الفصـــــل الثانـــي : مجـــالات تدخـــل القاضـــي الاداري فـــي مكافحـــة الفســـاد

لقد ادى تكور ظاهرة الفساد و انتقالها من الطابع الشخصي الى الطابع المنظم حيث اصبحت تتخفى ورائها ايادي تسعى الى تحقيق مصالح الشخصية ، مما ادى الى تدخل المشرع الجزائري لوضع تنظيمات قانونية جديدة من شانها مجابهة التطور الحد منه وهو ما يتبين من خلال صياغته القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالرقابة من الفساد و مكافحته ، و المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، و اللذان يهدفان الى تعزيز الشفافية و النزاهة في القطاعيين العام و الخاص ،و سنتناول في هذا الفصل الى :

المبحـث الاول : الرقابة على الصفقات العمومية و الجرائم المتعلقة بها .

المبحـث الثاني : رقابة القاضي الاداري على الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الرقابة على الصفقات العمومية و الجرائم المتعلقة بها .

ان الرقابة في مدلولها او معناها اللغوي يقصد بها اعادة النظر او اعادة الاطلاع مرة اخرى ، اما معناها الاصطلاحي فهي فحص السندات و الحسابات و السجلات الخاصة بالمؤسسة فحصا دقيقا حتى يتأكد المراقب المختص من ان الوثائق الخاصة بالصفقات او التقارير المالية سليمة ، خاصة مع نهاية الوصاية المباشرة للدولة على المؤسسات العمومية و الاقتصادية فالصفقات باعتبارها وسيلة لتنفيذ برامج الدولة ، احيطت بالعديد من الوسائل الرقابية و حتى الردعية من اجل حمايتها . كما نرمي الى الحفاظ على المال العام ، فالصفقات العمومية تخضع للرقابة و التي تتمثل في الرقابة التي تعتبر كأجراء وقائي لمختلف الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة ، و الرقابة الخارجية التي يتمثل الهدف منها هو التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على هيئات الرقابة الخارجية و كذا التحقق من التزام المتعاقد للعمل للمبرمج بكيفية نظامية، و هذا ما سنحاول تقديمه من خلال هذا المبحث بتطرق الى اليات التي يتم من خلالها الرقابة الداخلية و الخارجية على الصفقات العمومية .

المطلـــب الأول: الرقابـة الداخليـة للصفقـات العموميـــة

لقد نصت المادة 159 من المرسوم الرئاسي 15-247 بنصها على انه" تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم ، وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة و قوانينها الاساسية ، دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية ، و يجب ان تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوصّ، و محتوى مهمة كل هيئة رقابية و الاجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة و فعاليتها."

و من خلال نص المادة تظهر لنا ان هذه الرقابة تمارس داخل المصلحة المعاقدة ذاتها و لقد تركت لها المهمة و الحرية الكاملة في تنظيم هذه الرقابة و ممارستها .

الفــرع الاول : استحــداث لجنــة فتــح الاظرفــة و تقييــم العروض

تحدث المصلحة المتعاقدة (البلدية – المؤسسة) في اطار الرقابة الداخلية لجنة واحدة او اكثر تكلف بفتح الاظرفة و تحليل العروض و البدائل و الاسعار تطبيقا لا حكام المادة 10 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، و تدعى في طلب النص :" لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض [1]" ، حيث اصبحت لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض النصوص عليها في المراسيم السابقة و كانت كل على حدى أي هي لجنتين مستقلتين لكل منها اختصاصاتها و صلاحياتها المشار اليها في المادتين 121 و125 من المرسوم الرئاسي 10-236 و كذلك من حيث التشكيلة حيث تتنافى العضوية في لجنة تقييم العروض مع العضوية في لجنة فتح الاظرفة ، و مع المرسوم الجديد اصبحت هذه اللجنة لجنة واحدة .

الفــــرع الثانــي : تشكيلــة و مهــام لجنــة فتــح الاظرفــة و تقييــم العروض

اولا: تشكيلــة لجنــة فتــح الاظرفــة و تقييــم العروض

تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة و يختارون لكفاءتهم ، حسب المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 [2] ، و مسؤول المصلحة المتعاقدة هو من يملك صلاحية تحديد تشكيلة لجنة فتح الاظرفة ، و تقييم العروض و ذلك بموجب مقرر، وهذا ما نصت عليه المادة 162[3]، و يتضح لنا ان هذه اللجنة دائمة ، أي انها موجودة دائما على مستوى المصلحة المتعاقدة ، فهذه الديمومة نص عليها المشرع في المادة 121 من المرسوم 10-236 [4]، و لم تكن هذه اللجنة دائمة في المرسوم الرئاسي 01-250.

---

[1]- انظر المادة 160، من المرسوم الرئاسي 15-247.

[2]- انظر المادة 160 ، من المرسوم الرئاسي، نفس المرجع.

[3]- انظر المادة 162، من المرسوم الرئاسي، نفس المرجع.

[4]- المرسوم الرئاسي 10-236 مؤرخ في 17 اكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج ر ، العدد 58 ، 2010.

ثانيـا: مهـام لجنـة فتـح الاظرفـة و تقييـم العروض

تكلف اللجنة المحدثة طبقا لنص المادة 160 من الرسوم 15-247 بالقيام بعمل اداري و تقني تفرضه على المصلحة المتعاقدة ، و بالتالي تطبيقا لا حكام المادتين 71 و 72 من المرسوم سالف الذكر ، تقوم اللجنة بالمهام الاتية :

- ✓ تثبت صحة تسجيل العروض .
- ✓ تعد قائمة المرشحين او المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول اظرفة ملفات ترشحهم او عروضهم مع توضيح محتوى و مبالغ المقترحات و التخفيضات المحتملة .
- ✓ تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض .
- ✓ توقع بالحروف الاولى على وثائق الاظرفة المفتوحة و التي لا تكون محل طلب استكمال .
- ✓ تحرر المحضر اثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع اعضاء اللجنة الحاضرين و الذين يجب بن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة .
- ✓ تقترح على المصلحة المعاقدة ، عند الاقتضاء في المحضر ، اعلان عدم جدوى الاجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من المرسوم .

بالإضافة الى المهام المنصوص عليها في المادة 71 سالفة الذكر ، فهي كذلك تتمتع بمهام اخرى حسب المادة 72 من نفس المرسوم و التي تتمثل في :

- ✓ اقصاء الترشحات و العروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط .
- ✓ تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على اساس المعايير المشار اليها في دفتر الشروط .
- ✓ كما تقوم بالاقتراح علة المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول اذا اضبت ان بعض الممارسات المتعهد المعني تشكل توسف في وضعية هيمنته على السوق او يخل بالمنافسة في القطاع المعني ، و يشترط ان يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

و لقد قام المشرع من خلال هذه اللجنة بجمع كل المهام في يد هذه اللجنة و هذه من اجل تفعيل الرقابة القبلية من خلال اشتراط عنصر التأهيل و الكفاءة ، و تحديد تشكيلة اللجنة الذي اشترط ان يكونوا موظفين دون الاشارة الى المنتخبين المحليين.

المطلــب الثانــي: الرقابـة الخارجيـة على الصفقـات العموميـــة

تهـدف الرقابـة الخارجيـة الـى التحقـق مـن مطابقـة الصـفقات العموميـة للتشـريع و التنظـيم المعمول بهما، و ايضا للتحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية ، طبقا للمادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247[1].

الفرع الاول : الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية

ان الرقابة الخارجية القبلية تعتبر هي اولى الاشكال الرقابية التي تمارسها المصلحة المتعاقدة على الصفقة العمومية قبل منح التأشيرة لتنفيذ الصفقة ، و ذلك لتفادي التجاوزات و الاخطاء و تقييمها لمنع المساس بمشروعية هذه الصفقات.

اولا: الرقابـة القبليـة على الصفقــات العموميـــة

تتمثل لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة في كل من اللجنة الجهوية ، حيث قام المشـرع باسـتبدالها حيـث كانـت فـي المرسـوم 10-236 لجنـة وزاريـة ، لجنـة للمؤسسـة العمومية الوطنية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري ، و كذلك تم حذف المركز الوطني للبحث و التنمية و اللجنة الولائية و لجنة البلدية للصفقات حيث تتمتع كل واحدة منها باختصاصات معينة .

1-اختصــاص اللجنــة الجهويـــة للصفقــات:

تخـتص اللجنـة الجهويـة للصـفقات بدراسـة مشـاريع دفـاتر الشـروط و الملاحـق الخاصـة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية ، و يختص كذلك بناء على المعيار المالي فيما يلي :

- ✓ دفتر شروط او صفقة اشغال يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة مليار دينار (1000.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- ✓ دفتر الشروط او صفقة لوازم يفوق يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجات او الصفقة ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم[2].

[1]- انظر للمادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.
[2]- انظر المادة 139، من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.

- ✓ دفتر الشروط او صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الاداري للحاجة او بهذه الصفقة مئة مليون دينار (100.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة ، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

تعتبر هذه المشاريع من اختصاصات اللجنة الجهوية للصفقات التي تمارس عليها الرقابة الخارجية القبلية ، من حيث التشكيلية فهي تتكون من الوزير المعني او ممثله رئيس ، ممثل المصلحة المتعاقدة ، ممثلين اثنين من الوزير المكلف بالمالية ، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة ، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ، حسب المادة 171 من المرسوم 15-247[1].

2- اختصاص لجنة الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية الوطنية و الهيكل الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري :

تختص اللجنة برقابة الصفقات التي تبرمها كل من المؤسسة العمومية الوطنية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري كما يلي :

- ✓ حسب المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247 [2]، فان لهذه اللجنة اختصاص مثل اختصاص اللجنة الجهوية المذكورة سلفا ، من حيث صفقة اشغال يفوق مبلغها مليار دينار (1000.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة .
- ✓ صفقة اللوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج)، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة .
- ✓ صفقة خدمات يفوق مبلغها مائتين مليون دينار (200.000.000 دج) ، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة .
- ✓ صفقة دراسات يفوق مبلغها مائة مليون دينار (100.000.000 دج) ، و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.
- ✓ ان المشرع في صفقة الدراسات قد رفع من الحد المالي ، فقد كانت صفقة الدراسات في المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 106 يقل او يساوي ستين مليون دينار

[1]- انظر المادة171، من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.
[2]- انظر للمادة172،من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.

(60.000.000 دج) ، و مـن حيـث التشـكيلة حسـب المـادة 172 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 ، فهـي تتكـون من ممثل عن السلطة الوصية كرئيس و المدير العام او مدير المؤسسة او ممثله ، و ممثلين اثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية ، و ممثل عن الوزير المعني بالخدمة و ذلك حسب موضوع الصفقة ، و ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة .

3-اختصاصـــات اللجنـة الولائيـة للصفقـات :

تختص اللجنة الولائية للصفقات طبقا للمادة 173[1] من المرسوم الرئاسي 15-247 فيما يلي:

- ✓ بالنسبة لصفقات الاشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات هي نفس المبلغ المالي الذي تختص بالرقابة عليه اللجنة الجهوية للصفقات و كذلك لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري .
- ✓ كـذلك تخـتص بالرقابـة علـى الملاحـق و الصـفقات التـي تبرمهـا الولايـة المصـالح الممركزة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية .
- ✓ دفاتر الشروط و الصفقات التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية ، التي تساوي او تفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الاشغال و اللوازم ، صفقة الخدمات بـ (50.000.000 دج)، و صفقة الدراسات بـ (20.000.000 دج).
- ✓ من حيث التشكيلة تتكون من الوالي او ممثلة كالرئيس ، ممثل المصلحة المتعاقدة ، و ثلاثة ممثلين من المجلس الشعبي الولائي و(2) الوزير المكلف بالمالية[2].

4-اختصاصـــات اللجنـة البلديـــة للصفقـات :

تمارس اللجنة البلدية للصفقات اختصاصها في مجال الرقابة على الصفقات حسب المادة 174 من المرسوم 15-147 بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بالبلديات و يكون ذلك في حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 139 و 137 و ذلك حسب الحالات التالية :

[1]- انظرللمادة173 ،من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.
[2]- انظرللمادة 174 ،من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.

- ✓ مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الاشغال او اللوازم .
- ✓ خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الخدمات.
- ✓ عشرون مليون دينار(20.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الدراسات.
- ✓ من حيث التشكيلة فهي تتكون من رئيس المجلس الشعبي البلدي كرئيس ممثل عن المصلحة المتعاقدة ، و ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية ، و ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية و ذلك حسب موضوع الصفقة.

ثانيـا: الرقابـة الممارسـة من قبل اللجنـة القطاعيـة للصفقـات العموميـــة

تختص اللجنة القطاعية للصفقات في اطار الصلاحيات الممنوحة لها في المادة 180 من المرسوم 15-247 فيما يلي :

- ✓ تراقب صحة اجراءات ابرام الصفقة العمومية .
- ✓ تقوم بمساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير و اتمام تراتيب الصفقات العمومية .
- ✓ تساهم في تحسين ظروف صحة اجراءات ابرام الصفقات العمومية .
- ✓ تقوم بدراسة الملفات التابعة لقطاع اخر، و ذلك عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في اطار صلاحيتها لحساب دائرة وزارية اخرى ، حسب نص المادة 182 من المرسوم 15-247[1].

الفـرع الثاني : الرقابـة الخارجيـة البعديـة على الصفقـات العموميـــة

تحدث هذه الرقابة الخارجية البعدية في اطار تنفيذ الميزانية التي وضعتها الدولة ، و ذلك بهدف ضمان التسيير الجيد للأموال العمومية ، و كذا مراقبة ثابتة و مستمرة للالتزامات بالنفقة ودفعها ، كما تمارس هذه الرقابة من قبل المفتشية العامة للمالية و مجلس المحاسبة

اولا : رقابـة المفتشيـة العامـة للماليـة على الصفقـات العموميـــة

ان اكثر ما يهم هو كيفية تدخل المفتشية العامة للمالية بخصوص الصفقات العمومية ، و بتعبير اخر دور المفتشية الملية في رقابة الصفقات العمومية و يكون ذلك بفحص الصفقة من الناحية الشكلية و الموضوعية ، فمن الناحية الشكلية فيتم التأكد من العناصر التالية [1]:

[1]- انظرللمادة 182 ،من المرسوم الرئاسي 15-247، نفس المرجع.

- ✓ البحث و الاستفسار عن الطريقة التي حددت بها الاحتياجات العمومية.
- ✓ البحث عن طريقة ابرام الصفقة ، فلو تم ابرامها عن طريق التراضي فعليها البحث عن الاسباب التي ادت الى اللجوء الى التراضي وفقا لما هو محرر في تنظيم الصفقات العمومية .
- ✓ الاطلاع على دفتر الشروط قصد معرفة مختلف الشروط التي وضعتها الهيئة المعنية بالرقابة .

كما تقوم ايضا المفتشية العامة للمالية بفحص الصفقة من الناحية الموضوعية من خلال :

- ✓ التأكد من مطابقة العروض لدفتر الشروط و التأكد من ان اختيار المتعامل المتعاقد قد تم باحترام المعايير و المقاييس المنصوص عليها قانوننا.
- ✓ فحص محضر اللجنة و التحقق من وجود قرار تعينها و صلاحيتها .
- ✓ رقابة عملية التنفيذ التي تتم من خلال رقابة العمليات المالية المنجزة اثناء فترة الرقابة.
- ✓ الكشف عن المخالفات المتعلقة بتنفيذ الصفقة .

ثانيـــا : رقابـــة مجلس المحاسبـــة على الصفقـــات العموميـــة

باعتبار الصفقات العمومية اهم النفقات العمومية و احد و اهم المجالات التي يصرف فيها المال العام ، فرقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية يعتبر امر مفروضا ، اذ يلعب دورا مهما في الكشف عن التجاوزات المالية و المخالفات بالنصوص التشريعية و التنظيمية[2] ، و يمارس مجلس المحاسبة رقابته من خلال ما يلي :

- ❖ اجراء كل التحريات الضرورية من اجل الاطلاع على المسائل المنجزة عن طريق الاتصال مع الادارات و مؤسسات القطاع العام و مهما تكن الجهة التي تعاملت معها .
- ❖ فحص سجلات و دفاتر و مستندات و جداول و بيانات و وقائع الاختلاس و الاهمال و حالات الفساد المالية التي ادت الى حدوثها و اقتراح وسائل علاجها ،

[1]- تياب نادية ، اليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود ممهدي ، تيزي وزو ، 2013،ص 217.

[2]- تياب نادية ،اليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات ا لعمومية، مرجع سابق، ص 324.

كما يعمل على البحث في مدى ملائمة النفقة و طريقة تمويل الصفقة و البحث في صيغ ابرام الصفقة العمومية ، و تحديد الحاجة التي من اجلها تم ابرام الصفقة و التحقق من مدى تنفيذ المشروع، كما يعمل على مراقبة ابرام الضفقة و كيفيات اختيار المتعامل المتعاقد و مراقبة تحرير و توقيع الصفقة و كذا مراقبة تنفيذها و انهائها .

- ❖ مراقبة تمويل الصفقة و ذلك بمطابقة العمليات المصادق عليها مع الاطار الزمني و التأكد من وجود موارد تمويلية لتغطية العملية[1] .

المطلـــب الثالـــث: جرائـــم الصفقـــات العموميـــــة:

تمثل جرائم الصفقات العمومية اعتداء على المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية المتمثلة في احترام مبدا المنافسة و المساواة بين المترشحين و شفافية الاجراءات ، وقد حدد المشرع هذه الجرائم في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 01/06 المعدل و المتمم و المتمثل في جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية و الرشوة ، و جنحة اخذ فوائد بصفة غير قانونية ، و تضمن كذلك المرسوم 247/15 في مواده اليات الوقاية و مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية .

الفـــرع الاول : جريمـــة الامتيـــازات غيـر المبـررة فـي مجـال الصفقـــات العمومـــــية

نظم المشرع الجزائري احكام هذه الجريمة في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و لا يوجد اثر لهده الجريمة من الاتفاقية لمنع الفساد ولا اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد ، و انما هي جريمة استحدثها و استأثر بها المشرع الجزائري [2]، و الجدير

[1]- انظر المادة 87 ، من الامر 95-20 ،المتعلق بمجلس المحاسبة ، الجريدة الرسمية ، العدد 39 بتاريخ 23 جويلية 1995، معل و متمم 10-02 ،مؤرخ في 26 اوت ، ج ر ، العدد 50، بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

[2]- حاجة عبد العالي، اليات مكافحة الفساد الاداري في الجزائر ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، علوم في الحقوق ، تخصص قانون عام ، 2012-2013، ص 3.

بالـذكر ان المشـرع الجزائـري تـدخل سـنة 2011 و عـدل تمـم نـص المـادة المـذكورة اعـلاه بموجب القانون رقم 15/11[1].

– ذلك لان المشرع الجزائري فـي الصـياغة القديمـة لهـذه المـادة جـاء حكمـه و تجريمـه يتسـم بشيء من الاتساع بحيث يشمل جميع الصور المحتملة و التي يمكن ان تدخل تحت نطاق هذا الوصـف من التجريم، بحيث لا يترك أي مجال للتهرب من المسؤولية الجزائية ، كما يعتبر حذف أي من احكامها عنصرا ماديا للجريمة ، و كنتيجة لحكم المادة 26 فان جميع المتدخلين في مجال ابرام الصفقات العمومية و لاسيما المطالبين بالتأثير عليها ، قد وجدوا انفسهم مضطرين لقضاء اوقات طويلة للتدقيق فيما يقومون به من اعمال الرقابة و التأكد من احترام هذه الصفقات لمل الاجراءات المنصوص عليها قانونا، الامر الذي ادى الى تعطيل عدد كبير من المشاريع الاستراتيجية .

اولا : جنـح منـح امتيـازات غيـر المبررة في مجـال الصفقـات العموميـــة

ان جنحة منح امتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية ، او كما يسميها الدكتور احسن بوسقيعة " جنحة المحاباة" هي جريمة تقليدية تناولها قانون العقوبات في القسم الثاني " الرشوة و استغلال النفوذ" ، و ذلك بموجب المادة 128 مكرر للفقرة 01 ، و التي الغيت و عوضت بالمادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و التي تنص على ما يلي : " يعاقب بالحبس من سنتين الى 10 سنوات و بغرامة مالية من 2.000.000 دج الى 4.000.000 دج كل موظف عمومي يمنح للغير امتيازات غير مبررة عند ابرام او تأشير عقد او اتفاقية او صفقة او ملحق ، مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالحرية الترشح و المساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات."

الغية من وراء تجريم هذا الفعل و ان كان تم تضييف مجال تطبيقه كما رأيناه اعلاه هو ضمان المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية و مكافحة التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين ، و الذين لن يأتي الا من خلال تكريس شفافية الترشح للصفقات و شفافية الاجراءات .

[1]- القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 اوت 2011 ، يعدل و يتمم القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، الجريدة الرسمية ، العدد 44، 2011.

بالإضافة الى ان المشرع الجزائري اشار كذلك الى هذه الجنحة في المرسوم 15-247 و ذلك في المادة 89 و 94 منه[1].

ثانيـــا : جنحـة الاستفـــادة مـن الامتيـازات غيـر المبـررة فـي مجـال الصفقــات العموميـــة

تعتبر جنحة الاستفادة من سلطة او نفوذ اعوان الهيئات العمومية عند ابرام الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير المبررة الصورة الثانية لجنحة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية ، و اشارة الى هذه الجنحة الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون مكافحة الفساد ، و قد كانب هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الوقاية من الفساد و مكافحته[2].

الفـــرع الثانـــي : الرشـــوة في مجـــال الصفقـــات العموميـــــة

نصت على هذه الجريمة وعاقبت عليها المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته تحت تسمية الرشوة في مجال الصفقات العمومية كما يلي : " يعاقب بالحبس من 10 الى 20 سنة و بغرامة مالية من 1.000.000 دج الى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض تو يحاول ان يقبض لنفسه او لغيره ، بصفة مباشرة او غير مباشرة ، اجرة او منفعة مهما يكمن نوعها بمناسبة تحضير او اجراء مفاوضات قصد ابرام او تنفيذ صفقة او عقد او ملحق باسم الدولة او الجماعات المحلية او المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري او المؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري او المؤسسات العمومية الاقتصادية . [3]"

– تعتبر هذه الجريمة صورة من صور الرشوة التي كانت منصوص عليها في المادة 128 مكرر 01 من قانون العقوبات الملغاة ، و نظرا لخطواتها و تأثيرها على نزاهة العمل الاداري و خاصة ما تعلق منه بعملية الابرام و تنفيذ العقود الادارية بما فيها الصفقات العمومية [4].

كما تمثل هذه الاخيرة من ميدان خصب لانتشار الفساد بنوعيه المالي و الاداري لصلتها بالمال العام ، حيث تعتبر الية لصرف الميزانية العامة ، و هنا اضطر المشرع الى الاحتفاظ

---

[1]- انظر المادة 89، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[2]- علي خطار رشيد طنطاوي ، الوجيز في القانون الاداري، دار وائل للنشر ز التوزيع ،ط1، الاردن، 2003، ص 416.

[3]- حاجة عبد العالي ، اليات مكافحة الفساد الاداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 10.

[4]- حاجة عبد العالي ، ، مرجع سابق، ص 13.

و الابقاء عليها من خلال النص عليها في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته المذكورة سابقا من نص المادة 24 اعلاه ان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تقوم الا اذا توافرت ثلاثة اركان هي :

- ✓ **صفقـــة الجانـــي** : وهي ان يكون موظفا عموميا ، و ذلك حسب ما هو معروف بالمادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته .
- ✓ **الركـــن المـــادي** : يتحقق هذا الركن عند القبض او محاولة قبض الموظف العمومي عمولة (اجرة او منفعة) لنفسه او لغيره بصفة مباشرة او غير مباشرة .
- ✓ **الركـــن المعـــنوي** : هي جريمة عمدية مثلها مثل باقي جرائم الرشوة الاخرى ، فان المشرع يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصريه العلم و الادارة [1].

الفـــرع الثالـــث : جنحـــة اخـــذ الفوائـــد بصفـــة غير قانونيـــة

و هي الجريمة المنصوص و المعاقب عليها في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و التي تنص علي:

" يعاقب بالحبس من سنتين الى 10 سنوات و بغرامة من 2.000.000 دج الى 4.000.000دج كل موظف عمومي يأخذ او يتلقى اما مباشرة او بعقد صوري او عن طريق شخص اخر ، فوائد من العقود او المزايدات او المناقصات او المقاولات او المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها او مشرفا عليها بصفة كلية او جزئية ، و كذلك من يكون مكلفا بان يصدر اذنا بالدفع في عملية ما او مكلفا بتصفية امر ما و يأخذ منه فوائد أيا كانت ".

و قد حلت المادة السابقة محل المواد 123 – 124 – 125 من قانون العقوبات الملغاة و يستفاد من نص المادة 35 اعلاه ان هذه الجريمة كغيرها من جرائم الفساد ، تقوم على ثلاثة اركان هي : الركن المفترض و الركن المادي و الركن المعنوي[2] .

---

[1]- عادل مستاري ، موسى فروق ، جريمة الرشوة السلبية في ظل القانون 06-01 ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد الخامس ، سبتمبر2009، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بسكرة ، ص 166.

[2]- احسن بو سقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، جرائم الفساد ، المال و الاعمال و جرائم التزوير ، الجزء الثاني ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 101.

اولا: المقصـــود بجنحـــة اخـذ فوائـــد بصفـة غيـر قانونيـــة

تعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة و تتفق مع جريمة الرشوة حيث ان في كل من الجرمتين يحصل الموظف و بطريقة غير مشروعة على فوائد بصفة بسبب وظيفته التي يتاجر بها .

تكمن الجريمة في حقيقة الامر في تدخل الموظف في الاعمال التي هو مكلف بإدارتها ، او الاشراف عليها ، وهذا التدخل الذي يصرفه الى تحري المنفعة الخاصة عند القيام بالواجب الذي تفتضيه المصلحة العامة ، و الاستفادة غير مرتبطة بالحصول على ربح ، فلا يهم ان حقق الفاعل ربحا ام لا و ان كان الاصل ان يحصل الجاني على فائدة معتبرة ، فالحريمة تتحقق حتي و ان لم يحصل الفاعل الا على فائدة معنوية او عائلية كان يتدخل لفائدة صهرة[1].

ثانيـــا : اركـــان اخـذ فوائـــد بصفـــة غيـر قانونيـــة : و المتمثلة في :

الركن الاول يتمثل في صفقة الجاني: حيث تشترط المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته ان تتوافر في الجاني صفة الموظف العمومي ، لكنها حصرت الامر في الموظف الذي يدير او يشرف بصفة كلية او جزئية على العقود و المزيدات او المناقصات او المقاولات ، و الركن الثاني يتمثل في الركن المادي : يستفاد من نص المادة 35 اعلاه ان الركن المادي لهذه الجريمة يتحقق اما بأخذ او تلقي الموظف العام لفوائد نظير عمل من اعمال وظيفته ، و الركن الثالث يتمثل في القصد الجنائي : جريمة اخذ الفوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية مغيرها من جرائم الفساد ، لهذا يشترط لقيام ركنها المعنوي توفر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصريه العلم و الارادة [2].

---

[1]- نوفل علي عبد الله صغو الدليمي ، الحماية الجزائرية للمال العام ، دراسة مقارنة ، دار هومة ، الجزائر ، 2005، ص 102.

[2]- احست بو سقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، جرائم الفساد ، المال والاعمال وجرائم التزوير، المرجع السابق ، ص 102.

المبحـــث الثانـــي : رقابـــة القاضـي الاداري على الصفقـات العموميـــة :

يعد لجوء الدولة بمختلف مؤسساتها و هياكلها الى الاسلوب التعاقدي في علاقاتها مع الغير او مع نظيراتها من المؤسسات ، كنتيجة حتمية لتغير وظائف الدولة من دولة مسيطرة الى دولة مشاركة أي تشارك الاشخاص الطبيعيين و المعنويين في تسيير الشؤون العامة.

و عليه فان الادارة العامة ولأجل مباشرة تصرفاتها تلجا الى الاسلوب التعاقدي خاصة منه اسلوب الصفقات العمومية ، التي تعد الوسيلة الانجح لمباشرة الادارة لتصرفاتها وفي مقابل ذلك البنية الخصبة لتفشي ظاهرة الفساد على كافة مراحل ابرام الصفقة العمومية .

فرغم حرص المشرع على ايجاد نظام وقائي يهدف من خلاله الى الحفاظ على المال العام ، و ترشيد النفقات العامة و منع تفشي ظاهرة الفساد على مستوى الادارات العمومية ، الا ان هناك تجاوزات من شانها فتح المجال لتوسع هذه الظاهرة ، و بالتالي تبقى هذه الجهود عاجزة امام تنوع صور الفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية ، فمان لزاما على المشرع ايجاد سبل لخرى تخرج من دائرة الوقاية الى اسلوب المكافحة ، و ذلك بإقرار و تكثيف رقابة القاضي الاداري على الصفقات العمومية ، سواء اثناء مرحلة الابرام ، و التي سوف سيتم تناولها في(**المطلب الاول**) او مرحلة التنفيذ و التي سوف تكون في (**المطلب الثاني)** .

المطلـــب الاول : الرقابـــة على التجـــاوزات اثنـاء مرحلـة الابـرام

ان المصلحة المتعاقدة لا تتمتع بنفس الحرية التي تتمتع بها الاشخاص العاديون في ابرام عقودهم وفقا للقانون الخاص ، لا نها تكون بذلك مقيدة بجملة من الشروط و الضوابط القانونية التي تحكم هذا التصرف ، حيث ان المصلحة المتعاقدة تصدر جملة من القرارات التي يؤول النظر في منازعاتها الى قضاء الالغاء ، و لكن نظرا لأهمية و تعقد الاجراءات المتبعة في مجال ابرام الصفقات العمومية كونها المنطق الرئيسي لتفشي ظاهرة الفساد على كافة مراحل الصفقة ، في حالة عدم شفافية هذه الاجراءات ، كان ذلك لزاما اخضاع هذه القرارات المنفصلة برقابة قضاء الالغاء ، كما ان الرقابة على الصفقات العمومية يتطلب في

بعض الحالات اخضاعها الى قضاء ذو طبيعة خاصة يتماشى مع هذه الحالة الا و هو قضاء الاستعجال [1].

الفـــــرع الاول : مجـالات الطعـن بالإلغـاء

لقد فرض المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية اتباع اجراءات محددة عند ابرام الصفقة العمومية بهدف الوقاية من الفساد ، لذلك فان المصلحة المتعاقدة و في اطار اتباعها لهذه الاجراءات تصدر قرارات ادارية منفصلة ، و التي يجوز الطعن فيها بكافة طرق الطعن و هذا استنادا الى نص المادة 09 من القانون 06-01 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 10-05 و التي جاء فيها:" .... ممارسة كل طرق الكعن في حالة عدم احترام قواعد ابرام الصفقة العمومية "[2]، لذا فأي محالفة لا جراء من اجراءات ابرام الصفقة العمومية ، بموجب قرار منفصل يكون هذا الاخير محلا لدعوى الالغاء ، و تتمثل هذه القرارات حسب اجراءات ابرام الصفقة العمومية في قرار الاعلان اولا ، قرار المنح المؤقت ثانيا[3].

اولا : الطعــن ضـد قـرار الاعــلان

يعد الاعلان عن الصفقة من بين الاجراءات الجوهرية التي كرسها المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية ، و الذي نت خلاله تحيط المصلحة المتعاقدة علم الراغبين في المشاركة في المناقصة بنوعها و موضوعها، و بالتالي تحقق الشفافية و النزاهة و على هذا الاساس فان مجلس الدولة اعتبر ان قرار الاعلان عن الصفقة هو قرار اداري منفصل ، و رتب بذلك بطلانه في حالة مخالفته للشروط و الشكليات الجوهرية المقررة قانونا، فكل من

---

[1]- خضري حمزة ، الوقاية من الفساد و مكافحته في اطار الصفقات العمومية ، مداخلة القيت بمناسبة (الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد و تبيض الاموال) كلية الحقوق ، جامعة مولود مهدي ، تيزي وزو، يومي 10-11 مارس 2009، ص 04.

[2]- انظر اعادة المادة 09 من القانون رقم 06-01 ، السالف الذكر .

[3]- انظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الرفق العام ، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، جريدة الرسمية ، العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015، يلغي المرسوم الرئاسي 10-236 مؤرخ في 07 اكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية ، عدد 58 مؤرخ في 07 اكتوبر 2010.

تأثرت مصلحة من جراء عدم مشروعية هذا القرار الطعن فيه بالإلغاء امام القاضي الاداري. (1)

ثانيـــا: الطعــن ضـد قــرار المنــح المــؤقت

يعد قرار المنح المؤقت للصفقة من بين القرارات الممهدة لتنفيذ الصفقة العمومية حيث تصدره سلطة مختصة تختلف باختلاف نوع الصفقة و مضمونها ، حسب ماهو منصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية .

فقد نصت المادة 01/82 من المرسوم الرئاسي 15-247 على حق المتنافسين في الطعن في قرار الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة لدى لجنة الصفقات المختصة و بالتالي فان هذا الحق يشكل احد الضمانات التي يواجه المتنافس المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة الامتياز ، و هذا في حالة التعسف في استعمال هذه الامتيازات هذه من جهة ، و من جهة اخرى يختص القاضي الاداري في النظر في الطعون المقدمة ضد هذا القرار ، و بالتالي تفعيل دوره في مكافحة الفساد ، و هذا في حالة ما اذا كان هذا القرار مبني على اسس غير قانونية خارجة عما هو معمول به في تنظيم الصفقات العمومية [2].

الفـــرع الثانـــي : التدخـــل عــن طريــق قضــاء الاستعجـــال

تطرا لخطورة دعوى الالغاء و المتمثلة في تعطيل الصفقة العمومية فضلا عن تعقيد اجراءتها و طول الفصل فيها ، ادى ذلك الى استحداث قضاء تتسم اجراءاته بالسرعة الا وهو قضاء الاستعجال ، سدا لمنافذ الفساد و تكريس لمبدا الشفافية في ابرام الصفقات العمومية ، و بالتالي فان الاستعجال في المواد الادارية يكتسي اهمية كبيرة سواء من حيث مدة الفصل او النتائج المترتبة عنه، و لكن رغم اهمية هذا القضاء الا ان المشرع الجزائري اغفل عن وضع تعريف له و فتح المجال بذلك الى الفقه ، اين عرفه هذا الاخير بانه : " هو ضرورة على

---

[1]- فريد كركدان ، طرق و اجراءات ابرام صفقات العمومية ، دراية مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المصري ، مداخلة القيت بمناسبة (الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام)، كلية الحقوق ، جامعة المدية ، يوم 20 مارس 2013، ص 04.

[2]- خضري حمزة ، مرجع سابق، ص 05.

الحماية القانونية لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم او تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه او اصلاحه. [1]"

في مقابل ذلك ، و بالنظر الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية نجد ان المشرع الجزائري قسم الاستعجال الى نوعين و هما استعجال بالطبيعة و استعجال قانوني.

اولا: الاستعجـــال بالطبيعـــة في منازعـــات الصفقـــات العموميـــــة

يقصد بالاستعجال بالطبيعة ذلك الاستعجال الذي تكون منازعاته ناتجة عن اشكالات تطرا اثناء سير دعوى الادارية الاصلية او قبل ممارستها ، يتطلب حلولا مستعجلة ، اما باتخاذ تدابير وقتية او تحفظية لا تحتمل التأخير، و تدخل المنازعات في قضاء الاستعجال اذا توافرت الشروط التالية: حالة الاستعجال ، و عدم المساس بأصل الحق [2].

1- توفـر حالـة الاستعجـال :

لقد اشارت المادة 920 من قانون الاجراءات المدنية 08-09 الى شرط الاستعجال دون ان توضح الحالات التي يمكن اعتبارها حالة استعجال ، بل تركت السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال الذي يستنتجها من وقائع كل منازعة تعرض عليه.

2- عـدم المســاس بأصـل الحـق :

يقصد بهذه الحالة ان الدعوى الاستعجالية ، تهدف الى اتخاذ امر قضائي و ليس اصدار حكم قضائي في شانه الغاء القرار او ايقاف تنفيذه ، و بالتالي المساس بأصل الحق ، و حتى لا يكون المساس بأصل الحق هناك مجموعة من الاجراءات التي يجب على القاضي الاداري اتباعها حيث يمنع عليه النظر في موضوع الحق من حيث الشرح و التفسير ، كما يجب عليه ان لا يتعرض اثناء تسوية الامر الصادر منه الى الفصل في موضوع النزاع.

– بالإضافة الى الشرطين السابقين هناك شرط عدم المساس بالنظام العام حيث يلتزم القاضي الاداري بموجبه عدم الفصل في المنازعات ، اذا كان ذلك يمس بالنظام العام[3].

---

[1]- بلعيد بشير ، القضاء المستعجل في الامور الادارية ، دون سنة نشر ، الجزائر ، 1993، ص ص 32-33.

[2]- عوايدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري ، الجريدة 02، ديوان المطبوعات ،الجزائر ،1998،ص 454.

[3]- غني امينة ، الاستعجال في المواد الادارية في قانون اجراءات المدنية .، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص الاجراءات و التنظيم القضائي ، جامعة وهران ،2012، ص92.

ثانيـــا : الاستعجـــال القانونـــي في مجـال منازعـــات الصفقـــات العموميـــة

يـؤول الاختصـاص الـى قاضـي الاسـتعجال فـي هـذا النـوع بموجـب نـص قـانوني، أي ان القاضي الاداري ينظر الى مدى مطابقة الحالة المعروضة امامه (حالة الاستعجال) للنص القانوني الذي يتضمن حالات الاستعجال [1]، فلقد اعتبر المشرع الجزائري ان المنازعات التـي تنشـا اخـلالا بالتزامـات الاشـهار و المنافسـة فـي مجـال الصـفقات تخضـع لقضـاء الاستعجال[2]، فيعد من قبل الاخلال بإجراء الاعلان الصحفي ان تقوم المصلحة المتعاقدة بنشر هذا الاعلان في جريدة واحدة او سرية غي عملية التعاقد دون الاعلان عن الصفقة ، كما يعد عدم تضمين الاعلان للبيانات الالزامية عيبا من العيوب العلانية و المنافسة[3].

و بالتالي فان المصلحة المتعاقدة تصدر مجموعة من القرارات الادارية تعد قرارات منفصلة يتم الطعن فيها استقلالا امام قضاء الاستعجال القانوني ، فمثل هذه المنازعات اخضعها المشرع لقضاء الاستعجال لعدة اعتبارات هي: الحفاظ على المال العام و منع زيادة التكاليف المالية للمشاريع في حالة الفصل فيها عن طريق الالغاء ، باعتبار ان قضاء الاستعجال من شانه التعجيل في الفصل في الطعون.

المطلـــب الثانـــي : الرقابـــة القضائية على التجـــاوزات اثنـــاء مرحلـة التنفيـــذ

يعد تنفيذ الصفقة العمومية من بين المراحل التي تخرج الصفقة من طابعها النظري الى طابعها العملي التنفيذي [4]، و يترتب عنها بذلك مجموعة من الحقوق و الالتزامات سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة او المتعاقد معها ، لكن في بعض الاحيان يتعثر هذا التنفيذ اما بسبب تخلف ركن من اركان الصفقة او عدم مشروعيته ، و اما ان تقوم المصلحة المتعاقدة و باعتبارها صاحبة الامتياز بإهدار قرارات من شانها الاشرار بمصالح المتعامل المتعاقد ، و الذي يخول بالطعن فيها بالإلغاء امام القاضي الاداري ، و من جهة اخرى يمكن للغير و

---

[1]- تياب نادية ، المرجع السابق ، ص ص 257- 258 .

[2]- انظر المادة 946 من القانون 08-09 ، المؤرخ في 20 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، 2008.

[3]- سلوى بومقورة ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مداخلة القيت بمناسبة (الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013، ص 13.

[4]- بن احمد حورية ، دور القاضي الاداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون عام ، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2011،ص 09.

الذي هو اجنبي عن طراف العقد الطعن فيها بالإلغاء، من مجلس الدولة الفرنسي ، كما تمتد رقابة القاصي الاداري على تنفيذ الصفقة العمومية وفق للتشريع المعمول به .

الفـــــرع الاول : سلطات القاضي الاداري في الغـاء التصرفـات الصـادرة عن المصلحـــة المتعاقـــدة

ان مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية و كغيرها من المراحل يمنح المصلحة المتعاقدة سلطة اصدار قرارات ادارية من شانها تنفيذ الصفقة وفقا لموضوعها واهدافها ، و لكن هذه الاخيرة قد تتخذ بصفة غير مشروعة ، مما بخول للمتعاقدين (اولا) او الغير (ثانيا) حق الطعن بالإلغاء ضدها امام القاصي الاداري ، الذي له سلطة الحكم بإلغاء مثل هذه التصرفات .

اولا : الطعــون المقدمـــة من طـرف المتعاقديـــن

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي و لفترة طويلة قبل الطعون بالإلغاء المقدمة من طرف المتعاقدين و الموجهة ضد القرارات المتعلقة بالأسعار او العقوبات المالية ، دون ان يميز ذلك بين طريقة الطعن و نوع العقد (عقود القانون الخاص او العقود الادارية)، غير ان هذا الاخير اورد استثناءات عن موقفه ، و قبل بتلك الطعون المقدمة من المتعاقدين ضد القرارات الصادرة ، تنفيذا للصفقة العمومية [1]، و ذلك في الحالات التالية :

–حالة القرارات التي تتخذها الادارة و هي خارجة عن نطاق العقد ، حيث تصدر المصلحة المتعاقدة قرارات خارج نطاق العقد بصفة غير صفتها التعاقدية [2]، و تكون بذلك قابلة للطعن بالإلغاء امام القاضي الاداري ، كالقرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة استنادا لسلطة الضبط الاداري ، فالإدارة و في اطار القرارات الضبطية هذا من جهة و من جهة اخري فان الجهات العليا للدولة تصدر قرارات تلزم فيها المصلحة المتعاقدة بتنفيذها و يكون ماسة بالصفقة العمومية ، ففي هذه الحالة يمكن للمتعاقدين المتضررين جراء هذه القرارات و الطعن فيها بالإلغاء ، و كذا حالة القرارات الصادرة في ظل انتهاء العقد.

---

[1]- عوايدي عمار ، مرجع سابق ، ص 454.

[2]- سليماني السعيد ، دور القاضي الاداري في حماية الحقوق و الحريات العامة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، فرع قانون القصاء الدولي لحقوق الانسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004 ،ص 208.

ثانيـــا: الطعـــون المقدمـــة مـن الغيـر

لم يقتصر رفض مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء ضد القرارات بتنفيذ الصفقة العمومية المقدمة من المتعاقدين فحسب ، بل امتد ذلك ليشمل الغير اذ قضى هذا الاخير (مجلس الدولة الفرنسي) ، سنة 1952، بانه ليس للغير الحق في الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات التنفيذية للصفقة ، و ذلك باعتبار ان هذه القرارات تصدر في اطار الفقد و هي غير قابلة للتجزئة عنه ، غير انه سرعانا متراجع عن هذا القرار و اقرب مكانية الغير الطعن ضد القرارات التنفيذية للصفقة في قرار ه الصادر سنة 1964[1].

الفـــرع الثاني : سلطات القاضي الاداري في ابطال و فسخ الصفقة العمومية

تعد مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية من بين المراحل التي من خلالها يشرع كل من الادارة و المتعاقد معها في انجاز موضوع الصفقة بما يتماشى مع اهدافها و دفتر الشروط ، حيث ان انعقاد الصفقة وفقا للأشكال القانونية يجعل من اطرافها في مركز قانوني غير متساوي سواء من حيث الحقوق او الالتزامات ، و تبقى الادارة صاحبة الامتياز ، و لكن هذا لا يعني ان مصلحة المتعاقد معها غير محمية ، اذ يحق له اللجوء الى القصاء الاداري لأجل حماية مصالحة من تعسف الادارة ، و بالتالي فان[2] اخلال احد اطراف العلاقة التعاقدية بالتزاماته من شانه ان يشكل وجه من اوجه الفساد اثناء تنفيذ الصفقة العمومية ، و لهذا تقرر للمتضرر من هذه الممارسات اللجوء الى القاضي الاداري الذي له سلطة الحكم في بطلان الصفقة العمومية اولا او في فسخها ثانيا[3].

اولا: سلطات القاضـــي الاداري في الحكـــم ببطـــلان الصفقـــة العموميـــة

ان اهمية الصفقات العمومية باعتبارها تتعلق بخدمة عامة و تبرم لأجل تحقيق حاجات المصلحة المتعاقدة ، فالمصلحة المتعاقدة باعتبارها تسعى في مثل هذه التصرفات الى

---

[1]- بزاحي سلوى ، رقابة القضاء الاداري على منازعات الصفقات العمومية دعوى الالغاء ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الاداري و المؤسسات الدستورية ، كلية الحقوق ، باجي مختار ، عنابة ، 2007،ص 123.

[2]- انظر المادة 89، من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.

[3]- بنا حمد حورية ، مرجع سابق ، ص ص 70-17.

تحقيق المصلحة العامة ، فأي اخلال بالمبادئ المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية [1]، يؤدي الى ابطال الصفقة كلما توافرت الحالات التالية:

1- حـالات بطـلان الصفقـــة العموميـــة

تكون الصفقة باطلة في حالة توافر عيب من العيوب الداخلية او الخارجية[2]، و تتمثل العيوب الداخلية للصفقة العمومية ، في كل من اهلية اطراف الصفقة العمومية ، فقد حرص المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة تحقيق هذا الشرط كي تكون الصفقة العمومية بمنآي عن الفساد ، و عمد بذلك الى تحديد المؤسسات ، او المرافق العامة التي ينطبق عليها هذا القانون ، و التي لها بذلك اهلية التعاقد مع شخص من اشخاص القانون الخاص [3]، و يتدرج ايضا ضمن العيوب الداخلية سلامة ارادة الادارة في التعاقد من العيوب وهي نفسها العيوب المعمول بها في القانون المدني " الغش ، التدليس، الاكراه".

– اما بالنسبة للعيوب الخارجية فتتمثل في كل العيوب المتعلقة بمحل الصفقة ، و الذي يقصد به العملية القانونية التي قصد الطرفين تحقيقها ، و يشترط في المحل ان يكون موجودا و ممكن[4]، و في هذه الحالة فان محل الصفقة العمومية هو موضوعها فأي اخلال به من شانه ان يسبب اضرار للمتعاقد الاخر خاصة المصلحة المتعاقدة باعتبارها تسعى الى تحقيق المصلحة العامة ، كما تشمل العيوب الخارجية العيوب المتعلقة بسبب الصفقة و التي يقصد بها الدافع من وراء العملية التعاقدية ، حيث يشترط فيه ان يكون موجودا و مشروعا و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، فان تخلف السبب او احد شروط مشروعيته كانت الصفقة باطلة بطلانا مطلقا[5].

2- اثـــار البطـــلان في الصفقـــات العموميـــة

يترتب عن بطلان الصفقة العمومية زوال جميع اثارها باثر رجعي ، لكن هذا لا يعني الغاءها ، لان القاضي الاداري اذا قرر ان الصفقة باطلة فانه لا يلغيها ، لأنه ينتمي الي

---

[1]- انظر المادة 02-05 من المرسوم الرئاسي 15-245.

[2]- عبد الفتاح صبري ابو الليل ، اساليب التعاقد الاداري بين النظرية و التطبيق ، دار الكتب الحديثة ، القاهرة ، 1994، ص 428.

[3]- انظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع نفسه،

[4]- محمود خلف الجبوري، العقود الادارية ، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة 2 ، مصر ، 1988، ص 123.

[5]- بن احمد حورية ، المرجع السابق ، ص 83.

القضاء الكامل، كما ان قاعدة انعدام اثار الصفقة باثر رجعي ترد عليها بعض الاستثناءات تتمثل في ما يلي :

1- **التقادم** : اين قرر المشرع الجزائري ان دعوى الالغاء تتقادم بمرور 10 سنوات حفاظا على استقرار المعاملات .

2- **البطلان الجزئي للصفقة العمومية** : أي ان البطلات لا يشمل كافة الصفقة و انما ما كان منها عير مشروع.

3- **حسن النية** : اذ لا يجوز التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع المتعاقد حسب النية.

4- **مصلحة ناقص الاهلية** : أي انه في حالة الحكم ببطلان الصفقة على ناقص الاهلية ، فان هذا الاخير لا يلتزم الا برد ما انتفع به بسبب تنفيذ الصفقة .

5- **العقود الزمنية** : في هذا النوع من العقود يستحيل ازالة اثاره وفقا لمبدا الرجعية ، و بالتالي يقوم المخل بالتزاماته بتعويض الطرف المتضرر ، و ذلك على اساس الاثراء بلا سبب.

وعلى هذا الاساس فان القاضي الاداري و بطلب من احد اطراف العقد يمكن له الحكم ببطلان الصفقة ، في حالة اخلال احد المتعاقدين بالتزاماتهم التعاقدية و اجبار الطرف الاخر بالتعويض[1].

ثانيـــا: سلطات القاضـــي الاداري في الحكـم بفسـخ الصفقــة العموميـــة

ان دور القاضي الاداري في مجال تنفيذ الصفقة العمومية لا يتوقف على سلكة ابطال الصفقة ، و انما يمتد الى امكانية الحكم بفسخ الصفقة ، هذا ما يسمى بالفسخ القضائي ، و الى جانب ذلك هناك الفسخ الاداري من جانب الادارة في حالات محددة قانونا و هي :

1-الفســخ الاداري :

يعد الفسخ الاداري من بين السلطات التي تتمتع بها الادارة في مجال الصفقات العمومية و يعود اساسه القانوني للمواد 149 الى 152 من الرسوم الرئاسي 15-247 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

حيث خولت هذه المواد للمصلحة المتعاقدة سلطة اللجوء الى فسخ الصفقة في حالة عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد بالتزاماته بعد اعذاره هذا من جهة ، و من جهة اخرى يمكن ان تلجا

[1]- بن احمد حورية ، المرجع السابق ، ص ص 90 - 91

الى الفسخ من اجل حماية المصلحة العامة ، في ظل غياب خطاء من المتعامل المتعاقد او بسبب ظروف خارجة عن ارادة الادارة ، و يكون هذا الفسخ بموجب قرار صادر عن المصلحة المتعاقدة ، الى جانب ذلك هناك الفسخ الذي يكون بتراضي الطرفين بموجب وثيقة الفسخ[1].

2- الفســخ القضائـــي:

يعد الفسخ القضائي احد الوسائل التي يواجه بها المتعاقد تعسف المصلحة المتعاقدة و ذلك في حالة الاخلال بالتزاماته التعاقدية [2].

و يكون بذلك الفسخ احد الضمانات التي تفعل دور القاضي الاداري في مكافحة الفساد اثناء تنفيذ الصفقة العمومية، باعتبار ان هذه المرحلة احد المراحل الحساسة التي يقرر بموجبها ضخ اموال عامة لأجل التنفيذ ، و بالتالي اجهاض كل محاولة لذهاب هذه الاموال.

[1]- انظر المواد من 149 الى 152 ، من المرسوم الرئاسي 15-247 ، السالف الذكر.

[2]- خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام ، فرع التنظيم الاقتصاد ،كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 01، 2013، ص 208.

خلاصـــــة الفصـــل الثانـــي:

تخضع الصفقات العمومية خلال لبرامها و تنفيذها لرقابيات عديدة اهمها الرقابة الداخلية الممارسة من قبل لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض و كذا من اللجان المختصة ، و الرقابة الخارجية الممارسة من طرف المفتشية العامة للمالية و مجلس المحاسبة ، كل هذا من اجل تشديد يد الرقابة على الصفقات العمومية و الحد من التجاوزات التي تعرفها الصفقات العمومية ، كما تطرقنا الى دراسة جرائم الصفقات العمومية و التي اعتبرت اعتداء على المبادئ التي تقوم عليها هذه الصفقات ، و ذلك بتسليط الضوء على تلك الجرائم و المتمثلة في جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية و الرشوة و جنحة اخذ الفوائد بصفة غير قانونية خاتمين بها المطلب الاول ، اما بالنسبة للمطلب الثاني الذي نص على الرقابة القضائية للقاضي الاداري على الصفقات العمومية اثناء مرحلة الابرام و التنفيذ فقد تبين ان الدولة تلجا بمختلف مؤسساتها العمومية و هياكلها الى الاسلوب التعاقدي في علاقاتها من الغير او مع نظيرتها من المؤسسات ، كما ان المشرع الجزائري رغم حرصه على ايجاد نظام وقائي يهدف من خلاله الى الحفاظ على المال العام ، و منع تفشي ظاهرة الفساد على مستوى الادارات العمومية ، الا ان هناك تجاوزات من شانها فتح المجال لتوسع هذه الظاهرة ، فكان على المشرع ايجاد سبل اخرى تخرج من دائرة الوقاية الى اسلوب المكافحة .