغرض يتضح أن الغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان مبدأ المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة أو العقد ،وإرساء مبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية ،وحماية قواعد المنافسة غير أنه إشكال بخصوص كيفية تحديد الامتياز غير المبرر ،وعلاقته بالإحلال المرتكب من طرف الجاني.

وفي هذا الصدد اعتبر القضاء الفرسي أ، الامتياز غير المبرر ،هو ذلك الامتياز الممنوح مخالفة للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية دون حاجة لأي اعتبار آخر [4].فإن كان الدافع يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مقدار العقوبة ،

---

1 وهذا خلافا لما كان عليه الأمر في نص المادة 423 الوارد في القانون رقم 47/75 التي اشترطت لمعاقبة جريمة إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية ،أن تكون المخالفة لأغراض شخصية ،حيث نصت على ما يلي :"كل من يعمل لصالح الدولة أو الهيئات المشار اليها في المادة 119 من هذا القانون ويقوم لأغراض شخصية بإبرام عقد...."

2 علة كريمة ،مرجع سابق،ص.109.

3 Crim .11déc.2002,juris-Data n 2002-018102, Crim.12non.1998,juris- Data n97-85333.Citepar :

-علة كريمة ،مرجع سابق ،ص.292.

4 Cass Crim ?11/11/2002 ,juris- Data n 2002-018102.Cite par:Henon Mathieu et Carvalho Karine de La nécessaire réforme du délit d'octroi,La Gazette,17janvier2011.p.47

فإنه لا يهم بالنسبة لتقرير مدى تبرير الامتياز ،فلا يمكن مثلا تبرير الامتياز الممنوح من خلال الرغبة في الاقتصاد والتوفير [1]،ولا عن طريق الرغبة في المحافظة على مصالح البلدية ،من خلال مؤسسة محلية تعين على مكافحة البطالة [2].

إلا أن هذه المقاربة للامتياز غير المبرر في الصفقات العمومية ،أصبحت أقل تأكيدا منذ أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1998 قرارا يفسح المجال لمناقشة معيار مخالفة النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية [3]،ففي القضية التي آلت الى صدور هذا القرار برأ قضاة الموضوع المتهمين المتابعين بتهمة المحاباة كونهم وقعوا بصفة قانونية على صفقات تسوية ذات طابع خيالي ،واستند حكم البراءة على أساس أنه ليس من الثابت حسب الظروف لاسيما في ظل غياب أية منافسة حقيقية من قبل المؤسسات التي شاركت في الاستشارة ،ان الإجراءات محل النزاع قد منحت امتيازات غير مبررة للمؤسسة الحاصلة على الصفقة.

وفي هذا الخصوص ،اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه يجوز لقضاة الموضوع أن يعتبروا أن صفقة التسوية مخالفة بطبيعتها لقواعد قانون الصفقات العمومية التي هي من النظام العام ،،وفي نفس الوقت يخلصون الى غياب امتياز وغياب الإدارة الآثمة ،دون أن يتناقضوا مع أنفسهم طالما أنهم لم يشرحوا موقفهم هذا

فيفرز عن تحليل موقف محكمة النقض الفرنسية ،المتمثل في افساح المجال أمام إمكانية شرح موقف قضاة الموضوع ،أنه يمكن تصور مخالفة لقواعد إبرام الصفقات ،دون أن يترتب عن هذه المخالفة إعطاء امتيازات غير مستحقة للمؤسسة الفائزة بالصفقة.

فهذا الموقف ،يجعل القاضي الجنائي هو الذي يقدر في كل حالة إذ كان الفعل المرتكب مخالفة للقواعد القانونية المذكورة ،يمنح أو لا مزية غير مستحقة للمترشح.

1Cqss.Cri .,2/04/1998,pouvoi n 97-84-191 ;bull.Crim n 2219.Cité par ;
-علة كريمة ،مرجع سابق،ص.231.

لكن ما عدا هذا الاجتهاد القضائي الفرنسي الاستثنائي ،يبقى لدى الفقه الغالب أن إعطاء المزية غير المبررة مفترض ويكفى إثبات النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية المترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات [1].

ويبدو أن القضاء الجزائري قد حذا حذو القضاء الفرنسي في هذه المسالة ،إذ أن المحكمة العليا قد قضت بأن محكمة الجنايات التي أجابت على السؤال المتعلق بواقعة إبرام اتفاقيات مخالفة للتشريع ثم أجابت بالنفي على السؤال المتعلق بغرض منح امتياز غير مبرر خلقت تناقضا بين السؤالين [2]. فالمحكمة العليا رفضت إمكانية وجود مخالفة للتشريع من جهة ،وعدم منح مزية غير مبررة ،لأن القرار المطعون ضده كان قد صدر بالبراءة لعدم ثبوت عنصر منح المزية غير المبررة رغم ثبوت مخالفة النصوص التشريعية ،وقد ذكرت المحكمة العليا في نفس القرار أن مخالفة التشريع ومنح المزية غير المبررة ،هما عنصرين مختلفين يكونان محل سؤالين منفصلين، لكن في ذات الوقت نستخلص من خلال موقفها أن الثاني مفترض لمجرد ثبوت الأول [3].

تجدر الإشارة في الأخير ،الى أنه على القاضي الجنائي إبراز جميع العناصر المكونة للركن المادي لجريمة المحاباة ،وذلك بتبيين الإجراء المخالف ،وربطه بمن رست عليه الصفقة مبررا العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفقة لأحد المترشحين ،ويتضح له ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف االقضية [4].

03-بعض صور النشاط الإجرامي في جريمة المحاباة

تأخذ جنحة المحاباة في الصفقات العمومية عدة صور ،أبرها :

1 أحسن بوسقيعة ،مرجع سابق،ص.135

2 قرار الغرفة الجنائية للمحكمة العليا المؤوخ في 15 فبراير 2006،ملف رقم 354438،سالف الذكر

3 كريمة علة ،مرجع سابق ،ص.231.

4 Cass.Crim 10-03-2004,BULL.CRIM2004,n 64.Cité par

- أحسن بوسقيعة ،مرجع سابق،ص.135

-الاخلال بمبادئ الصفقات العمومية قبل الإعلان عن الصفقة

يدخل ضمن هذه الصورة ،المفاضلة بين المترشحين عند إعداد الحاجيات المزمع تلبيتها للإبرام الصفقة مثل تعمد غموضها ،أو التشاور مع أحد المتنافسين من أجل تحديدها في دفتر شروط بشكل يجعله هو الوحيد القادر على تلبيتها.

هذا زيادة علة ممارسة اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير أو ما يسمى بالتجزئة غير المشروعة للصفقات العمومية خلافا للتنظيم المعمول به، بحيث يمنع على المصلحة المتعاقدة اللجوء تعسفيا للشراء بالفواتير ،تفاديا لإجراءات الرقابة المقررة على عملية أبرام الصفقات العمومية [1].

كما يقوم الركن المادي لجنحة المحاباة ،في حالة تسريب معلومات امتيازيه ،لأحد المترشحين من أجل تقديم عرضه وفقا لما هو مطلوب ،بما يؤدي الى اقصاء بقية المتنافسين وتفويت فرص فوزهم بالصفقة، إحلالا بقواعد المنافسة الشريفة بين المترشحين [2].

-الاخلال بمبادئ الصفقات العمومية أثناء فحص العروض

يتم ارتكاب الجريمة في حالة التفاوض غير المشروع مع مقدمي العروض بعد فتحها ،بغرض تعديل العرض من اجل ان يحصل مترشح معين على الصفقة ،مثل تعديل موضوع الصفقة او المبالغ المقدمة أو ان يتم منح الصفقة لأحد المترشحين دون أن تتوافر في الشروط المطلوبة [3].

---

1 مثال على ذلك ما قام به أحد رؤساء بلديات جيجل ،حيث قام بتجزئة مشروع توسيع مقر البلدية الى سبعة مشاريع ،ومنح كل مشروع الى مقاول ،بموجب سند طلبية ،تفاديا للإعلان عن الدعوة للمنافسة ،وبالتالي عدم إجراء مناقصة حيث تمت متابعته جنائيا بناء على ذلك لارتكابه جنحة المحاباة.حكم محكمة جيجل رقم 3225 ،قسم الجنح مؤرخ في 18 ماي 2008 ،قضية النيابة ضد ص.ع،غير منشور ،ذكرته :تياب نادية ،مرجع سابق ،ص.46.

2 تياب نادية ،مرجع سابق ،ص.47.

3 قرار مجلس قضاء بجاية ،محكمة الجنايات رقم 09/00007،فهرس رقم 09/00138،مؤرخ في 2009/12/21،قضية النيابة ضد ت.ج ومن معه ،قرار غير منشور .وهو القرار الذي تم من خلاله إدانة رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية صدوق، ولاية بجاية، بسبب قيامه بمنح صفقة لأحد أصدقائه رغم عدم حصوص هذا الاخير على نقاط التأهيل المطلوبة . ذ كرته :تياب نادية ،مرجع سابق ،ص.47.

-الاخلال بمبادئ الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة

تقوم هذه الصورة ،في حالة إبرام ملاحق أو صفقات تصحيحية بشكل مخالف للتنظيم المعمول به فبالنسبة للملحقات ،يمكن أثناء تنفيذ الخدمات أن تطرأ مستجدات تدي الى تعديل بند أو اكثر من الصفقة ،دون المساس بجوهر موضوع الصفقة، وهكذا قضي بقيام جريمة المحاباة بعدما تم تعديل محل الصفقة بصفة غير شرعية ،بإلغاء أداء خدمة من أجل تفصيل مؤسسة معينة ،ثم بعدها إبرام ملحق مع تللك المؤسسة لإعادة أداء تللك الخدمة بغية العودة الى الصفقة الأولى [1].

أما بخصوص الصفقات التصحيحية ،فيمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة بدون مراعاة إجراءات الدعوة الى المنافسة ،الى تنفيذ الصفقة بدون إعلانها ،بحيث تتم لاحقا تسوية الصفقة فقط لكي تظهر في مظهر شرعي عن طريق تنظيم اجراءات وهمية في حين تكون الأشغال قد أنجزت [2] .

يبقى أن نشير ،أن هذه الصورة تبقى مجرد امثلة ،على اساس ان جنحة المحاباة يمكن أن تأخذ أشكالا لا يمكن حصرها ،خصوصا عند إبرام الصفقة العمومية ،مثل اللجوء الى الطرق الاستثنائية في إبرام الصفقات في غير حالاتها ،والإعلان عن حالة الاستعجال في غير محلها، والإخلال بقواعد العلانية والإشهار ،وغيرها من الممارسات المخلة بالمبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية [3].

ثالثا:الركن المعنوي للجريمة

جنحة المحاباة جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة ،كما تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم بأنها غير مبررة.

1 أحسن بوسقيعة ،مرجع سابق،ص.158

2زوزو زوليخة،مرجع سابق،ص.64

3 علة كريمة ،مرجع سابق،ص.245،248

01-القصد العام

ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني الى مخالفة الاحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية

الإجراءات في مجال الصفقات العمومية ،مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا، وبذلك يتجسد القصد العام في علم الموظف وإدراكه واتجاه نيته الى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية ،من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير.

02-القصد الخاص

تتطلب الجريمة قصدا خاصا يتمثل في إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير ،مع العلم بأن هذا الفعل يشكل جريمة ،ويمكن التأكد من توافر هذا القصد من خلال تكرار العملية والوعى التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرائية ،أو من استحالة عدم العلم بها بحكم الوظيفة التي يشغلها ،حيث قضي في فرنسا بقيام القصد الجنائي ،على اساس أن الجاني يمارس وظائف انتخابية منذ مدة طويلة وأن له تجربة كبيرة في إبرام الصفقات العمومية [1].

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث الى مخالفة الاحكام التشريعية والتنظيمية ،فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائدته الخاصة، وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية، كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية [2].

ومثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي ،فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة ،وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للمتهم، سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.

1 أحسن بوسقيعة ،مرجع سابق ،ص.150.

2 المرجع نفسه،ص.150.

الفرع الثاني :قمع الجريمة

سنتطرق بهذا الخصوص ،الى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي ،والشخص المعنوي، ومسألتي الشروع والمشاركة ومسألة الأفعال المبررة ،بجنحة المحاباة.

أولا: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي

تتفرع العقوبات المقررة لهذه الجريمة الى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية.

-العقوبات الأصلية

يعاقب مرتكب جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية بعقوبة الحبس من سنتين(02)الى عشر (10)وبغرامة مالية تتراوح بين 200.000د.جالى 1000.000 د.ج [1].وتشدد عقوبة الحبس ،لتصبح مدتها من عشر (10)سنوات الى عشرين (20)،دون تشديد الغرامة ،إذا ارتكبت الجريمة الأشخاص المبينين أدناه [2]:

*القاضي بمفهومه الواسع ،وبالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي والإداري ،وقضاة مجلس المحاسبة والمجلس الدستوري.

*الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة ،ويقصد به كل موظف سام معين بموجب مرسوم رئاسي

*الضباط العموميون ،وهم المحضرين القضائيين ،الموثقين ،محافظي البيع بالمزايدة والمترجمين الرسميين.

*أعضاء الهيئة ،ويقصد بهم أعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

*ضباط وأعوان الشرطة القضائية ،وهم كل من يحوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادتين 15و19من قانون الإجراءات الجزائية.

1 المادة 26 فقرة 01من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
2 المادة 48 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
3 المادة 49 الفقرة من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

*من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية ،وهم الأشخاص المذكورين في المادتين21و27من قانون الإجراءات الجزائية والذين يخول لهم صلاحيات الشرطة القضائية ،كل في مجال اختصاصه.

*موظفو أمانة الضبط ،ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون ،ورؤساء أقسام الضبط ،وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية ،وكذا العاملين في مصالح الضبط في المؤسسات العقابية.

ويستفيد من الأعذار المعفية ،كل من ارتكب أو شارك في الجريمة ،وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة ،بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتبكيها [3]

كما تخفض العقوبة بالنسبة لجنحة المحاباة ،على غرار جميع جرائم الفساد الى النصف ،لكل شخص ارتكب أو شارك في الجريمة ،والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها [1]

تجدر الإشارة في الأخير ،الى أنه تطبق المادة 08 من قانون الإجراءات الجزائية بخصوص تقادم الدعوى العمومية على جنحة المحاباة ،أي أنها تتقادم بمرور 03 سنوات ،كما تطبق المادة 614من قانون الإجراءات الجزائرية بخصوص تقادم عقوبة الجنحة ،حيث تتقادم عقوبتها بمضي 05 سنوات ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا ،واذا كانت عقوبة المحكوم بها تزيد عن 05 سنوات مثلما يمكن أن يحصل بالنسبة لجريمة المحاباة ،فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة المحكوم بها.

على أنه لا تتقادم الدعوى العمومية ،ولا العقوبة المحكوم بها إطلاقا في حالة تحويل عائدات الجريمة الى خارج الوطن [2].

---

1 المادة 49 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 المادة 54 الفقرتين 01و02 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

1المادة 49 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 المادة 54 الفقرتين01و 02من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

3 1المادة 50 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

-العقوبات التكميلية

في حالة الإدانة بارتكاب جريمة المحاباة ،يمكن الحكم بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات في نص مادته التاسعة، والمتمثلة في :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 و/أو استعمال بطاقات الدفع ،تعليق أو حب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة ،سحب جواز السفر ،نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

هذا زيادة على الزامية أن تأمر الجهة القضائية المختصة ،بمصادرة العائدات والاموال غير المشروعة مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية [1]،بما يثير التساؤل حول إلزامية هذا الحكم ،بالرغم من أن المصادرة تعتبر عقوبة تكميلية.

كما أقر قانون مكافحة الفساد حكم الجهة القضائية الناظرة في ملف الدعوى برد ما اختلسه الجاني ،أما إذا استحال رد المال عينا ،فإنه يلزم قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ،وينطبق هذا الحكم في حالة ما إذا انتقلت الاموال الى أصول الجاني ،أو فروعه أو إخوته أو زوجته أو أصهاره ويستوي في ذلك إن بقيت الأموال على حالها أو وقع تحويلها الى مكاسب أخرى [2].

ومن جهة ثانية ،يمكن أيضا الحكم بإبطال كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب جريمة المحاباة ،على غرار بقية الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد ،بحيث يمكن للقاضي

1 المادة 51 الفقرة 02من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
2 المادة 51 الفقرة 03 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
3 المادة 55 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سالفة الذكر
4المادة 53 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الجنائي الذي ينظر في الدعوى التصريح ببطلانها وانعدام آثارها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية، وبالتالي يكون القاضي الجنائي ملزم بعد الحكم بالإدانة بجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية بتبيين الامتيازات الممنوحة وعدم شرعيتها ،ليحكم بإبطال هذه العقود والامتيازات في نفس الحكم وفي الشق الجزائي لا الإداري.

ثانيا :العقوبات المقررة للشخص المعنوي

يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الأفعال الجرمية التي يتم إثباتها لمصلحة أو لفائدته ،وفقا لما أوردته المادة 51مكرر من قانون العقوبات ،وقد أحال قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب جريمة من الجرائم

المنصوص عليها في هذا القانون على أحكام قانون العقوبات، ورجوعها لهذا الأخير ،نجده ينص على تطبيق غرامة على الشخص المعنوي ، تساوي من مرة (01) الى خمس 05)مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في مواد

الجنايات والجنح [1]،وينطبق ذلك على جنحة المحاباة ،تكون عقوبة الشخص المعنوي غرامة تساوي من 1.000.000دج وهو الحد الأقصى للغرامة الى 5.000.000دج.

وذلك مع إمكانية الحكم على الشخص المعنوي بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الأتية :

-حل الشخص المعنوي

-غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات .

-الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات .

-المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر ،نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات .

-مصادرة الشئ الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

-نشر وتعليق حكم الادانة.

1 المادة 18مكرر فقرة 01 من قانون العقوبات.

-الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات ،وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى الى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

ثالثا:المشاركة والشروع في جنحة المحاباة

تنص المادة 52 من قانون مكافحة الفساد على الإحالة على قانون العقوبات فيما يتعلق بالشروع أو المشاركة في مختلف جرائم الفساد ففيما يخص المشاركة نجد أن صفة الجاني هي ركن قائم بذاته في جنحة المحاباة كما رأينا سابقا ،مما يجعل مسألة الشريك تأخذ إحدى الاحتمالات الآتية:

-إما ان يكون الشريك موظفا عموميا مثلما هو معرف بالمادة 02 الفقرة ب من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،فيأخذ حكم الفاعل الأصلي وتطبق عليه نفس العقوبة المقررة للفاعل.

-إما ان يكون الشريك موظفا ،فتطبق في هذه الحالة القواعد العامة للمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات وبالرجوع الى المادة 44 منه ،نجدها تعاقب الشريك بنفس عقوبة الفاعل الأصلي ،سواء في الجنايات أو الجنح كما هو الحال في جنحة المحاباة ،وذلك بصرف النظر عن صفة الشريك[1].

أما بخصوص الشروع ،فيمكن تصوره في جنحة المحاباة ،ومن ذلك ما قضي به في فرنسا بأن إلغاء الصفقة على اثر الملاحظات التي أبدتها مصالح المحافظة بمناسبة مراقبة شرعية الصفقة ،لا يؤثر في شيء في توافر نية ارتكاب الجريمة، باعتبار أن تنفيذ الصفقة لم يتوقف بإرادة صاحب المشروع وانما توقف بفضل يقظة الإدارة [2].

وهو نفس الوضع الذي يمكن تصوره في الجزائر ،فيمكن تصور الشروع في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ،إذا أقدم الجاني على محاباة أحد المتنافسين المترشحين للصفقة على غيره ،غير أن لجنة الصفقات سواء الوطنية أو الولائية أو البلدية امتنعت عن تأشيرها وتم إلغائها ،فالجريمة هنا قائمة لأن إلغائها تم بصفة خارجة عن ارادة الجاني ،مما يعد شروعا طبقا لقانون العقوبات .

1 بوخدنة لزهر ،وبركاني شوقي ،الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،المدرة العليا للقضاء،الجزائر،2008،ص41.

2 أحسن بوسقيعة ،مرجع سابق،ص.153.

تجدر الإشارة الى أن نص المادة 52فقرة 02 من القانون رقم 01/06المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،تقضي بتطبيق نفس عقوبة الجريمة على الشروع ،وهذا وفقا للقواعد العامة.

المطلب الثاني:استغلال نفوذ الاعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية

نصت المادة 26فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد ،على أنه "يعاقب بالحبس من سنتين (02)الى عشر(10) سنوات وبغرامة من 200.000دج الى 1.000.000دج كل تاجر او صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص ،أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية ،بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ،ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من اجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين[1].

وتعتبر هذه الجريمة ،الصورة الثانية لجريمة الامتيازات غير المبررة وتتجسد في قيام الأشخاص المشمولين بنص المادة ،باستغلال نفوذ عون من أعوان الدولة ،من أجل الحصوص على امتيازات غير مبررة وبالرغم من عدم إتيان السلوك الإجرامي من طرف الموظف العمومي إلا أننا نكون دائما أمام جريمة من جرائم الصفقات العمومية ،حيث يكون الموظف العمومي طرفا في العلاقة وعنصرا لازما لقيامها .

ولدراسة هذه الجريمة ينبغي الإحاطة بأركانها ،والأحكام المتعلقة بقمعها.

الفرع الأول :أركان الجريمة

تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على 03أركان هي: الركن المفترض أي صفة الجاني، بالإضافة لركنيها المادي والركن المعنوي.

1 كانت هذه الجريمة مدرجة في نص المادة 128مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون مكافحة الفساد.

اولا :الركن المفترض (صفة الجاني)

تقتضي المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد ،أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص ،وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص.

ويطلق على هؤلاء تسمية "الأعوان الاقتصاديون" كما يطلق عليهم اسم "المتعامل المتعاقد" في حالة أبرام صفقة عمومية أو اتفاقية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15الكتضمن تنظيم الصفقات العمومية [2].

ويتضح من خلال نص المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد أن المشرع حضر في بداية الأمر صفة الجاني في

-التاجر ،وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له [3]،مع قيامه لإحدى الأعمال التجارية المنصوص عليها في المواد من 02 الى 04 من القانون التجاري .

-الصناعي وهو الشخص الذي يمارس نشاط اقتصادي في مجال استخراج أو انتاج أو تحويل الثروات [4].

-المقاول وهو الشخص الذي يتعهد بمقتضى عقد أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به شخص آخر. [5]

-الحرفي وهو كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف يمارس نشاطا تقليديا [1]

1 بوخدنة لزهر ،وبركاني شوقي ،مرجع سابق.ص.43.

2 القسم الثالث من الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 247/15الذي جاء تحت عنوان "المتعاملون المتعاقدون".

3 لبمادة الاولى من الامر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ج و 101 الصادرة في 19 ديسمبر 1975.

4 علة كريمة ،مرجع سابق.ص235.

5 المادة 549من الامر رقم 58/75المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج ز .78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

على أن نص التجريم بعد ذكر هؤلاء الاشخاص ،عمم الجريمة على كل شخص طبيعي أو معنوي بإبرام صفقة أو عقد مع إحدى الهيئات المذكورة [1].

والمقصود بالشخص المعنوي ،كل شخص يبرم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية، بشأن أنجاز بعض الاشغال او تقديم خدمات بسيطة ،مثل انجاز اشغال الترميم او اقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة او يكون متعامل ثانوي في صفقة عمومية وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

أما الشخص المعنوي ،فيتمثل عموما في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال والذين يحوزون على سجل تجاري ،ولنم إمكانيات ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإبرام الصفقات أو عقود مع المؤسسات والهيئات العمومية.

وتجدر الإشارة الى ان صفة الجاني الذي يمكن مساءلته في جريمة استغلال نفوذ الاعوان العموميون من اجل الحصول على امتيازات غير مبررة ،تقتضب ان يكون شخص طبيعي او معنوي من القطاع الخاص دون الاشخاص المعنوية من القطاع العام [2]

ثانيا: الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام عقدا او صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية او المؤسسات او الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية او المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة او تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة [3].

وعليه فإن الركن المادي يقوم على عنصرين هما :السلوك الإجرامي والغرض منه:

---

1 المادة 10 من الامر رقم 01/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف

2 وذلك على اساس ان التعاقد بين إدارتين لا يخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية.

3 يجب الإشارة الى اللبس الذي أحدثه الصباغة غير الدقيقة لنص المادة 26 فقرة 02 من قانون الفساد باللغتين العربية والفرنسية.

حيث ورد فيهما "كل تاجر...يستفيد من تأثير او سلطة أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الاسعار التي يطبقونها عادو أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد" و الأصح هو ان تكون الصياغة كما يأتي "كل تاجر...يستفبد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الاسعار التي يطلقها عادة أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد".

-السلوك الإجرامي

يشتمل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ،حسب نص المادة 26 فقرة02 او استغلال الجاني السلطة او تأثير او نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات والهيئات التابعة لها بمناسبة أبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات او الهيئات.

ويقصد بأعوان الدولة من خلال هذه المادة ،كل من يشتغل في هذه المؤسسات وتكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود او الصفقات او يسلهم في الإعداد لها وتحضيرها وتشتمل: مديري هذه المؤسسات أو الهيئات ،رؤساء المصالح ورؤساء المكاتب والمهندسين والتقنيين والأعوان الاداريون بمختلف رتبهم ،وبالنسبة للصفقات العمومية فإنه يوجد عادة في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام ،مصلحة او مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب ،ويتكون من مهندسين وتقنيين وأعوان إداريون توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة مثل :تحضير الإعلان عن الدعوة للمنافسة ،تحضير اجتماعات لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض ،وإرسال الاستدعاءات الى أعضائها ،إعداد ومراجعة دفتر الشروط ،إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها...الخ، وهذا تحت إشراف مدير الهيئة او المؤسسة [1].

وغاليا ما يكون هؤلاء الأعوان هم من لهم صلة مباشرة بالصفقة أو العقد ولهم سلطة أو تأثير في إبرامها ،لكونهم يتوفرون على جميع المعطيات الخاصة بالصفقة ،خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها، وعلى هذا الأساس ،يقوم النشاط الإجرامي ،بتقدم أحد الأشخاص العاديين أو المعنويين،لأحد أعوان الدولة المشار اليهم أعلاه ،طالبا منه استغلال

فالهاء هنا تعود على التاجر او الصناعي أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي وليس على أعوان الدولة والهيئات التابعة لها ،تراجع :نادية تياب،مرجع سابق.ص.52.

1بوخدنة لزهر ،وبركاني شوقي،مرجع سابق،ص.45.

نفوذه ،من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية [1].

وتجدر الإشارة الى أنه لا يشترط أن يكون النفوذ حقيقيا ،فالجريمة تقع حتى ولو كان النفوذ مزعوما، سواء كان الجاني عالما أو يعتقد خطأ بصحته [2].

-الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون

تشترط المادة 26الفقرة 02 لكي يتحقق الركن المادي للجريمة ،أن يستغل الجاني نفوذ او سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها ،من اجل الزيادة في الاسعار التي يطبقوها عادة ،أو التعديل لصالحه في نوعية المواد لو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

***الزيادة في الأسعار**

مثال ذلك الأسعار المتعلقة بعقود انجاز الأشغال ،والتي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا ،فيتقدم صاحب المقاولة باقتراح أسعار أعلى من تللك المعمول بها في السوق الوطنية ،مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان العاملين فيها.

***التعديل في نوعية المواد**

ويتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تطلها الإدارة من حيث الجودة و النوعية [3]،حيث يعمد الجاني الى تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار ،مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير أحد أعوان الإدارة .

1نادية تياب ،مرجع سابق،ص051.

2Mireille Dellmas-Marty ,Droit pénal des affaires ,2éme partie :infraction,3éme édition ,presse universitaire de France ,paris ;1990,p.95

3.ينبغي التذكير أنه في مجال الصفقات العمومية ،نوعية المواد المطلوبة يتم التنصيص عليها في دفتر الشروط.

***التعديل في نوعية الخدمات**

ويتعلق الأمر في هذه الحالة بصفقات إنجاز الخدمات ،إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات لها، بخصوص تقديم خدمة معينة مثل :أعمال الصيانة الدورية لأجهزة الكومبيوتر كل شهرين ،فيقلص الجاني هذه المدة لتصبح مرة واحدة كل أربعة (04)أشهر ،مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات [1].

***التعديل في آجال التسليم أو التموين**

آجال التسليم او التموين تخص عقود وصفقات اقتناء اللوازم ،وعادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها و إذا أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته أو تأخر في تسليم ما هو مطلوب منه تفرض عليه غرامات التأخير ،فيقوم الجاني بتأخير أجل التسليم والتموين دون فرض غرامات عليه ،مستغلا في ذلك سلطة او تأثير مسؤول الهيئة أو المؤسسة الذي تربطه به علاقة صداقة مثلا، كذلك الأمر بالنسبة للصفقات إنجاز الأشغال ،حيث يقترح المتعامل المتعاقد مدة معينة لإنجاز هذه الأشغال يتم النص عليها في دفتر شروط الصفقة ،ثم يعمد الى التأخير في إنجازها دون أسباب جدية.

وعلى هذا الأساس ،تعتبر الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية الواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين ،امتيازات غير مشروعة في مجال الصفقات العمومية.

ثالثا :الركن المعنوي للجريمة

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون ،جريمة يشترط فيها توافر القصد العام والقصد الجنائي الخاص.

1 زوزو زوليخة ،مرجع سابق،ص.88 .

-القصد العام

يتمثل القصد الجنائي العام ،في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة واستغلال هذه النفوذ لفائدته ،ويتصرف علمه كذلك الى العناصر المكونة للواقعة الإجرامية فيلزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي يسعى للحصول على مزية منها هي سلطة عامة أو جهة خاضعة لإشرافها [1]

-القصد الخاص

يتمثل القصد اجنائي الخاص ،في نية الجاني الحصول على الامتيازات المشار اليها سابقا ،مع علمه بأنها غير مبررة ،ويتوفر ذلك بمجرد اتجاه إرادة الجاني الى استغلال نفوذ أو سلطة أو تأثير الأعوان العموميين للحصول على هذه الامتيازات

وكغيرها من الجرائم ،على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون من صفة الجاني ،وسلطة أو تأثير العون العمومي بالنظر الى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني ،وكذا تبيين الركن المعنوي ،وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني من اجل إدانته.

الفرع الثاني :قمع الجريمة

يعاقب مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ،بالحبس من سنتين الى عشر (10)سنوات وبغرامة من 200.000دج الى 1.000.000دج ،هذا بالنسبة للشخص الطبيعي [2].

أما بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي ، فيحيلنا قانون مكافحة الفساد على أحكام قانون العقوبات [3]على غرار جنحة المحاباة ،وبذلك تكون عقوبة الشخص من مرة (01) الى خمس (05)مرات الحد الأقصى

1 مأمون محمد سلامة ،شرح قانون العقوبات ،القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الجزء الاول ،بدون طبعة ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،مصر ،1998،ص199.

2 المادة 26 من القانون رقم 01/16 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3 المادة 53 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

للغرامة المقررة للشخص الطبيعي [1]،وبالتالي تصبح عقوبة الشخص المعنوي بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العمومين الغرامة من 1.000.000دج الى 5.000.000دج.

وتطبق هذه الجريمة نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة ،والمتعلقة بتشديد العقوبة والاعفاء أو التخفيض منها و مصادرة العائدات الإجرامية وأبطال العقود والصفقات والمشاركة والشروع وتقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة ،المشار إليها سابق ،باعتبار أن أحكامها جاءت ضمن قانون الفساد لتطبق على جميع الجرائم الواردة فيه.

المبحث الثاني :الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية

تعتبر جريمتي الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية ،من أكثر الجرائم شيوعا في مجال الصفقات العمومية ،كما تعتبر من أخطرها بسبب اعتبارها اتجار من طرف الجاني بالوظيفة العامة واستغلالها والاستهتار بها، لذلك سنتناول في هذا الفرع جريمة الرشوة (المطلب الأول) ،على أن نتطرق بعدها لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني) .

المطلب الاول:جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

اتجه المشرع الجزائري الى تجريم الرشوة شأنه شأن بقية التشريعات الجزائية الأخرى ،لما تنطوي عليه من إهدار للثقة العامة ونزاهة الإدارة ،فالموظف العمومي الذي يتاجر ويستغل وظيفته لتحقيق منافع ومزايا يعد خائنا للثقة التي افترضت فيه،فالوظيفة العامة تتطلب فيمن يشغلها قدرا من الثقة والنزاهة تحقيقا لأغراض متعلقة بالمصلحة العامة [2].

1 المادة 18 مكرر من قانون العقوبات.

2 للإشارة فإن المادة 128 مكرر 01 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد كانت تصف جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية بوصف الجناية ،وتعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمسة (05)سنوات الى عشرين (20)سنة وغرامة من 100.000دج الى 5.000.000دج .

.

وبما ان مجال الصفقات العمومية يعد من أهم القطاعات التي تستهلك فيه الأموال العامة، يستغله البعض لتحقيق أغراضهم الشخصية وتغليب مصالحهم الخاصة على المصلحة العامة، فإن المشرع يهدف بتجريمه للرشوة وكل أشكالها الى المحافظة على نزاهة الوظيفة العامة ،واستقرار المعاملات بين الإدارة والأشخاص المتعاملين معها ،وذلك ما كرسه من خلال القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،بتجريمه للرشوة في هذا المجال الهام من المعاملات الاقتصادية

وفي هذا الشأن ،نصت المادة 27 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أمه :"يعاقب بالحبس من (10) سنوات الى عشرين (20)سنة وبغرامة من 1.000.000دج الى 2.000.000دج كل موظف عمومي ،يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها ،بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية [1]

وتشترك هذه الجريمة مع جريمة رشوة الموظفين العموميون في صورة الرشوة السلبية ،المنصوص عليها في المادة 25 فقرة 02 من نفس القانون في بعض أحكامها ،وتختلف عنها في البعض الآخر ،ومن خلال تناولنا لأركان هذه الجريمة والجزاء المقرر لها ،سنحاول إجراء مقارنة بسيطة ابينها [2].

الفرع الاول :أركان الجريمة

كغيرها من جرائم الفساد تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان هي الركن المفترض (صفة الجاني)،الركن المادي والركن المعنوي

1نص قانون العقوبات على هذه الجريمة من خلال المادة 128 مكرر 01 منه والملغاة بموجب قانون مكافحة الفساد

2بوخدنة لزهر،وبركاني شوقي،مرجع سابق،ص.43.

فبخصوص صفة الجاني تقتضي المادة 27 من قانون الفساد المذكورة أعلاه ،أن يكون الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية موظفا عموميا ،حسب ماهو معرف بالمادة 02الفقرة ب من قانون الفساد ،على النحو الذي سبق

بيانه عند تطرقنا لجنحة المحاباة ،وبالتالي ،سنكتفي بدراسة باقي أركان جريمة الرشوة ،أي الركن المادي والركن المعنوي

أولا :الركن المادي للجريمة

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة وفقا للمادة 27 على قيام الجاني بقبض ،أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها ،سواء لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين هما :السلوك الإجرامي ،والمناسبة

-السلوك الإجرامي

يقوم السلوك الإجرامي في هذه الجريمة ،على عدة عناصر أبرزها :الطلب والقبول والأخذ ،بحيث يقوم الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة .

***الطلب**

وهو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي، يطلب فيها من صاحب الحاجة مقابلا لأداء عمله الوظيفي ،ويكفي تحقق الطلب على هذه الصورة ،حتى تتحقق جريمة الرشوة متى توافرت بقية أركانها حتى ولو لم يصدر القبول من صاحب الحاجة ،ويشترط في الطلب أن يكون جديا ويستوي أن يكون للموظف نفسه أو للغير [1].

1عيساوي نبيلة ،جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد ،مداخلة في الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية ،كلية الحقوق ،جامعة قالمة ،يومي 24و25 أبريل 2007،غير منشورة،ص.04.

***القبول**

أي أن هناك إجابا أو عرضا من صاحب الحاجة ،ويتم القبول من جانب الموظف العمومي ،وليس للقبول شكل خاص فيصبح بالقبول أو بالكتابة أو بالإشارة كما يستوي أن يكون صريحا أو ضمنيا [1]،وبعد القبول من أصعب صور النشاط الإجرامي إثباتا ،لاسيما حين يكون القبول ضمنيا ،لأن السكوت قد يدل على الرفض أو عدم الاكتراث ،وبذلك يجب أن يكون السكوت أي محاطا بقرائن توحي بقبول الموظف العمومي للرشوة [2].

***الأخذ**

هو أخذ الأجرة أو المنفعة ،وهو ما يقدم نظير قضاء المصلحة ويعتبر من أجزاء الركن المادي لهذه الجريمة ،وهذا المقابل يتنوع ويختلف ،فقد يكون مالا أو منفعة ،وقد يكون محاباة أو غير ذلك [3]،بحيث لم يحدد المشرع طبيعة الأجرة أو الفائدة التى تعود على الجاني ،غير أنه يمكن القول بأن الأجرة يقصد بها الأجر الذي يمكن أن يتقاضاه أي شخص نتيجة قيامه بعمل معين ،ويتمثل عادة في مبلغ من المال ،أما بالنسبة للمنفعة فهي تمثل الفائدة التي يجنيها الشخص من قيامه بعمل ما [4].

ويتحقق الفعل مهما كان نوع الأجرة أو المنفعة التي يقبضها الجاني ،أو يحاول قبضها سواء كانت مادية أو معنوية ،محددة أو غير محددة ،فقد تكون الأجرة أو المنفعة شيئا ماديا كحصول الجاني على سيارة أو نقود أو

1هنان مليكة ،جرائم الفساد الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري ،دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2010 ،ص 54

2نادية تياب ،مرجع سابق،ص.49.

3هنان مليكة ،مرجع سابق،ص.56.

4جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ،مجلة الفكر البرلماني ،العدد الخامس عشر ،فبراير 2007،ص.102.

سيك ،كما قد تكون مهنوية كإجراء دعاية للجاني بغرض فوزه في الانتخابات التي ترشح لها ،أو تساهم في ترقيته الى منصب أعلى من حيث المسؤولية.

وتتفق في ذلك هذه الجريمة مع جريمة رشوة الموظفين العموميين في صورة الرشوة السلبية ،التي تشترط فيها المادة 25فقرة 02 طلب أو قبول الجاني لمزية ،والتي تأخذ مفهوم الهبة أو الهدية أو أية منافع أخرى مادية كانت أو معنوية ،صريحة أو ضمنية ،محددة أو غير محددة ،بل ويدخل ضمنها حتى الأجر أو المنفعة.

وبالنسبة للمستفيد من المنفعة أو الأجرة ،فيستوي من خلال المادة 27 فب أن يستفيد الجاني من الأجرة أو المنفعة لنفسه ،أو لشخص غيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،فإذا كان الأصل أن يستفيد الجاني نت الأجر أو المنفعة لنفسه فإنه ،من الممكن أن يستفيد منها غيره مثل :أصوله أو فروعه أو أي شخص آخر يعنيه ،بل حتى وإن تسامها شخص لم يعينه الجاني ،وعلم هذا الأخير بالأمر ولم يبدي اعتراضه ،تقوم الجريمة [1].

وتشترك في ذلك هذه الجريمة الرشوة السلبية التي تقوم على طلب أو قبول الجاني للمزية سواء لنفسه أو لغيره.

-المناسبة

يكتمل تحقق الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ،يقبض أو محاولة قبض الجاني لأجرة و فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات ،قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية.

وعملية تحضير الصفقات أو العقود أو الملاحق أو إجراء المفاوضات بشأنها ،يقوم بها عادة الموظفون الذين لهم صلة مباشرة بهذه العمليات ،وذلك وفقا لما سبق التطرق إليه من خلال جريمة استغلال نفوذ الاعوان العموميون [2].

1تشترك في ذلك هذه الجريمة مع جريمة الرشوة السلبية المنصوص عليها في المادة 25 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد ،والتي تقوم هي ايضا على طلب أو قبول الجاني للمزية سواء لنفسه أو لغيره.

2يكون إجراء المفاوضات بشأن صفقة أو عقد أو ملحق ،عادة في الصفقات أو العقود التي تبرم وفقا لإجراء التراضي.

وبذلك تكون مناسبة قبض العمولة في هذه الجريمة محددة في تحضير أو إجراء مفاوضات بشأن إبرام صفقة أو عقد أو ملحق ،بخلاف الأمر في جريمة الرشوة السلبية التي يكون فيها مقابل الحصول على مزية ،هو أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل هو من واجبات الجاني مهما كان نوعه [1].

ثانيا :الركن المعنوي للجريمة

يشترط لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ،توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني المتمثل في العلم والإدارة ،إضافة للقصد الخاص.

-القصد العام

يجب أن يعلم الموظف بأن ما يقوم به ،يشكل إخلالا بواجبات الحيطة والثقة والنزاهة المفترضة فيه ،بحيث إذا انتفى عمله بعد شرعية فعله، كأن يعتقد بأنه يحصل مصاريف بيع دفتر الشروط ،انتفت جريمة الرشوة في حقه، كما ينبغي أن ينصب علم الموظف المرتشي على صفته الخاصة وكونه موظفا عاما أو ممن هم في حكم الموظف العام [2].

ولا يكتفى توافر العلم وحده لقيام جريمة الرشوة ،وإنما يجب أن تتجه إدارة المرتشي الى تحقيق السلوك الإجرامي الذي يشكل ماديات الجريمة ،وذلك بانصراف إرادة الجاني الى القبول أو الأخذ أو الطلب ،وبمفهوم المخالفة ينتفى القصد الإجرامي في جميع الحالات الت لا يثبت فيها انصراف الإرادة الى ارتكاب الفعل.

1بوخدنة لزهر ،وبركاني شوقي ،مرجع سابق،ص.50.

2هنان مليكة ،مرجع سابق،ص.92.

-القصد الخاص

يتمثل القصد الجنائي الخاص في نية إتجار الموظف العام بأعمال وظيفته ،وهو ما يمكن استخلاصه من ظروف كل قضية وملابساتها ،حيث يمكن إثبات القصد بالرشوة وفقا للقواعد العامة أي بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الكتابة والشهود اوالقرائن [1].

الفرع الثاني:قمع الجريمة

يعاقب مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشرة (10)سنوات الى عشرين (20)سنة وغرامة من 1.000.000دج الى 2.000.000دج ،هذا فيما يتعلق بعقوبة الشخص الطبيعي [2].

اما بخصوص الشخص المعنوي ،فيعاقب بالغرامة من 2.000.000دج الى 10.000.000دج حسب المادة 53 من قانون الفساد التي تحيل بخصوص العقوبة المقررة له على أحكام قانون العقوبات [3].

ويلاحظ على العقوبات الأصلية المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي ،انها تمثل أقصى عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد ، سواء بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة ،كما انها تختلف عن الجزاءات المقررة لجريمة

1 زوزو زوليخة ،مرجع سابق،ص.121.

2 المادة 27 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3 مثلما سبقت الإشارة إليه عند الحديث عن جريمة الامتيازات في الصفقات العمومية ،تنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح غرامة تساوي من مرة (01)الى خمس (05)مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي .

الرشوة السلبية [1]،ذلك أن المشرع اعتبر فعل أو محاولة قبض أجرة أو منفعة في مجال الصفقات العمومية ظرفا مشددا.

وتطبق على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ،نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة فيما يتعلق بالإعفاء أو التخفيف من العقوبة ،والعقوبات التكميلية ،ومصادرة العائدات الجرمة ،ورد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ،والمشاركة ،والتقادم ،وإبطال العقود والصفقات.

تجدر الإشارة الى أن المادة 27 نصت على محاولة قبض الأجرة أو المنفعة من قبل الجاني ،وعبارة المحاولة هنا تعنى الطلب لهذه الأجرة أو المنفعة بشكل مباشر أو غير مباشر [2]،أو اتخاذ موقف يدل على أن الجاني سعى للحصول على المنفعة أو الأجر.

وبذلك يكون المشرع قد نص بشأن هذه الجريمة على الجريمة التامة ،والشروع في ارتكاب زكنها المادي بنفس النص، وهذا خلافا لباقي النصوص المتعلقة بجرائم الفساد ،وعموما يطبق عليها أحكام الشروع المذكورة في المادة 52من قانون الفساد لأنه نص يطبق على جميع جرائم الفساد ،وذلك على النحو السابق ذكره في جنحة المحاباة.

المطلب الثاني :جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية

نصت المادة 35 من قانون مكافحة الفساد على أنه :"يعاقب بالحبس من سنتين (02)الى (10)عشر سنوات وبغرامة من 200.000دج الى 1.000.000دج كل موظف عمومي يأخذ ا يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري ،وإما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو

1 يعاقب على جريمة الرشوة السلبية المنصوص عليها في المادة 25من قانون مكافحة الفساد بالحبس من سنتين (02)الى (10)عشر سنوات وبغرامة من 200.000دج الى 1.000.000دج بالنسبة للشخص الطبيعي ،وتطبق عليها نفس الأحكام المشار أليها سابقا فيما يتعلق بعقوبة الشخص المعنوي.

2بوخدنة لزهر ،وبركاتي شوقي ،مرجع سابق ،ص.52.

المؤسسات ،التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية ،وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت [1]"

وقد كان يطلق على هذه الجريمة في التشريع الفرنسي مصطلح "جنحة التدخل "[2] Délit d'ingérence،ليتم تسميتها بعد ذلك بالأخذ غير القانوني للفوائد في الصفقات العمومية La prise illégal d'intérêts dans les marchés publics،كما يطلق في إطار التشريع المصري تسمية "جريمة التربح" [3].

وتقوم علة تجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية ،على اساس أن اختصاص الموظف العمومي يفرض عليه السهر على المصلحة العامة ،ومباشرة الرقابة على من يتعاقدون مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العمومية التابعة لها ،أو يؤدون عملا لحسابها ،فإذا ربط بين العمل المنوط به وبين مصلحته الخاصة أو المصلحة الخاصة لشخص آخر ،فإنه لا يستطيع أن يؤدي واجب الرقابة الذي يفرضه عليه اختصاصه ،وإنما سيحابي مصلحته الخاصة على المصلحة العامة.

وبالتالي ،تمكن هذه الجريمة في تدخل الموظف في الأعمال التي أحيلت عليه إدارتها أو رقابتها ،وهو ما يؤدي الى استغلال الوظيفة العامة من أجل تحقيق مصلحة خاصة ،بحيث تعد من جرائم المتاجرة بالوظيفة، كما أنها تعد مظهرا من مظاهر الرشوة [4].

1حلت هذه المادة محل المادة 123 من قانون العقوبات ،الملغاة بموجب قانون الفساد.

2Charrel Nicolas .Marchés et délégations de service public :Le risque pénal ,Editions le Moniteur ,paris,2001 ,p.49

3الشاذلي فتوح عبد الله ،الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في القانون المصري ،الطبعة الأولى ،منشورات المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية ،1991،ص.399.

4بوخدنة لزهر ،وبركاني شوقي ،مرجع سابق،ص.54.

الفرع الاول :أركان الجريمة

سنتطرق الى دراسة هذه الجريمة من خلال تحليل ركنيها المادي والمعنوي ،ولكن قبل ذلك ينبغي أن نشير للطابع الخاص لركنها المفترض أي صفة الجاني نظرا لاختلافه بعض الشيء عن الجرائم السابقة.

أولا ،الركن المفترض للجريمة (صفة الجاني)

تقتضي جريمة أحد فوائد بصفة غير قانونية أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي ،لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات ،أو الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ،أو يكون مكلفا بتصفيتها ،فهذه السلطات تعطي الجاني في الحق في الإدارة والتصفية وحراسة العملية باسم السلطة العامة [1].

وعليه ،فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة 02الفقرة ب نص قانون الفساد ،على النحو السابق بيانه [2]،غير أن الأمر محضور في الفتتين الآتيتين :

-الموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها ،وتشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإدارة على هذه العقود أو العمليات المذكورة ،وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشان هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة ،وذلك في أية مرحلة كانت عليها العملية، سواء اثناء تحضير العقد أو المناقصة أو المزايدة أو أثناء مرحلة التنفيذ، ويتعلق الأمر أساسا ،بمدير الهيئة أو المؤسسة أو رئيس المصلحة أو رئيس المكتب أو أي مهندس أو تقني أو عون إداري له دور يقوم به في هذه العمليات ،ورؤساء البلديات ومساعديهم والمستشارين

1Didier jean, Droit pénal des affaires ,02éme édition ,Dalloz, paris ,France ,2000,p.236

2كانت المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة ،تحصر صفة الجاني في الموظف بمفهومه الضيق كما هو معرف في القانون الإداري ،دون سواه من باقي الفئات الأخرى ،الأمر الذي كان يجعل فئة كبيرة من الجناة تفلت من العقاب أبرزهم المنتخبين.

3Cass.Crim ,11mars1976,bull.Crim.1976,n°93,CALyon.1910,S.1914,2.p.108, et Cass.Crim.11janvier1956,Bull.crim.1956,n° 39.Citéspar :

-علة كريمة ،مرجع سابق،ص 91.

،والمنتخبين المحليين ،كما يمكن أن يكون الفاعل موظف ضرائب ،أو قاضي محكمة تجارية ،أو مقتصد في ثانوية ،وغيرهم [1].

-الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتها ،ويقصد به كل موظف يمنح له منصب المسؤولية الذي يتولاه سلطة إصدار إذن الدفع ،وهو بمعنى آخر الآمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل

بها ،ويأخذ بمقتضي عمله هذا فائدة غير مشروعة ،وينحصر الامر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الآمر بالصرف ،أو من يتوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة ،كما في هذه كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين ،ولا يهم مصدر اختصاص الموظف بالعمل الذي انتفع منه ،فقد يتحدد اختصاصه بناءا على قانون أو لائحة أو قرار أو تكليف من رئيس مختص [2] .

تجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن المادة 124 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد كانت تقضي بتجريم فعل أحد فوائد بصفة غير قانونية ،حتى بعد انتهاء الموظف العمومي من الخدمة بأية طريقة كانت ،وهذا خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته ،حيث يخظر عليه خلال هذه الفترة ،تلقى فائدة من عملية من العمليات التي أشرف عليها أو كانت له سلطة عليها [3].

1الشاذلي فتوح عبد الله ،مرجع سابق ،ص.403.

2بوخدنة لزهر ،وبركاني شوقي ،مرجع سابق،ص.55.

-لم يتضمن قانون مكافحة الفساد نصا مماثلا ،وذلك رغم أن اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد تضمنت في مادتها الثانية عشر الفقرة (ه)المتعلقة بالتدابير الرامية لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد ،بندا ينص على منع تضارب المصالح بفرض قيود ،حسب الاقتضاء ولفترة زمنية معقولة ،على ممارسة الموظفين العموميين السابقين أنشطة مهنية ،أو على عمل الموظفين العموميين في القطاع الخاص بعد استقالتهم أو تقاعدهم ،عندما تكون لتلك الأنشطة أو ذلك العمل صلة مباشرة بالوظائف التي تولاها أولئك الموظفون العموميون أو أشرفوا عليها أثناء مدة خدمنهم غير أنه تمت الإشارة الى هذا الحكم في الأمر رقم 01/07 المؤرخ في 01 مارس 2007،المتعلقبحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف ،سابق الذكر.

3نلاحظ ان النص باللغة العربية ،قد أضاف عبارة "المؤسسات " كعملية من العمليات المذكورة ، ولم يذكر ذلك في النص باللغة الفرنسية ، ول ا تجد هذه الإضافة في حقيقة الأمر أي تبرير على اعتبار أن المؤسسات لا تعد عملية من العمليات التى يمكن

ثانيا :الركن المادي للجريمة

يقوم الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ،بإقدام الجاني على أخذ أو تلقى فائدة من عمل من اعمال وظيفته ،تكون له فيها سلطة الإدارة أو الإشراف سواء كانت الفائدة له أو لغيره، وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق ،وقد عددت المادة 35 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي فائدة منها وهي :العقود ،المناقصات ،المزايدات ،والمقاولات [1]

ومن ثمة فإن السلوك المجرم في هذه الجريمة يأخذ إحدى الصورتين :إما أن يأخذ أو يتلقى الجاني فائدة من عملية من العمليات المذكورة ،تضاف لهما صورة ثانية ذكرها المشرع في نص المادة 35 باللغة الفرنسية ولم تذكر في النص باللغة العربية ،وهي صورة الاحتفاظ بالفائدة[2].

-أخذ أو تلقى فائدة

يتمثل فعل الأخذ في حصول الجاني على منفعة من المشروع أو العقد أو الصفقة المزمع إبرامها ،ولا تهم في ذلك طبيعة الفائدة مادية كانت أو معنوية ،كما لا تهتم الطريقة التي تتحقق بها الفائدة فقد يتفق الجاني مع أحد المرشحين للعقد أو المناقصة أو المزايدة على السعي له لأن يكون هو الفائز بها مقابل الحصول على مبلغ مالي أو أسهم في شركة ،أو تمكين أحد أصدقائه أو أقاربه من انجاز جزء من الأشغال المدرجة في العقد أو الصفقة ،ويحدث هذا الأمر عادة في عقود انجاز الأشغال التي تجرأ فيها الأشغال.

أن يقوم بها الموظف ، وربما يكون الأمر سوء ترجمة فقط فمصطلح مؤسسات يلتقى في ترجمته الى اللغة الفرنسية مع مصطلح مقاولات ،واللذين يأخذان نفس الترجمة وهي les Entreprise

1هنان مليكة،مرجع سابق،ص.148

2زوزو زوليخة ،مرجع سابق،ص.ص.130.

3لم تذكر المادة 35 من قانون مكافحة الفساد هذه الصورة في نصها باللغة العربية ،غير أن نص المادة باللغة الفرنسية أدرج ثلاث مصطلحات

هي (pris, reçu, conserver)ما معنى وجود صورة الاحتفاظ بالفائدة.

-Article 35 : «Est puni d'un emprisonnement de deux (2)àdx(10) ans et d'une amende de 200.000 DA à1.000.000 DA tout agent public qui ,soit directement.

أما تلقى الفائدة ،فتكون في حالة استلام الجاني هذه الفائدة بالفعل ،ولا يهم وقت التسليم سواء كان أثناء تحضير العملية التي يتلقى بمناسبتها الفائدة أو أثناء تنفيذها ،وسواء تم التسليم لشخص الجاني أو لغيره.

-الاحتفاظ بالفائدة

تتجسد هذه الصورة ،في حالة كون الفائدة المحتفظ بها ،قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير العملية أو يشرف عليها أو مكلف بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية [3].

ويتحقق ذلك ،مثلما أورده نص التجريم ،سواء أخذ أو تلقى الجاني الفائدة بصفة مباشرة كحصوله على مبلغ مالي أو حصوله على بعض الاسهم في الشركة ،أو عن طريق عقد صوري كأن يتعاقد مع المؤسسة أو الهيئة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي لتزودها باحتياجاتها من سلعة ما ،يستوردها من مؤسسة تجارية هي في الحقيقة مملوكة له[2].

وقد يحدث أيضا أن تكون الفائدة التي يأخذها الجاني مقابل امتناعه عن مطالبة المتعامل المتعاقد في صفقة أو عقد بالقيام بعمل كان عليه أن يؤديه ،أو بصرف نظره عن أحد شروط العقد الذي يربطه بالمؤسسة المكلف بالإشراف عليها أو إدارتها.

وليس من عناصر هذه الجريمة أن ينال الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها ضرر وإن كان هذا هو الوضع الغالب [3]،كما أن استفادة الجاني غير مرتبطة بالحصول على ربح ،فتتحقق الجريمة حتى وإن لم يحصل على ربح.

كما لا يهم إن نفذت الصفقة أو العقد أو الاتفاقية التي تم على أساسها أخذ الفائدة أم لم تنفذ ،كأن ترفض السلطة المختصة بالرقابة التأشير على الصفقة ،فتقوم الجريمة بالرغم من أن العمل المطلوب من الجاني لم يتحقق ،وهذا لأسباب خارجة عن إرادته ،وقد قضي في فرنسا بمناسبة هذه الحالة بأن هذا الفعل لا يعد شروعا وانما يشكل جريمة تامة [1].

Soit par interposition de personnes ou par acte simulé ,aura pris ,reçu ou conservé quelque intérêt que ce soit dans les actes ,adjudications ,soumissions ,entreprises dont il avait ,au temps de l'acte en tout ou partie ,l'administration ou la surveillance ou qui ,ayant mission d'ordonnancer le

ثالثا :الركن المعنوي للجريمة

تعتبر جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية جنحة عمدية ،يتطلب بنيانها القانوني توافر القصد الجنائي لدى الفاعل بعنصرية إرادة السلوك ،والعلم بكافة العناصر القانونية الداخلة في النموذج القانوني للجريمة ،فالقصد المتطلب فيها هو القصد العام الذي يقوم على العلم والارادة.

-العلم

يجب على الجاني أن يعلم بأنه موظف عام وأنه مختص بالعمل الوظيفي ،وأن السلوك يأتيه فضل فيه مصلحته الخاصة على المصلحة العامة ،ويجب ان يعلم أن له شأنا في الأشغال والمقاولات أو التعهدات التي يدخل في نطاق اختصاصه إعدادها أو الاشراف عليها [1].

-الإرادة

تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الموظف عمدا الحظر المنصوص عليه في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ، ولا بد أن يكون الموظف في كل ذلك مدركا مختارا فيما أقدم عليه، فإن كان مكرها انعدام القصد ولا يشترط أن تكون أرادة الجاني قد اتجهت بصفة أساسية الى الحصول على ربح أو منفعة من أداء العمل الوظيفي ،بل يكفي أرادة القيام بالعملية مع العلم بتوفر الجمع بين المصلحتين العامة والخاصة [2].

---

paiement ou de faire la liquidation d'affaire .y aura pris un intérêt quelconque »

1تجريم هذه الصورة نت شأنه تأخير بدء حساب التقادم ،حيث يبدأ حسابه من يوم انتهاء الفعل المجرم وليس يوم اقتراف الجريمة.

2عبد الله سليمان ،دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص ،بدون طبعة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،بدون سنة النشر ،ص.122.

3 CApoitiers,03mai1952,D.1952,jurispr.p.501.Cité par :

-علة كريمة ،مرجع سابق،ص.99.

1زوزو زوليخة،مرجع سابق،ص.135.

2علة كريمة،مرجع سابق،ص.101.

3المادة 35 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثاني: قمع الجريمة

يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10)وبغرامة من 200.000دج الى 1.000.000 دج[1]

وبالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي ،فتنطبق عليه عقوبة غرامة تساوي من مرة واحدة (01)الى خمس (05)مرات الحد الاقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي ،وعليه تصبح عقوبة الشخص المعنوي هي الغرامة 1.000.000دج الى 5.000.000دج[2].

وتطبق على هذه الجريمة ،كافة الأحكام المطبقة على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والمتعلقة بالعقوبات التكميلية ،والظروف المشددة للعقوبة والاعفاء او التخفيض منها ،والعقوبات التكميلية ومصادرة عائدات الجريمة والمشاركة والشروع وابطال العقود والصفقات واحكام الرد.

تجدر الإشارة في الأخير الى انه تتلازم جرائم الصفقات العمومية المشار اليها سابقا،مع جرائم أخرى كالاختلاس ،والتزوير واستعمال المزور،وتبديد الاموال العمومية وغيرها [3].

1على غرار الجرائم التي تناولتها سابقا ،تحيل المادة 53 من قانون مكافحة الفساد على تطبيق احكام قانون العقوبات بشان العقوبة الاصلية للشخص المعنوي (المادة 18 مكرر).

2مثال ذلك ،حكم محكمة تلمسان ،غرفة التحقيق الاولى ،رقم النيابة 07/66،رقم التحقيق 07/37،المؤرخ في 30 نوفمبر 2007،قضية (النيابة)ضد (ر م)،(اح .ب)،(ب. ش)،(ب .م)،(خ .ع)،(ب. س)، (ع .أ)،غير منشور .وتعود وقائع هذه القضية الى تاريخ 01 ديسمبر 2005 عندما أعلنت مديرية الخدمات الجامعية بتلمسان عن مناقصة وطنية مفتوحة لتزويد مطاعم المديرية بالمواد الغذائية بعنوان السنة المالية 2006،حيث سجلت مصلحة المالية والصفقات العمومية إيداع 73 عرض في مختلف الحصص ،بتاريخ 26 ديسمبر 2005،ثم تقييم العروض التقنية ولم يتم بعدها تقييم العروض المالية ،مخالفة لأحكام تنظيم الصفقات العمومية ،وعند إحالة المتهمين أمام محكمة الجنح ،تم متابعتهم بعدة جرائم تمثلت في :تبديد أموال عمومية ،التزوير واستعمال المزور ،إبرام صفقات مخالفة للتشريع وإساءة استغلال الوظيفة والاستفادة غير الشرعية من الصفقات العمومية . ذكرته :تياب نادية ،مرجع سابق ،ص.48.

خاتمة

ترتبط صعوبة التوفيق بين توسيع مبدأ الشفافية ،وسلطات الادارة في مجال ابرام الصفقات العمومية بطبيعة علاقة التعاكس القائمة بينهما ،ذلك أن تطور ممارسة الواحدة يقاس بمدى تقليص الأخرى ،على اساس أن دائرة الحق في ولوج الصفقات العمومية ونيلها وفق ضوابط الشفافية والمساواة في التنافس لا تتسع إلا بقدر ما تضيق دائرة السلطة التقديرية للإدارة في إبرام عقودها مع من تختاره من مقاولين و موردين أو خدماتيين.

على أن ذلك لا يمنع من القول أن تنظيم الصفقات العمومية الجديد يعتبر ضابطا مرجعيا لحماية قواعد الشفافية في هذا المجال ،حيث تهدف الضمانات الوارد فيه الى وضع مجموعة من الآليات التي من شأن تفعيلها أن يسفر عن ممارسة المنافسة الحرة على نطاق واسع وتعزيز الشفافية ،بالموازاة مع ضبط ذلك بما يكفل حقوق المترشحين والصالح العام.

وتبرز هذه الضمانات بشكل واضح ، من خلال ضبط قواعد الدعوة للمنافسة ضبطا دقيقا وعلى مر جميع المراحل التي تمر بها ،بداية من تحديد الحاجيات والقواعد المقررة بشأنها ،والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء ،وتحديد طرق الإبرام يجعل طلب العروض قاعدة عامة في التعاقد والتراضي استثناء، مع توضيح أشكال هذه الأساليب وحالات اللجوء إليها ،بالرغم مما قيل حول عدم الدقة في تحديد هذه الحالات.

وفي إطار توسيع دائرة المنافسة ،تم التنصيص على تكريس التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية ،وإن تعلق الأمر بمسائل غير جوهرية ،ويمكن أن تشكل انطلاقة نحو المزيد من لا مادية الصفقات العمومية ،وإقرار العديد من القواعد التي من شأنها ضمان شفافية الإجراءات وحياد الإدارة سواء تعلق الأمر بآليات الإعلان عن الصفقات العمومية ، وتقييمها ومنحها ومختلف القواعد والآليات المتعلقة بالرقابة عليها.

وبالموازاة مع ذلك حرصت السلطات العمومية من خلال نص تنظيم الصفقات العمومية سالف الإشارة ، على وضع استثناءات على التطبيق المطلق لمبدأي المنافسة والشفافية في الصفقات العمومية ، بالقدر الذ ي يسمح بتحقيق المصلحة العامة ،وحماية الاقتصاد الوطني.

غير أن هذه الأحكام لا يمكن ضمان تفعيلها بدون تجريم الإخلال بقواعد النزاهة والحياد والشفافية في الصفقات العمومية ،والتي أسندت مهامها للقاضي الجنائي الذي ساهم بشكل معتبر في حماية قواعد الشراء العمومي المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وقانون الفساد ،الذين أكد كلاهما على وجوب احترام قواعد المنافسة والشفافية.

حيث تم الاعتراف بخصوصية جرائم الصفقات العمومية وضررها البالغ على الاقتصاد الوطني ، بإنشاء جريمة خاصة بمجال حماية المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية ، وتحيين لعض الجرائم التقليدية يجعلها من جرائم الصفقات العمومية ، على غرار الرشوة واستغلال النفوذ.

على أنه في نظرنا ينبغي مستقبلا إقرار المزيد من التدخل التشريعي في مجال الصفقات العمومية ،لا يكن ضمانها بدون ترسيخ قواعد فعالة عن طريق نصوص قانونية ملزمة حيال جميع المتدخلين في هذا المجال سواء كانوا مشترين عموميين ، أو مترشحين ،هذا من جهة.

ومن جهة أخرى ، إقرار آليات صارمة ومضبوطة للتدخل البعدي في حالة الإخلال بقواعد الشفافية من أجل ردع مثل هذه الممارسات.

قائمة المصادر و المراجع

أولا :باللغة العربية

I-الكتب

1.أحسن بوسقيعة ،الوجيز في القانون الجزائي الخاص ،جرائم الفساد ،جرائم المال والاعمال ،جرائم التزوير ،الجزء الثاني ،الطبعة الثانية عشر ،دار هومة ،الجزائر ،2012.

2.الخوري يوسف سعد لله، القانون الاداري العام ،الجزء الاول ،تنظيم إداري ،أعمال وعقود إدارية ،الطلعة الثالثة ،دار المنشورات الحقوقية ،بيروت ،2004.

3.الشاذلي فتوح عبد الله ،الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في القانون المصري ،الطبعة الأولى ،منشورات المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية ،1991.

4. الطماوي محمد سليمان ،الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،الطبعة الخامسة ،مطبعة عين الشمس ،القاهرة،1991.

5.القاضي منصور ،القانون الإداري ،الجزء الأول ،الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،لبنان،2001.

6.لركات عمر فؤاد ،مبادئ القانون الإداري ،بدون طبعة ،شركة سعيد رأفت للطباعة ،القاهرة،1985.

7.بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية ،بدون طبعة ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2005.

8.بوضياف عمار ،شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010،المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة ،دار جور للنشر والتوزيع،الجزائر،2011.

9.خرشي النوي ،تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ،بدون طلعة ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،2011.

10.قدوج حمامة ،عملية ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ،الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2006.

11.ماجد راغب الحلو ،القانون الإداري ،بدون طلعة ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،مصر ،1998.

12.مأمون محمد سلامة ،شرح قانون العقوبات ،القسم الخاص ،الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الجزء الأول ،بدون طبعة ،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر،1998.

13.نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية ،بدون طبعة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر،2001.

14.هنان مليكة ،جرائم الفساد الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الاسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري ،دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ،بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة،مصر،2010.

II –الرسائل والمذكرات الجامعية

01–الرسائل

1.الهاشمي عبد المطلب عبد الرزاق ألطيف ،النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ،كلية القانون ،جامعة بغداد،العراق،1997.

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

02–المذكرات

1.بحري اسماعيل ،الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر ،السنة الجامعية 2009/2008.

2.بن دعاس سهام ،المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،كلية الحقوق ،جامعة عنابة،2005.

3.بوخندة لزهر، وبركاني شوقي ،الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرية العليا للقضاء ،المدرسة العليا للقضاء ،الجزائر ،2008.

4.رقراقي محمد زكريا ،الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ،مذكرة انيل شهادة الماجستير في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس ،2013–2014.

5.زوزو زوليخة ،جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ورقلة ،2012.

III –المقالات والمداخلات

01–المقالات

1.جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ،مجلة الفكر البرلماني ،العدد الخامس عشر ،فبراير 2007.

2.حمود محمد عبد الله ،النظام القانوني لإبرام العقد الإداري عن طريق تقنية المناقصة ،مجلة الحقوق، جامعة البحرين ، المجلد الثاني ،العدد الأول ،يناير 2005،المنامة .

3.صبايحي ربيعة، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،عدد02،2010.

02–المداخلات (أعمال الملتقيات)

1.تياب نادية ،تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام ،الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام "كلية الحقوق لجامعة المدية ،20 ماي 2013،غير منشورة.

2.شنة زواوي ،الوقاية من الفساد ومكافحته في اطار الصفقات العمومية –جنحة المحاباة نموذجا –،مداخلة في الملتقى الدولي حول "الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية "،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة سيدي بلعباس ،24و25أبريل 2013،غير منشورة.

3.عيساوي نبيلة ،جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد ،مداخلة في الملتقى الوطني الاول حول الجرائم المالية ،كلية الحقوق ،جامعة قالمة ،يومي 24و25 أبريل 2007،غير منشورة.

4.كركادن فريد ،طرق وإجراءات أبرام الصفقات العمومية –دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري–،مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام" ،كلية الحقوق لجامعة المدية ، 20ماي 2013،غير منشورة .

IIII –النصوص القانونية

01–القوانين

1.القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،المعدل والمتمم.

02–الأوامر

1.الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات ،المعدل والمتمم.

2. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون العقوبات ،المعدل والمتمم.

3. الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ،المعدل والمتمم.

4. الأمر رقم 13/95 المؤرخ في 11 مارس 1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم–الترجمان الرسمي .

5. الأمر رقم 01/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

6. الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة .

7. الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها ،المعدل والمتمم .

8. الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتضمن القانون الاساسي للمستخدمين العسكريين .

9. الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية .

10. الأمر رقم 01/07 المؤرخ في 01 مارس 2007 المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف. .

03–المراسيم الرئاسية

1.المرسوم الرئاسي رقم 250/02المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،المعدل والمتمم(ملغى).

2.المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،المعدل والمتمم(ملغى).

3.المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتظمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ج .ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

03-التعليمات والقرارات التنظيمية

قرار وزير المالية المؤرخ في 28 مارس 2011 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

2.تعليمة الوزير الأول رقم 18 المؤرخة ف 16 جانفي 2013 الموجهة لأعضاء الحكومة والولاة بخصوص لإبرام الصفقات العمومية بصيغة التراضي البسيط.

v-الوثائق

1.تقرير اللجنة الإلكترونية التي تم إنشاءها من طرف الوزارة الأولى ،بعنوان "الجزائر الإلكترونية 2013"،ديسمبر 2008.

ثانيا : باللغة الفرنسية

I –Ouvrages

1. Charrel Nicolas ,Marchés et délégations de service public :le risque pénal, Editions le Moniteur , paris,2001.
2. Didier jean ,Droit pénal des affaires,02 éme édition ,Dalloz, paris, France,2000.
3. Mirelle Berbari, Marchés public :la réforme à travers la jurisprudence , Editions le Moniteur , paris,2001.

II –Articles

1. Henon Matthieu et Carvalho Karine de ,La nécessaire réforme du délit d'octroi ,La Gazette,17 janvier 2011

الفهرس

كلمة شكر	
إهداء	
قائمة أهم المختصرات	
مقدمة	08
الفصل الأول :التأطير القانوني لمبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية	
المبحث الأول :إجراءات أبرام الصفقات العمومية في ظل مبدأ الشفافية	13
المطلب الأول :طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات	13
الفرع الأول :تعريف طلب العروض	13
أولا: التعريف الفقهي	13
ثانيا :التعريف القانوني	14
الفرع الثاني :أشكال الطلب العروض	15
أولا :طلب العروض المفتوح	16
ثانيا :طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا	16
ثالثا: طلب العروض المحدود	17
رابعا: المسابقة	18
المطلب الثاني :أسلوب التراضي كاستثناء	19
الفرع الأول:مفهوم التراضي	19
أولا تعريف التراضي	19
ثانيا:المدلول القانوني للتراضي	19
الفرع الثاني :أشكال التراضي	20
أولا :التراضي البسيط	20
ثانيا :التراضي بعد الاستشارة	22
المبحث الثاني :مبدا الشفافية عند منح واعتماد الصفقة العمومية	26

المطلب الأول :تكريس مبدأ حياد الإدارة	26
الفرع الأول :تكريس حياد الإدارة	26
أولا :الإعلان إجراء جوهري لتكريس مبدأ الشفافية	27
ثانيا: استعمال الوسائل الحديثة للتواصل وأثرها على مبدأ الشفافية	28
الفرع الثاني : إجراءات منح الصفقات العمومية	29
أولا :الإجراءات السابقة للمنح المؤقت للصفقة	30
ثانيا :المنح المؤقت وإرساء الصفقة	33
الفرع الثالث : الإجراءات المؤطرة لطعون المتنافسين	34
المطلب الثاني: القيود الواردة على مبدأي الشفافية والمنافسة في الصفقات العمومية	36
الفرع الاول : استبعاد المترشحين وإقصائهم من المشاركة في الصفقات العمومية	37
أولا مضمون الإقصاء والاستبعاد	37
ثانيا : سلطة الإدارة في الاستبعاد والإقصاء	38
ثالثا: التمييز بين الاستبعاد والإقصاء	39
الفرع الثاني: الصفقات المحجوزة في إطار تنظيم الصفقات العمومية	39
الفصل الثاني: الحماية الجزائية لمبدأ الشفافية في الصفقات العمومية	
المبحث الاول :الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية	42
المطلب الأول : جنحة المحاباة	42
الفرع الاول : أركان الجريمة	42
الفرع الثاني :قمع الجريمة	58
المطلب الثاني :استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية	63
الفرع الاول : أركان الجريمة	63
الفرع الثاني :قمع الجريمة	69
المبحث الثاني : الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية	70
المطلب الأول : جريمة الرشوة في الصفقات العمومية	70

الفرع الاول : أركان الجريمة	71
الفرع الثاني :قمع الجريمة	76
المطلب الثاني: جريمة أخذ النفوذ بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية	77
الفرع الاول : أركان الجريمة	78
الفرع الثاني :قمع الجريمة	83
الخاتمة	85
قائمة المصادر و المراجع	
الفهرس	