



جامعة آكلي محند أولحاج- البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

سلطات القاضي الإداري في مكافحة الفساد
الإداري في مجال الصفقات العمومية في
ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون إداري

تحت إشراف الأستاذ
د/ فرندي نبيل

من إعداد الطالب
قوراص عماد

لجنة المناقشة

د/خليفة سمير.....رئيسا

د/ فرندي نبيل.....مشرفا

د/خلوفي خدوجة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2021/09/26

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما.

إخوتي وأخص بالذكر عبد الله.

التي ساندتني ودعمتني في مشواري...زوجتي الغالية حفظها الله ورعاها.

شكر وعرفان

بعد الشكر لله عز وجل على توفيقه لي في إتمام هذا العمل،

أتقدم بخالص الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور "فرندي نبيل" على ما قدمه لي من توجيهات ونصائح قيمة طيلة فترة إنجاز المذكرة، فله مني فائق التقدير والاحترام وعميق الامتنان، وأسأل الله أن يمدّه بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى عضوي لجنة المناقشة على قبولهما مناقشة هذه المذكرة.

قائمة أهم المختصرات

الجزء	ج
الجريدة الرسمية، العدد	ج. ر. ع
دون سنة نشر	د. س. ن
الصفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص ص
الطبعة	ط
قانون الإجراءات الجزائية الجزائري	ق. إ. ج. ج
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق. إ. م. إ
القانون التجاري الجزائري	ق. ت. ج
قانون العقوبات الجزائري	ق. ع. ج
قانون العقوبات المصري	ق. ع. م
القانون المدني الجزائري	ق. م. ج
مجلد	مج

مقدمة

يعتبر الفساد الإداري آفة عالمية تعاني منها غالبية دول العالم وذلك نتيجة لتضافر عوامل وأسباب عديدة ساهمت في نشوء هذه الظاهرة واستفحالها، ولعل أخطر أنواع الفساد الإداري هو ذلك المتعلق بالصفقات العمومية، هذه الأخيرة تعد أهم أنواع العقود الإدارية نظرا لتوافرها على الأموال الضخمة المخصصة لتنفيذ مخططات التنمية والاستثمار، مما يجعلها مجالا خصبا للفساد ومصدر ثراء سريع للمفسدين، حيث يستخدم القائلون على العقود والمتعاقدون كل الطرق غير المشروعة للظفر بها، وهو الأمر الذي أصبح يشكل هاجسا حقيقيا للأمم بالنظر لإفرازاته السلبية على اقتصادها الوطني، وبما يشكله من تهديد لأمنها الاجتماعي واستقرارها السياسي.

ونظرا لتعلق الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية بالمال العام، فقد أصبح ينتشر بسرعة رهيبية داخل أجهزة ومؤسسات الدولة، مستهدفا في ذلك أهم عنصر في الإدارة ألى وهو الموظف المسؤول المباشر عن ارتكاب جرائم الفساد، حيث يلجأ الأفراد والمؤسسات إلى استخدام أسلوب الإغراء المادي المتمثل في دفع رشاي وأتاوات وعمولات للفاستدين، بغية تقادي المنافسة والتأخير في مجال الصفقات العمومية من خلال استغلال نفوذهم ومناصبهم. ومن ثم، أصبح الموظف السبيل الذي ينفذ منه الراغبون في الحصول على الأموال بطريقة سهلة وغير شرعية مستغلين بذلك انعدام ضميره وضعف الوازع الأخلاقي لديه، فقيام الموظف بقبضه لعمولات ورشاي لقاء تسهيل إجراءات منح الصفقة أو التعديل من بعض شروطها أو منح الصفقة لأحد المتعاملين بطريقة غير شرعية يعتبر عملا منافيا للمبادئ التي أوتمن عليها أثناء تأدية وظيفته، كما أنه يشكل خطرا حقيقيا على المجتمع.

والجزائر على غرار معظم دول العالم لم تكن بمنأى عن هذه الظاهرة الخطيرة، وذلك من خلال ما تشهده من فضائح اقتصادية تورط فيها كثير من المسؤولين بسبب هذه التصرفات الخطيرة التي تتم عن ضعف في الوازع الأخلاقي، حيث تغيرت المفاهيم والقيم، وأصبحت مصطلحات مثل الرشوة مرادفة لمصطلح الهدية أو الإكرامية، كما أصبح استعمال الوساطة والمحسوبة أمرا مباحا، وهذا ليس مستغربا طالما أنها وجدت بيئة تشجع على ذلك، وتعمل على توفير الغطاء والحماية لتلك الممارسات غير المشروعة والتجاوزات المخالفة للقانون وتحول بينها وبين تسليط العقاب عليها.

ولقد سعى المشرع الجزائري من أجل التصدي لظاهرة الفساد ومكافحتها في جميع المجالات بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص، إلى سن ترسانة من القوانين التي تستهدف ردع المفسدين والحد من الاعتداء على المال العام، وكان أهمها إصدار القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾ الذي جاء نتيجة مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم لمكافحة الفساد بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 04-128 الذي تضمن مجموعة من الوسائل والآليات الوقائية من الفساد قصد تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام الصفقات العمومية.

لم تتوقف جهود المشرع الجزائري في مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية عند هذا الحد، بل أضيف في العديد من المرات تعديلات على قانون تنظيم الصفقات العمومية، وذلك مسايرة للمستجدات والمتغيرات التي طرأت على دول العالم في مكافحتها للفساد الإداري من جهة، وكذا تطور الأساليب غير المشروعة التي أصبح يلجأ إليها الفاسدون من جهة أخرى، كان آخرها إصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾، الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بعدما أبانت الممارسة العملية عن وجود كثير من النقائص والثغرات التي كانت تعتريه.

إن انتهاج المشرع الجزائري أسلوب الردع بغية التقليل من الآثار الوخيمة لهذه الظاهرة لا يمكن أن يحقق نتائج ملموسة على أرض الواقع ما لم يصاحبه وجود قضاء صارم وفعال، يسعى إلى تطبيق القانون وتكريس ما جاء فيه من أحكام، من خلال تسليط العقوبة على كل شخص يتبين أنه ضالع في جرائم الفساد، أو يسعى إلى تحقيق أهداف غير مشروعة بهذا الفعل، فلا شك أن القضاء يعتبر من بين أحد أهم المؤسسات الإدارية القضائية التي تؤدي دورا هاما في مكافحة الفساد والسهر على احترام القوانين.

(1) قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006م، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ج. ر. ع 14، الصادر في 8 صفر عام 1427 هـ الموافق 8 مارس سنة 2006م. معدل ومتمم.

(2) مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر. ع 50، الصادر في 6 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق 20 سبتمبر سنة 2015م.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تبنى نظام الازدواجية القضائية، والذي يعني وجود جهازين قضائيين، قضاء عادي من جهة والذي يختص بالفصل في المنازعات التي يكون أطرافها أشخاص طبيعيين، أو بينهم وبين الدولة كطرف مدني، ومن جهة أخرى القضاء الإداري، الذي يفصل في المنازعات التي تكون فيها الإدارة كطرف متمتع بامتيازات السلطة العامة. ولكن في حالة تعسف الإدارة في استعمال هذه الامتيازات يتحتم على الطرف المدني اللجوء إلى القضاء الإداري بصفته سلطة موازية للسلطة التنفيذية من أجل إنصافه وحماية حقوقه التي كفلها الدستور.

وبما أن القاضي الإداري هو السلطة القضائية المخول لها الاختصاص الأصلي في مراقبة وتقييم الأعمال الإدارية الصادرة عن الإدارة طبقا للمواد 800-801 ق. إ. م. (1)، ومن بينها الصفقات العمومية التي تعد المجال الخصب لاختصاص القاضي الإداري لما لها علاقة مباشرة بالأموال العامة وتنفيذ المشاريع الضخمة والاستراتيجية من جهة، وإمكانية انتشار الفساد الإداري من جهة أخرى، سنحاول أن نركز دراستنا على سلطات القاضي الإداري في مراقبة أشكال الفساد الناتج عن إنجاز الصفقات العمومية وما تتطلبه من قيود قانونية حددها القانون المتعلق بتنظيم الصفقات لاسيما في مرحلة إبرام الصفقات التي تكون في أغلب الأحيان عرضة لممارسة كل أشكال الفساد الإداري وتبديد الأموال العمومية للدولة.

أهمية الدراسة

تتجلى أهمية الدراسة في كونها تعالج أحد أخطر أنواع الفساد ألى وهو الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، وذلك بالنظر للانعكاسات والأضرار الخطيرة التي يخلفها على جميع المستويات، حيث أصبح الفساد الإداري من أهم المعوقات أمام الإصلاح الإداري والتنمية الشاملة الأمر الذي يتطلب إيلاء هذه الظاهرة أهمية خاصة.

(1) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر. ع 21، الصادر في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008 م.

كما تبرز أهمية الدراسة بالكشف عن الآليات القانونية والقضائية التي رصدها المشرع الجزائري لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، وكذا دور القاضي الإداري في تنفيذ أحكامه خاصة منها الصادرة في مواجهة السلطة التنفيذية.

أسباب الدراسة

يمكن أن نوجز الأسباب التي أدت بنا إلى اختيار هذا الموضوع فيما يلي:

اعتبارات ذاتية

- تدعيم المكتسبات العلمية القبلية في إطار التخصص موصولا بموضوع الدراسة.
- حداثة الموضوع وقلة الأبحاث القانونية والدراسات الأكاديمية التي تعالجه مقارنة بغيرها من المواضيع، مما شكل حافزا شخصيا للولوج في غمار هذه الدراسة والمساهمة ولو بقدر بسيط بهذه المعلومات، لتكون مرجعا يمكن الاعتماد عليه في الدراسات الأكاديمية والجامعية المستقبلية.

اعتبارات موضوعية

- التعرف على أسباب نشوء ظاهرة الفساد الإداري بشكل عام.
- تقصي مختلف صور وأشكال الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.
- التعرف على الصلاحيات والسلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري من أجل مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة بوجه عام إلى:

- تشخيص وتحليل هذه الظاهرة السلبية بالتعرف على ماهيتها وأسبابها ومظاهرها، ذلك لأن تشخيص المشكلة هي أول مرحلة من مراحل مكافحة.

- تسليط الضوء على صور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

- استعراض وتقييم دور القضاء الإداري في مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

على ضوء ذلك يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي حدود سلطات القاضي الإداري في مكافحة جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247؟

تقتضي طبيعة الموضوع، الاستعانة بالمنهج الوصفي باعتباره الملائم لهذا الغرض، وذلك من خلال عرض شامل للأفكار والعناصر التي تناولتها الدراسة، إضافة إلى المنهج التحليلي من خلال تحليل وتمحيص مختلف النصوص القانونية التي اشتملت عليها هذه الدراسة.

للإلمام بالموضوع، ارتأينا تقسيم الخطة على المنوال التالي: نتطرق في الجانب الأول من الدراسة إلى ماهية الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (الفصل الأول): حيث نتعرض إلى مفهوم الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ثم صور جرائم الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

أما في الجانب الثاني من الدراسة، فنتطرق فيه آليات تدخل القاضي الإداري في مجال مكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (الفصل الثاني)، وهو بدوره ينقسم إلى مبحثين: حيث نتعرض فيه القضاء الاستعجالي كآلية لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى القضاء الكامل (الشامل) كآلية لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

الفصل الأول

ماهية الفساد الإداري في مجال
الصفات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود التي نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل ضمان الحفاظ على المال العام وخدمة الصالح العام، ونظرا لحجم المبالغ الضخمة التي يتم صرفها بعنوان الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المتعاملين المرشحين، فإنها تكون معرضة بشكل مستمر لمختلف جرائم الفساد الإداري والمالي التي يرتكبها شخص يتصف بصفة معينة وهو الموظف العمومي الذي يقوم باستغلال وظيفته من أجل تحقيق مصلحة خاصة له أو لغيره وهذا ما يؤدي إلى انعدام النزاهة والشفافية التي هي من المبادئ الهامة التي ينبغي الالتزام بها أثناء إبرام هذه العقود.

يتخذ الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية صورا وأشكالا مختلفة، وهو الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى الإسراع بسن قانون مستقل وهو القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الذي تضمن تحديد جميع الأفعال والتصرفات التي يمكن أن تشكل جرائم فساد في مجال الصفقات العمومية مع إقرار العقوبات المناسبة لها.

على هذا الأساس، نتطرق إلى مفهوم الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ثم نبرز صور جرائم الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الفساد الإداري والموظف العمومي

تعاني معظم دول العالم من انتشار ظاهرة الفساد الإداري بشكل خطير، حيث أصبحت تشكل مصدر قلق بالنسبة للحكومات التي لا يمكنها تطبيق برامجها الإنمائية وسياساتها الاقتصادية في ظل تفشي هذه الآفة، لانعكاساتها السلبية على الأمن والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، فعكف المختصون في مختلف المجالات سواء الباحثون الاقتصاديون وعلماء الاجتماع ورجال القانون على محاولة علاج هذه الظاهرة ومحاصرتها وذلك من خلال فهم العوامل التي أدت إلى استفحالها، خاصة إذا علمنا أن جل جرائم الفساد الإدارية التي أصبحنا نسمع عنها مرتبطة أساساً بوجود الموظف العمومي المسؤول المباشر عن الفساد باعتباره يشكل نقطة ارتكاز مهمة في جميع المعاملات الإدارية والمالية المشبوهة التي تتم في الإدارة العمومية.

على هذا الأساس، نحاول أن نبين المقصود بالفساد الإداري (المطلب الأول)، ثم المقصود بالموظف العمومي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بالفساد الإداري

يعتبر مدلول الفساد الإداري من ضمن المصطلحات المستعملة بكثرة في القانون الإداري والقوانين الأخرى ذات الصلة، حيث أصبح محل العديد من الدراسات والبحوث التي تصدت إلى تشريح هذه الظاهرة السلبية من خلال معرفة أسبابها وآثارها البالغة على الاقتصاد والمجتمع. ومن ثم تحديد الآليات الملائمة للحد على الأقل من خطورتها.

وعليه، نتطرق إلى تعريف الفساد الإداري (الفرع الأول)، والأسباب التي أدت إلى بروزه (الفرع الثاني)، والآثار الناجمة عنه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الفساد الإداري والموظف العمومي

يعتبر الفساد الإداري من المصطلحات المتداولة بكثرة في الحياة اليومية، وهذا لانتشاره الرهيب في جميع دول العالم بدون استثناء ودرجات متفاوتة، وتكمن خطورته في ارتباطه

بمسائل أخرى يجرمها القانون كالرشوة والمحسوبية...، مما حدا بالفقه والتشريع إلى محاولة إيجاد تعريف مناسب له، كل بحسب الزاوية والنظرة التي ينطلق منها في تصديه لهذا المفهوم، وهو ما نتطرق إليه من خلال الآتي:

أولاً: تعريف الفساد لغة

الفساد لغة: هو التآف والعطب والإضطراب وخروج الشيء عن الاعتدال، قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً، وبيضاؤه الصّلاح، ومصدر الفعل فسد⁽¹⁾.

جاء في مختار الصحاح: (فَسَدَ) الشَّيْءُ يَفْسُدُ بِالضَّمِّ (فَسَادًا) فَهُوَ (فَاسِدٌ). وَ (فَسُدَ) بِالضَّمِّ أَيْضًا (فَسَادًا) فَهُوَ (فَسِيدٌ) وَ (أَفْسَدَهُ فَفَسَدَ) وَلَا تَقُلْ: انْفَسَدَ. وَ (الْمَفْسَدَةُ) ضِدُّ الْمَصْلَحَةِ⁽²⁾.

والفساد له أكثر من معنى في اللغة منها، فسَد الشيءُ: بَطَلَ واضْمَحَلَّ، وَيَكُونُ بِمَعْنَى تَغَيَّرَ. وَالْفَسَادُ: أَخَذَ الْمَالِ ظُلْمًا بِغَيْرِ حَقِّ. وَمِنْهَا التَّقَاعُ والتَّدَابُرُ، يُقَالُ: تَفَاسَدَ الْقَوْمُ أَي: تَدَابَرُوا وَقَطَعُوا الْأَرْحَامَ. وَمِنْ مَعَانِي الْفَسَادِ أَيْضًا: الْجَدْبُ وَالْقَحْطُ، وَالْمَفْسَدَةُ ضِدُّ الْمَصْلَحَةِ، وَالْإِسْتِفْسَادُ: خِلَافُ الْإِسْتِصْلَاحِ⁽³⁾.

وقد ورد لفظ الفساد في القرآن الكريم في أكثر من موضع من ذلك:

(1) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ج 2، باب الفاء، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د. س. ن، ص 674؛ الحسين بن محمد بن الفضل، أبو القاسم، المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ج1، الباب: فسد، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، لبنان، سوريا، 1412هـ - 1992م، ص 636.

(2) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدين أبو عبد الله الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ج1، ط5، الباب: ف س د، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، صيدا، لبنان، 1420هـ - 1999م، ص 239.

(3) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، ج8، الباب: فسد، دار الهداية، الرياض، السعودية، 1404هـ - 1984م، ص 497.

قوله تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ
الْفُسَادَ﴾ (١).

وقوله أيضا: ﴿وَأَتَّبِعْ فِي مَاءِ آتِنَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا
أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾ (٢).

كما قال عز وجل: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ
بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾ (٣).

أما الفساد في اللغة الإنكليزية فإن لفظ فساد (Corruption) يأتي من الفعل اللاتيني (Rumpere) أي يكسر، وهو ما يعني أن شيئا قد كسر، وهذا الشيء قد يكون مدونة سلوك أخلاقية أو اجتماعية، أو غالبا ما تكون قاعدة إدارية للحصول على مكسب مادي. أما كلمة الفساد في اللغة الفرنسية فتعني: إتلاف، تخريب، إفساد الآداب والعادات والسلوكات، رشوة موظف، تزوير، تزيف (4).

ثانيا: تعريف الفساد الإداري فقها

يعرف الفساد بأنه: «كل تصرف غير قانوني مادي أو أخلاقي، من جانب العاملين، يسود في بيئة بيروقراطية، يهدف إلى تحقيق مصالح شخصية على حساب المصلحة العامة، مما

(1) سورة البقرة، الآية رقم 205.

(2) سورة القصص، الآية رقم 77.

(3) سورة الروم، الآية رقم 41.

(4) غانية ايططاحين، الفساد الإداري: الجزائر نموذجا، مجلة الحكمة للدراسات الاجتماعية، مج 4، العدد 7، مجلة دورية أكاديمية، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 255.

يؤدي إلى هدر في موارد الدولة الاقتصادية، الأمر الذي ينعكس بالسلب على عمليات التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي»⁽¹⁾.

كذلك الفساد الإداري هو جميع المحاولات التي يقوم بها المدراء والعاملون يضعون من خلالها مصلحتهم الخاصة غير المشروعة فوق المصلحة العامة، متجاوزين القيم التي تعهدوا باحترامها وخدمتها والعمل على تطبيقها⁽²⁾.

كما يحدث الفساد عادة عندما يقوم موظف بقبول أو طلب ابتزاز أو رشوة لتسهيل عقد أو إجراء طرح لمنافسة عامة، كما يتم عندما يعرض وكلاء أو وسطاء الشركات بتقديم رشوة للاستفادة من سياسات أو إجراءات عامة للتغلب على المنافسين وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين المرعية⁽³⁾.

نلاحظ من خلال التعاريف السابقة أنها تتفق حول اعتبار استغلال السلطة العامة لتحقيق مكاسب شخصية من ضمن أعمال الفساد الإداري بشكل يتعارض مع القوانين والأنظمة سواء كان ذلك بشكل فردي أو جماعي.

ثالثاً: تعريف المنظمات والمؤسسات المالية الدولية

تعرف منظمة الشفافية الدولية الفساد بأنه: «استغلال السلطة من أجل المنفعة الخاصة»⁽⁴⁾.

ينطوي هذا التعبير البسيط على عدد من العناصر الأساسية:

(1) صلاح الدين فهمي محمود، الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1994، ص ص 40، 41.

(2) طاهر الغالبي، صالح العامري، المسؤولية الاجتماعية وأخلاقيات الأعمال، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 352.

(3) محمد قاسم القيروتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 33.

(4) جون د. سوليفان، البوصلة الأخلاقية للشركات، أدوات مكافحة الفساد: قيم ومبادئ، وآداب المهنة وحوكمة الشركات، ص 16، متاح على الموقع الإلكتروني:

- ينطبق على القطاعات الثالثة للحكومة: الخاص، والعام، والمجتمع المدني.
- يشير إلى سوء الاستخدام النظامي والفردى، الذي يتراوح بين الخداع، والأنشطة غير القانونية والإجرامية.
- يغطي كلا من المكاسب المالية وغير المالية.
- يشير إلى أهمية منظومة الحوكمة في ضبط وتنظيم كيفية ممارسة السلطة.
- يلقي الضوء على التكاليف غير الفعالة المصاحبة للفساد، وتحويل الموارد في الاتجاه غير المخصص لاستخدامها.
- أما البنك الدولي فيعرفه بأنه: «إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص».

أما برنامج الأمم المتحدة الإنمائي فيعرف الفساد على أنه: «إساءة استعمال السلطة العمومية أو المنصب أو السلطة للمنفعة الخاصة، سواء عن طريق الرشوة، أو الابتزاز، أو استغلال النفوذ، أو المحسوبية أو الغش، أو تقديم إكراميات للتعجيل بالخدمات أو عن طريق الاختلاس»⁽¹⁾.

نلاحظ من خلال هاذين التعريفين أن الفساد الإداري يقتصر فقط على القطاع العام دون الخاص.

رابعاً: تعريف الفساد في الاتفاقيات الدولية

لم تتضمن نصوص الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 تعريفاً للفساد بشكل صريح، إنما بينت ديباجة الاتفاقية ما يفهم منها بأن تعريف الفساد هو: «ظاهرة عبر وطنية تمس كل المجتمعات والاقتصاديات مما يجعل التعاون الدولي على منعه ومكافحته أمراً ضرورياً».

(1) محمد وارث، الفساد وأثره على الفقر: إشارة إلى حالة الجزائر، دفاقر السياسة والقانون، مج 5، العدد 8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2013، ص 86.

أما الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010، فقد ورد تعريف الفساد في سياق مضمون ديباجتها ونصت على أن الفساد هو: «ظاهرة إجرامية متعددة الأشكال ذات آثار سلبية على القيم الأخلاقية والحياة السياسية والنواحي الاقتصادية والاجتماعية».

أما تعريف الفساد في اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد لعام 2003، فقد أشارت المادة 1 إلى أن الفساد هو: «الأعمال والممارسات بما فيها الجرائم ذات الصلة التي تجرمها الاتفاقية».

وبالرجوع إلى المادة 4 من الاتفاقية نجدها اكتفت بذكر صور ومظاهر أعمال وأنشطة الفساد المختلفة⁽¹⁾.

خامسا: تعريف الفساد في التشريعات المقارنة

اختلفت التشريعات الجنائية المقارنة المتعلقة بمكافحة جرائم الفساد في تعريف الفساد وكان لها أكثر من صيغة قانونية لجريمة الفساد، وهو ما نبينه من خلال الآتي:

ميز قانون العقوبات الفرنسي بين ما أسماه الفساد النشط (الإيجابي)، والفساد السلبي، فعرف الفساد الايجابي بأنه: «سعي الموظف الحكومي بنشاط من أجل و منح العقد».

أما الفساد السلبي فقد عرفه بأنه: «قبول المسؤول لهدية أو مكافأة أخرى بعد منح العقد أو تقديم الخدمة».

أما المشرع المصري فإنه لم يعرف مصطلح الفساد، ولكنه ركز وتكلم عن الرشوة في المادتان 103 و 103 مكرر ق. ع. م، وإن كان قد أشار إلى بعض مظاهره.

(1) محمد حسن سعيد، وسائل القانون الدولي لمكافحة جرائم الفساد، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، جوان 2019، ص ص 15، 16.

ويعاب على المشرع المصري هو عدم تجريمه للفساد رغم تعدد أشكاله وصوره، فلم تعد الرشوة هي المظهر الوحيد له، بل هناك العديد من السلوكيات والأفعال التي تندرج اليوم في إطار ما يسمى الفساد⁽¹⁾.

- نص قانون مكافحة الفساد التونسي رقم 20 لسنة 2011 على أن الفساد هو: «سوء استخدام السلطة أو النفوذ أو الوظيفة للحصول على منفعة شخصية ويشمل الفساد بشكل خاص جرائم الرشوة بجميع أشكالها في القطاعين العام والخاص والاستيلاء على الأموال العمومية أو سوء التصرف فيها أو تبديدها واستغلال النفوذ وتجاوز السلطة أو سوء استعمالها والإثراء غير المشروع وخيانة الأمانة وسوء استخدام أموال الذوات المعنوية وغسيل الأموال».

- نصت المادة رقم 1 من قانون هيئة النزاهة العراقية رقم 30 لسنة 2011 على أن قضية الفساد تعني: «دعوى جزائية يجري التحقيق فيها بشأن جريمة من الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة وهي الرشوة والاختلاس وتجاوز الموظفين حدود وظائفهم وأية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات العرقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل، وأية جريمة أخرى يتوفر فيها أحد الظروف المشددة المنصوص عليها في الفقرات 5 و6 و7 من المادة 135 من قانون العقوبات»⁽²⁾.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد عرف الفساد في القانون رقم 06-01 المتعلق بالفساد ومكافحته الصادر سنة 2006، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-05، بأنه: «عبارة عن الامتيازات غير المبررة والرشوة في مجال الصفقات العمومية ورشوة الموظفين العموميين والأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية واختلاس الممتلكات من قبل موظف عمومي...».

(1) عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص 25، 26.

(2) محمد حسن سعيد، المرجع السابق، ص 16.

تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الفساد لم يستعمل قبل 2006، كما لم يجرم في قانون العقوبات، غير أنه بعد تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عام 2004 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أفريل عام 2004، كان لزاما عليها تكييف تشريعاتها الداخلية بما يتلاءم وهذه الاتفاقية، فصدر القانون رقم 06-01 الذي جرم الفساد بمختلف أشكاله.

يتبين من خلال ما سبق، أن الفساد هو استخدام السلطة التنفيذية أو المنصب العمومي من أجل تحقيق منافع خاصة أو ربح شخصي أو من أجل تحقيق هبة اجتماعية أو من أجل تحقيق منفعة لجماعة التي يتم من خلالها مخالفة القانون أو مخالفة التشريع ومعايير السلوك الأخلاقي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أسباب الفساد الإداري

إن تفشي الفساد الإداري يرجع إلى عدة أسباب تتمثل في أسباب داخلية (أولاً)، وأسباب خارجية (ثانياً).

أولاً: الأسباب الداخلية للفساد الإداري

تنقسم الأسباب الداخلية للفساد الإداري إلى عنصرين أساسيين: عوامل وأسباب تتعلق بالموظف العام، وأخرى ترتبط بالوظيفة العامة التي يعمل بها الموظف العام.

1- الأسباب المتعلقة بالموظف العام

هناك عدة أسباب تؤدي بالموظف للوقوع في الفساد الإداري وفي مقدمتها العوامل الشخصية والنفسية.

(1) مريم نطاح، مكلل بوزيان، الرقابة الإدارية كآلية لمكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج 7، العدد 1، الصادرة عن مخبر المرافق العمومية والتنمية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، جوان 2010، ص 343.

أ - الأسباب الشخصية (العوامل الشخصية)

تتعدد العوامل والأسباب الشخصية التي تساعد الفرد وتدفعه إلى ارتكاب بعض صور الفساد وهذه الأسباب قد تكون موروثة أو مكتسبة.

- الأسباب الوراثية

يقصد بالعوامل الموروثة مجموع الدوافع المتعلقة بالحاجات الأساسية للإنسان والقدرات العامة، والقدرات العقلية الخاصة، وتتمثل الدوافع المتعلقة بالحاجات الأساسية للإنسان والتي لا غنى للفرد عن إشباعها، حتى يبقى على قيد الحياة في: الحاجة إلى الأكل والشرب، والمسكن... وقد يؤدي النقص في إشباع الحاجات الفسيولوجية إلى إصابته بالقلق والتوتر والتفكير الدائم في كيفية إيجاد مصادر أخرى لإشباع النقص، الأمر الذي يوقع الموظف في الفساد الإداري⁽¹⁾.

أما القدرات العقلية العامة كالذكاء والغباء فلها تأثير على الأعمال الإدارية للموظف، فإذا انخفض ذكاء الفرد إلى الغباء والقصور العقلي فإن ذلك سيدفع الموظف إلى عدم التمييز بين السلوك السوي والسلوك المنحرف، الأمر الذي قد يوقعه في الفساد الإداري، وهذا الأخير غير مرتبط بالنقص العقلي فقط ولكن نجده وفي كثير من الحالات يرتبط بالذكاء والقدرات العقلية الخارقة، وذلك عندما يتعلق الأمر بجرائم التزوير والاحتيال والرشوة والاختلاس .

أما القدرات الخاصة كالقدرات اللفظية والقدرة على الحساب والكتابة والقدرة اليدوية والتي يحتاجها الموظف للنجاح في عمله، وكلها تؤثر على سلوكه في العمل، قد يكون لها تأثير كبير على ارتكاب الموظف العام لبعض صور الفساد الإداري.

- العوامل المكتسبة

يمكن إجمال العوامل أو الدوافع المكتسبة في الرغبات والحاجات التي يريد الفرد إشباعها باعتباره فردا في جماعة، كالحاجة إلى كسب الاحترام والتقدير والرغبة في التميز والظهور

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص ص 70، 71.

وتحقيق الذات، وكل هذه الحاجات تدفع الفرد وتحركه لاتخاذ موقف وسلوك معين يسعى من ورائه إلى إشباع رغباته، وإذا لم تتحقق حاجة الفرد فإن ذلك يخلق نوعا من التوتر والقلق ويحس الموظف بالحسرة والحرمان، الأمر الذي قد يوقعه في الفساد الإداري، كما يؤدي إلى إضعاف روح التعاون بين الجماعة الذي يترتب عليه البطء في العمل الإداري.

وتتمثل المقومات التي تؤدي دورا أساسيا في التأثير على سلوك الموظفين والمحددة لكيفية استجابة الفرد وتفاعله مع الآخرين وكيفية اختياره لأنماط السلوكية، في مجموع القيم المحيطة بالموظف العام ونظرة الفرد إلى الأشياء والخبرات السابقة ودرجة المرونة والتفتح الذهني⁽¹⁾.

ب- أسباب أخلاقية: ونعني بها انعدام الوازع الديني والأخلاقي، حيث يعتبر الدين رقبيا داخليا للإنسان، فهناك علاقة عكسية بين الدين والفساد، فكلما ضعف الوازع الديني انصاع الموظف لأهوائه ونفسه الأمارة بالسوء، مما يجعل منه مفسدا، فالدين بهذا المعنى يعتبر ضابطا لضمير الإنسان، فانعدام ضابط الدين يعد دافعا للرشوة لا محالة⁽²⁾، وفي هذا يقول المولى عز وجل: ﴿كَلَّا بَلْ رَانَ عَلَى قُلُوبِهِمْ مَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾⁽³⁾، ويقول أيضا: ﴿خَتَمَ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ وَعَلَى سَمْعِهِمْ وَعَلَى أَبْصَارِهِمْ غِشْوَةٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

2- الأسباب المتعلقة بالوظيفة العامة أو المرفق العام

تتصب الوظيفة العامة على إدارة المرافق العامة، والمرفق العام هو: كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها ورقابتها بقصد تحقيق المصلحة العامة للجمهور⁽⁵⁾.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 71.

(2) مصطفى مخاشف، فيروز حوت، جرائم الفساد، أي وضعية في ظل استحداث إدارة إلكترونية؟ "جريمة الرشوة في الصفقات العمومية نموذجا"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج7، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2020، ص 1728.

(3) سورة المطففين، الآية رقم 14.

(4) سورة البقرة، الآية رقم 7.

(5) عمار عوابدي، القانون الإداري: النشاط الإداري، ج2، ط3، الجزائر، 2005، ص ص 57، 58.

ويتفق الباحثون وفقهاء القانون الإداري على وجود العديد من العوامل والأسباب التي تتداخل فيما بينها وتسمح بخلق بيئة عمل تساعد على انتشار الفساد الإداري داخل المرافق العامة نذكر منها ما يلي:

أ- الأسباب الإدارية للفساد الإداري

إن للفساد الإداري ارتباطا وثيقا بالبيئة الداخلية للمؤسسة أو الإدارة، فله ظروف مشجعة ومحفزة وأخرى مقاومة أو رافضة، ولقد تناولت العديد من الدراسات أثر العوامل الإدارية على انتشار الفساد الإداري داخل المرافق العامة، وانتهت إلى حصر المنافذ التي تعد مناخا مناسباً للفساد الإداري أو تبعت عليه أو تمهد له وذلك كما يلي⁽¹⁾:

- **سوء التنظيم الإداري:** عندما تسوء الإدارة، ويفتقد التنظيم وتتضارب الاختصاصات، يصعب إنجاز المهام والمعاملات الإدارية، مما يجعل الطريق مفتوحاً أمام ظهور بعض الموظفين الفاسدين، ويعتبر عامل عدم تحديد الاختصاصات وتوزيعها بدقة بين الموظفين السبب الأهم للانحراف الإداري.

- **الميل نحو المركزية وعدم التفويض في صنع القرارات:** يعتبر تركيز السلطات والصلاحيات في قمة الهرم الإداري وقصور التفويض للمستويات الإدارية الدنيا، أحد أهم الأسباب المباشرة للفساد الإداري في الدول النامية (بما فيها العربية) عامة والجزائر بصورة خاصة.

وتؤدي المركزية الشديدة وعدم تفويض السلطة وتعدد المستويات الإدارية إلى بعض الآثار السلبية منها: اختناق العمل، بطء القرارات الإدارية، إضعاف الروح المعنوية للموظفين، انخفاض الأداء، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور بعض الانحرافات الإدارية مثل النكوص، عدم تحمل المسؤولية والواسطة.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص ص 72، 73.

- **تعقد الإجراءات الإدارية وغلبة الطابع البيروقراطي في الإدارة:** إن تبسيط الإجراءات الإدارية وسيلة فعالة لتحقيق أهداف المنظمات الإدارية والأفراد العاملين على السواء، فالاعتماد على القواعد والإجراءات المحددة ليس له خطورة في حد ذاته ولكن الخطورة الأساسية تكمن في تعقيد هذه الإجراءات والاعتماد عليها اعتمادا مطلقا بلا أي تصرف والتذرع بها. فتعقيد الإجراءات والتمسك بحرفيتها وجمودها يؤدي إلى التسويف والمماطلة والتأخير في قضاء المعاملات الإدارية، حيث يظل صاحب المعاملة الإدارية ينتقل بين أروقة المكاتب وفي الممرات دون تمكنه من معرفة المطلوب منه أو سبب التأخير. كل هذه الأسباب وغيرها تؤدي إلى تعطيل العمل وتأخيره وتجبر أصحاب المعاملات على التردد والانتظار لساعات طويلة، مما يجعلهم يبحثون عن أيسر الطرق وأسرعها لإنجاز معاملاتهم حتى ولو كانت غير مشروعة، الأمر الذي يؤدي إلى تفشي صور من الفساد الإداري، كالرشوة، الهدايا، الوساطة⁽¹⁾.

- **تخلف نظام الحوافز والمكافآت:** تفتقر بعض الإدارات العامة إلى خلق نظام الحوافز والمكافآت وعدم قدرتها على تلبية متطلبات الموظف العام الحياتية والاجتماعية والاقتصادية، في ظل الظروف المعيشية الصعبة التي تمر بها فئات الموظفين العموميين في كثير من الدول، حيث يعتبر الموظف العام أن تلك الحوافز والمكافآت غير مجزية وغير كافية، ولا تتفق مع الجهد المبذول ولا تتلاءم مع الظروف الخاصة والعامة التي يعيشها، مما يؤدي إلى جنوح كثير من الموظفين إلى ارتكاب ممارسات مخالفة، للتعويض عن القصور في نظم الحوافز والمكافآت، من خلال تعاطي الرشوة والعمولة والاختلاس ونحو ذلك...⁽²⁾.

- **ضعف الرقابة والمساءلة الإدارية:** إن ضعف أنظمة الرقابة الإدارية والمالية والمساءلة وتعدد الأجهزة القائمة بها والأساليب التقليدية المستخدمة في الأجهزة الرقابية تعد من أهم أسباب الفساد الإداري خاصة في الجزائر، حيث تعتمد الكثير من الإدارات على المتابعة المكتبية دون الميدانية، أو على معلومات غير كاملة مستقاة من مصادر مشبوهة، مما يجعل العملية الرقابية غير ذات جدوى، الأمر الذي يساعد على فتح ثغرات ينفذ من خلالها الفساد.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 73، 74.

(2) آمال حفناوي، العوامل المؤدية للفساد الإداري والمالي ومؤشرات قياسه عالميا، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، مج4، العدد

1، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، إيليزي، جوان 2019، ص 118.

فالرقابة تمثل الحصن المنيع الذي يحمي الإدارة العامة من أنواع الانحرافات الإدارية، لهذا فإن جميع دول العالم تحرص على جعلها قوية وصارمة.

- **عدم موضوعية طرق التوظيف والترفيه في الإدارة العامة:** من بين مظاهر انتشار الفساد الإداري هو وضع الإنسان المناسب في المكان غير المناسب، لهذا فإن نجاح الإدارة في تنفيذ مهامها يتوقف إلى حد كبير على مدى حسن اختيارها الموظف الكفاء وتعيينه في الوظيفة التي تتلاءم ومؤهلاته وقدراته واستعداداته. إلا أن الشيء الملاحظ أن سياسات التوظيف والترقية في الدول النامية لا تحترم المبادئ والمعايير الموضوعية في تعيين الموظفين وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد، الأمر الذي يؤدي إلى نقشي كثير من مظاهر الانحراف في العمل الإداري.

ب - الأسباب القانونية والقضائية للفساد الإداري

ساهمت الآليات القانونية والقضائية التي كان من المفترض أن تكون وسيلة رديعة للقضاء على الفساد الإداري في تنامي هذا الأخير الذي وجد منافذ وثغرات يتسرب منها عبر هذه الآليات والأدوات ونذكر منها ما يلي:

- **التسرع في إصدار تشريعات كثيرة خاصة بالإدارة العامة (عدم وضوح القوانين):** إن من بين أهم منافذ الفساد الإداري هو الإسراف والتسرع في إصدار تشريعات وتداخلها بما يسميه البعض بالتلوث القانوني، حيث تنطوي على عيوب الصياغة القانونية الشكلية والموضوعية كالتناقض والغموض والنقص والتعارض بين القوانين، وكذا كثرة التعديلات على هذه التشريعات رغم حداتها، كل هذا يؤدي إلى ظل في المنظومة القانونية وعجزها على المكافحة والحد من الفساد الإداري. ولاشك أن الترشيح القانوني في هذه الحالة يمثل أسلوبا فعلا في مواجهة الفساد الإداري، وعلى الأخص الفساد البيروقراطي والذي يتخذ من الإجراءات القانونية ذريعة للنفوذ في الحياة الإدارية⁽¹⁾.

(1) حنان مجاد، بومدين طاشمة، عقبات الإدارة المحلية ومشكلة التعقيد الإداري في الجزائر، مجلة مدارات سياسية، مج5، العدد 1، مركز المدار المعرفي للأبحاث والدراسات، الجزائر، 2021، ص 220.

- جمود وقصور الكثير من القوانين: ونقصد هنا القوانين المتعلقة بمكافحة الفساد الإداري سواء كان مصدرها جنائي أو إداري، فقصورها وعدم تنظيمها للسلوكات الفاسدة المستجدة التي ينفذ منها المحتالين والمتلاعبين والفاستدين مستغلين الفراغ أو السكوت القانوني عنها، كما قد تكون هذه القوانين والتنظيمات قديمة وغير مواكبة للواقع فتظل حبرا على ورق. هذا بالإضافة إلى عدم سن التشريعات والأنظمة الصارمة المصحوبة بالإجراءات العقابية والردعية للحد من الفساد الإداري وتجريم كل صورته وأشكاله، ومتابعة تنفيذها لتلافي جوانب القصور والنقص وسد الثغرات فيها بما يتماشى والتحويلات والتغيرات في المجتمع وبيواكب أساليب الإدارة الحديثة.

- فساد الجهاز القضائي: إن الفساد ليس مقتصرا على الجهاز الإداري فقط، وإنما قد يمتد إلى المؤسسة القضائية وتتحقق هذه الحالة عندما يفلح بعض المتورطين في عمليات الفساد في تجنيد بعض القضاة مباشرة أو عن طريق المحامين والذين يتواطؤون مع القضاة ليتولوا عن قصد وسبق إصرار حماية الجناة⁽¹⁾.

ثانيا: الأسباب الخارجية

إن للفساد الإداري بالإضافة إلى الأسباب الداخلية والمتعلقة بالموظف والمرفق العام أسباب خارجية تؤثر في شخصية الموظف العام وسلوكه وتصرفاته أثناء العمل الإداري وهي مستمدة أساسا من البيئة الخارجية المحيطة بالإدارة العامة والعاملين بها. وقد اتفق الفقهاء على تقسيم العوامل الخارجية المؤدية إلى الانحراف الإداري إلى العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

1- الأسباب الاجتماعية

يجمع علماء الاجتماع والإدارة على أن الأجهزة الإدارية لا تعمل في فراغ وأن للبيئة الخارجية المحيطة بها تأثير مباشر على سلوك العاملين فيها. وقد تساهم العوامل الاجتماعية في خلق بيئة تكون من الأرجح أن يسفر توافر الربح فيها عن سلوك تكسبي؛ فعندما تقوى

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص ص 78، 79.

الروابط الاجتماعية بين أفراد الطائفة الواحدة أو القبيلة في المجتمع، يميل المسؤولون الحكوميون لتفضيل أقاربهم وأصدقائهم، ويتم التوظيف حسب الانتماءات العشائرية والإقليمية والطائفية في المناصب العليا، التي يستطيعون من خلالها تحقيق المكاسب الخاصة والمزايا غير المشروعة، مما يؤدي إلى زيادة الفساد في المجتمع⁽¹⁾. كما أن تغيير السلوكيات واتساع المسؤوليات، وزيادة الأعباء المعيشية أوجد عادات دخيلة، وخلالها في السلوك الاجتماعي والاجتماعي، كل ذلك يعد أسبابا مباشرة في ظاهرة الفساد في الدول النامية⁽²⁾.

2- الأسباب الاقتصادية

يشكل الاقتصاد مدخلا لممارسة حالات الفساد بأشكال متنوعة، فالسياسات الاقتصادية والنقدية المرتجلة للدولة، والأزمات الاقتصادية بسبب الحروب والكوارث أو سوء التخطيط قد تكون مدخلا يشجع الفساد بشتى أنواعه. وعمليا يمكن الإشارة إلى بعض العوامل التي تدفع باتجاه الفساد، وهي البطالة، انخفاض الأجور وضعف المرتبات بشكل عام، تدهور القيمة العمل بسبب التضخم، محدودية فرص الاستثمار والتهافت على شراء الوظائف ودفع الرشاوي، عدم فعالية نظم الرقابة الاقتصادية والمالية في المؤسسات⁽³⁾.

3- الأسباب السياسية

تعد هذه الأسباب هي الأخطر من نوعها، حيث تقود هذه الأسباب إلى تحقيق مصالح أقلية دون المصلحة العامة، إذ يتم التأثير على القرارات الإدارية من خلال الانتماءات السياسية

(1) محمد وارث، المرجع السابق، ص 89.

(2) خالد بن عبد الرحمان بن حسن بن عمر آل الشيخ، الفساد الإداري: أنماطه وأسبابه وسبل مكافحته "نحو بناء نموذج تنظيمي"، دراسة تطبيقية على المدانين بممارسته والمعنيين بمكافحته في المملكة العربية السعودية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه فلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 133.

(3) مليكة بكوش، جريمة الاختلاس في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2012-2013، ص 14؛ ضمان محمد عقله الهاشم، مكافحة الفساد الإداري والمالي في ضوء التشريعات الأردنية: دراسة مقارنة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الإسراء الخاصة، عمان، الأردن، 2010، ص 22.

وبالتالي سيشكل ذلك تكتلا لتحقيق مصالح فئات معينة، كما أن عدم وجود نظام سياسي فعال يستند إلى مبدأ فصل السلطات وتوزيعها بشكل أنسب أي غياب دولة المؤسسات السياسية والقانونية والدستورية، وكذا ضعف الممارسة الديمقراطية وبروز الأنظمة السياسية الديكتاتورية ونظم الحكم التسلطية يخلق جوا من عدم الاستقرار السياسي كلها عوامل تهيئ الجو للفساد المالي الإداري، وهذا بخلاف ما هو سائد في الدول الديمقراطية التي تتمتع بها الصحافة بمزيد من الحريات والجمعيات بمزيد من القوة مما يسهم في انخفاض حجم الفساد الإداري⁽¹⁾.

الفرع الثالث: آثار الفساد الإداري والمالي

يترتب على انتشار الفساد الإداري والمالي مجموعة من الآثار السلبية التي تتوغل داخل كيان المجتمع، وتتمثل هذه الآثار فيما يلي⁽²⁾:

- **العمل على الإضرار بمصداقية الدولة وأجهزتها المختلفة:** حيث أن انتشار الفساد الإداري والمالي من شأنه أن يؤدي إلى ضعف قواعد العمل الرسمية والحيلولة دون تحقيق لأهدافه الرسمية ما يؤدي إلى الإضرار بمصداقية الأجهزة الإدارية وضعف الثقة بها من قبل جمهور المتعاملين معها، كما أن اتساع دائرة الفساد يؤدي إلى ضعف الهياكل الإدارية الأمر الذي يقضي إلى فشل النظام الإداري في الدولة.

- **العمل على إعاقة عملية التنمية إضعاف النمو الاقتصادي:** من أكبر الآثار الضارة الناتجة عن توغل وانتشار ظاهر الفساد الإداري والمالي العمل على إعاقة التنمية داخل المجتمع والعمل على إضعاف النمو الاقتصادي به، وأبرز دليل على ذلك ما جاء في تقرير التنمية الصادر عن البنك الدولي سنة 1997م بأنه في استبيان موجه لقرابة 150 مسؤولاً رئيسياً من 60 دولة نامية حول معوقات التنمية كانت الإجابة أن الفساد الإداري والمالي هو

(1) محمد حمد جاسم، عباس سلمان محمد علي، ظاهرة الفساد المالي والإداري ودورها في تحجيم أداء الاقتصاد العراقي بعد العام 2003، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2016، ص ص 746، 745.

(2) شريهان ممدوح حسن أحمد، جهود مكافحة الفساد الإداري والمالي في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، المجلة القانونية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (فرع الخرطوم)، مصر، 2018، ص ص 12، 13.

أكبر معوق للتنمية، فالفساد سلوك ضار يؤدي إلى الاضطراب والإخلال، كما تشير الكثير من الدراسات إلى أنه للفساد الإداري آثار سلبية على النمو الاقتصادي، ومن ذلك تخفيض معدلات الاستثمار ومن ثم خفض حجم الطلب الكلي، وبالتالي تخفيض معدل النمو الاقتصادي، فما يرافق الفساد الإداري من دفع للرشاوي يمثل لكثير من رجال الأعمال نوعا من الضرائب، مما يدفعهم إلى التقليل من استثماراتهم في الدول التي يوجد فيها فساد.

- **إضعاف الاستقرار السياسي:** حيث نجد أن تفشي وانتشار ظاهرة الفساد داخل المجتمع من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالاستقرار السياسي به، ومن ثم تدني مستوى الدخل والصراع داخل النخبة الحاكمة وفساد الإدارة وتسلسلها وتردي الأوضاع على كل الأوجه، وظهور طبقة تعمل على نشر الفساد بغرض تحقيق مصالحها الخاصة بها، حيث يفقد الجهاز الإداري كيانه لإصلاح المؤسسات والإدارات الفاسدة بداخله عند انتشار الفساد ويتم تحويله لتحقيق مصالحها الخاصة بدلا من المصلحة العامة، فالمستفيدون من الفساد يعملون على نشر الفساد في أكبر عدد ممكن من الأجهزة والمؤسسات الحكومية، يدعمهم في ذلك عدم المحاسبة والمساءلة القانونية.

- **تدني مستوى الأنشطة الخدمية والإنتاجية:** ينجم عن انتشار ظاهرة الفساد الإداري والمالي تدني مستوي الأنشطة والخدمات التي تقدم للمواطن، حيث أظهرت دراسة ميدانية لأحد المدن العربية لأوضاع المستشفيات أظهرت النتائج أن الأجور تكاد تكون دون المستوى لممارسي مهنة الطب، فيعتبر من أهم الأسباب التي تؤدي إلى تدني مستوى تقديم الخدمات الطبية في المستشفيات بوجه عام.

المطلب الثاني: المقصود بالموظف العمومي

إن الغموض الذي يكتنف مصطلح "الموظف العمومي" يستدعي الرجوع إلى فقهاء القانون الإداري لإعطاء تعريف للموظف العمومي (الفرع الأول). كما يحتم الرجوع إلى تشريع الوظيف العمومي باعتباره الإطار القانوني للموظف العمومي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للموظف العمومي

استقر فقهاء القانون الإداري على تعريف الموظف العمومي بأنه: «الشخص الذي يعين بصفة مستمرة غير عارضة للمساهمة في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو الحكومة المركزية أو السلطات اللامركزية بالطريق المباشر»⁽¹⁾.

يستشف من خلال هذا التعريف أن الموظف العام هو موظف الدولة أو ممثلها الذي ينوب عنها في إدارة المرافق وتقديم الخدمات العامة، كالتعليم والصحة وحفظ الأمن ومكافحة الجرائم بأنواعها والدفاع عن أمن الدولة الداخلي والخارجي، وتمثيل الدولة في علاقاتها المتعددة مع الدول الأخرى أو لدى مرفق القضاء والبرلمان والسلطة التنفيذية أو الحكومة بشكل عام. كم أنه يؤدي دور الوسيط بين كل من الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والمواطن الذي هو فرد من أفرادها، وبين كل من الإدارة باعتبارها ممثلة الدولة والمواطن، فله دور فعال في تحقيق المصلحة العامة التي هي الهدف من وراء توليه منصبه الوظيفي⁽²⁾.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للموظف العمومي

تطرق المشرع الجزائري إلى تحديد مفهوم الموظف العمومي في مجال الصفقات العمومية الذي يشكل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد الإداري والمالي بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بحيث عرفته الفقرة ب من المادة 02 على أنه: «كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية

(1) وهيبية بن سعدي، مدلول الموظف العام في قانون مكافحة الفساد الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 50، العدد 4، جامعة الجزائر، 2013، ص 211.

(2) المرجع نفسه، ص 211.

المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبه أو أقدميته؛

- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية؛

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

أهم ما يمكن قوله حول هذا التعريف أنه جاء مطابقا لتعريف الموظف العمومي الذي اعتمده اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽¹⁾.

وعليه، فإن مصطلح الموظف العمومي يشمل ثلاث فئات هي: فئة ذوي المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية و الوكالة بالنيابة (أولا)، والشخص الذي يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو مرفق عام (ثانيا)، ومن في حكم الموظف (ثالثا).

(1) عرفت المادة 02 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أنه: «يقصد بتعبير "موظف عمومي":

أ- أي شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا لدى دولة طرف، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص؛

ب- أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال القانوني ذي الصلة لدى ذلك الدولة الطرف؛

ج- أي شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي في القانون الداخلي للدولة الطرف. بيد أنه لأغراض بعض التدابير المعنية الواردة في الفصل الثاني من هذه الاتفاقية، يجوز أن يقصد بتعبير موظف عمومي أي شخص يؤدي وظيفة عمومية أن يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال المعني من قانون تلك الدولة الطرف».

أولاً: فئة ذوي المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية

تتمثل الفئة الأولى المعرضة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية في كل من شاغلي المناصب التنفيذية (1)، و شاغلي المناصب الإدارية (2)، و شاغلي المناصب القضائية (3).

1- شاغلوا المناصب التنفيذية

خول الدستور الجزائري رئيس الجمهورية ممارسة الصلاحيات التنفيذية وجعلها مركزة في يده دون غيره، بينما المناصب التنفيذية الأخرى، فهي موزعة بين عدة أشخاص تمارسها وفقاً للدستور والقانون المعمول به، وبالتالي يقصد بالشخص الذي يشغل منصبا تنفيذياً:

أ- رئيس الجمهورية

هو رئيس الدولة حامي الدستور، الذي يجعد الدولة داخل البلاد وخارجه، يتم انتخابه عن طريق الاقتراع العام، المباشر والسري⁽¹⁾.

يعتبر رئيس الجمهورية بالنسبة للتشريع المصري شأنه شأن أعضاء المجالس النيابية المنتخبة في حكم الموظف العمومي، إذ يمكن أن يسأل سياسياً وجنائياً عما يصدر منه من أفعال، ولكن الخلاف ربما يكون حول مدى المسؤولية وطبيعتها⁽²⁾.

وهذا ما نصت عليه جل دساتير العالم، باستثناء الدستور الجزائري الذي لم ينص صراحة على المساءلة الجزائية عن الجنايات والجناح التي يرتكبها رئيس الجمهورية أثناء تأدية مهامه أو بمناسبةها، فكل ما جاء به القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 هو نص المادة 177 الفقرة الأولى التي تنص على أنه: «تؤسس محكمة عليا للدولة، تختص

(1) المادتان 84 و 85 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري. ج. ر. ع 14، الصادر في 27 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق 7 مارس سنة 2016 م.

(2) عبد اللطيف أحمد، جرائم الأموال العامة: دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 277.

بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى والوزير الأول عن الجنايات والجنح التي يرتكبونها بمناسبة تأديتهما لمهامهما»، والذي يحتمل قراءتين⁽¹⁾:

- فإما أن رئيس الجمهورية يسأل جزائيا عن الجنايات والجنح التي يرتكبها بمناسبة تأديته مهامه بما فيها جرائم الفساد، وتكون محاكمته أمام المحاكم العادية وفقا للقانون العام؛

- وإما أنه لا يسأل جزائيا عن الجنايات والجنح التي يركبها بمناسبة تأديته مهامه وإنما يسأل فقط عن الخيانة العظمى، وتكون محاكمته في هذه الحالة أمام المحكمة العليا للدولة.

وعليه، فالإقرار بعدم مسائلة رئيس الجمهورية جزائيا عن الجنح والجنايات التي يركبها بمناسبة تأدية مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى، فإن هذا لا يعني إفلاته من المساءلة عن جرائم الفساد أيا كان شكلها، التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه، بل يمكن مساءلته عنها باعتبار أن جرائم الفساد تشكل خيانة عظمى، وفي كل الأحوال فإن مساءلته تظل معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة التي أحالت نص المادة 158 من الدستور، إلى قانون عضوي يحدد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها والإجراءات المطبقة، وهو النص الذي لم ير النور رغم مرور 20 سنة من تأسيس المحكمة العليا.

ب - الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا)

جاء التعديل الدستوري سنة 2008 باستحداث منصب الوزير الأول بدلا من منصب رئيس الحكومة الذي كان منصوصا عليه في دستور 1996، حيث مس أحكاما تتعلق ببعض المسائل التنفيذية لهذا المنصب⁽²⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص: جرائم الفساد - جرائم المال والأعمال - جرائم التزوير، ج2، ط15، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 13.

(2) سليمة قرلان، منصب الوزير الأول في ظل التعديل الدستوري لـ 2008 مقارنة برئيس الحكومة بتعديل 1996: مكانة دستورية جديدة أم تغيير مصطلح وتكريس أكثر للنظام الرئاسي؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 49، العدد 3، جامعة الجزائر، 2013، ص ص 51، 54.

ويتم تعيين الوزير الأول من قبل رئيس الجمهورية وينهي مهامه⁽¹⁾.

أما فيما يخص المساءلة الجزائية للوزير الأول، فإذا كان من الجائز مساءلته عن الجنايات والجنح التي يرتكبها أثناء تأدية مهامه بما فيها جرائم الفساد⁽²⁾، فإن محاكمته تظل هي الأخرى معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمته⁽³⁾.

ج- أعضاء الحكومة

يعين أعضاء الحكومة من قبل رئيس الجمهورية بعد استشارة الوزير الأول وهذا حسب ما نصت عليه المادة 93 من التعديل الدستوري لسنة 2016. ويباشرون مهامهم بناء على طلب تكليف صادر من قبل الوزير الأول.

يقصد بأعضاء الحكومة: الوزراء بمختلف درجاتهم سواء كانوا وزراء دولة أو وزراء عاديون أو وزراء منتدبون أو كتاب دولة.

وأجاز المشرع مساءلة أعضاء الحكومة عن جرائم الفساد الإداري أمام المحكمة العادية ولكن وفق إجراءات خاصة نصت عليها المادة 573 وما يليها ق. إ. ج. ج⁽⁴⁾.

بهذا، يكون المشرع الجزائري أراد التأكيد على شمول النص على كافة الموظفين العموميين أيا كانت مراكزهم القانونية والوظيفية. وعليه، تقع تحت طائلة قانون مكافحة الفساد كل أعضاء الحكومة بصفة عامة⁽⁵⁾.

(1) المادة 91 من القانون رقم 16-01 يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السالف الذكر.

(2) المادة 158 من دستور 96 المعدلة بموجب المادة 13 من التعديل الدستوري لسنة 2008.

(3) المادة 1/99 من القانون رقم 16-01 يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السالف الذكر.

(4) أمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية. ج. ر. ع. 48، الصادر في 20 صفر عام 1386 هـ الموافق 10 يونيو سنة 1966م، معدل ومتمم.

(5) زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011-2012، ص 23.

د - الولاية

يتم تعيينهم من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي (المادة 92 من التعديل الدستوري لسنة 2016 والمادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 99-240⁽¹⁾)، ولا يوجد في القانون ما يمنع مساءلة الوالي عن جرائم الفساد الإداري التي قد يرتكبها أثناء مباشرة مهامه أو بمناسبة، ولكن خصه المشرع بإجراءات متابعة خاصة مماثلة لتلك الإجراءات التي يخضع لها أعضاء الحكومة، وهذا ما أكدته المادة 573 وما يليها ق. إ. ج. ج.

2- الأشخاص الشاغلين لمناصب إدارية

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، وينطبق هذا التعريف على فئتين هما:

أ - الموظفين الذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة

يقصد بهم الموظفين العاملين في المؤسسات والإدارات العمومية والذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة، والخاضعين للقانون الأساسي للوظيفة العامة⁽²⁾، حيث يعتبر موظفا طبقا لنص المادة الرابعة من القانون رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽³⁾: «كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبته في السلم الإداري».

(1) مرسوم رئاسي رقم 99-240 مؤرخ في 17 رجب عام 1420 الموافق 27 أكتوبر سنة 1999، يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة. ج. ر. ع 76، الصادر في 21 رجب عام 1420 هـ الموافق 31 أكتوبر سنة 1999 م.

(2) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص 21.

(3) أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. ج. ر. ع 46، الصادر في 20 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق 16 يوليو سنة 2006 م.

أما المرسوم رقم 85-59 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية⁽¹⁾، فلم يقدم تعريفا للموظف العام مثلما جاء في الأمر رقم 66-133 وإنما حدد القواعد التي يخضع لها عمال المؤسسات و الإدارات العمومية فقط.

واستنادا لتعريف الموظف العام الوارد في المادة 04 من القانون الأساسي للوظيفة العامة المذكور أعلاه، فإنه يجب توافر أربعة عناصر أساسية حتى يمكن إطلاق صفة الموظف العام على شخص ما في القانون الإداري وهي:

- أن يكون العمل القائم به الموظف دائما: أي أن يكون العمل المكلف به الموظف دائما حتى يصير موظفا عاما دائما له صفة الاستمرار والدوام وليس بصفة عرضية، فهذا الشرط له جانب موضوعي يتعلق بالوظيفة نفسها هو أن تكون الوظيفة التي يشغلها الشخص دائمة، وجانب آخر شخصي هو أن يقوم الشخص بالعمل على سبيل الدوام وإلا انتقلت صفة العمومية عن الموظف وعن الوظيفة أيضا⁽²⁾.

إن استمرارية المنصب الوظيفي يعبر عن استقرار الموظف في وظيفته، فلا يعد موظفا عاما الموظف المؤقت الذي تستخدمه الإدارة للقيام بمهام تكتسي طابعا مؤقتا⁽³⁾، ولا الموظف المتقاعد الذي تستخدمه الإدارة ليقوم بمهام لخدمة المرفق العام بموجب عقد محدد المدة في حدود آجال إنجاز العمليات التي تكتسي طابعا مؤقتا، فغالبا ما يتم التعاقد لمدة محددة تنتهي بعدها العلاقة التبعية التعاقدية بين الموظف والجهة أو تجدد عندما ترى ذلك الجهة الإدارية، بمعنى أن يعمل الشخص في وظيفته على وجه الاستمرار بحيث لا يتركها إلا بإرادته عن طريق الاستقالة أو إحدى الحالات الأخرى كالتقاعد والإقالة والعزل والوفاة⁽⁴⁾.

(1) مرسوم رقم 85-59 مؤرخ في أول رجب عام 1405 الموافق 23 مارس سنة 1985 يتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية. ج. ر. ع 13، الصادر في 2 رجب عام 1405 هـ الموافق 24 مارس سنة 1985م.

(2) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص 21.

(3) المادة 10 من المرسوم رئاسي رقم 07-308 المؤرخ في 17 رمضان عام 1428 الموافق 29 سبتمبر سنة 2007، يحدد كيفية توظيف الأعوان المتعاقدة وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم. ج. ر. ع 61، الصادر في 18 رمضان عام 1428 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 2007م.

(4) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص 22.

- أن يتم التعيين في الوظيفة في مرفق إداري عمومي تديره الدولة بمعنى أن يمارس الموظف نشاطه في مؤسسة أو إدارة عمومية تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وأن يدار هذا المرفق مباشرة من قبل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، وينطبق هذا التعريف على الأعراف الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية.

هذا ما نصت عليه المادة 02-01 من القانون الأساسي للتوظيف العمومي: «يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية».

ووضحت الفقرة 02 من المادة 02 من نفس القانون بأن المقصود بالمؤسسات والإدارات العمومية هي: «المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي».

- أن يعين الموظف بأداة قانونية ومن سلطة مختصة بالتعيين: أي أن يتم تعيين الشخص في الوظيفة بأداة قانونية سليمة ومن سلطة تملك ذلك، أي أن يكون التحاق الشخص بالعمل قد تم على وجه قانوني وفقا للقواعد المنظمة للتوظيف العامة، ذلك أن الإدارة العامة في الجزائر ليست حرة في اختيار من تراه مناسبا لتولي الوظيفة العامة، ما يعني أنه لا بد من إتباع جملة من الإجراءات لاختيار الموظفين العموميين⁽¹⁾؛ فمجرد استيفاء الشخص شروط التعيين في الوظيفة ونجاحه في المسابقة لا يمكن اعتباره موظفا عاما، بل لابد من صدور قرار تعيينه من السلطة المختصة قانونا سواء كان القرار (الأداة القانونية) في شكل مرسوم رئاسي أو تنفيذي أو في شكل قرار وزاري أو ولائي أو في شكل مقرر صادر عن سلطة إدارية⁽²⁾.

تطبيقا لهذا تلزم الإدارة المعنية قبل مباشرة إجراءات التعيين بالامتثال أولا للقرار الصادر، إما عن السلطة المكلفة بالوظيفة العامة أو القرار الوزاري المشترك بين إدارة الوظيفة العامة والوزير المعني والذي يبين الأسلاك والترتب المعنية.

(1) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص 24.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 62.

فالأشخاص الذين لا يصدر قرار بتعيينهم في وظيفة عامة مثل منتحلي الوظائف لا يعدون موظفين عموميين، أو ما يسمى بمغتصب الوظيفة وهو الذي يقم نفسه في وظيفة عامة دون وجه حق.

كما تثار مسألة الموظف الفعلي⁽¹⁾ بصدد ارتكابه فعلا من الأفعال المشكلة لجريمة من جرائم الصفقات العمومية. فهل تترتب مسؤوليته الجزائية في هذه الحالة؟

الأصل العام في القانون الإداري يقضي بطلان الأعمال التي يقوم بها الموظف الفعلي لصدورها عن شخص دون سند قانوني رغم أن هذا الأخير قد رتب الفقه والقضاء الإداري آثارا قانونية على تصرفاته، فهو إما مغتصب للسلطة أو شخص عادي أو موظف غير مختص بما قام به من أعمال، غير أن القضاء الإداري يعتبر تصرفات هذا الشخص سليمة في بعض الأحيان، ضمنا لحسن سير المرافق العامة بانتظام، وحماية للجمهور الذي يتعامل مع هذا الشخص على أنه يمثل سلطات الدولة، دون أن تمكنه الظروف من معرفة حقيقة من يتعامل معه⁽²⁾.

إن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية متابعة الموظف الفعلي عن جرائم الفساد الإداري، ذلك لأن الفقرة (ب) من المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عند تعدادها لقائمة الأشخاص الذين لهم صفة الموظف العام والتي يمكن على أساسها مساءلتهم عن جرائم الفساد الإداري إن ارتكبوها لم تشر إلى الموظف الفعلي.

غير أنه لا يوجد مانع من متابعة الموظف الفعلي ومساءلته عن جرائم الفساد الإداري إن ارتكب إحداها أثناء مباشرته لعمله في الإدارات والمؤسسات العمومية في الحالات العادية أو الاستثنائية، لأن المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من

(1) هو الشخص الذي يتصدى للقيام ببعض الأعمال الوظيفية دون أن يصدر قرار بتعيينه، أو شاب تعيينه سبب للبطان، سواء كان شكليا أو موضوعيا، أو مارس عملا وظيفيا قبل استيفاء الإجراءات اللازمة لإمكان ممارسته اختصاصاته الوظيفية، أو مارس اختصاصات موظف آخر خلافا للقانون، كأن يصدر قرار بتعيينه من قبل الأمين العام لوزارة معينة في حين كان يجب أن يصدر قرار التعيين من الوزير. مشار إليه في: فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص "الجرائم المضرّة بالمصلحة العامة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 52.

(2) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص 24.

الفساد ومكافحته استعمل عبارة يشغل، ولم يختَر عبارة عين أو انتخب لهذا المنصب، وبالتالي يدخل ضمن هذا المفهوم الموظف الفعلي.

كذلك لما كان الهدف من تجريم الفساد الإداري (الرشوة خصوصا) هو حماية نزاهة الوظيفة العامة، فإن الفقه الجنائي تبنى نظرية الموظف الفعلي بخصوص جرائم الفساد الإداري، إذ لا يعقل أن يفلت شخص من العقاب بحجة أن قرار تعيينه قد صدر باطلا، طالما أنه قد باشر فعلا مهام الوظيفة العامة التي عين فيها، والقول بخلاف ذلك يلقي على المواطنين عبء التحقق في تعاملهم مع الموظفين من صحة القرارات الصادرة بتعيينهم، وهذا الأمر مستحيل التطبيق، ولكن يجب التفرقة في هذا المجال بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان النقص في إجراءات التعيين جوهريا، بحيث لا يمكن الموظف القيام بأعمال الوظيفة، فلا تطبق عليه أحكام جرائم الفساد الإداري، لأن العيب الذي يشوب مباشرة الشخص للعمل الوظيفي واضحا، بحيث ينتبه الناس له فيكون الشخص هنا مغتصبا للسلطة، ولأنه يستطيع القيام بأعمال الوظيفة فلا يعتبر موظفا فعليا وأعماله باطلة ولا يترتب عليها أي أثر.

الحالة الثانية: إذا كان العيب الذي شاب تعيينه بسيطا بحيث لا يستطيع جمهور المواطنين اكتشافه، فإن مؤدى ذلك أنه محل لثقتهم وأنه في نظرهم يمثل سلطات الدولة ويعمل باسمها، ومن ثم فإن تصرفه الماس بالنزاهة يخل بثقتهم في الدولة وهذا ما يستلزم مساءلته عن جرائم الفساد، ومن ثم يجب ترتيب آثار أيضا على الأفعال التي تكتسي وصفا جزائيا إن قام بها الموظف الفعلي⁽¹⁾.

- **الترسيم في رتبة في السلم الإداري:** وهو ما يستخلص من المادة الرابعة في فقرتها الثانية التي تقضي: الترسم إجراء يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 63.

ذلك أن ترسيم الموظف في إحدى رتب التسلسل الوظيفي، يعطيه صفة الموظف العمومي كما يجعله من الموظفين الثابتين الذين يمثلون الجهاز الإداري المسير للمرفق العام. ومن ثم لا يعد موظفاً من كان في فترة تريض⁽¹⁾.

ب - شاغلوا المناصب الإدارية المؤقتة

يقصد بهم العمال الذين يشغلون مناصبهم بصفة مؤقتة، الذين لا تتوافر فيهم صفة الموظف بمفهوم القانون الإداري، وهم العمال المتعاقدين، العمال المؤقتين، العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية⁽²⁾، وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 02 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية: «يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية».

3 - شاغلوا المناصب القضائية

هم أشخاص معينون وفقاً للقانون، يتولون مهمة الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد، وبالرجوع إلى البند الأول من الفقرة (ب) من المادة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الواسع للموظف العمومي والذي يشمل بالإضافة إلى الأشخاص الذين يشغلون مناصب تنفيذية وإدارية، الأشخاص الذي يشغلون مناصب قضائية وهي تنقسم إلى فئتين:

الفئة الأولى: طبقاً لنص المادة 02 من القانون رقم 04-11⁽³⁾، فإن سلك القضاء يشمل

ما يلي:

(1) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 17.

(2) عبد الله بخباز، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية: دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن، ص 173، 174.

(3) قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء. ج. ر. ع 57، الصادر في 23 رجب عام 1425 هـ الموافق 8 سبتمبر سنة 2004 م.

- قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي؛

- قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية؛

- القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل وأمانة المجلس الأعلى للقضاء والمصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل.

كما تشمل هذه الفئة أيضا المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات والمساعدون في قسم الأحداث وفي القسم الاجتماعي بحكم مشاركتهم في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية العادية.

الفئة الثانية: هي فئة قضاة مجلس المحاسبة، ونصت في هذا المجال المادة 02 من الأمر رقم 95-23 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة المعدل والمتمم⁽¹⁾، على أنه يعتبر قاضيا بمجلس المحاسبة: «رئيس المجلس، نائب الرئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الفروع، المستشارون، المحاسبون، ويعتبر كذلك قاضيا بمجلس المحاسبة: الناظر العام، الناظر المساعدون».

تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 04-11 قد تبني مفهوما ضيقا عند تحديده للمنصب القضائي، حيث استثنى من فئة شاغلي المناصب القضائية كلا من أعضاء المجلس الدستوري، أعضاء مجلس المنافسة وقضاة مجلس المحاسبة سواء كانوا قضاة حكم أو محتسبين⁽²⁾.

(1) أمر رقم 95-23 مؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1416 الموافق 29 غشت سنة 1995، يتضمن القانون الأساسي لقضاة المحاسبة. ج. ر. ع 48، الصادر في 8 ربيع الثاني عام 1416هـ الموافق 3 سبتمبر سنة 1995م.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 18؛ عبد النبي بوضوار، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2015-2016، ص 161.

4- فئة ذوي الوكالة بالنيابة

تتمثل فئة ذوي الوكالة بالنيابة في كل شخص يشغل منصبا تشريعيا، وكل شخص منتخب في المجالس الشعبية المحلية.

أ- الشخص الذي يشغل منصبا تشريعيا

يقصد به كل عضو معين أو منتخب في البرلمان الجزائري بغرفتيه: المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

- أعضاء المجلس الشعبي الوطني

طبقا لنص المادة 118 من التعديل الدستوري لسنة 2016، ينتخب أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري، كما أضافت المادة 119 من نفس الدستور أن انتخاب المجلس الشعبي الوطني يكون لعهد مدتها خمس (5) سنوات كاملة.

- أعضاء مجلس الأمة

تنص الفقرة الثانية من المادة 118 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على أنه: «ينتخب ثلثي (2/3) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير مباشر والسري، بمقعدين عن كل ولاية، من بين أعضاء المجالس الشعبية وأعضاء المجالس الشعبية الولائية.

ويعين رئيس الجمهورية الثلث الآخر من أعضاء مجلس الأمة من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية».

ب- المنتخب في المجالس الشعبية المحلية

يقصد بهم كافة أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية، بما فيهم الرئيس.

- أعضاء المجلس الشعبي البلدي

يتمثل الإطار القانوني للمجلس الشعبي البلدي في القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية⁽¹⁾ ولاسيما الفصل الأول من الباب الثاني من المواد 15 إلى 61 منه الذي يحدد نظام سير عمل المجلس بمختلف لجانها، ونظام مداولاته ووضعية المنتخب. أما فيما يخص مسألة انتخاب هذا الأخير فقد حددها القانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بالانتخابات⁽²⁾، في الفقرة الأولى من نص المادة 65 منه: «ينتخب المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي لمدة خمس سنوات بطريقة الاقتراع النسبي على القائمة».

- أعضاء المجلس الشعبي الولائي

يعتبر المجلس الشعبي الولائي جهاز مداولة على مستوى الولاية، بحيث يمثل الصورة الحقيقية والأسلوب الأمثل الذي بموجبه يمارس سكان الإقليم حقهم في تسيير والسهر على شؤونه ورعاية مصالحه⁽³⁾.

يلاحظ من خلال نص المادة 65 أن طريقة انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الولائي هي نفس الطريقة المعتمدة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي البلدي.

(1) قانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية. ج. ر. ع 37، الصادر في أول شعبان عام 1432 هـ الموافق 3 يوليو سنة 2011م. معدل ومتمم بالأمر رقم 21-13 المؤرخ في 22 محرم عام 1443 الموافق 31 غشت سنة 2021. ج. ر. ع 67، الصادر في 22 محرم عام 1443 هـ الموافق 31 غشت سنة 2021م.

(2) قانون عضوي رقم 16-10 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 الموافق 25 غشت سنة 2016، يتعلق بنظام الانتخابات. ج. ر. ع 50، الصادر في 25 ذو القعدة عام 1437 هـ الموافق 28 غشت سنة 2016م.

(3) سعيد بوعلي، نسرین شريقي، مريم عمارة، القانون الإداري: التنظيم الإداري والنشاط الإداري، ط2، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 95.

ثانياً: الأشخاص الذين يتولون وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو مؤسسة أخرى ذات رأس مال مختلط

رغبة من المشرع الجزائري في الإحاطة قدر الإمكان بكل الأشخاص المعنيين بارتكاب جرائم الفساد، حتى ولو لم تكن لهم صفة الموظف العمومي بالمفهوم الإداري، فإنه توسع وأضاف فئة أخرى من الأشخاص هم الذين يتولون وظيفة أو وكالة، وهذا لتضييق الخناق على المفسدين ومحاصرتهم بغض النظر عن صفتهم والتي لم تعد عائقاً أمام المتابعة الجزائية لهم عن جرائم الفساد.

يتعلق الأمر هنا بالعاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية أو في المؤسسات ذات رأس المال المختلط أو في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية، والذين يتمتعون بقسط من المسؤولية. ويشترط في ذي الصفة أن يتولى وظيفة أو وكالة، وتحمل عبارة "تولى" معاني التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية، ويقضي تولي وظيفة أن تسند للجاني مهمة معينة أو مسؤولية، ويقضي تولي وكالة أن يكون الجاني منتخبا أو مكلفا بنيابة في إحدى المؤسسات والهيئات المذكورة بأداء خدمة⁽¹⁾، كعضو مجلس إدارة في إحدى المؤسسات الاقتصادية مثلا، التي يستوي أن تحوز فيها الدولة كل رأس مالها الاجتماعي أو جزء منها⁽²⁾، أو المصفي الذي يسير الشركة وهي في حالة تصفية، أو وكيل العبور الذي يتكفل بجمركة السلع لفائدة هذه المؤسسات، أو محافظ البيع في المزاد العلني، أو الحارس القضائي، فهؤلاء كلهم أشخاص يمارسون مهامهم بموجب وكالة مؤقتة لصالح المؤسسات مقابل أجر معلوم⁽³⁾.

وبهذا، فإن المشرع يستبعد من نطاق تطبيق مفهوم تولي وظيفة العامل البسيط مهما كانت

(1) مليكة هنان، بواب بن عامر، تلقي الموظف الهدايا بين الإباحة والتجريم: دراسة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري رقم 06-01، مجلة القانون، العدد 9، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زبانه، غليزان، ديسمبر 2019، ص ص 60، 61.

وانظر أيضا المادة 2 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المرجع السالف الذكر.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 22.

(3) المسعود ضحوي، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2014، ص 30.

كفائه ومستواه الثقافي والعلمي، بل يجب أن يكون مكافا بإدارة المؤسسة أو مسؤولا بإحدى مصالحها حتى يتم اعتباره ضمن الأشخاص المعنيين بتولي الوظيفة⁽¹⁾.

ثالثا: كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة من هو الموظف الحكمي في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بحيث اعتبر كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما⁽²⁾، ولكن بالرجوع إلى القانون الأساسي للوظيفة العمومية نجد أنه قد استثنى من فئة الموظفين العموميين كلا من المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني بالإضافة إلى الضباط العموميين، وهذا ما يجعلنا نصنفهم ضمن فئة من في حكم الموظف.

1 - المستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني

يحكم هذه الفئة الأمر رقم 06-02 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين المؤرخ في 28 فبراير 2006⁽³⁾، والذي ينطبق على الأصناف التالية: العسكريين العاملين، العسكريين المؤدبين للخدمة بموجب عقد، العسكريين المؤدبين للخدمة الوطنية، العسكريين الاحتياطيين في وضعية النشاط، فأفراد الجيش الوطني الشعبي مثلهم مثل باقي الموظفين العاديين الخاضعين لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إن هم ارتكبوا جريمة من جرائم الفساد.

في هذا الصدد، أخضع القضاء الجزائري هذه الفئة لأحكام جرائم الفساد كالاختلاس حتى قبل صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 03 مارس 2004 بخصوص شروط قيام جريمة الاختلاس المرتكبة من قبل هذه الفئة بقولها: «يجب في جريمة اختلاس شيء مخصص للجيش أن يشمل السؤال: أركان

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 67.

(2) المسعود ضحوي، المرجع السابق، ص 30.

(3) أمر رقم 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين. ج. ر. ع 12، الصادر في أول صفر عام 1427 هـ الموافق أول مارس سنة 2006م.

الجريمة، من حيث تحديد صفة الجاني وهو عسكري، ومن حيث الأشياء المختلصة مخصصة للجيش وعهد بها إليه بهذه الصفة لأجل خدمة»⁽¹⁾.

2- الضباط العموميون

يمارس الضباط العموميون سواء كانوا موثقين أو محضرين قضائيين أو مترجمين رسميين...، وظائفهم بتفويض من السلطات العمومية ويحصلون الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العامة مما يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن من في حكم الموظف العمومي⁽²⁾، فمع أنهم أصحاب مهن حرة إلا أنهم بمثابة وسطاء بين الدولة والأشخاص، وللقيام بمهامهم افترضت الدولة عليهم إتباع شروط النزاهة والشفافية، وأخذت منهم اليمين القانونية على ذلك، كما حددت تسعيرات منضبطة لقاء قيامهم بمهامهم، فمجرد الإخلال بتلك النزاهة أو التسعيرة يعني خيانة الأشخاص من جهة، وخيانة الدولة التي افترضت فيهم الثقة من جهة أخرى، مما يترتب عليه عزلهم أو تأديبهم⁽³⁾.

أضفى المشرع في مجال القانون الجنائي (قانون الوقاية من الفساد) على مدلول الموظف معنى أوسع من معناه في القانون الإداري، بحيث يشمل موظف أو مستخدم وكل مكلف بخدمة عمومية من قبل الحكومة أو إحدى المصالح العامة التي تستمد سلطاتها من الحكومة سواء كان ذلك بأجر أو بغير أجر. والسبب في اختلاف مفهوم الموظف العام بين القانونين اختلافها من حيث الهدف والغاية، فالغاية التي يتوخاها المشرع من قانون العقوبات (قانون الوقاية من الفساد) هي حماية المجتمع ومصالحه من المفسدين، وتتمثل هذه الحماية في سرعة معاقبة الجاني الذي أخل بأمنه ونظامه؛ فقواعده إذن موجهة ضد الجاني، فالوظيفة العامة في قانون الوقاية من الفساد التي تخول صاحبها اشتراكا أيا كان في أداء السلطة العامة. أما الغاية التي

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/03/03، ملف رقم: 330989، المجلة القضائية، العدد 2، 2004، ص 399. نقلا عن: عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 68.

(2) مليكة هنان، بواب بن عامر، المرجع السابق، ص ص 61.

(3) رمزي بن الصديق، دور الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العمومية في ظل الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص 27.

يسعى لتحقيقها المشرع من قانون الوظيفة العامة التوفيق بين المصالح الخاصة للموظفين ومقتضيات سير المرفق العامة بانتظام واستمرار⁽¹⁾.

المبحث الثاني: صور الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية

استحدث المشرع الجزائري في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته صورا وأشكالا جديدة للفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، حيث لم يعد مقتصرًا على الأنماط التقليدية المعروفة عنه، وهذا بغية حصر هذه الظاهرة وتجفيف منابعها والقضاء على مرتكبيها.

للإمام بهذا الجانب من الدراسة، نتطرق إلى جريمة الامتيازات غير المبررة واستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول)، ثم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جريمة الامتيازات غير المبررة واستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية

تأخذ جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية صورتين جمعها المشرع الجزائري في نص المادة 26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾:

(1) مليكة هنان، بواب بن عامر، المرجع السابق، ص ص 61، 62.

(2) تنص المادة 26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على ما يلي: «يعاقب

1- كل موظف عمومي يمنح عمدا، للغير امتيازًا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية.

2- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقال 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 نات الطابع الصناعي أو التجاري، ويسنقيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكور من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل صالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين».

الصورة الأولى: تتمثل في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وتسمى هذه الصورة بالمحاباة (الفرع الأول).

الصورة الثانية: تتمثل في استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جريمة منح الامتيازات غير المبررة (جريمة المحاباة)

تعتبر جنحة منح الغير امتيازات غير مبررة⁽¹⁾ أو ما يعرف بجنحة المحاباة واحدة من الجرائم التي نص عليها هذا القانون بغية إيجاد حماية حقيقية لمبادئ الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، لاسيما وأن هذه الأخيرة تعتبر مجالا خصبا لتفشي ظاهرة التلاعب بالمال العام التي تلحق أضرار جسيمة وخسائر كبيرة بالاقتصاد الوطني.

ويقصد بهذه الجريمة، تلك الامتيازات التي لا تستند إلى أي أساس أو مبرر قانوني نتيجة تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة⁽²⁾.

(1) قدور ظريف، جنحة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2017، ص 378.

(2) يعتبر تحديد مدلول عبارة امتيازات غير مبررة مسألة متعلقة بالوقائع، فقد تكون هذه الامتيازات عبارة عن نقود كما قد تكون أي منفعة أخرى ذات طبيعة غير نقدية فهي ليست بالضرورة ربحا ماديا، فيمكن أن تكون مجرد معلومة منحت لأحد المترشحين دون الآخرين حول محتوى وقيمة عملية مستقبلية وهذه الصورة الغالبة للامتيازات غير المبررة. وتحديد معنى عبارة غير مبررة يفترض وجود معيار مرجعي للقول بأن الامتياز مبرر أو لا، ففي القانون الاقتصادي الخاص المرجع هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساسا على حرية المنافسة. وبالتالي يعتبر امتياز غير مبرر ذلك الامتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق. أما إذا كان مبررا فتنفي جريمة المحاباة وكمثال على منح امتيازات مبررة ما جاء في نص المادة 1/83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التي تقضي بأنه يمنح هامش للأفضلية بنسبة 25 للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون. إلهام زاير، جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مج 4، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جانفي 2020، ص 167.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الجنحة في المادة 1/26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾ والتي حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة الأولى الملغاة ق.ع. ج⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه قد طرأ تعديل على نص المادة 26 المذكورة أعلاه بموجب القانون رقم 11-15 المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾، وذلك نتيجة أسباب قدر المشرع الجزائري أنها موضوعية⁽⁴⁾، ويستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة 26 أن جريمة المحاباة تقوم على ثلاثة أركان وهي:

أولاً: صفة الجاني في منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (الركن المفترض)

اشتترطت المادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، صفة خاصة في الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وهي أن يكون موظفاً

(1) انظر المادة 72 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المرجع السالف الذكر.

(2) أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات. ج. ر. ع 49، الصادرة في 21 صفر عام 1386 هـ الموافق 11 يونيو سنة 1966 م. معدل ومتمم.

(3) قانون رقم 11-15 مؤرخ في 2 رمضان عام 1432 الموافق 2 غشت سنة 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ج. ر. ع 44، الصادر في 10 رمضان عام 1432 هـ الموافق 10 غشت سنة 2011 م.

(4) لقد جاء في عرض الأسباب المرفقة بمشروع هذا القانون الجديد أن سبب تعديل نص المادة 26 فقرة 1 هو كونها أصبحت تشكل عائقاً أمام المسيرين، لأن المشرع في الصياغة القديمة كان حكمه عاماً وتجرمه يتسم بشيء من الاتساع، فيشمل جميع الصور التي يمكن أن تدخل تحت نطاق هذا الوصف من التجريم، بحيث لا يترك أي مجال للتهرب من المسؤولية الجزائية، فخرق أي حكم من أحكامها يشكل عنصراً مادياً لجريمة معاقب عليها. لذلك أصبح المتدخلون في مجال إبرام الصفقات العمومية مضطرين لقضاء أوقات طويلة للتدقيق والتأكد من احترام هذه الصفقات لكل الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، الأمر الذي أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع الاستراتيجية، ونتيجة لهذا اقترحوا تضيق مجال تطبيق هذه المادة وذلك بحصر التجريم في مخالفة الإجراءات المتعلقة بشفافية الترشيح للصفقات العمومية والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وهي القواعد التي كرستها المادة 09 من القانون رقم 06-01. مشار إليه في: عبد العالي حاحة. المرجع السابق، ص 110.

عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد الإداري مثلما رأينا ذلك سابقا.

والشيء الملاحظ أن صفة الجاني في هذه الجريمة لم تعد مرتبطة بالعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو الهيئات المذكورة في المادة 119 ق.ع. ج مثلما كانت تنص عليه المادة 128 مكرر ق.ع. ج، وإنما استبدلها المشرع وفقا للمادة 1/26 أعلاه بصفة الموظف العمومي والتي أعطي لها معنى واسعا وفقا للمادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. بالإضافة إلى شرط صفة الموظف العمومي، يشترط أيضا أن يكون الموظف العمومي مختصا بالعمل الوظيفي، وهذا حسب ما هو مبين في المادة 01/26: «كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازًا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق...».

وهذا يعني أن يكون الموظف العمومي مختصا بعملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق حتى تقوم هذه الجريمة، أما إذا انتفى الاختصاص هنا فإن هذه الجريمة تنتفي لعدم اكتمال عناصر الاختصاص الوظيفي، وذلك لأن منح الغير امتيازات غير مبررة والذي هو غرض الجريمة لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان الموظف العمومي المعني له سلطة أو صلاحية أو اختصاص يتعلق بإبرام العقود والاتفاقيات والصفقات والملحق أو التأشير عليها⁽¹⁾.

والملاحظ أن المشرع الجزائري في ظل تعديل سنة 2011 والذي أدخله على المادة 26 السالفة الذكر قد أعفى الموظفين المختصين بمراجعة العقود والاتفاقيات والصفقات والملحق من الخضوع لنص هذه الجريمة.

(1) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 111.

ثانيا: الركن المادي

1 - السلوك الإجرامي

يقصد به قيام الموظف العمومي (الجاني) بالفعل أو النشاط الإجرامي الذي عند تحققه تبرز الجريمة وتظهر للعالم الخارجي، ويتجسد هذا السلوك من خلال قيام رئيس المصلحة أو المؤهل قانونا باسم الدولة أو الهيئات العمومية بمنح امتيازات غير مبررة للغير عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية لاسيما تلك القواعد المقررة بموجب قانون تنظيم الصفقات العمومية إضافة إلى القواعد والمبادئ المعتمدة من طرف قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وغيرها من النصوص التشريعية واللوائح التنظيمية المتعلقة بجميع العقود الإدارية⁽¹⁾.

وبهذا فإن السلوك الإجرامي لجريمة المحاباة يمكن تحليله إلى الصور التالية⁽²⁾:

- مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة.
- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض.
- مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصص الصفقة.
- مخالفة أحكام التأشير.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن المشرع الجزائري بموجب القانون 11-15 المعدل والمتمم لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، قد ألغى المراجعة التي تمثل إحدى المراحل التي يمكن أن تكون محلا للنشاط الإجرامي في جنحة المحاباة، وأبقى فقط على مرحلتين أساسيتين هما الإبرام والتأشير كما أشارت إليه المادة 1/26.

(1) قدور ظريف، المرجع السابق، ص 381.

(2) حفيظة معوش، صوراية مسيلي، جرائم الفساد في مجال عقود الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون جماعات إقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017، ص 30.

وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن الأسباب الحقيقية التي دفعت بالمشرع إلى استبعاد المراجعة كمحل للنشاط الإجرامي في جنحة المحاباة؟

لهذا، فإن مثل هذا المسعى القائم على إلغاء الوصف التجريمي بصورة مطلقة عن فعل المحاباة عندما يتعلق الأمر بالمراجعة⁽¹⁾ من شأنه أن يؤثر من فعالية العقاب والقضاء على هذه الجريمة، فالمراجعة مثلها مثل باقي العمليات المتعلقة بالإبرام والتأشير، فيمكن أن تكون محلا لجريمة المحاباة. لذا كان من الأنسب الإبقاء على المراجعة ضمن نطاق النشاط الإجرامي، وهذا لعلق الباب على جميع صور المحاباة⁽²⁾.

أ - العمليات التي ينصب عليها السلوك الإجرامي

استنادا لنص المادة 01/26، فإن السلوك الإجرامي للموظف العمومي ينصب على أحد الأنشطة التالية:

- العقد

يقصد به بأنه العقد أو الاتفاق الذي يقوم شخص معنوي عام بإبرامه بغرض تسيير مرفق عام وذلك وفق أساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽³⁾.

- الاتفاقية

تأخذ نفس مفهوم العقد، غير أنه عمليا، يطلق مصطلح الاتفاقية على العقود التي تبرمها الدولة مع شخص طبيعي أو معنوي والمتعلقة بإنجاز أشغال أو خدمات لصالحها، عندما لا

(1) يقصد بالمراجعة: تحيين صفقة أو عقد أو اتفاقية وفق الصيغ والكيفيات المنفق عليها أو المحددة في العقد أو الصفقة إذا تطلب ذلك ظروفًا اقتصادية كارتفاع الأسعار. مشار إليه في: أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 139.

(2) بثينة حبيباتني، جرائم الصفقات العمومية: الصور والعقاب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون جنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013-2014، ص 22.

(3) محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 10.

يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة يتم عقدها بنفس الإجراءات المعمول بها في الصفقات العمومية إلا ما يتعلق بطريقة الإبرام أو المراقبة أو الإشهار⁽¹⁾.

- الصفقة

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تلجأ إليها الإدارة من أجل إشباع الحاجات العامة، فقد عرفها المشرع الجزائري على أنها: «تلك العقود المكتوبة التي تبرمها الدولة بمقابل مع متعاملين اقتصاديين قصد تلبية حاجات المصلحة العامة في مجال الأشغال واللوازم والدراسات وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم»⁽²⁾.

- الملحق

عرفت المادة 136 من قانون الصفقات العمومية الملحق كما يلي: «يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بندا أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة».

كما عرفه الأستاذ أحسن بوسقيعة بأنه: «وثيقة تعاقدية تابعة لصفقة في جميع الحالات إذا كان الهدف منه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية»⁽³⁾.

ب- صور الأفعال المخالفة للتشريع في جريمة المحاباة

تتضمن جريمة المحاباة في الصفقات العمومية بعض الصور للأفعال المخالفة للتشريع والتنظيم المتعلق بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

(1) لزهري بوخدنة، شوقي بركاني، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008، ص 30، 31.

(2) المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المرجع السالف الذكر.

(3) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 113.

ب- 1 مظاهر المحاباة قبل فتح العروض

- اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير (اللجوء إلى أسلوب تجزئة الصفقات العمومية)

تنص المادة 6 بعد تعديلها بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23⁽¹⁾ على أنه: «كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 أو يقل عنه، لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوب إبرام الصفقة في مفهوم هذا المرسوم...».

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

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

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

ومن الأمثلة الواقعية عن تجزئة الصفقات العمومية، ما قام به أحد رؤساء بلديات ولاية جيجل، حيث قام بتجزئة مشروع توسيع مقر البلدية إلى سبع مشاريع ومنح كل مشروع إلى

(1) مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير سنة 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر. ع 4، الصادر في 2 ربيع الأول عام 1433 هـ الموافق 26 يناير سنة 2010م.

مقاول بموجب سند لأمر، حتى لا يجد نفسه ملزماً بالإعلان عن المشروع وطرحه للمنافسة وبصفة عامة بإجراءات المناقصة، وما تفرضه من إجراءات. لذا، قام بمنح الصفقة لمقاولين من اختياره ومن هنا تظهر إفادة الغير بامتيازات غير مبررة على إثرها تمت متابعتها جزائياً⁽¹⁾.

- تسريب معلومات امتيازية

قصد تمكين أحد المتعاملين من تقديم عرضه وفقاً لما هو مطلوب، مما يؤدي إلى إقصاء بقية المتنافسين وتقويت فرصة الفوز بالصفقة، وبعد هذا الفعل إخلالاً جسيماً بمبدأ المساواة بين المتعهدين الذي يعتبر من أهم المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، كما يعد إخلالاً بمبدأ المنافسة الشريفة بين متعاملي المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

ب- 2 مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض

يظهر تكريس المشرع الجزائري لمبدأ شفافية المنافسة فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية، حيث لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين، بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار المتعامل المتعاقد⁽³⁾، فتقوم الجريمة في حال التفاوض مع بعض المترشحين بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عرضهم حتى يضعوا أنفسهم موضع من يقترح أحسن عرض، وذلك بتقديم كشف جديد، ذلك أن إيداع العروض يتم وفق الشروط والمعايير المعلن عنها، حيث يفترض أن يكون كل المتنافسين متساوين أمام القانون، فاللجوء إلى التفاوض مع بعض المترشحين بعد فتح العروض بغية تعديل العروض من أجل الحصول على الصفقة العمومية يشكل جنحة المحاباة⁽⁴⁾.

(1) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 46.

(2) نادية تياب، المرجع السابق، ص 47.

(3) المادتا 40 و 80 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السالف الذكر.

(4) أحلام مادي، فريدة جنان، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص 15.

ب-3 مظاهر المحاباة بعد تخصيص الصفقة

بعد أن يتم تخصيص الصفقة، قد يتم تنظيم صفقات تصحيحية أو إبرام ملحقات مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به. فالصفقات التصحيحية تخصص بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة، ويتم تسويتها كي تظهر في مظهر الشرعية، عن طريق تنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال قد أنجزت.

أما بالنسبة للملحقات فيتم اللجوء من أجل تخصيص أشغال إضافية للمؤسسة التي يتم اختيارها بدون اللجوء إلى إجراءات جديدة لعرض الصفقة، وهي الإجراءات المطلوبة إذا كان من شأن الملحق أن يحدث اضطرابا في السوق، وكثيرا ما يلجأ إلى استعمال أسلوب الملاحق لتمير عدة صفقات مشبوهة، وبوجه عام لا تقوم الجريمة إلا إذا كان للمخالفات المرتكبة تأثير على تخصيص الصفقة وعلى القرار الصادر بشأنها⁽¹⁾.

2- تحقيق الجاني غرضا خاصا من وراء ارتكابه لهذا النشاط الإجرامي

لا يكفي لقيام هذه الجريمة قيام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو صفقة أو ملحق أو اتفاقية مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ المذكورة أعلاه، بل لابد من توافر الغرض من هذا النشاط الإجرامي.

يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات الجاني. وبالتالي يجب أن يكون المستفيد من هذه الامتيازات هو الغير. أما إذا كان المستفيد من هذه المخالفات هو الموظف في حد ذاته فإن تكييف الجريمة هنا يتحول من المحاباة إلى الرشوة كما هو منصوص عليه في المادة 27 من القانون رقم 06-01 السالف الذكر⁽²⁾. وعليه، لا تقوم جنحة المحاباة لمجرد مخالفة الاحكام القانونية واللوائح التنظيمية، بل يجب أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو محاباة (تفضيل) أحد المتنافسين على غيره، ومن خلال عنصر الغرض يتضح

(1) فاطمة الزهراء روبيعة، مكافحة جرائم الفساد المستحدثة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019-2020، ص 22.

(2) قدور ظريف، المرجع السابق، ص 382.

أن الغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان مبدأ المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة أو العقد، وإرساء مبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾.

ثالثا: الركن المعنوي

إن الهدف من دراسة أركان الجريمة هو إثباتها ونسبتها إلى فاعل معين حتى يتحمل مسؤولية ما قام به، إذ لا يكفي الإلمام بالركن المادي لإسناد المسؤولية إلى شخص ما، بل لابد من توافر الركن المعنوي لتنسب الجريمة إلى فاعل ما ليتحمل مسؤولية تلك الجريمة⁽²⁾.

وجريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية من الجرائم العمدية، التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، وهذا ما تؤكد المادة 1/26 من القانون رقم 01-06 السالف الذكر بنصها: «...كل موظف يمنح، عمدا...».

1 - القصد الجنائي العام

يقصد به أن يكون الجاني عالما بكافة العناصر الداخلية المشكلة للجريمة، ومن قبيل ذلك علم الجاني أنه موظف عمومي أو من في حكمه وأنه مختص بالعمل الوظيفي، والذي هو قوام السلوك الإجرامي، أي يجب أن يعلم بأنه مختص بإبرام أو تأشير العقود أو الاتفاقيات أو الصفقات أو الملاحق.

واتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونا⁽³⁾.

(1) لامية خليلي، زوينة هروق، جرائم الفساد في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 33.

(2) منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 105.

(3) بثينة حبيباتني، المرجع السابق، ص 26.

2- القصد الجنائي الخاص

لا يكتمل الركن المعنوي لجريمة المحاباة بمجرد تحقق القصد الجنائي العام، بل يتطلب وجود قصد جنائي خاص يتمثل في نية الموظف العمومي وعزمه على منح الغير امتيازات غير مستحقة بعد إقدامه على مخالفة النصوص القانونية المعمول بها مع علمه بأنها غير مبررة من جهة، وأن هذا الغير لا يستحق هذه الامتيازات بموجب النصوص القانونية واللوائح التنظيمية المعمول بها من جهة أخرى، ومعنى ذلك أن الركن المعنوي لا يكتمل في مجرد قيام الموظف بخرق النصوص التشريعية والتنظيمية بل لابد من الاستفادة الفعلية للغير من امتيازات غير مستحقة لهم.

تأسيساً على ذلك، فإن هذه الجنحة تنتفي بتخلف القصد الخاص المتمثل في تحقق الغرض من وراء قيام الجاني بمخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية وهو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة. لذلك، تشدد المحكمة العليا في إجابتها على ضرورة إبرازه في حكم الإدانة، إذ تم نقض الكثير من الأحكام القضائية بسبب عدم توضيح الغرض من وراء عدم قيام الموظف العمومي بمراعاة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية عند منحه الغير امتيازات غير مبررة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: جريمة استغلال النفوذ

تعد جريمة استغلال النفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، واحدة من جرائم المعاقب عليها بموجب المادة 2/26 من القانون رقم 01-06، ولقيام هذه الجريمة يجب توافر الأركان المكونة لها، وهو ما نبينه من خلال الآتي:

أولاً: صفة الجاني في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة الصفقات العمومية

استناداً لنص المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فإنه وحتى يعد الشخص مرتكباً لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير

(1) قدور ظريف، المرجع السابق، ص 383.

مبررة في مجال الصفقات العمومية، يتعين أن يكون تاجرا⁽¹⁾، أو صناعيا⁽²⁾، أو حرفيا⁽³⁾، أو مقاولا من القطاع الخاص⁽⁴⁾.

غير أن المشرع الجزائري عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني، حيث عمم ذلك على كل شخص طبيعي أو معنوي، إذ تقوم هذه اللجنة في حق أي شخص تابع للقطاع الخاص، أي كل عون اقتصادي خاص، سواء كان طبيعيا أو معنوياً، يعمل لحسابه أو لحساب غيره. وعليه، يثور التساؤل حول جدوى تخصيص التاجر أو الحرفي أو الصناعي أو المقاول الخاص بالذكر، مادام أن أي شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص معرض للمساءلة؟

ويقصد بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مع الهيئات الخاضعة في إبرام عقودها، والتي حددها نص المادة 6 من المرسوم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، أي كل شخص طبيعي حائز لصقة التاجر أو الحرفي أو المقاول أو الصناعي، وذلك بغرض إنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو تقديم خدمات كأشغال الترميم مثلا، أو إنجاز دراسات، وذلك بعد الدعوة إلى المنافسة.

(1) عرفت المادة 1 ق. ت. ج التاجر على أنه: «كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له»، وقد حددت المواد 2، 3، 4 ما هي الأعمال التجارية، وما نلاحظه أن المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم تشترط ممارسة العمل التجاري بصفة اعتيادية، بل يعتبر أيضا فاعلا من يقوم بالعمل بصفة عرضية.

أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري. ج. ر. ع 101، الصادر في 16 ذو الحجة عام 1395 هـ الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدل ومتمم.

(2) يعرف الصناعي بأنه: «الشخص الذي يمارس نشاطا اقتصاديا في مجال استخراج أو إنتاج أو تحويل الثروات». نقلا عن: كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: قانون جنائي وعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 235.

(3) بحسب المادة 10 من الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف. ج. ر. ع 3، الصادر في 23 شعبان عام 1416 هـ الموافق 14 يناير سنة 1996م، فإنه يعد حرفيا كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 5 من نفس الأمر.

(4) أشارت المادة 549 ق. م. ج إلى المقاول من خلال تعريفها لعقد المقابلة بنصها على أنها: «المقابلة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. ج. ر. ع 78، الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975م. معدل ومتمم.

أما الشخص المعنوي فيقصد به مختلف الشركات والمقاولات والمؤسسات الخاصة، وغيرها من الأشخاص المعنوية التي تحوز على سجل تجاري في مجال النشاط محل العقد أو الاتفاقية أو الصفقة العمومية، والتي تسمح لها مؤهلاتها المالية والبشرية بالتعاقد في إطار الصفقات العمومية.

وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الجاني بائعا وليس مشتر، ومن ثم لا يطبق حكم المادة 2/26 من قانون الفساد على التاجر الذي يكون في مركز المشتري أو المستفيد من خدمة أو صفقة تعود عليه بريح غير مبرر⁽¹⁾.

ثانيا: الركن المادي

يقوم الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة على عنصرين أساسيين هما: السلوك الإجرامي المتمثل في استغلال نفوذ الأعوان العموميين، والغرض منه والذي يتمثل في الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد والخدمات أو التعديل في آجال التسليم والتموين.

يقصد بالنفوذ تلك القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف العمومي بين زملائه العاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادرا على توجيه القرارات أو الإجراءات بطريقة غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني⁽²⁾.

ويقصد بأعوان الدولة من خلال هذه المادة كل من يشتغل في هذه المؤسسات وتكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات أو يساهم في الإعداد لها وتحضيرها، وتشمل: مديري هذه المؤسسات أو الهيئات، رؤساء المصالح ورؤساء المكاتب والمهندسين والتقنيين والأعوان الإداريون بمختلف رتبهم.

(1) جمال الدين عنان، جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج1، العدد 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سبتمبر 2017، ص 178.

(2) المرجع نفسه، ص 180.

وبالنسبة للصفقات العمومية فإن يوجد عادة في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب ويتكون من مهندسين وتقنيين وأعاون إداريون توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة، مثل: -تحضير الإعلان عن النداء للمنافسة - تحضير اجتماعات لجنتي فتح الأطراف وتقييم العروض وإرسال لاستدعاء إلى أعضائها -مراجعة دفتر الشروط - إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها.... وهذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة.

وغالبا ما يكون هؤلاء الأعاون، هم من لهم صلة مباشرة بالصفقة أو العقد ولهم سلطة أو تأثير في إبرامها كونهم يتوفرون على جميع المعطيات الخاصة بالصفقة خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها، كما أنه لا يشترط أن يكون النفوذ حقيقيا، فالجريمة تقع حتى ولو كان النفوذ مزعوما سواء كان الجاني عالما بزعمه أو يعتقد خطأ بصحته⁽¹⁾.

1 - السلوك الإجرامي

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعاون العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية حسب نص المادة 26 فقرة 02 في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعاون الدولة أو المؤسسات والهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات.

ولقد عدد المشرع الجزائري الامتيازات من خلال المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهي:

(1) لزهري بوخذنة، شوقي بركاني، المرجع السابق، ص 45.

أ - الزيادة في الأسعار

تحرص الإدارة عند إرسالها للصفقة على أي متعاقد على احترام المعايير والإجراءات التي حددها القانون، ويعتبر السعر هو العنصر الحاسم في عملية إسناد الصفقة، لذلك فإن لجنة البت تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمناً، وهذا ما يعرف بالمناقصة.

يقوم الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة، إذا طلب الطرف المتعاقد من الموظف العمومي التعديل في الأسعار على نحو يختلف أو يتعارض مع الكيفيات المحددة في الصفقة أو تلك التي نص عليها القانون، وذلك عن طريق إصدار قرارات أو اتخاذ إجراءات بموجب ما يتمتع به من سلطة وتأثير، تجعل الجاني (المستفيد) يحصل على امتيازات غير مبررة.

ومثال ذلك أن يبرم أحد التجار عقداً مع بلدية ما لأجل تزويدها بأجهزة الكمبيوتر، حيث يكون السعر المعمول به هو 50.000 دج للوحدة، في حين يطبق هذا التاجر سعر 70.000 دج للوحدة مستغلاً في ذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية⁽¹⁾.

ب - التعديل في نوعية الخدمات أو المواد

يتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تطلبها الإدارة، من حيث الجودة والنوعية في مجال الصفقات العمومية، نوعية المواد المطلوبة يتم النص عليها في دفتر الشروط، فيعمد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار، مستغلاً بذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة⁽²⁾.

وتكمن العلة في تجريم التعديل في نوعية المواد في حرص المشرع على جودة الأشغال المنجزة أو المنقولات الموردة، في أن النوعية المتفق عليها في بنود الصفقة هي المعيار الذي على أساسه تم اختيار المتعامل المتعاقد، كما أنها السبب الذي جعل الإدارة المختصة تمنح الغلاف المالي الكافي لإنجازها أو اقتنائها. لذلك فإن التجريم هنا بهدف إلى الحفاظ على النفقات العامة، وحماية مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، الذين يكون معيار اختيار أحدهم

(1) جمال الدين عنان، المرجع السابق، ص ص 181، 182.

(2) أحلام مادي، فريدة جنان، المرجع السابق، ص ص 23، 24.

وتفضيله عن غيره هو نوعية المواد، فإذا عمدت الإدارة إلى تغيير هذه النوعية فإنها بهذا تكون قد فضلت أحد المتعاملين عن غيره، وهو ما يشكل خرقاً واضحاً لمبدأ المساواة⁽¹⁾.

ج- التعديل في نوعية الخدمات

يتعلق الأمر في هذه الحالة بصفقات وعقود الخدمات، حيث يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى مؤسساتها أو الهيئات التابعة لها، ويتعلق بنوعية معينة من الخدمات كأعمال الصيانة لأجهزة البلدية، على أن يقوم بها مهندسون مختصون، فلا يقوم بها المتعامل المتعاقد إلا مرة واحدة في السنة، مستغلاً في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات⁽²⁾.

د- التعديل في آجال التسليم والتموين

يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها، فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فاطلع عليه وتعهّد بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة، فوجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه. فإذا كان أجل التسليم أو التموين يخص عقود وصفقات اقتناء اللوازم والتي عادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بالصفقة، فإن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته وتأخره في تسليم ما هو مطلوب منه يعرضه للجزاء التي تفرضها عليه الإدارة في هذه الأحوال كالغرامة على التأخير، فعادة ما يقوم الجاني بالتأخير في آجال التسليم أو التموين دون أن يتم توقيع الجزاء عليه باستغلاله سلطة أو تأثير أحد مسؤولي الهيئة أو المؤسسة. كما هو الحال بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال حيث يلتزم المتعامل المتعاقد بمدة محددة لإنجاز هذه الأشغال يتم النص عليها في الصفقة، فيتعهد تأخير إنجازها دون وجود أسباب جدية تمنعه من إتمام إنجازها للأشغال محل الصفقة العمومية.

ونجد أن الأعوان العموميين والإداريين والمهندسين في مجال الصفقات العمومية يملكون من سلطات وصلاحيات ومهام موكلة إليهم تجعل التاجر أو الصناعي أو الحرفي من القطاع

(1) جمال الدين عنان، المرجع السابق، ص 182.

(2) أحلام مادي، فريدة جنان، المرجع السابق، ص 24.

الخاص يلتبس منه استغلال نفوذه فعون الدولة أو الموظف العمومي ليس من يعرض استغلال نفوذه⁽¹⁾.

2- الغرض من ارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

يشترط المشرع أن يكون الهدف من الاستغلال هو قيام الجاني التاجر أو الحرفي أو الصناعي أو المقاول من القطاع الخاص باستغلال نفوذ الأعوان العموميين أو سلطتهم أو تأثيرهم بغرض الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة، أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين أي الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

ثالثاً: الركن المعنوي

إن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين جريمة عمدية، يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص.

1- القصد الجنائي العام

يتمثل القصد الجنائي العام في علم الجاني بسلطة وتأثير الموظف في إبرام العقد، واتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته.

2- القصد الجنائي الخاص

يتمثل القصد الخاص في نية الجاني للحصول على امتيازات غير مبررة، وكغيرها من الجرائم على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من صفة الجاني وسلطة أو تأثير العون العمومي بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني وكذا تبيان الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني من أجل إدانته.

(1) زوليخة زوزو، المرجع السابق، ص ص 88، 89.

أي أن الركن المعنوي لهذه الجريمة مبني على القصد العام الذي يجب أن يتوفر في المستفيد مرتكب الجريمة وهو علمه بنفوذ الأعوان العموميين، والاتجاه نحو استغلال هذا النفوذ لفائدته للحصول على امتيازات غير مبررة وهو قصد خاص⁽¹⁾.

المطلب الثاني: جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

تعتبر جريمة الرشوة من الجرائم التقليدية التي يتعاطاها الأفراد والمؤسسات من أجل الحصول على منافع ومكاسب متنوعة، غير أنها أضحت تأخذ منحى خطيرا وذلك بعد توغلها في مجال الصفقات العمومية، أين برزت صور مستحدثة لجريمة الرشوة نص عليها المشرع في قانون الفساد، وهو ما نقوم بتبينه من خلال التعرض لكل من جريمة قبض عمولات في الصفقات العمومية (الفرع الأول)، وكذا جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جريمة قبض عمولات في الصفقات العمومية

تعتبر جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية صورة من صور الرشوة التي كان منصوصا عليها في المادة 128 مكرر ق. ع. ج، ونظرا لخطورتها وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخاصة فيما تعلق منه بعملية إبرام وتنفيذ العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية وما تمثله هذه الأخيرة من مجال خصب لانتشار الفساد بنوعية الإداري والمالي لصلتها الوثيقة بالمال العام، اضطر المشرع الجزائري إلى الاحتفاظ والإبقاء عليها من خلال المادة 27 القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد وقمع الغش تحت تسمية الرشوة في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾، حيث بين متى نكون أمام هذه الجريمة بنصه على أنه: «يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجره أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد

(1) فيروز ضيف، جرائم الفساد التي يرتكبها الموظف العمومي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014، ص ص 52، 53.

(2) عبد العالي حاحة، المرجع السابق، ص 159.

أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية نات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية».

وهذا النص مقتبس من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003، التي نصت في الفصل الثالث منها تحت عنوان التجريم وإنفاذ القانون بموجب المادة 11 على أنه: «رشوة الموظفين العموميين الوطنيين:

تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية؛ عندما ترتكب عمداً؛

أ- وعد موظف حكومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، كي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية.

ب- التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، كي يقوم ذلك الموظف بفعل ما يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية»⁽¹⁾.

وجريمة الرشوة عموماً هي عبارة عن سلوك ثنائي تفترض مساهمة شخصين هما الموظف العام أو من في حكمه يطلب أو يقبل ما يعرض عليه من عطية أو وعد بها مقابل قيامه أو امتناعه عن عمل من أعمال وظيفته أو الإخلال بواجباته ويسمى المرشسي، والشخص الآخر وهو صاحب المصلحة أو الحاجة الذي يتقدم بالعطية أو الوعد بها ويسمى الراشي. وقد يتدخل وسيط بينهما يسعى إلى اتمام الاتفاق بينهما ويسمى الوسيط أو الرئس⁽²⁾.

تفرض الرشوة عموماً وجود شخصين على الأقل المرشسي (الموظف العمومي)، والراشي (صاحب المصلحة).

(1) مصطفى مخاشف، فيروز حوت، المرجع السابق، ص ص 1727، 1728.

(2) محمد حسن سعيد، المرجع السابق، ص 28.

ولقيام جريمة قبض عمولات في الصفقات العمومية لابد من توافر صفة في الجاني (أولاً)، بالإضافة إلى قيام الركن المادي (ثانياً)، وتحقق القصد الجنائي (ثالثاً).

أولاً: صفة الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (الركن المفترض)

تعد جريمة قبض عمولات في الصفقات العمومية من جرائم ذي الصفة، أي التي لا يتصور وقوعها إلا إذا توافرت في فاعلها الصفة التي يتطلبها القانون وهي صفة الموظف العمومي، وينبغي بالإضافة إلى ذلك أن يكون الموظف مختصاً بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به⁽¹⁾.

ثانياً: الركن المادي

1 - النشاط الإجرامي

أ - قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة

هو تسلم الموظف المرشحي الأجر أو الحصول على المنفعة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق، أو محاولة استلامها. ويكون ذلك في حالة ما إذا كان هناك عرض من الراشي أو صاحب المصلحة بدفع أجرة أو منح منفعة للموظف المرشحي، والقبول الجدي لهذا الأخير. غير أنه قد لا يتحقق، كأن يتم اكتشافه قبل تسليم المرشحي للأجر فتكون صورة محاولة القبض قائمة⁽²⁾.

ب - محل النشاط الإجرامي (المنفعة أو الأجرة)

لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة الأجرة أو المنفعة التي يمكن أن تكون مقابلاً للرشوة، وهكذا فقد تكون المنفعة التي يقبضها المرشحي لقاء الاتجار بوظيفته ذات طابع مادي، أي أن

(1) فضيلة بوقرة، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والأمر رقم 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص ص 81، 82.

(2) بثينة حبيباتني، المرجع السابق، ص ص 32، 33.

تكون عينيا في شكل نقود أو سيارة أو شيكا سداد لدين أو معنوي، كالحصول على ترقية مثلا ويستوي أن تكون الأجرة أو المنفعة محل السلوك الإجرامي المكون لهذه الجريمة صريحة أو ضمنية⁽¹⁾.

ج- الشخص الذي يتلقى الأجرة أو المنفعة (المستفيد)

يستوي أن يكون الشخص الذي يتلقى الأجرة أو المنفعة في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية الموظف العام المرتشي بنفسه أو أي شخص طبيعي أو معنوي يعنيه هو، وهذا ما يستفاد من نص المادة 27 سالفه الذكر التي نصت على أنه: «...كل موظف عمومي يقبض او يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة...».

والأصل أن الجاني نفسه هو المستفيد من الأجرة أو المنفعة المترتبة على ارتكاب هذه الجريمة لكن يمكن أن يكون المستفيد شخصا آخر غير الجاني، كأحد أصوله أو فروعه أو زوجه أو أي شخص آخر يعينه حتى وإن تسلمها شخص لم يحدده الجاني ولكن توجد صلة بينهما وعلم هذا الأخير بالأمر ولم يبد اعتراضه تقوم الجريمة⁽²⁾.

2- الغرض من ارتكاب جريمة قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة (المناسبة)

تقتضي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أن يقبض الجاني عمولته بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، فتكون مناسبة قبض العمولة محددة في سحلة تحضير أو إجراء مفاوضات بشأن إبرام صفقة أو عقد أو ملحق.

تتحمل الجهات الإدارية والمرافق العامة التي يحصل العاملين بها على الرشوة خسائر كبيرة في حالة تقديم رشوة من العملاء وحصولهم على عطاءات أقل من قيمة الشيء المطروح للعطاء وإرساء مزادات أو مناقصات على موردين أو متعهدين بالمخالفة للشروط والمواصفات

(1) شريفة خالدي، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2018، ص 118.

(2) المرجع نفسه، ص 118.

الموضوعة، وما يترتب على ذلك من قبول توريدات غير مطابقة للمواصفات وأقل جودة وهو ما يطلق عليه بالفساد في مجال الصفقات⁽¹⁾.

ثالثا: الركن المعنوي لجريمة قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة

تعتبر جريمة الرشوة جريمة قصدية، تقتضي لتحقيقها قيامها توافر القصد الذي يتكون من عنصري العلم والإرادة، وذلك من خلال انصراف إرادة المرثشي الى قبض أو محاولة قبض الأجرة أو الفائدة أو العمولة، مع علمه بأن تلك الأجرة أو الفائدة غير مبررة وغير مشروعة⁽²⁾، وهو ما نقوم بإبرازه من خلال الآتي:

1- العلم

حتى تقوم جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، يجب أن يكون المرثشي عالما بكل أركان الجريمة وعالما أيضا بأنه موظف عام وفقا للمادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وأنه يمثل أحد الهيئات التي سبق ذكرها، وأنه مختص بالعمل المطلوب وهو تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق، ويتعين أن يعلم أيضا بأن الغرض من تقديم المنفعة أو الأجرة هو مقابل العمل الوظيفي، ولم يشترط المشرع أن تدخل الوظيفة ضمن اختصاصاته بل اكتفى أن يكون هذا الموظف مكلفا بالتحضير أو التشاور، فالقبض أو محاولة القبض لأجرة أو منفعة بشكل مباشر أو غير مباشر لفائدة المرثشي أو لغيره بهدف المتاجرة بهذه الوظيفة كاف لقيام الركن المعنوي لهاته الجريمة، ذلك لما في هذا الأمر من مساس بالمصلحة العامة⁽³⁾.

(1) وليد شريط، عفاف لعقون، آليات مكافحة جريمة الرشوة في الصفقة العمومية في ظل أحكام القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد 6، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2019، ص 333.

(2) فضيلة بوقرة، المرجع السابق، ص 83.

(3) شريفة خالدي، المرجع السابق، ص 121.

2- القصد الجنائي الخاص

يجب لقيام جريمة الرشوة في الصفقات العمومية أن يتوافر القصد الخاص المتمثل في نية إتيان الموظف العام بأعمال الوظيفة، فالرشوة لا يكفي لقيامها توافر القصد العام فقط، وإنما يجب أن يتوافر معه القصد الخاص أي توافر النية لدى الجاني في مخالفة الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية، ويمكن أن يستخلصه - أي القصد الجنائي الخاص - القاضي من ظروف كل قضية وملابساتها، كما يمكن إثباته وفقا للقواعد العامة أي بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الكتابة والشهود والقرائن، ورغم أن القانون لم يرسم طريقا خاصا إلى اقتناع القاضي إلا أن تحديد هذا الأخير لفكرة القصد الجنائي كفكرة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا للتأكد من عدم وجود تعارض بين الوقائع التي أثبتتها القاضي والنتائج التي توصل إليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

نصت على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية المادة 35 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي تقضي بأنه: «كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكابها الفعل مدير لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، أو يكون مكلفا بأن يصدر إنفا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصنيف أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت».

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن جوهر الجريمة هو استغلال الجاني أعمال الوظيفة والمهام المكلف القيام بها والتي يختص بأدائها، وذلك قصد تحقيق ربح ومنفعة غير مستحقة لها.

(1) شريفة خالدي، المرجع السابق، ص 122.

كما أن هذه الجريمة تعد صورة من صور الرشوة وكانت تعاقب على ارتكابها بموجب المادة 123 الملغاة ق. ع. ج. غير أن الاختلاف بينهما هو كون الرشوة اتجار بالوظيفة أما الموظف المترشح فإنه يستغل الوظيفة استغلالاً لمصلحته الخاصة⁽¹⁾.

وعليه، يمكن تعريف هذه الجريمة بأنها: تتمثل في إقحام الموظف نفسه في عمل أو صفقة يديرها أو يشرف عليها للحصول على فائدة منها متاجر بذلك بوظيفته، وهي مظهر من مظاهر الرشوة، فضلا عن كونها تشكل أحيانا صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، تأخذ هذه الجريمة في القانون الفرنسي تسمية ثانية وهي جنحة التدخل Sélit d'ingérente وقد اصطلح على تسميتها في مصر بـ "جريمة الترشح"⁽²⁾.

تعد هذه الجريمة أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لأنها تنصب على العقود والمناقصات والمزايدات التي تبرمها الإدارة. وعلة تجريم هذا الفعل هي أن الموظف في هذه الجريمة يجمع بين صفتين متعارضتين لا يجوز الجمع بينهما، هما صفة ممثل المصلحة المتعاقدة، وصفة ممثل المتعاقد مع الإدارة أو المستفيد، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة وإلى المساس بمبدأ المنافسة الشريفة هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فإن المركز الوظيفي للموظف العام والذي أساء استغلاله يجعله منافسا بصورة غير مشروعة مع باقي المرشحين للفوز بالعقد أو الصفقة مع الإدارة، ذلك لأنه يستطيع بفضل ما لديه من معلومات باعتبار صاحب اختصاص في إدارة الصفقة أو الإشراف عليها وبفضل ما يحوز من سلطات أن يتفوق عليهم بسهولة⁽³⁾.

ولهذا، فإن المشرع الجزائري لم يسمح للموظف بأن يكون طرفا مستفيدا بصورة صريحة أو ضمنية أو غير مباشرة من أي عقد أو صفقة تبرمها الإدارة العامة والتي يشرف عليها أو يتولى إدارتها، ومرد ذلك هو أن الموظف العام يمثل الدولة في مثل هذه العقود والصفقات، ومن

(1) مليكة هنان، المرجع السابق، ص 145.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 123.

(3) عبد العالي حاحة، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، مداخلة أقيمت بمناسبة اليومين الدراسييين حول موضوع الإطار القانوني للصفقات العمومية وتشجيع الاستثمار والمحافضة على المال العام، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، يومي (15-16) ديسمبر 2016، ص 14.

واجبه السهر على مصالحها، ولن يتأتى ذلك إذا كان طرفا أو مستفيدا من هذه العقود، فكونه مستفيد في أية صفقة مع الدولة تجعله يحابي مصلحته الخاصة ويسعى إلى تحقيقها بكل السبل والوسائل على حساب المصلحة العامة أو مصلحة الإدارة التي يتعاقد باسمها⁽¹⁾.

لقيام هذه الجريمة ينبغي توافر الأركان المعروفة وهي: صفة الجاني (الركن المفترض) (أولا)، والركن المادي (ثانيا)، والركن المعنوي (ثالثا).

أولا: صفة الجاني (الركن المفترض)

تقتضي جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أن يكون فاعلها موظفا عموميا على النحو الذي سبق تفصيله في جريمة المحاباة.

بالإضافة إلى ذلك يتعين أن يكون الجاني مختصا بعمل من أعمال وظيفته على النحو المبين في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث حصرت صفة الجاني في فئتين هما:

1- الموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها

تشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإرادة على هذه العقود أو العمليات المذكورة، وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشأن هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة، وذلك في أية مرحلة كانت عليها العملية، سواء أثناء 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.

(1) عبد العالي حاحة، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، المرجع السابق، ص 14.

2- الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر

ما

يقصد به كل موظف يمنح له منصب المسؤولية الذي يتولاه سلطة إصدار إذن بالدفع، وهو بمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها، ويأخذ بمقتضى عمله هذا فائدة غير مشروعة، وينحصر الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الأمر بالصرف أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة، كما يدخل في هذه الفئة كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين، ولا يهم مصدر اختصاص الموظف بالعمل الذي انتفع منه، فقد يتحدد اختصاصه بناء على قانون أو لائحة أو قرار أو تكليف من رئيس مختص⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن الأصل العام يقضي بأن الموظف العام لا يسأل عن أعماله بعد ترك وظيفته، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 01 جانفي 1966، حيث قضت بما يلي: «الأصل في التأديب أنه مرتبط بالوظيفة، بحيث إذا انقطعت رابطة التوظيف لم يعد للتأديب مجال»، إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء يتمثل في أن هذه الجريمة تنطبق على الموظف حتى بعد انتهاء أعمال وظيفته وذلك خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه تلك الأعمال، حيث يحظر عليه خلال الفترة المذكورة أخذ أو تلقي فائدة في أي عملية كانت تخضع لإدارته وإشرافه وفقا للمادة 124 ق. ع. ج⁽²⁾.

فهناك حالات تقتضي وضع الموظف العام تحت طائلة العقاب ومحاكمته عن أعمال الفساد الذي يكون قد شاب عمله الوظيفي حتى بعد ترك الخدمة خروجا على الأصل العام، كما أن هناك من الحالات التي تتعلق بالفساد الإداري التي لا ينكشف أمرها إلا بعد ترك الموظف للعمل، فالعدالة هنا تقتضي بالطبع ضرورة تدخل المشرع بالجزاء المناسب⁽³⁾.

(1) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 96.

(2) وفاء شيعاوي، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 40، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2015، ص 259.

(3) المرجع نفسه، ص 259.

ثانيا: الركن المادي

يتمحور الركن المادي في جريمة أخذ فائدة بصفة غير قانونية في أفعال معينة يأتيها الجاني تتمثل في أخذ أو تلقي فائدة أو الاحتفاظ بها وتزامن ذلك مع توليه مهام الرقابة والإشراف.

1- النشاط الإجرامي

أ- أخذ أو تلقي فائدة

يتمثل النشاط الإجرامي في هذه الجنحة في أخذ فائدة، حيث يكون للجاني نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود عليه بالفائدة، أو تلقي فائدة، إذ يتسلم الجاني الفائدة سواء حصل عليها بنفسه أو حصل عليها شخص آخر لحسابه⁽¹⁾. كحصوله على مبلغ مالي أو حصوله على بعض الأسهم في الشركة، أو عن طريق عقد صوري كأن يتعاقد مع مؤسسة أو الهيئة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي لتزويدها باحتياجاتها من سلعة ما يستوردها من مؤسسة تجارية هي في الحقيقة مملوكة له. كما لا يهم وقت التسليم سواء كان أثناء تحضير العملية التي يتلقى بمناسبة الفائدة أو أثناء تنفيذها، فتقضي الجريمة تلقي الجاني فائدة من عقد أو عملية أو صفقة كان وقت ارتكاب الجريمة يديرها أو يشرف عليها أو كان أمرا بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية⁽²⁾.

ب- الاحتفاظ بالفائدة

يعتبر هذا الفعل أكثر حداثة من سابقه ضمن النصوص القانونية، التي أضافها المشرع الفرنسي ضمن أحكام قانون العقوبات الجديد. أما المشرع الجزائري فلم يكن قد أشار إلى هذا الفعل ضمن الأفعال المكونة للجريمة في إطار قانون العقوبات، وكذلك الأمر في نص المادة

(1) عبد الكريم تبون، الأركان الخاصة لجنحة أخذ الموظف العمومي للفوائد بصفة غير قانونية أثناء ممارسته لمهامه في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة الميزان، مج2، العدد 2، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، 2018، ص 31.

(2) وفاء شيعاوي، المرجع السابق، ص 261.

35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في النسخة بالعربية، الذي لم يتضمن الإشارة إلى هذا الفعل، بخلاف النص في نسخته باللغة الفرنسية، الذي تضمن الإشارة إليه صراحة، والذي يشترط فيه أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير المقولة أو العملية أو يشرف عليها أو مكلفا بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية⁽¹⁾.

وعليه، يكون من المهم إعادة صياغة نص المادة 35 السالفة الذكر بإضافة الاحتفاظ كأحد الأفعال المكونة للنشاط المجرم في هذه الجريمة.

2- طبيعة الفائدة والمنفعة

لم يشترط المشرع طبيعة الفائدة أو المنفعة التي تعود على الجاني، ما يعني أن مدلول الفائدة لا يقتصر على ما يحصل عليه الفاعل من ربح مالي أو مادي مباشر، وإنما يشمل أيضا الربح التي يتم الحصول عليه بصفة غير مباشر، كما يستوي أن تكون الفائدة معنوية أو اعتبارية، وهذا هو المقصود بعبارة "فائدة أيا كانت"، المهم أن تكون الفائدة من تلك العقود أو المقاولات أو المزايدات أو المناقصات التي يحصل عليها الموظف العمومي، في الوقت الذي يكون فيها مدير أو مشرفا عليها أو مكلفا بالدفع. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن أكثر الفوائد شيوعا هي تلك الفوائد المتحصل عليها من عقود التوريد أو عقود الاقتراض لمصلحة المرفق العام أو عن طريق شراء الأراضي⁽²⁾.

ثالثا: الركن المعنوي

يتطلب قيام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية قصدا جنائيا يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى الحصول على منفعة مع العلم بكل عناصر الجريمة، ويقضي ذلك أن يكون الفاعل عالما وقت ارتكاب الجريمة، بصفته كموظف مكلف بإدارة العقود أو المؤسسات المعنية أو الإشراف عليها، حيث أنه يكفي أن يكون الموظف مدركا أنه يأتي أفعالا تمثل خرقا للقانون لقيام الركن

(1) عبد الكريم تبون، المرجع السابق، ص 31.

(2) حفيظة معوش، صوراية مسيلي، المرجع السابق، ص ص 41، 42.

المادي، ذلك أن الهدف من الاكتفاء بعناصر القصد الجنائي العام منع أي تداخل بين المصلحة الخاصة للموظف العمومي والمصلحة العامة.

علاوة على القصد العام كان الفقه الفرنسي يجمع على ضرورة توافر قصد خاص يتمثل في الطمع والجشع، غير أنه منذ مطلع القرن العشرين أصبحت محكمة النقض الفرنسية تكتفي بالقصد العام وهو مجرد الوعي بأخذ فوائد غير مشروعة.

وتتميز جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بكونها من الجرح المادية، حيث لا ينظر إلى مدى توافر سوء النية أو نية التدليس وغيرها للقول بتوافر القصد الجنائي، بل يمكن أن يكون القصد الجنائي مبنياً على مجرد عدم أخذ الاحتياطات اللازمة عند القيام بالأفعال الدالة على أخذ الفوائد بصفة غير قانونية، وبمعنى آخر أن إدراك الجاني ووعيه بعدم شرعية الأفعال التي يأتيتها والمتمثلة في تدخله من أجل أخذ أو تلقي أو الاحتفاظ بفوائد بطريقة غير قانونية يعد كافياً دون حاجة إلى الأخذ بالاعتبارات المبنية على إرادة آثمة أو سوء نية⁽¹⁾.

(1) عبد الكريم تبون، المرجع السابق، ص ص 35، 36.

الفصل الثاني

آليات تدخل القاضي لمكافحة الفساد
الإداري في الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود التي تبرمها الإدارة العامة مع المتعاملين اللذين يسعون للظفر بها، حيث يخضع تنظيم مثل هذا النوع من العقود إلى سلسلة من الإجراءات والشروط القانونية الواجب التقيد بها، غير أنه يمكن أن يتخلل أثناء مرحلة إبرام الصفقة أو تنفيذها بعض التصرفات غير المشروعة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة، من خلال عدم التزامها بمبدأي الإشهار والمنافسة، بغية تمكين أحد المتعاقدين من الفوز بالصفقة، على حساب باقي المرشحين الآخرين، وذلك مقابل قبضها عمولات أو رشاي منه، وهو ما يعبر عنه بالفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية.

ونظرا لخطورة مثل هذه التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، كرس المشرع الجزائري ما يعرف بـ "الرقابة القضائية" من أجل وضع حد لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية باعتبارها تشكل ضمانات هامة يلجأ إليها أحد المتعاقدين من أجل حماية الحقوق التعاقدية، وذلك من خلال العديد من الوسائل القضائية سواء تلك التي تنزامن مع مرحلة الإبرام، وهي الدعوى الاستعجالية (المبحث الأول)، أو التي تكون أثناء مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية من خلال القضاء الكامل "الشامل" (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القضاء الإداري الاستعجالي كآلية لمكافحة الفساد في

مجال الصفقات العمومية

نظم المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأضفى عليها نوعا من الخصوصية التي جعلها تتميز عن غيرها من منازعات القضاء الإداري والمتمثلة في منازعات القضاء الاستعجالي وهذا بسبب طبيعة وخطورة مثل هذه العقود لتعلقها بالمال العام.

للإلمام أكثر بهذا الجانب من الدراسة، نتطرق إلى مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول)، ثم نبين السلطات المخولة للقاضي الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

نص المشرع الجزائري على الاستعجال في مجال الصفقات العمومية بموجب المادتين 946 و 947 من الفصل الخامس "الاستعجال" في مادة إبرام العقود والصفقات من الباب الثالث في الاستعجال من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. إن هذا الإجراء الذي اصطلح عليه بـ "الاستعجال ما قبل التعاقد" يعتبر من أهم المسائل التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإن كانت هذه الخطوة متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس هذه الوسيلة منذ سنة 1992 بموجب القانون رقم 10-92 الصادر بتاريخ 04 جانفي 1992 والقانون رقم 93-1416 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1993⁽¹⁾.

بناء على ذلك، نبين نوعي القضاء الاستعجالي، حيث نجد قضاء استعجالي قانوني يختص بالمرحلة ما قبل التعاقدية (الفرع الأول)، وهناك استعجال بالطبيعة يخص مرحلة التنفيذ (الفرع الثاني).

(1) شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 9، جانفي 2018، ص 346.

الفرع الأول: القضاء الاستعجالي القانوني الخاص بمرحلة إبرام الصفقات العمومية
(الاستعجال قبل التعاقد)

ابتكر المشرع الأوروبي دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد، بقصد حماية مبادئ العلانية والمنافسة عند إبرام بعض العقود، ما يعني أن هذه الدعوى لا يمكن أن تثار إلا في حالة حدوث مخالفات تخرق قواعد العلانية والمنافسة المنصوص عليها في التشريعات الوطنية والأوروبية على حد سواء، فهي إذن دعوى مخصصة لحماية مشروعية الشفافية عند تبادل الإيجاب والقبول وإبرام العقد. وقد تبني المشرع الفرنسي دعوى الاستعجال قبل التعاقد، والتي تعتبر غير مألوفة في القضاء الإداري الفرنسي، وتجد مصدرها في المادتين 22 و 23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف، وكذا المادة 551 من قانون العدالة الإدارية التي تجيز لصاحب الشأن أن يخطر من القاضي الإداري المستعجل بالنسبة للمخالفات المتعلقة بخرق مبدأ العلانية والمنافسة التي يمكن أن ترتكب عند إبرام عقود الشراء العام.

نجد أنه من أبرز المميزات التي تختص بها منازعات الصفقات العمومية عن غيرها من منازعات القضاء الإداري، أنه يمكن الفصل فيها بطريق قضائي خاص، يتمثل في قضاء الاستعجال القانوني، حيث أفرد المشرع الجزائري بنصوص خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ خصص مادتين لمنازعات الصفقات أثناء مرحلة الإبرام⁽¹⁾.

بالتالي، نظم المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية الناتجة عن الإبرام بموجب قواعد إجرائية خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليس بموجب المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، حيث لم نلمس نصا خاص يتعلق بالاستعجال في مادة إبرام الصفقة العمومية، في القضاء الإداري، لعدم وجود نصوص خاصة به في قانون الصفقات العمومية ولا حتى في القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة رقم 01-98، ولا المحاكم الإدارية 02-98، ولا حتى محكمة التنازع 03-98. وعليه، يمكن القول أن القانون رقم 08-

(1) فيروز حوت، النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: حقوق، فرع: قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2019-2020، ص 376.

09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد كفل تنظيم الأحكام الخاصة بالمنازعات التي تنشأ عن إبرام عقد الصفقات العمومية، وقد خصص لها مادتين، لذلك نعتبره مرجعية قانونية في منازعات الصفقات العمومية.

وعليه، يقتضي الأمر إعطاء تعريف للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد (الاستعجال القانوني)، وتحديد شروطه (ثانياً)، وقواعد الاختصاص الذي تحكمه (ثالثاً).

أولاً: تعريف للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد (الاستعجال القانوني)

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً جامعاً للاستعجال ما قبل التعاقد مكتفياً بما جاءت به المادة 918 بنصها على أنه: «يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال».

أما بالنسبة للفقهاء الإداريين، فقد تصدى إلى محاولة صياغة تعريف له، حيث وردت بشأنه العديد من التعريفات من بينها:

تعرف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد بشكل عام بأنه: «ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من خلال إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه»⁽¹⁾.

يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى الاستعجالية على توافر الخطر، والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا فات الوقت⁽²⁾.

أما إذا أردنا تعريف القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية فيمكن تعريفه بأنه: «إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص ذو أصل أوروبي، الهدف منه حماية قواعد

(1) نسرين جابر هادي، القضاء الإداري المستعجل: دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017، ص 32.

(2) معوض عبد الثواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 16.

العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة»⁽¹⁾.

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن القضاء الاستعجالي قبل التعاقد يميز بالخصائص التالية⁽²⁾:

- **تقنية قضائية قبل تعاقدية:** يتم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحد من المخالفات التي تمس قواعد العلانية والمنافسة، بحيث لها دور وقائي من جهة، وتحول دون ارتكاب المخالفات للقواعد والإجراءات القانونية الواجب إتباعها من قبل المتعاملين وتساعد على اكتشافها واستجلائها من جهة أخرى.

- **دعوى استعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة:** يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري، تتمثل هذه السلطات في الأمر *injonction* والوقف *suspension* والإلغاء *l'annulation* ولكنه لا يمكن له منح التعويض.

- **دعوى قضاء مستعجل:** يوكل النظر في هذه الدعوى إلى التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع.

- **يبت القاضي الاستعجالي في الموضوع:** القاعدة العامة أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق وإنما يتخذ التدابير الاستعجالية الفورية والضرورية فقط، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في جوهر الموضوع.

(1) خديجة قاسمي، نبيل صالح عرباوي، دور القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 4، العدد 2، جوان 2018، ص ص 319، 320.

(2) المرجع نفسه، ص 320.

ثانيا: شروط رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية

إن الدعاوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية كغيرها من الدعاوى يجب أن تستوفي جميع الشروط التي يفرضها القانون لرفع الدعاوى القضائية.

فضلا عن الشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية المتمثلة أساسا في الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق والنظام العام، وكذا شرط الجدية الذي يقتضي بأنه لنشأة الدعوى لاستعجالية يجب أن يكون هناك احتمال لوجود حق، وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، لا بد من توافر جملة من الشروط ذات الخصوصية بهذا النوع من المنازعات⁽¹⁾، والتي تظهر من خلال فحص أحكام المادة 946 ق. إ. م. إ. سواء من حيث صفة المدعي وآجال رفع الدعوى (الشروط الشكلية)، أو الجانب الذي ينصب عليه هذا النوع من الدعاوى الإدارية (الشروط الموضوعية).

1- الشروط الشكلية لدعوى الاستعجال قبل التعاقدية

يخضع هذا النوع من الدعاوى إلى ضوابط شكلية خاصة حددتها أحكام المادة 946 ق. إ. م. إ. والتي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى، وتتمثل هذه الضوابط في:

أ- صفة رافع الدعوى

حددت المادة 946 ق. إ. م. إ. الأشخاص والهيئات التي تملك الصفة القانونية لرفع الدعوى الاستعجالية، حيث يمكن أن تكتسب بحكم المصلحة أو أن تتوافر بحكم القانون وهي:

- اكتساب صفة المدعي بناء على مصلحة

- كل من له مصلحة في إبرام العقد أو الصفقة العمومية.

(1) مروان دهمه، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، مجلة التمكين الاجتماعي، مج 2، العدد 3، تصدر عن مخبر التمكين الاجتماعي والتنمية المستدامة في البيئة الصحراوية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، سبتمبر 2020، ص 127.

ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالمرشحين الذين قدموا عروضهم والذين لم يتمكنوا من تقديم عروضهم أو تم استبعادهم أو إقصاؤهم أو لم يكونوا محل اختيار من طرف المصلحة المتعاقدة.

- اكتساب صفة المدعي بحكم القانون

- من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية ويقصد به الوالي بالنسبة للعقود التي ستبرمها جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية⁽¹⁾.

إن هذه الإمكانية المخولة للوالي باعتباره حارسا للمشروعية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية قصد ضبط المخالفات والتجاوزات المسجلة قبل عملية الإبرام، وإن كانت تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة المشروعية في المرحلة اللاحقة على إبرامها، إلا أنه يمكن أن نسجل بعض الملاحظات بشأن ذلك وهي:

- أن المادة 946 ق. إ. م. إ أعطت للوالي كجهة رسمية حق إخطار المحكمة الإدارية في حال الإخلال بالتزامات العلنية والمنافسة عند إبرام العقود أو الصفقات العمومية للبلدية أو الولاية، علما أن هناك صفقات عمومية تبرمها جهات أخرى (الهيئات المركزية الموضحة في ظل المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247)، كالوزارات مثلا إلا أنه لم يتم تحديد من له الصفة من جانب الإدارة خاصة في رفع الدعوى الاستعجالية الأمر الذي يتنافى مع سياسة مكافحة الفساد.

- صعوبة تفعيل المادة 946 ق. إ. م. إ خاصة في غياب الأطر القانونية المحددة لكيفية تبليغ وإعلام الوالي بالتجاوزات الحاصلة⁽²⁾.

(1) عبد القادر زوقار، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، مج 7، العدد 3، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، ماي 2021، ص ص 1481، 1482.
(2) بوحانة تابتي، دور القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 6، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، جوان 2016، ص ص 405، 406؛ عبد القادر زوقار، المرجع السابق، ص ص 1481، 1482.

ب- النطاق الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية معينة لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، وإنما اكتفى في ذلك بالإشارة لوقت رفعها في معرض نص المادة 3/396 ق. إ. م. إ بقوله: «يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد»، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن هذه العبارة يكتنفها نوع من الغموض، إذ هي تحتل قراءتين: إما أن المشرع يقصد بها إمكانية رفع الدعوى قبل إبرام الصفقة أو بعدها، وبعبارة أخرى هل يمكن القول أن المشرع قد جمع بين الاستعجال التعاقدى وقبل التعاقدى؟

للإجابة عن ذلك يقتضي الأمر الرجوع لأحكام المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي أشارت للطعن لإداري الذي يملكه المرشحون المقصيون من المنح المؤقت، وبذلك يكون المشرع قد قصد حرية الاختيار بين الطريق الإداري أو الطريق القضائي، وبالتالي فإن المقصود بما جاء في معرض المادة 3/946 هو إجبارية إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد، مما يكرس الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية⁽¹⁾، وهو ما كرسه مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ بتاريخ 2012/06/21 والذي جاء فيه: «...حيث أن النزاع الحالي يتعلق بإلزام المدعى عليها باحترام بنود الصفقة.. وأن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال قد نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغائه...»⁽²⁾.

2- الشروط الموضوعية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

نصت المادة 946 ق. إ. م. إ بأنه: «يجوز إخطار المحكمة لإدارة بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية...».

(1) مروان دهمه، المرجع السابق، ص 129.

(2) قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2012/06/21، رقم الملف: 074854، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص 266.

وبذلك فقد حددت أحكام هذا النص صنفا من منازعات الصفقات العمومية يؤول الفصل فيها لاختصاص قضاء الاستعجال، والمتمثلة في المنازعات التي قد تطرأ أثناء مرحلة الإبرام نتيجة للإخلال بمبدأي الإشهار والمنافسة.

وقبل التعرض لصور هذا الإخلال ينبغي معرفة المقصود بمبدأي المنافسة والإشهار.

يعرف مبدأ الإعلام أو التزامات الإشهار بأنه: «إخطار ذوي الشأن بطلب العروض وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفتر الشروط والمواصفات التقنية وقائمة الأسعار»، ويعتبر من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها شفافية الصفقات العمومية من جهة، والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين من جهة أخرى، ويندرج هذا المبدأ ضمن حق المواطنين في الإعلام، وهو حق دستوري يمنح لكل من يرغب في المنافسة فرصة العلم بالفرص الاقتصادية المتاحة في المجتمع⁽¹⁾.

في حين تعرف حرية المنافسة: «حرية الدخول إلى المناقصة (طلب العروض) التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يقرها القانون، وبهذا المعنى يعد مبدأ حرية المنافسة من الإجراءات الحاكمة لنظام المناقصات العامة ككل»⁽²⁾.

ومن ثمة، يعد خرقا وانتهاكا لالتزامات الإشهار والمنافسة مجموعة من الأفعال نذكر منها:

أ- الإخلال بالإشهار: يكون؛

- بعدم إجراء الإعلان عن الصفقة العمومية أو عدم الإعلان عن الفائز بالصفقة،

(1) حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 219.

(2) محمد أمين بوالجديري، رؤوف بوسعدية، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكمل له في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تليجي عمار، الأغواط، جوان 2019، ص

- احتواء الإعلان على معلومات غير كافية أو غامضة كعدم التعريف بالعقد بشكل كاف مما يؤدي إلى تفضيل مرشح بعينه.

- المبالغة في المعايير التقنية المعلن عنها بغرض إقصاء بعض المرشحين وعدم تبريرها بضرورة الخدمة العامة.

- المساس بالمساواة بين المرشحين في إعلامهم بخصائص العقد وآجال الإعلام (عدم إعلامهم في آن واحد)، وهو ما يعرف بالإعلان المعيب، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بنشر الإعلان في جريدة وطنية عوض جريدتين، لأن هذا التجاوز قانوني، باعتبار أن القانون نص على وجوب النشر في جريدتين وطنيتين (المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247).

- عدم تضمين الإعلان للبيانات الإلزامية المنصوص عليها قانوناً⁽¹⁾.

ب - الإخلال بالمنافسة

- اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب وموضح قانوناً: وضحت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الإطار العام لكيفيات إبرام الصفقات العمومية، والتي عادة ما تتم وفق القاعدة العامة عن طريق طلب العروض أو وفق إجراء التراضي المحدد نطاقه في المادة 49 من ذات المرسوم. ومن ثمة، فإن أي استخدام لتقنيات الإبرام في غير موضعها من شأنه أن يخرق قواعد المنافسة والمساواة في معاملة المرشحين والمنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ومثال ذلك قيام الإدارة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد عن طريق التراضي دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة ودون الاستناد إلى الحالات المحددة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي.

(1) فيروز حوت، المرجع السابق، ص ص 381، 382.

- **المغالاة في المواصفات والخصوصيات التقنية:** يكون ذلك عن طريق المبالغة في المعايير التقنية المعلن عنها بشكل يحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية مما يشكل انتهاكا لقواعد المنافسة⁽¹⁾.

- **الحرمان أو الاستبعاد من الصفة دون وجه حق:** يقوم الاشتراك في الصفقات العمومية على مبدأ الحرية، تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة المكفولة دستوريا⁽²⁾، إذ لا يوجد أي مانع قانوني من اشتراك أي متنافس في إطار احترام الشروط القانونية العامة والإجراءات الشكلية الواجبة اتخاذ قصد الدخول للمنافسة، فلا يجوز للإدارة أن تبعد مرشحا متى توافرت فيه الشروط القانونية منتهجة بذلك موقفا حياديا اتجاه المتنافسين⁽³⁾ تكريسا للمبدأ الدستوري القاضي بحياد الإدارة⁽⁴⁾، فهذه الأخيرة ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية في استدعاء المرشحين وإقصاء البعض منهم⁽⁵⁾، فيما عدا حالات المنع المحددة من طرف المشرع، كالإفلاس، أو المصلحة العامة، أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية، أو الاستبعاد بناء على مخالفات في إطار تعامل سابق وغيرها⁽⁶⁾. وبالتالي فإن تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذا الحق يخول للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد⁽⁷⁾.

- **الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد:** وضع المشرع الجزائري معايير اختيار المتعاقد مع الإدارة وذلك في المواد 53، 54، 55، 56، 57، 58 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، وذلك قصد التأكد من

(1) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 401.

(2) المادة 43 من القانون رقم 16-01 يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السالف الذكر.

(3) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 407، 408.

(4) المادة 25 من القانون رقم 16-01 يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السالف الذكر.

(5) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 408.

(6) المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالمواد من 3-8 من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011 يحدد كليات التسجيل والسحب من قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية. ج. ر. ع 24، الصادر في 16 جمادى الأولى عام 1432 هـ الموافق 20 أبريل سنة 2011م.

(7) مروان دهمّة، المرجع السابق، ص 131.

مؤهلات المرشحين. وفي هذا المجال فقد ألزمت الفقرة الثانية من المادة 54 من ذات المرسوم على أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة.

- عدم صحة تشكيلة لجنة العروض والآجال القانونية لتسليمها، وعدم تحديد الآجال، أو تعديل موضوع العقد بعد الإعلان.

- عدم تبليغ المرشحين الآخرين جميعا برفض عروضهم أو ترشحهم مع تحديد أسباب هذا الرفض، وفي هذه الحالة يمارس القاضي رقابة على أسباب الرفض وعدم صحة إجراءات الإبرام.

- اختيار مرشح لا تتوفر فيه شروط الاستشارة، أو قبول عرض منخفض بشكل غير طبيعي.

- تعديل عناصر محددة في عنصر الاستشارة وتمديد آجال تلقي العروض دون قبول باقي المرشحين.

- تغيير معايير الانتقاء، بالاعتماد على معايير انتقاء لم تتضمنها الاستشارة أو التخلي عن أحد هذه المعايير التي قد تؤثر على الاختيار، أو إدراج معايير انتقاء لا علاقة لها بموضوع الصفقة أو الشروط تنفيذها.

- تزويد أحد المرشحين لصفقات سابقة بمعلومات تفضيلية⁽¹⁾.

- عدم احترام تنظيم الاستشارة أو الوضع للمنافسة، أو اللجوء إلى إجراء بعينه كاللجوء إلى التفاوض. أي مساس بالمبادئ المنصوص عليها في المادة 03 من تنظيم الصفقات يمكن أن يؤسس لجنة المحاباة طبقا للمادة 1/26 من القانون رقم 06-01 يشكل صورة من صور الإخلال المذكورة سابقا، والتي تعد في آن واحد من صور السلوك لإجرامي في لجنة المحاباة وهي إحدى الجرائم المعروفة في قانون العقوبات الفرنسي بـ "جرائم المساس بواجب النزاهة"،

(1) حليلة بروك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 301.

ويمتد مجالها لجميع العقود العامة بل إنها تعد من جرائم قانون المالية، وهذا ما أكدته كل من محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيين⁽¹⁾.

تجدر الإشارة أنه لا يكفي أن يثبت الطاعن أن هناك إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، بل لابد أن يكون هذا الإخلال من الممكن أن يسبب له ضررا، والمشرع الجزائري لم ينص على الضرر الحاصل بل نص على الضرر المحتمل وهو ما يستشف من نص المادة 2/946 بقوله: «...والذي قد يتضرر من هذا الإخلال»، وهذا الشرط يخص فقط المرشح، والضرر الناجم عن عدم إسناد الصفقة يسميه البعض الضرر المهني والتجاري الناجم عن المساس بصورة المؤسسة التي كانت مرشحة للفوز بالصفقة نظرا لكفاءتها وجودة خدماتها، وكذلك عن الضرر الحاصل من وراء عدم حصولها على الأرباح المتوقعة من الصفقة، ولا يقع على الطاعن عبء إثبات وإنما يكفي أن يقدم مبررات وعناصر تسمح بتقدير الضرر الذي وقع عليه وهي مسألة شخصية يختص بها قاضي الاستعجال، فهو وحده الذي يقدر مدى تأثير الإخلال وتسببه بالضرر للطاعن⁽²⁾.

ثالثا: قواعد الاختصاص القضائي في الاستعجال قبل التعاقد

إن الاختصاص القضائي يعتبر مسألة متعلقة بالنظام العام، تسبق الفصل في النزاع، حيث يجب أن يرفع الطعن لاستعجالي السابق للتعاقد أمام القضاء المختص إقليميا (1) ونوعيا (2).

1 - الاختصاص الاقليمي

يجب تقديم الطعن في مادة العقود لإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا تعلق الأمر بالأشغال العمومية فترفع الطعن أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تنفيذ الأشغال⁽³⁾.

(1) حليلة بروك، المرجع السابق، ص 301.

(2) المرجع نفسه، ص 302.

(3) المادة 3/804 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السالف الذكر.

2- الاختصاص النوعي

يتحدد الاختصاص القضائي بالنظر إلى طبيعة المنازعة وليس طبيعة العقد⁽¹⁾، وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09، نجده ينص على اختصاص المحاكم الإدارية في المنازعات الإدارية وذلك كأول درجة بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة⁽²⁾، ويفصل في الطعن الاستعجالي بالتشكيلة الجماعية⁽³⁾ وهو الأمر الذي من شأنه أن يحول دون الإسراع في إصدار الأمر الاستعجالي، ولكنه من ناحية أخرى يعزز الاستقرار القانوني ويمنح القرار الاستعجالي وضوحاً ودقة أكبر⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: القضاء الاستعجالي بالطبيعة المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

يعتبر القضاء الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية على غرار باقي المنازعات القضائية آلية قضائية خاصة بتوفير حماية وقتية وسريعة للمراكز الحقوقية في مواجهة ما يهددها من آثار وخيمة مرشحة للتفاقم بسبب مرور الوقت، إلى حد يخشى معه استدراك الحالة وإرجاعها إلى ما كانت عليه قبل حدوث النزاع.

يجمع المختصون في مجال المنازعات القضائية سواء تلك المعروضة أمام القضاء العادي أو المعروضة على القضاء الإداري على أن الفصل فيها يستغرق في أغلب الأحيان مدة زمنية طويلة تمتد إلى سنوات بفعل بطء الإجراءات، ووجوب احترام آجال الطعن، وهو الأمر الذي من شأنه أن يرتب ضياع بعض الحقوق لدى أحد المتخاصمين، أو إحداث أضرار يستحيل معها إعادة الحال على ما كانت عليه بعد مدة زمنية، وهي الأمور التي جعلت المشرع الجزائري يتبنى إلى جانب إجراءات التقاضي المعروفة إجراءات أخرى ذات طابع استعجالي، تتسم بالبساطة والسرعة قصد حماية أوضاع معينة أو حقوق ثابتة⁽⁵⁾.

(1) حليلة بروك، المرجع السابق، ص 304.

(2) المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السالف الذكر.

(3) المادة 917 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السالف الذكر.

(4) حليلة بروك، المرجع السابق، ص 304.

(5) فيروز حوت، المرجع السابق، ص 391.

أولاً: تعريف القضاء الاستعجالي بالطبيعة

القضاء الاستعجالي بالطبيعة هو ذلك الاستعجال الذي تكون فيه المنازعة ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء سير الدعوى الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها، تتطلب حلولاً استعجالية تتمثل في اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير، أو تدعو إليها الضرورة لدفع خطر محقق، أو يترتب عليها وضعية يتعذر تدارك نتائجها، فهذه الإجراءات السريعة والتدابير المؤقتة لا تكون من اختصاص قاضي الموضوع وإنما تؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال، وذلك قبل الفصل في أصل الحق أو قبل اللجوء إلى قضاء الموضوع للبت فيه⁽¹⁾.

عليه، فالقضاء المستعجل هو قضاء وقتي لمنع الخطر الحقيقي المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة وهذا لا يكون عادة في القضاء العادية، وهو إجراء يطالب بموجبه أحد الأطراف اتخاذ إجراء مؤقت وسريع لحماية مصالحه قبل أن تتعرض لنتائج يصعب تداركها.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف القضاء الاستعجالي، لكنه تطرق إلى بيان مميزاته وخصائصه من خلال نص المادة 919 ق. إ. م. إ. بنصها: «عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

عندما يقضي بوقف التنفيذ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال».

ثانياً: شروط رفع دعوى استعجالية

1- توافر حالة الاستعجال

وضع المشرع الجزائري جملة من الشروط يجب توافرها لقبول دعوى الاستعجال في الصفقات العمومية، حيث أشارت المواد 920 و 921 و 924 ق. إ. م. إ. إلى ضرورة توفر حالة

(1) فيروز حوت، المرجع السابق، ص 391، 392.

الاستعجال التي تبرر اللجوء للقاضي الإداري الاستعجالي دون تعريف لها تاركة المجال للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد وجود حالة الاستعجال من خلال ظروف ووقائع كل منازعة، ومبدئياً يمكن القول أن حالة الاستعجال تتلخص أساساً في الخطر الحقيقي المحقق الذي لا يحتمل تأخيراً، أو وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح أو حالة يستحيل معالجتها فيما لو اتبعت إجراءات التقاضي في الموضوع فهي: وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح⁽¹⁾. كما أن حالة الاستعجال هذه هي التي أنشأت قضاء الاستعجال بالطبيعة، إذ يعتبر القاسم المشترك بين القضاء الإداري والقضاء الاستعجالي العادي، وأن هذا الشرط - حالة الاستعجال - من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته⁽²⁾.

وفي حالة الانعدام يتم رفض الدعوى طبقاً للمادة 924 ق. إ. م. إ لعدم الاختصاص النوعي لعدم توفر حالة الاستعجال وانعقاد الاختصاص لقاضي الموضوع للفصل في المنازعة، وهو ما تخضع له كل دعاوى الاستعجال في المواد الإدارية تحت فكرة الاستعجال بالطبيعة، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومن خلال المادة 946 نص على أن المنازعات المتعلقة بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية تدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري الاستعجالي. بالتالي، فهذا النوع من المنازعات ولو لم يتوفر فيه شرط الاستعجال يؤول بنص القانون إلى اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري ولا ينظر في مدى توفر حالة الاستعجال بالمفهوم التقليدي أو وفقاً للقواعد العامة المنظمة لحالات الاستعجال، بل يتأكد من توفر هذه الخروقات والمخالفات. وبالتالي اعتبار هذه الأخيرة هي عنصر الاستعجال أو ما يسمى بالاستعجال القانوني، أو بمعنى آخر فإذا كانت القاعدة، هي أن تحديد مدى توفر حالة الاستعجال متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فإن ذلك لا يعني أن المشرع لا يتدخل نهائياً، فهناك إلى جانب حالات الاستعجال التي كرسها القضاء والتي يتحقق من وجودها، هناك حالات أخرى كرسها القانون وتدخل المشرع للنص

(1) عبد الحميد بن عيشة، دور القاضي الإداري الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 54، العدد 1، جامعة الجزائر، 2017، ص 232.

(2) فيروز حوت، المرجع السابق، ص 393.

على الطابع الاستعجالي لها وأدخلها ضمن اختصاص القاضي الاستعجالي بقوة القانون كما هو الشأن عليه في منازعات إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾.

2- عدم المساس بأصل الحق

يراد بهذا الشرط أن يتمتع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس بأصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع، وإنما يقضي بإجراءات وتدابير وقتية، ولا يعتبر حسماً للنزاع حول الحق المزعوم، وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط صراحة بقوله: «...ولا ينظر في أصل الحق...»، فهو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين، ولا يجوز أن يتناول الحقوق والتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني، كما ليس له أن يغير من المركز القانوني لأحد الطرفين، وهو شرط بديهي يتفق مع الطابع المؤقت للتدبير الذي يأمر به القاضي الإداري. ترتباً على ذلك، يحظر على قاضي الاستعجال إبطال قرار ما. وعليه، فقضاء الاستعجال لا يمكن أن يفصل في الحقوق والتزامات في أي حال من الأحوال مهما أحاط بها من حالة استعجال، أو ترتب عن امتناعه عن البت فيها من ضرر للخصوم، بل يجب عليها تركها لقضاة الموضوع المختصين في ذلك، كالدعوى الرامية إلى فسخ الصفقة المترتبة عن عقد الصفقة العمومية⁽²⁾.

وعليه، فإذا تعلقت الطلبات الواردة في دعوى الاستعجال بأصل الموضوع حكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي ورفض الدعوى شكلاً، فمهمة القاضي الاستعجالي هي تسوية حالة مستعجلة عن طريق الأمر بتدبير تحفظي، أما الفصل في موضوع الحق فمن اختصاص قاضي الموضوع حسب المادة 924 من نفس القانون⁽³⁾.

(1) عبد الحميد بن عيشة، المرجع السابق، ص ص 232، 233.

(2) غانية مبروكة، الاختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: حقوق، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2018-2019، ص ص 158، 159.

(3) عبد الحميد بن عيشة، المرجع السابق، ص 233.

3- شرط الجدية

يعد هذا الشرط من شروط الدعوى الاستعجالية، فلكي تنشأ هذه الأخيرة لا بد أن يكون هناك احتمال لوجود حق، وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فإن لم يكن كذلك وجب عدم قبول الدعوى المستعجلة، وترتبط جدية الطلب بمسألتين⁽¹⁾:

- وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته، فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشتركين في المنافسة، في حين أنه يقع ضمن حالات الإقصاء المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الموفق العام، فإنه لا محل لرفع دعواه الاستعجالية، لأن طلبه غير مؤسس قانوناً.

- يجب أن يتبين للقاضي ما من شأنه أن يعطي احتمالاً لوجود هذا الحق وذلك من خلال الوقائع، فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 924 منه، على أنه عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب، فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

4- عدم المساس بالنظام العام

شرط عدم المساس بالنظام هو شرط خاص بقضاء الاستعجال الإداري بالطبيعة دون القضاء الاستعجالي العادي، ومن المعلوم أن فكرة النظام العام هي عبارة عن فكرة مرنة، تتغير بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لأي دولة من الدول، كما أن مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الموضوع، إذ أن النظام العام في مجال الضبط الإداري ليس مفهومه في مجال إجراءات التقاضي وهكذا. والشيء المهم في هذا المجال هو أن قاضي الاستعجال الإداري عليه التحقق قبل الفصل باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم مساس المنازعة

(1) غانية مبروكة، المرجع السابق، ص 159.

بالنظام العام والأمن العام، الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثير بادعاءات الأطراف ودفعهم بما في ذلك الإدارة⁽¹⁾.

نص المشرع الجزائري على شرط عدم المساس بالنظام العام ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمنا بموجب المادة 932 منه، عندما خصه باستثناء عن باقي الدفوع، إذ يجوز لهيئة القضاء الاستعجال أن تخبر الخصوم بالأوجه المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة، خلافا لباقي الأوجه مهما كانت طبيعتها، تطبيقا للمادة 843 ق. إ. م. إ. وأن المادة 932 من نفس القانون تعتبر استثناء لها⁽²⁾.

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد

بمجرد أن يتم إخطار المحكمة الإدارية الفاصلة في الاستعجالي قبل التعاقد في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، وسواء تم ذلك قبل إبرام الصفقة أو بعدها، وجب عليها الفصل في خلال عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة أمامها، وهنا يتمتع القاضي الاستعجالي قبل التعاقد بسلطات واسعة أحيانا تشكل في طياتها خروجاً واضحاً عن السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي العادي أو حتى الإداري، الذي لا ينظر في أصل الحق، هذه السلطات التي وصفها مجلس الدولة الفرنسي بسلطات القضاء الكامل تهدف إلى كفالة احترام الإدارة لقواعد الإشهار والمنافسة⁽³⁾.

وعلى العموم، تتمثل هذه السلطات في كل من الإجراءات التحفظية (الفرع الأول)، والإجراءات القطعية (الفرع الثاني).

(1) فيروز حوت، المرجع السابق، ص 395.

(2) المرجع نفسه، ص 396.

(3) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 411.

الفرع الأول: الإجراءات التحفظية

يملك القاضي الإداري طبقاً للمادة 946 ق. إ. م. إ سلطة الأمر وفرض غرامة تهديدية ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام، وهي إجراءات يتحفظ بموجبها على العمليات المعيبة نتيجة الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة⁽¹⁾، والتي نوردتها كالتالي:

أولاً: سلطة توجيه الأوامر

يتمتع القاضي الإداري بسلطة توجيه الأوامر بقصد إلزام الإدارة القيام بعمل ما أو الامتناع عنه وجعلها تمتثل لالتزاماتها، خاصة فيما يتعلق بمبدأ المنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 946 ق. إ. م. إ.

تدرج هذه الأوامر في إطار الإجراءات التحفظية التي يمكن للقاضي أن يقرنها بغرامات تهديدية ووقف إبرام الصفقة، ووقف كل الإجراءات والقرارات المتصلة والمرتبطة بعملية الإبرام، وبالتالي فللمحكمة وبمجرد إخطارها أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وذلك بمراعاة الإجراءات المتعلقة بقواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية، وهذا طبقاً للمادة 2/946 ق. إ. م. إ والتي نصت على أنه: «...يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه».

فالقاضي إذن بإمكانه في هذا الخصوص إبطال الشروط والتعليمات المدرجة في العقد والتي تمس قواعد الشفافية والمنافسة، وأن يأمر الإدارة بنشر الإعلان عن المنافسة أو إعادة نشره مستوفياً لبياناته الإلزامية إذا كان النشر الأول غير مشروع، وأن يأمر الإدارة بوضع

(1) لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 5، جوان 2015، ص 29، متاحة على الموقع الإلكتروني:

الوثائق التي اشترط المشرع بأن تكون في متناول الجميع وذلك بعد عدم تمكين بعض المرشحين منها⁽¹⁾.

إن هذه السلطة مكنت القاضي الإداري الاستعجالي قبل التعاقد بأن يتدخل في أصل الحق، وينظر في جوهر الدعوى ما يشكل استثناء على القواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي، وهو ما يؤدي إلى تسمية هذه الدعوى بـ "الدعوى شبه الاستعجالية"⁽²⁾.

ثانيا: سلطة فرض غرامة تهديدية

تدعيما لسلطات القاضي الإداري خول المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حالة عدم امتثال المصالح المتعاقدة للأوامر الموجهة إليها.

1- تعريف الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير، يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان حسن تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق⁽³⁾.

كما تعرف بأنها: «عبارة عن تهديد مالي هدفه الأساسي الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماثلة عن تنفيذ التزاماتها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد المنافسة والعناية»⁽⁴⁾.

(1) مروان دهم، المرجع السابق، ص 133.

(2) نادية تياب، خصوصية الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 7، العدد 1، تصدر عن مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جوان 2021، ص 1007.

(3) منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 15.

(4) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 413.

وإن كان القضاء الإداري الجزائري بداية قد أكد في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية، مثلما ما جاء في إحدى قرارات مجلس الدولة المؤرخ في 2000/04/10 والذي أقر: «في الوقت الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي لا يمكن النطق ضد الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية...»، غير أنه سرعان ما تم التراجع عنه لوجود مبرره موضوعي المتمثل في وجود امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها بعمل أو امتناع عن عمل دون مبرر مشروع، فضلا عن المادة 946 محل الدراسة التي نصت صراحة على إمكانية اللجوء إلى الغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾.

رغم أهمية الغرامة التهديدية في ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية العادية وحتى الإدانة إلا أنه يعيق فعاليتها بالنسبة للاستعجال ما قبل التعاقد في مسألتين هامتين⁽²⁾:

أولهما: أنها سلطة جوازية للقاضي بمعنى له الخيار بين أعمالها أو عدم تطبيقها وبالتالي تفعيلها للمبدأ كان على المشرع أن ينص على وجوب فرضها.

ثانيهما: اقتطاع الغرامة التهديدية من ميزانية الأشخاص المؤهلة قانونا بإبرام الصفقات العمومية أي من ميزانية الدولة دون الذمة المالية الخاصة لممثله القانوني وهو أمر يجعل إمكانية التقاعس في تنفيذ الأوامر القضائية واردة رغم وجود الغرامة التهديدية.

2- نطاق تطبيق الغرامة التهديدية

أعطى المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال قبل التعاقد إمكانية فرض غرامة تهديدية في مواجهة الإدارة حالة إخلالها بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية دون أن يكون ذلك بصفة إلزامية وذلك من خلال الفقرة الخامسة من المادة 946 ق. إ. م. إ التي جاء فيها: «...يمكن الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد...».

(1) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 413.

(2) نادية تياب، المرجع السابق، ص 1010.

يتضح من خلال نص هذه المادة، عدم تحديد المشرع لأجل سريان الغرامة التهديدية. وعليه، فإن هذا الأجل يحدده القاضي الاستعجالي عندما يأمر الإدارة المسببة في الإخلال بالامتثال للالتزاماتها، وذلك من خلال العبارة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 946 ق. إ. م. إ بنصها: «...وتحدد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه».

وحسنا فعل المشرع الجزائري، حينما ترك أمر تحديد الأجل للمحكمة الإدارية فلم يضبطها بحد أدنى أو بحد أقصى تاركا لها السلطة التقديرية بحسب طبيعة وأهمية كل صفقة.

ويانقضاء الأجل المحدد من المحكمة الإدارية يبدأ سريان الغرامة التهديدية، ويظهر ذلك في صلب الأمر ذاته حتى تكون وسيلة ضغط على الإدارة كي تقوم بتصحيح إجراءاتها. وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة إذا امتثلت لأوامر قاضي الاستعجال قبل التعاقد خلال المدة التي حددها القاضي⁽¹⁾، فتوقيع الغرامة التهديدية مرهون بتمرد الإدارة على أوامر القاضي، ومعنى ذلك لا يمكن الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال وتوقيع الغرامة التهديدية. فالقاضي في هذه الحالة يصدر حكما مزدوجا يقرر من ناحية عقوبة أصلية لتنفيذ التزام معين، ومن ناحية أخرى يقرر غرامة تهديدية تبعية متزامنة مع العقوبة الأصلية، وتسمى الأوامر في هذه الحالة بأوامر احترازية وقائية⁽²⁾.

وتنص المادة 978 ق. إ. م. إ في هذا الشأن على أنه: «عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء».

لكن إذا لم يقتنع القاضي بفائدة ربط حكمه بالغرامة التهديدية ثم تبين فيما بعد أن صاحب الدعوى لم يتوصل إلى تنفيذ الحكم، فلا يوجد ما يتعارض مع اللجوء من جديد أمام القضاء لطلب توقيع غرامة تهديدية ضد الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأمر الاستعجالي.

(1) عبد القادر زوقار، المرجع السابق، ص 1488.

(2) نادية تياب، المرجع السابق، ص 1010.

وفي حالة امتناع الإدارة امتناعا كلياً أو جزئياً أو تأخرت في تنفيذ الحكم، فإنه يجوز للمحكوم لصالحه أن يلجأ للجهة القضائية التي أصدرت الأمر بالغرامة التهديدية لتصفيتها، فتصفية الغرامة هي المرحلة الثانية في نظام الغرامة التهديدية يظهر بموجبها الأثر القانوني للحكم بها⁽¹⁾.

ثالثاً: سلطة التأجيل أو الوقف

يتمتع القاضي الإداري بسلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وفي هذا الإطار يختص القاضي سلطة وقف إبرام الصفقة، ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، وهي سلطة مهمة وخطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير الوقف من قبل القاضي الإداري يكفي وجود أسباب جدية، أما فيما يخص شرط صعوبة إصلاح الضرر الذي قد يترتب من جزء تنفيذ القرار المتصل بالعقد، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر صراحة عدم اشتراطه، لأن تقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحد من فعالية سلطة القاضي الممنوحة له في مجال الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 946/الأخيرة ق. إ. م. إ التي جاء فيها ما يلي: «ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً»، يعني أن القاضي يوقف كل الإجراءات المتعلقة بالصفقة، ويخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري، فهو يمكن أن يرفض طلب الوقف المقدم من قبل المدعي إذا رأى أن الأسباب التي بني عليها غير جدية⁽³⁾.

أما في الحالة التي لم يصدر أي قرار في حقه وتبين له أن إجراءات الصفقة مخالفة لمبادئ الحرية والإشهار، فالقاضي إذا قبل الطلب يأمر بالوقف وذلك لتفادي إبرام العقد مع من

(1) نادية تياب، المرجع السابق، ص ص 1010، 1011.

(2) خديجة قاسمي، نبيل صالح عرباوي، المرجع السابق، ص 324.

(3) زوييدة عرافة، دور القاضي الإداري الاستعجالي في حل المنازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، جوان 2018، ص 269.

اختارته الإدارة، لأنه إذا أبرمت الصفقة وشرع في تنفيذها فإنه قد يصعب فيما بعد تفادي الآثار المترتبة عن ذلك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الإجراءات القطعية

يتمتع القاضي في دعوى القضاء الاستعجال قبل التعاقدى بسلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وكذا إبطال بعض الشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد المراد إبرامه، عندما يتبين له وجود خرق لقواعد العلنية والمنافسة.

أولاً: إلغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد

عندما تريد الإدارة العامة التعاقد تصدر مجموعة من القرارات تعبير عن إرادتها الموضوعية، فهي تعتبر جوهر عملية الإبرام. ومن ثم، يتوجب أن تكون تلك القرارات وفق الإطار القانوني، لأنها إذا كانت تتطوي على مخالفات للالتزامات العلنية والمنافسة فإن للقاضي الإداري سلطة إلغائها. وفي الحقيقة إن سلطة الإلغاء التي منحت للقاضي الإداري من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إدارة الإدارة، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظرياً بحتاً وفقاً للقرارات الإدارية المنفصلة، لأن القاضي في هذه الدعوى لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد كما هو الحال النسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة ولا إلغاء العقد ذاته، وذلك يرجع إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة فإن العقد يصبح مبرماً، ومع خروج العقد إلى حيز الوجود القانوني وإذا كان معيباً، فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته⁽²⁾.

ثانياً: إبطال بعض الشروط التعاقدية

تعد هذه السلطة من صنع القضاء الإداري الفرنسي، حيث تمكن القاضي الإداري الاستعجالي أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه، إذا كانت

(1) خديجة قاسمي، نبيل صالح عرياوي، المرجع السابق، ص 324.

(2) زوييدة عرافة، المرجع السابق، ص ص 269، 270.

هذه الشروط تتطوي على عنصر تفضيلي، إذ السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري الاستعجالي في اتخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبت في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية، وأهم شروطها أن القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد يقوم بإجراء تحقيق أو انتداب خبير أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري، كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظل سليمة حتى تفصل فيها محكمة الموضوع، والهدف منها إيجاد دعوى فعالة يتم بواسطتها فصل في موضوع النزاع محاطا بحالة من الاستعجال، مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء استعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام الصفقات العمومية.

إلا أنه أمام كل هذه الامتيازات المتعددة والمتنوعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى فقد ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟

استقر الرأي على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض، لأن ذلك يبقى تماما من اختصاص قضاء القانون العام، حسب تعبير المحكمة الإدارية لمدينة "ليل" الفرنسية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تقييم سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد

ذكرنا سابقا أن الطعن السابق للتعاقد يسمح للقاضي - من حيث المبدأ - باتخاذ تدابير مؤقتة دون الفصل في الموضوع إلا أنه يتميز بكونه إجراء يمنحه سلطة اتخاذ تدابير نهائية بحذف بنود من العقد وإعادة الإجراءات، كما يمكنه تأجيل توقيع العقد والحكم بغرامة تهديدية، فيمكنه أن يفصل بأكثر مما طلب منه على الخروقات التي يلاحظها ويأمر المصلحة المتعاقدة

(1) خديجة قاسمي، نبيل صالح عرابوي، المرجع السابق، ص 326.

بالامتثال للالتزاماتها مع أو بدون تحديد أجل وإعادة المرشح الطاعن الذي تم استبعاده، فهذا الطعن ليس استعجاليا إلا من حيث الشكل، لأن صلاحيات القاضي فيه أحيانا تفوق صلاحيات قاضي الموضوع، فهو يشبه منازعة إلغاء من حيث كونه يمكن القاضي من التأثير في العقد أو على الأقل التعديل في أطرافه، وبذلك يكون طعنا من نوع ثالث⁽¹⁾.

بالتالي، يمكن القول أن الطعن في العقود الإدارية يعتبر وسيلة وقائية ضد تعسف المصلحة المتعاقدة، ويتجلى ذلك من ناحيتين هما:

أولا: الاستعجالي قبل التعاقد ضمانا لحماية المال العام

بالرغم من أن الطعن الاستعجالي قبل التعاقد يعد طعنا استعجاليا من حيث الشكل، إلا أنه يعطي للقاضي صلاحيات واسعة تقريه من قاضي الموضوع، وذلك بالنظر إلى سلطاته كأمره الإدارة القيام بالتزاماتها وتأجيل توقيع العقد وتسليط غرامة تهديدية لإجبارها على احترام قراره، الأمر الذي يجعله يبحث في موضوع العقد وذلك بسبب الأهمية الاقتصادية والمالية للعقود والصفقات العمومية ويجعله وسيلة مبكرة للوقاية من الفساد المستشري في هذا المجال، إذ لا يمكن الإغفال والتغاضي عن مستوجبات العدالة في العلاقة التعاقدية وهو ما أكد عليه القضاء الإداري الذي طالب بضرورة تجاوز القطيعة بين قاضي تجاوز السلطة وقاضي العقد عن طريق تحليل العلاقة التعاقدية كما يقوم بذلك قاضي العقد قصد معرفة موطن الخلل.

والطعن الاستعجالي قبل التعاقد كضمانة للمال العام تظهر معالمه جليا من خلال التعرض للآثار المترتبة عنه، وبخاصة في مدى صحة العملية التعاقدية، وذلك عندما يتعلق الأمر بعدم المشروعية الخطيرة نتيجة عدم مراعاة النصوص القانونية كحالة محاباة متعامل معين مما ينبغي معه اللجوء في هذه الحالة إلى القاضي الاستعجالي قبل التعاقد وتفعيل سلطاته⁽²⁾.

(1) حليلة بروك، المرجع السابق، ص ص 308-309.

(2) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص ص 414، 415.

كما أن المشرع الجزائري، وإن كان قد أقر للقاضي الاستعجالي قبل التعاقد إما وقف عملية الإمضاء وتأجيلها، والأمر بالغرامة التهديدية، وإصدار للإدارة أوامر للامتثال لالتزاماتها وفق المادة 946 ق. إ. م. إ، فإن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته 89 أقر حماية المال في حال ما إذا صاحب تحضير أو إبرام أو مراقبة أو التفاوض أو تنفيذ صفقة عمومية أو ملحق، أفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي يمنح أو يخصص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، ورتب على ذلك تدابير ردعية تتعلق المقام الأول بفسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، فضلا عن تسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

وبالرغم من أن تفعيل هذه الآلية من شأنه أن يعرقل العمل الإداري وسيرورة المرفق العام إلا أنه في ذات الوقت قد أحسن المشرع الجزائري فعلا بتقريره باعتباره وسيلة وقائية من شأنها المحافظة على المال العام والحد من انتشار الفساد من ناحية أخرى، كما أن تفعيل الاستعجالي قبل التعاقد من شأنه أن يكون ضمانا هامة لحماية الموظف العام من أية متابعة جزائية تثار في حقه⁽¹⁾.

ثانيا: الاستعجالي قبل التعاقد ضمانة للموظف العام

متى صدر الأمر الاستعجالي مسببا، ينفذ فوراً رغم استئنافه كونه حائز لقوة الشيء المقضي فيه، كما أنه يقع على القاضي الاستعجالي التحديد بدقة كيفية تنفيذ قراره، فإن تم إلغاء إجراءات الإبرام يجب إعادة العملية من البداية، أما إذا ألغي تصرف واحد فقط فيجب إكمال العملية خلال تلك المرحلة، غير أنه أحيانا يمكن للقاضي الاستعجالي أن يقرر أن هناك مساسا بالتزامات الإشهار والمنافسة، ويستعمل سلطاته الممنوحة وفق المادة 946، غير أن الإدارة المتعاقدة لم تلتزم بتلك السلطات، من ذلك عدم امتثالها لأوامره وتوقيعها للعقد، ففي هذه الحالة. يمكن أن يشكل قرار التسرع في توقيع العقد انحرافا في استعمال السلطة أو خطأ في القانون. ومن ثمة فإن التصرف السابق من جانب الإدارة من شأنه أن ينشئ للمرشح المتضرر من

(1) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص 415.

الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة حقا خاصا في التعويض كما يمكن أن يكون محلا لفعل جزائي يتيح المتابعة الجزائية ضد الموظف المسؤول.

من ناحية الحق الخاص، فإذا تم استبعاد المرشح مثلا بطريقة غير قانونية واختار أسلوب التعويض فهنا بإمكانه استعمال دعوى المسؤولية على أساس المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه في حال ما إذا لم يكن له أي فرصة في الفوز، وإذا تحقق من كونه يملك حظوظا للفوز في الصفقة يمكن تعويضه بكامل ما فاتته من كسب. أما إذا تم التوقيع على العقد فيبقى له الحق في دعوى التعويض محتجا على صحة العقد أو أحد بنوده، كما له الطلب من القاضي الاستعجالي التعاقدى الأمر بوقف تنفيذ العقد بصفة تحفظية، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فإن إخلال الإدارة بالتزامات الإشهار والمنافسة يمكن أن ينتج عنه أضرار، كما يمكن كذلك أن يكون محلا لفعل جزائي متعمدا كان أو غير متعمد، يتيح للنيابة تحريك الدعوى العمومية في حق الموظف العام المسؤول عن إبرام الصفقة⁽¹⁾.

(1) بوحانة تابتي، المرجع السابق، ص ص 414، 415.

المبحث الثاني: القضاء الكامل كآلية لمكافحة الفساد في مجال

الصفقات العمومية

كرس المشرع الجزائري آلية أخرى للمتعاقدین وذلك باللجوء إلى القاضي الإداري المختص بدعوى القضاء الكامل لاستيفاء حقوقهم بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بمبدأي الإشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية. ويتمتع القاضي الإداري بسلطات واسعة بالمقارنة مع سلطات قاضي الإلغاء الذي يقتصر دوره على رقابة مشروعية القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة.

عليه، نتطرق إلى المقصود بالقضاء الكامل (المطلب الأول)، ثم نبين السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بدعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية

تحتل دعوى القضاء الكامل مكانة هامة في مجال الصفقات العمومية، هذه الأخيرة التي تعد المجال الخصب لاختصاص القاضي الإداري الذي يبت في مختلف منازعات الصفقات العمومية بما في ذلك جرائم الفساد الإداري الذي يمكن أن يكون ناجما عن إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها.

لإعطاء فكرة واضحة عن دعوى القضاء الكامل، نقوم بتعريفها (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى قواعد الاختصاص التي تحكمها (الفرع الثاني)، وأخيرا تحديد شروط هذه الدعوى في مادة الصفقات العمومية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل

حاول الفقه إعطاء تعريف لدعوى القضاء الكامل باعتبارها نوع من الدعاوى القضائية التي يتم رفعها أمام القضاء الإداري بهدف تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن عمل السلطات الإدارية وإصلاحها⁽¹⁾.

وأیضا تعرف بأنها: «تلك الدعوى التي يرفعها المدعى صاحب الصفة والمصلحة أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة من أجل المطالبة والاعتراف بوجود حقوق شخصية مكتسبة، وتقدير ما إذا كان قد أصابها ضرار مادية أو معنوية وتقديرها، ثم تقرير التعويض الكامل العادل لإصلاح تلف الأضرار التي أصابت الحقوق الشخصية والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض».

وعليه، فالقاضي يملك سلطات واسعة، ولا يقتصر دور في مجرد إلغاء القرار غير المشروع كما هو الحال في دعاوى الإلغاء، بل يتسع إذا ما طلب منه ذلك ليشمل جميع آثاره، تعديل القرارات المعيبة، استبدالها، الحكم بالتعويض، تقدير التعويض⁽²⁾.

تتدرج دعاوى الصفقات العمومية ضمن دعاوى القضاء الكامل، حيث يملك القاضي الإداري سلطات متصلة بالعقد الإداري بما في ذلك انعقاده أو صحته، أو تنفيذه، أو إنهائه. ومادام أن الصفقة العمومية تعتبر من حيث طبيعتها عقدا، فهي بالتالي تعد المجال الخصب لاختصاص القاضي الإداري عن طريق دعوى القضاء الكامل، بل إن القاضي في هذا المجال يختص في نظر القرارات التي تصدرها الإدارة بهدف انعقادها أو تنفيذ أو فسخ الصفقة العمومية، وهذا ما يؤكد لنا الدور الواسع الذي يختص به القاضي الإداري في مراقبة الصفقة

(1) عمار عوادي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 199.

(2) المرجع نفسه، ص 199.

العمومية، كما أن هذا يتماشى مع مقتضيات المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾.

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص القضائي في دعوى القضاء الكامل

يلزم لصحة دعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية مراعاة قواعد كل من الاختصاص الإقليمي (أولا)، والاختصاص النوعي (ثانيا).

أولا: الاختصاص الإقليمي

يقصد بقواعد الاختصاص المحلي أو الإقليمي تلك القواعد التي تنظم توزيع المحاكم على أساس جغرافي، والتي وضعت من أجل حماية الخصوم ومصالحهم، وكذا من أجل السرعة في فض المنازعات وتقريب القضاء من المتقاضين⁽²⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري على القواعد المتعلقة بالاختصاص الإقليمي في المواد 37-38-39-40 ق. إ. م. إ.

ثانيا: الاختصاص النوعي

يقصد به تحديد نصيب كل جهة قضائية من الدعوى المعروضة أمام القضاء بالنظر إلى نوعها، ويعتبر الاختصاص النوعي من المسائل الجوهرية لارتباطه بالنظام العام وذلك طبقا لنص المادة 93 ق. إ. م. إ التي تنص على أن عدم اختصاص المحاكم يعتبر من النظام العام وتقضي به المحاكم من تلقاء نفسها، وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، وهو ما يفيد أن الاختصاص النوعي من النظام العام وهو ما أكدته أيضا المادة 807 ق. إ. م. إ التي نصت على أنه: «الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام وتجاوز إثارة الدفع

(1) العربي زروقي، دور القاضي الإداري في مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة صوت القانون، مج 7، العدد 2، نوفمبر 2020، ص 500.

(2) حكيم عمور، الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص معمم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2015-2016، ص 63.

بدعوى الاختصاص عن أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي».

1- المعيار العضوي كمؤشر لتحديد دعوى القضاء الكامل

تقضي القاعدة العامة أن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص بالنظر في دعوى القضاء الكامل، وهو ما أكده المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تضمنت المادة 801 منه في الفقرة الثانية اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى القضاء الكامل، وجاء فيها: «... تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية...؛

- دعاوى القضاء الكامل».

إذن، طبقا للمعيار العضوي، فإن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها⁽¹⁾.

2- الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي

إذا كان المعيار العضوي هو القاعدة العامة في تحديد اختصاص القاضي للفصل في منازعات الإدارة بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص فإن المشرع أورد مجموعة من الاستثناءات على سبيل الحصر، لأن الاختصاص لا ينعقد للمحاكم العادية في مجال المنازعات الإدارية إلا إذ وجد نص صريح⁽²⁾.

هذه الاستثناءات وردت في نص المادة 802 ق. إ. م. إ، وجاء فيها: «خلافًا لأحكام المادتين 800 و 801 أعلاه يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية:

(1) المادة 800 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السالف الذكر .

(2) حكيم عمور، المرجع السابق، ص 62.

- مخالفات الطرق؛

- المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية».

الفرع الثالث: شروط دعوى القضاء الكامل في مادة الصفقات العمومية

تختص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات التي تثور بشأن قضايا منظمة بقوانين ونصوص خاصة طبقاً لنص المادة 301/3ف التي تنص على أنه: «تختص المحاكم الإدارية كذلك في القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة، ومن هذه المنازعات التي تحكمها نصوص خاصة المنازعات الصفقات العمومية، والتي يشترط فيها شرطين أساسيين بالإضافة للشروط العامة المعهودة في جميع الدعاوى الإدارية وفي مختلف صور المنازعات المتعلقة بها».

أولاً: أن يصدر القرار عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية

معنى ذلك أن القانون يشترط في العقد الإداري أن يكون حضور المعيار العضوي كشرط أساسي لقيام العقد الإداري، وفي هذا الاتجاه جاء نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام: «لا تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات العمومية ذات الطابع الإداري المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الإداري الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بأي عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الحسابات الإقليمية، وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"».

وعليه، فإن القرارات الصادرة عن هذه الهيئات السابقة الذكر، بمناسبة تنفيذها لصفقاتها يختص بها القضاء الإداري وتطبق عليها أحكام قانون الصفقات العمومية... أما المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما لا تمول من ميزانية الدولة تخضع لاختصاص القضاء العادي.

ثانيا: أن يتعلق القرار بالصفقة

يقصد بذلك القرارات المركبة والمتصلة بالعملية الإدارية العقدية في مرحلة الإبرام وتنفيذ الصفقة والداخلة في تكوينها، فالأصل أنها قرارات إدارية مركبة متصلة بالعقد وليست منفصلة. وبالتالي، يختص بمنازعاتها قاضي العقد، وحتى القرارات المتصلة بولاية القضاء الكامل يجب أن تتصل بالصفقة بانعقادها أو تنفيذها أو انقضائها، وأن تصدر في مواجهة المتعامل المتعاقد مع الإدارة وذلك لنسبية الأثر العقد وشخصية دعاوى العقود، باعتبارها من دعاوى القضاء الكامل التي تنتمي لدعاوى قضاء الحقوق⁽¹⁾.

المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بالصفقات العمومية

يتمتع القاضي الإداري في القضاء الكامل بسلطات واسعة تتفق مع طبيعة النزاع، بحيث يقوم بتقرير المركز القانوني للمدعي، ثم يفصل في الدعوى على أساس النظر في مشروعية القرار الإداري والعمل على إصلاحه. أما في مجال الصفقات العمومية، فيجب أن تتعد هذه الأخيرة صحيحة، من خلال توافر الأركان الأساسية للعقود الإدارية⁽²⁾، حيث يترتب على مخالفتها منح القانون لأحد المتعاقدين وبصفة خاصة المتعاقد مع الإدارة المطالبة ببطلان الصفقة (الفرع الأول)، ويمكن للقاضي أن يحكم بفسخ الصفقة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في إبطال الصفقات العمومية

إن الصفقات العمومية هي عقود الخدمة العامة، تبرم من أجل تحقيق الحاجيات العامة وتقديم الخدمات، ولتحقيق ذلك كان لزاما على الإدارة أن تبرمها وفقا للمبادئ والقوانين التي تفرض إجراءات وشروطا جوهرية يجب مراعاتها، وهي لا تختلف عن عقود القانون الخاص، من حيث ضرورة توافر أركان العقد المتمثلة أساسا في ركن الرضا، المحل والسبب، إضافة إلى

(1) عبد اللطيف رزايقية، دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة موسى اق اخموك، تمنراست، 2019، ص ص 269، 270.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 329.

حتمية تحقق شروط الصحة وسلامة انعقاده، إضافة إلى الشروط الموضوعية والإجرائية التي نص عليها المشرع في قانون الصفقات العمومية، فإذا تخلف أي ركن أو ورد عيب يؤثر على سلامته، جاز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة القاضي الإداري بالحكم ببطلانه⁽¹⁾.

أولاً: حالات بطلان الصفقة العمومية

إن الدعاوى القضائية التي تطرح على القضاء الكامل تتخذ عدة صور، فقد يتعلق الأمر برفع الدعوى للحصول على المبالغ المالية من طرف الإدارة المتعاقدة، في حين هناك دعاوى أخرى لها ارتباط وثيق بالفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية وهي دعوى القضاء الكامل، التي تهدف إلى إبطال المتفرقات القانونية المخالفة لأصول وقواعد إبرام الصفقات العمومية، وكعدم احترامها الأشكال والإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة المنصوص عنها في المرسوم الرئاسي⁽²⁾، لاسيما إجراءات المناقصة والتراضي⁽³⁾ فهنا يمكن تقديم طعن أمام القاضي الإداري لإبطال المناقصة والتعويض عن الضرر الناجم عن هذه المخالفة، وهذا لأن ذلك يخرج العقد من إطار المشروعية إلى عدم المشروعية إعمالاً لمبدأ ما بني على باطل فهو باطل⁽⁴⁾، وهو ما يحيلنا إلى المادة 09 من قانون مكافحة الفساد، الذي يخول للمتعاقد اللجوء إلى الطعن بسبب عدم احترام الإجراءات الجوهرية المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية، والمجال الخصب لمثل هذه التجاوزات هو اللجوء إلى دعوى القضاء الكامل⁽⁵⁾.

تكون الصفقة باطلة في حالة توافر عيب من العيوب الداخلية أو الخارجية، وتتمثل العيوب الداخلية للصفقة العمومية، في كل من أهلية أطراف الصفقة العمومية، فقد حرص المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة تحقيق هذا الشرط كي تكون

(1) حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 262.

(2) العربي زروق، المرجع السابق، ص 501، 502.

(3) نصت المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أنه: «تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي».

(4) كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: تنظيم اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012-2013، ص 207، 208.

(5) العربي زروق، المرجع السابق، ص 501، 502.

الصفقة العمومية بمنأى عن الفساد، وعمد بذلك إلى تحديد المؤسسات، أو المرافق العامة التي ينطبق عليها هذا القانون⁽¹⁾، والتي لها بذلك أهلية التعاقد مع شخص من أشخاص القانون الخاص، ويندرج أيضا ضمن العيوب الداخلية سلامة إرادة الإدارة في التعاقد من العيوب وهي نفسها العيوب المعمول بها في القانون المدني (الغش، التدليس، الإكراه).

أما بالنسبة للعيوب الخارجية فتشمل كلا من العيوب المتعلقة بمحل الصفقة، والذي يقصد به العملية القانونية التي قصد الطرفين تحقيقها، ويشترط في المحل أن يكون موجودا وممكنا، وفي هذه الحالة فإن محل الصفقة العمومية هو موضوعها، فأى إخلال به من شأنه أن يسبب ضررا للمتعاقد الآخر خاصة المصلحة المتعاقدة، باعتبارها تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، كما تشمل العيوب الخارجية، العيوب المتعلقة بسبب الصفقة والتي يقصد بها الدافع من وراء العملية التعاقدية، حيث يشترط فيه أن يكون موجودا ومشروعا وغير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، فإذا تخلف السبب أو أحد شروط مشروعيته كانت الصفقة باطلة بطلانا مطلقا⁽²⁾.

إن مدلول هذه الدعاوى يختص بها القضاء الكامل، فيمكنه الحكم ببطلان الصفقة العمومية وإعادة الأطراف إلى ما كان عليه قبل إبرامها، كما يمكن له أكثر من هذا الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب المتعامل المتعاقد من جراء المخالفات القانونية التي ارتكبتها المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

(1) المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السالف الذكر.

(2) سمير سلاماني، لونيس عكاش، دور القاضي الإداري في مكافحة الفساد: بين النصوص القانونية والواقع السياسي، تخصص: جماعات محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص ص 21، 22.

(3) العربي زروق، المرجع السابق، ص ص 501، 502.

ثانيا: آثار الحكم ببطلان الصفقة العمومية

يترتب عن بطلان الصفقة العمومية زوال جميع آثارها بأثر رجعي، لكن هذا لا يعني إلغائها، لأن القاضي الإداري إذا رأى أن الصفقة باطلة فإنه لا يلغيها، لأنه ينتمي إلى القضاء الكامل، كما أن قاعدة انعدام آثار الصفقة بأثر رجعي ترد عليها بعض الاستثناءات وهي⁽¹⁾:

- **التقادم:** قرر المشرع الجزائري أن دعوى البطلان تتقدم بمرر عشر (10) سنوات حفاظا على استقرار المعاملات.

- **البطلان الجزئي للصفقة العمومية:** أي أن البطلان لا يشمل كافة الصفقة وإنما ما كان منها غير مشروع.

- **حسن النية:** إذ لا يجب التمسك بالبطلان علي وجه يتعارض مع المتعاقد حسن النية.

- **مصلحة ناقص الأهلية:** أي أنه في حالة الحكم ببطلان الصفقة على ناقص الأهلية فإن هذا الأخير لا يلتزم إلا برد ما انتفع به بسبب تنفيذ الصفقة.

- **العقود الزمنية:** في هذا النوع من العقود يستحيل إزالة آثار وفقا لمبدأ الرجعية، وبالتالي يقوم المخل بالتزاماته بتعويض الطرف المتضرر وذلك على أساس الإثراء بلا سبب.

على هذا الأساس، فإن القاضي الإداري وبطلب من أحد أطراف العقد يمكن له الحكم ببطلان الصفقة، في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية وإجبار الطرف الآخر بالتعويض.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في فسخ العقد

إن دور القاضي الإداري في مجال تنفيذ الصفقة العمومية لا يتوقف على سلطة إبطال الصفقة، وإنما يمتد إلى إمكانية الحكم بفسخ الصفقة، حيث يعد الفسخ القضائي أحد الوسائل

(1) حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص 275.

التي يواجه بها المتعاقد تعسف المصلحة المتعاقدة، وذلك في حالة الإخلال بالتزاماتها التعاقدية.

ويكون بذلك الفسخ أحد الضمانات التي تفعل دور القاضي الإداري في مكافحة الفساد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، باعتبار أن هذه المرحلة أحد المراحل الحساسة التي يتقرر بموجبها ضخ أموال عامة لأجل التنفيذ، وبالتالي إجهاض كل محاولة لنهب هذه الأموال⁽¹⁾.

الفرع الثالث: سلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض

يمكن تعريف دعوى التعويض بأنها: «الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة طبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار»⁽²⁾.

طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعاقد، جاز لهذا الأخير مطالبة القاضي الإداري بالتعويض عن تلك الأضرار التي كانت نتيجة لبعض الإجراءات والحوادث التي اعترضت مسار تنفيذ الصفقات العمومية، شريطة ألا يكون هو المتسبب فيها، وبالتالي يجب على المتعاقد اللجوء إلى القاضي الإداري المختص من أجل تقرير التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به من جراء المخالفات القانونية التي ارتكبتها المصلحة المتعاقدة⁽³⁾. ويجب أن يكون التعويض مقابل جميع ما أصاب المتعاقد مع الإدارة من أضرار، أي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويقدر التعويض حسب مقدار الضرر لا جسامته الخطأ، وأساس ذلك المسؤولية هو العقدية، ويتولى القاضي بدوره تحديد مقدار التعويض بناء على ما طلبه المضرور⁽⁴⁾.

(1) سمير سلاماني، لونيس عكاش، ص 23.

(2) عمار عابدي، نظرية المسؤولية الإدارية: دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 255.

(3) حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص 286.

(4) كريمة خلف الله، المرجع السابق، ص 206.

خاتمة

بعد تعرضنا بالشرح والتحليل لموضوع سلطات القاضي الإداري لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، يمكن القول أن المشرع الجزائري ورغبة منه في الحد من انتشار هذه الظاهرة الخطيرة التي أضحت تشكل تهديدا خطيرا للأمن والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، قام بإعطاء دور أكبر للقضاء الإداري من خلال الصلاحيات الممنوحة له وهذا بغية تشديد الخناق على الفاسدين وتقديمهم للعدالة من أجل محاسبتهم ومعاقبتهم على جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، التي أصبحت ترقى إلى مستوى الجريمة المنظمة.

بناء على ذلك توصلنا إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

- تباين التعريفات المتعلقة بالفساد الإداري بحسب اختلاف ونظرة الفقهاء لهذا المفهوم.
- إن ظاهرة الفساد الإداري كان نتيجة تداخل عوامل وظروف عديدة ساهمت في بروزه.
- توسيع نطاق الأشخاص الذي ينطبق عليهم مفهوم الموظف العمومي بعد أن كانت مقصورة في البداية على فئة الموظفين بالمفهوم الإداري، لتشمل فئة القضاة وأعضاء السلطة التشريعية والتنفيذية والمنتخبين المحليين... وهذا بهدف محاصرة انتشار جريمة الفساد في مجال الصفقات العمومية ومنع مرتكبيها من الإفلات من المتابعة القضائية وتوقيع العقوبات ضدهم.
- استحداث المشرع وتوسيع النطاق ودائرة التجريم لتشمل الكثير من الأفعال والسلوكات على غرار جريمة الإثراء غير المشروع وجريمة تلقي الهدايا وجريمة إساءة استغلال الوظيفة بسبب ظهور أنماط وصور أفعال جديدة من جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية لم تكن معروفة في السابق وهو ما يقتضي التصدي لها.
- سن المشرع قانون مستقل لمكافحة مختلف صور الفساد الإداري وهو قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بحكم الطابع الخاص لهذه الجرائم وتطورها المستمر والتي عجز قانون العقوبات عن ملاحقتها.
- ضيق المشرع مجال صفة الجاني في جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية عندما حصرها فقط في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة جزئية أو كلية على العقود والمزايا.

خاتمة

- إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادتين 924 و 925 أعطى لقاضي الاستعجال قبل التعاقد سلطات واسعة وغير مألوفة في باقي الدعاوى الإدارية ولاسيما الاستعجالية منها تقربه من قاضي الموضوع، كما أن هذه السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق الشفافية في إبرام الصفقات العمومية خاصة فيما يتعلق بسلطة توجيه الأوامر للإدارة في حالة إخلالها بالتزاماتها المتعلقة بالإشهار، وتلك المتعلقة بالحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة، في حالة امتناع الإدارة امتناعا كليا أو جزئيا أو تأخرت في تنفيذ الحكم.

- إن السلطات الممنوحة القاضي الإداري الاستعجالي قبل التعاقدى بأن يتدخل في أصل الحق، وينظر في جوهر الدعوى يشكل استثناء على القواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي.

- يتمتع قاضي العقد في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية عن طريق القضاء الكامل بسلطات واسعة سواء بفسخ العقد أو إبطاله أو التعويض ومراجعة القرارات المتصلة بالصفقة من خلال ضبط التوازن المالي كلما طرأت ظروف وأوضاع غير متوقعة.

- أجاز القانون للوالي رغم أنه طرف خارج عن عقد الصفقة بمراقبة مدى احترام قواعد العلانية والشفافية المتعلقة بالصفقة العمومية المحلية، والتصدي لمختلف التجاوزات الحاصلة في هذا الإطار إلا أنه لم يوسع هذه الرخصة بالنسبة للصفقات ذات البعد الوطني والمبرمة من قبل الهيئات المركزية، وتمكين رؤساء هذه الهيئات من هذه الإجازة والصفة القانونية.

الاقتراحات

- ضرورة اعتماد معايير موضوعية في اختيار الموظف العمومي المتمثلة تحديدا في عنصري الكفاءة والنزاهة والتأكد من قدرته على تحمل أعباء الوظيفة دون تحيز أو محاباة.

- إلزامية التصريح بممتلكات الموظفين العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

خاتمة

- وضع التدابير اللازمة والضوابط الصارمة لوقاية الموظف العمومي من الوقوع في بؤر الفساد، عن طريق إصلاح نظام الأجور الذي يعد أحد الآليات الفعالة لوقاية مصالح المؤسسات من الفساد الإداري كالرشوة واستغلال النفوذ، وذلك من أجل أن يحقق للموظف مستوى معيشي كريم يجعله بمنأى عن طلب أو قبول أو أخذ رشوة أو أية امتيازات أخرى على حساب وظيفته ونزاهتها.

- إرساء طرق ووسائل لإعلام الوالي بالمخالفات المتعلقة بالالتزامات الإشهار والمنافسة حتى يتسنى له ممارسة حقه في الإخطار.

- تفعيل دور القضاء في ضمان مشروعية الصفقات العمومية من خلال تأمين استقلاله في أداء مهامه وإرساء ضمانات لتنفيذ أحكامه من قبل الإدارة بالخصوص.

- حبذا لو تراجع المشرع عن سياسة التجنيح التي انتهجها عند سن قانون الفساد، وإعادة تكييف جرائم الفساد وخاصة تلك المتعلقة بالصفقات العمومية على أنها جنایات، مع تشديد العقوبات على مرتكبيها.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

ا. - قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: القواميس والمعاجم اللغوية

- 1- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ج 2، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د. س. ن.
- 2- الحسين بن محمد بن المفضل، أبو القاسم، المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ج1، دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، لبنان، سوريا، 1412هـ-1992م.
- 3- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدين أبو عبد الله الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ج1، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، صيدا، لبنان، 1420هـ-1999م.
- 4- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، ج8، دار الهداية، الرياض، السعودية، 1404هـ-1984م.

اا. قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص: جرائم الفساد- جرائم المال والأعمال - جرائم التزوير، ج2، ط15، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 2- سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة، القانون الإداري: التنظيم الإداري والنشاط الإداري، ط2، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

قائمة المراجع

- 3- صلاح الدين فهمي محمود، الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1994.
- 4- طاهر الغالبي، صالح العامري، المسؤولية الاجتماعية وأخلاقيات الأعمال، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د. س. ن.
- 5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 6- عبد اللطيف أحمد، جرائم الأموال العامة: دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 7- عبد الله بخباز، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية: دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ن.
- 8- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 9- ———، نظرية المسؤولية الإدارية: دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 10- ———، القانون الإداري: النشاط الإداري، ج2، ط3، الجزائر، 2005.
- 11- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص "الجرائم المضرة بالمصلحة العامة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 12- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 13- محمد قاسم القيروتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.

قائمة المراجع

14- معوض عبد الثواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.

15- منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم، الجزائر، 2006.

16- منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002.

17- نسرين جابر هادي، القضاء الإداري المستعجل: دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

1- حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018.

2- خالد بن عبد الرحمان بن حسن بن عمر آل الشيخ، الفساد الإداري: أنماطه وأسبابه وسبل مكافحته "نحو بناء نموذج تنظيمي"، دراسة تطبيقية على المدانين بممارسته والمعنيين بمكافحته في المملكة العربية السعودية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه فلسفة في العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007.

3- عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.

قائمة المراجع

4- عبد النبي بوصوار، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون خاص، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2015-2016.

5- غانية مبروكة، الاختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: حقوق، فرع: التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2018-2019.

6- فيروز حوت، النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية: دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: حقوق، فرع: قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2019-2020.

7- كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: قانون جنائي وعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 2012-2013.

8- نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

ب - مذكرات الماجستير

1- رمزي بن الصديق، دور الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العمومية في ظل الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013.

2- زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011-2012.

قائمة المراجع

3- ضمان محمد عقله الهاشم، مكافحة الفساد الإداري والمالي في ضوء التشريعات الأردنية: دراسة مقارنة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الإسراء الخاصة، عمان، الأردن، 2010.

4- كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: تنظيم اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012-2013.

5- محمد حسن سعيد، وسائل القانون الدولي لمكافحة جرائم الفساد، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، جوان 2019.

6- المسعود ضحوي، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2014.

7- مليكة بكوش، جريمة الاختلاس في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2012-2013.

ج- مذكرات الماجستير

1- أحلام مادي، فريدة جنان، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

قائمة المراجع

2- بثينة حبيباتي، جرائم الصفقات العمومية: الصور والعقاب، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون جنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013-2014.

3- حفيظة معوش، صوراية مسيلي، جرائم الفساد في مجال عقود الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون جماعات إقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017.

4- حكيم عمور، الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2015-2016.

5- سمير سلاماني، لونيس عكاش، دور القاضي الإداري في مكافحة الفساد: بين النصوص القانونية والواقع السياسي، تخصص: جماعات محلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.

6- فاطمة الزهراء روبيعة، مكافحة جرائم الفساد المستحدثة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019-2020.

7- فضيلة بوقرة، مكافحة الفساد في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والأمر رقم 06-01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.

8- فيروز ضيف، جرائم الفساد التي يرتكبها الموظف العمومي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014.

قائمة المراجع

9- لامية خليلي، زوينة هروق، جرائم الفساد في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

د - مذكرات إجازة المدرسة العليا للقضاء

لزهر بوخدنة، شوقي بركاني، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008.

ثالثا: المقالات القانونية

1- إلهام زاير، جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مج 4، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جانفي 2020، ص ص 165-179.

2- آمال حفناوي، العوامل المؤدية للفساد الإداري والمالي ومؤشرات قياسه عالميا، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، مج 4، العدد 1، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، إيليزي، جوان 2019، ص ص 107-132.

3- بوحانة تابتي، دور القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 6، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، جوان 2016، ص ص 397-424.

4- جمال الدين عنان، جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 1، العدد 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سبتمبر 2017، ص ص 176-196.

5- حليلة بروك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، العدد 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص ص 296-318.

قائمة المراجع

- 6- حنان مجاد، بومدين طاشمة، عقبات الإدارة المحلية ومشكلة التعقيد الإداري في الجزائر، مجلة مدارات سياسية، مج5، العدد 1، مركز المدار المعرفي للأبحاث والدراسات، الجزائر، 2021، ص ص 209-230.
- 7- خديجة قاسمي، نبيل صالح عرباوي، دور القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 4، العدد 2، جوان 2018، ص ص 316-336.
- 8- زوييدة عرافة، دور القاضي الإداري الاستعجالي في حل المنازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، جوان 2018، ص ص 261-274.
- 9- سليمة قزلان، منصب الوزير الأول في ظل التعديل الدستوري لـ 2008 مقارنة برئيس الحكومة بتعديل 1996: مكانة دستورية جديدة أم تغيير مصطلح وتكريس أكثر للنظام الرئاسي؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 49، العدد 3، جامعة الجزائر، 2013، ص ص 41-61.
- 10- شريفة خالدي، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2018، ص ص 110-131.
- 11- شريهان ممدوح حسن أحمد، جهود مكافحة الفساد الإداري والمالي في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، المجلة القانونية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة القاهرة (فرع الخرطوم)، مصر، 2018، ص ص 1-30.
- 12- شوقي يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام تنفيذ الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 9، جانفي 2018، ص ص 341-351.

قائمة المراجع

- 13- عبد الحميد بن عيشة، دور القاضي الإداري الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 54، العدد 1، جامعة الجزائر، 2017، ص ص 225-250.
- 14- عبد القادر زوقار، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، مج 7، العدد 3، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، ماي 2021، ص ص 1478-1497.
- 15- عبد الكريم تبون، الأركان الخاصة لجنحة أخذ الموظف العمومي للفوائد بصفة غير قانونية أثناء ممارسته لمهامه في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة الميزان، مج 2، العدد 2، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، 2018، ص ص 22-41.
- 16- عبد اللطيف رزايقية، دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة موسى اق اخموك، تمنراست، 2019، ص ص 261-281.
- 17- العربي زروق، دور القاضي الإداري في مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة صوت القانون، مج 7، العدد 2، نوفمبر 2020، ص ص 489-504.
- 18- غانية ايططاحين، الفساد الإداري: الجزائر نموذجا، مجلة الحكمة للدراسات الاجتماعية، مج 4، العدد 7، مجلة دورية أكاديمية، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص ص 254-273.
- 19- قدور ظريف، جنحة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2017، ص ص 376-395.

قائمة المراجع

- 20- محمد أمين بوالجديري، رؤوف بوسعدية، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكملة له في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تليجي عمار، الأغواط، جوان 2019، ص 48. ص ص 46-71.
- 21- محمد حمد جاسم، عباس سلمان محمد علي، ظاهرة الفساد المالي والإداري ودورها في تحجيم أداء الاقتصاد العراقي بعد العام 2003، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2016، ص ص 745، ص ص 736-777.
- 22- محمد وارث، الفساد وأثره على الفقر: إشارة إلى حالة الجزائر، دفا تر السياسة والقانون، مج 5، العدد 8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2013، ص ص 85-104.
- 23- مروان دهمة، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة التمكين الاجتماعي، مج 2، العدد 3، تصدر عن مخبر التمكين الاجتماعي والتنمية المستدامة في البيئة الصحراوية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، سبتمبر 2020، ص ص 122-139.
- 24- مريم نطاح، مكلل بوزيان، الرقابة الإدارية كآلية لمكافحة الفساد الإداري في التشريع الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مج 7، العدد 1، الصادرة عن مخبر المرافق العمومية والتنمية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، جوان 2010، ص ص 340-362.
- 25- مصطفى مخاشف، فيروز حوت، جرائم الفساد، أي وضعية في ظل استحداث إدارة إلكترونية؟ "جريمة الرشوة في الصفقات العمومية نموذجا"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مج 7، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، جوان 2020، ص ص 1721-1742.
- 26- مليكة هنان، بواب بن عامر، تلقي الموظف الهدايا بين الإباحة والتجريم: دراسة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري رقم 06-01، مجلة القانون، العدد 9، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زبانه، غليزان، ديسمبر 2019، ص ص 53-77.

قائمة المراجع

- 27- نادية تياب، خصوصية الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج 7، العدد 1، تصدر عن مخبر البحث "القانون الخاص المقارن"، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جوان 2021، ص ص 994-1019.
- 28- وفاء شيعاوي، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 40، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2015، ص ص 255-269.
- 29- وليد شريط، عفاف لعقون، آليات مكافحة جريمة الرشوة في الصفقة العمومية في ظل أحكام القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد 6، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2019، ص ص 330-340.
- 30- وهيبة بن سعدي، مدلول الموظف العام في قانون مكافحة الفساد الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج 50، العدد 4، جامعة الجزائر، 2013، ص ص 209-229.

رابعاً: الملتقيات العلمية

عبد العالي حاحة، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، مداخلة أقيمت بمناسبة اليومين الدراسيين حول موضوع الإطار القانوني للصفقات العمومية وتشجيع الاستثمار والمحافظة على المال العام، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، يومي (15-16) ديسمبر 2016.

خامساً: المواقع الإلكترونية

- 1- جون د. سوليفان، البوصلة الأخلاقية للشركات، أدوات مكافحة الفساد: قيم ومبادئ، وآداب المهنة وحوكمة الشركات، متاح على الموقع الإلكتروني:
<http://www.transparency.org> تاريخ الاطلاع: 2021/08/20
على سا 20:00

قائمة المراجع

2- لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 5، جوان 2015، ص ص 11-38. متاحة على الموقع الإلكتروني:

www.ejles.com تاريخ الاطلاع: 2021/09/14 على سا 21:30

سادسا: النصوص القانونية

أ- الدستور

قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري. ج. ر. ع 14، الصادر في 27 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق 7 مارس سنة 2016م.

ب- القوانين العضوية

1- قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء. ج. ر. ع 57، الصادر في 23 رجب عام 1425 هـ الموافق 8 سبتمبر سنة 2004م.

2- قانون عضوي رقم 16-10 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1437 الموافق 25 غشت سنة 2016، يتعلق بنظام الانتخابات. ج. ر. ع 50، الصادر في 25 ذو القعدة عام 1437 هـ الموافق 28 غشت سنة 2016م.

ج- القوانين العادية

- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية. ج. ر. ع 48، الصادر في 20 صفر عام 1386 هـ الموافق 10 يونيو سنة 1966م، معدل ومتمم.

قائمة المراجع

- 2- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات. ج. ر. ع 49، الصادرة في 21 صفر عام 1386 هـ الموافق 11 يونيو سنة 1966م. معدل ومتمم.
- 3- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. ج. ر. ع 78، الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975م. معدل ومتمم.
- 4- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري. ج. ر. ع 101، الصادر في 16 ذو الحجة عام 1395 هـ الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، معدل ومتمم.
- 5- مرسوم رقم 85-59 مؤرخ في أول رجب عام 1405 الموافق 23 مارس سنة 1985 يتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية. ج. ر. ع 13، الصادر في 2 رجب عام 1405 هـ الموافق 24 مارس سنة 1985م.
- 6- أمر رقم 95-23 مؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1416 الموافق 29 غشت سنة 1995، يتضمن القانون الأساسي لقضاة المحاسبة. ج. ر. ع 48، الصادر في 8 ربيع الثاني عام 1416 هـ الموافق 3 سبتمبر سنة 1995م. معدل ومتمم.
- 7- أمر رقم 96-01 مؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف. ج. ر. ع 3، الصادر في 23 شعبان عام 1416 هـ الموافق 14 يناير سنة 1996م.
- 8- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006م، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ج. ر. ع 14، الصادر في 8 صفر عام 1427 هـ الموافق 8 مارس سنة 2006م. معدل ومتمم.

قائمة المراجع

9- أمر رقم 02-06 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين. ج. ر. ع 12، الصادر في أول صفر عام 1427 هـ الموافق أول مارس سنة 2006م.

10- أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. ج. ر. ع 46، الصادر في 20 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق 16 يوليو سنة 2006م.

11- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر. ع 21، الصادر في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.

12- قانون رقم 10-11 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية. ج. ر. ع 37، الصادر في أول شعبان عام 1432 هـ الموافق 3 يوليو سنة 2011م. معدل ومتمم

- النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي رقم 99-240 مؤرخ في 17 رجب عام 1420 الموافق 27 أكتوبر سنة 1999، يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة. ج. ر. ع 76، الصادر في 21 رجب عام 1420 هـ الموافق 31 أكتوبر سنة 1999م.

2- مرسوم رئاسي رقم 07-308 مؤرخ في 17 رمضان عام 1428 الموافق 29 سبتمبر سنة 2007، يحدد كفايات توظيف الأعوان المتعاقدة وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم. ج. ر. ع 61، الصادر في 18 رمضان عام 1428 هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 2007م.

قائمة المراجع

3- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر. ع 50، الصادر في 6 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق 20 سبتمبر سنة 2015م.

4- قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011 يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية. ج. ر. ع 24، الصادر في 16 جمادى الأولى عام 1432 هـ الموافق 20 أبريل سنة 2011م.

سابعاً: الاجتهادات القضائية

1- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/03/03، ملف رقم: 330989، المجلة القضائية، العدد 2، 2004.

2- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2012/06/21، رقم الملف: 074854، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014.

الفهرس

إهداء

شكر

قائمة أهم المختصرات

2 مقدمة

الفصل الأول

8 ماهية الفساد الإداري

9 المبحث الأول: مفهوم الفساد الإداري والموظف العمومي

9 المطالب الأول: المقصود بالفساد الإداري

9 الفرع الأول: تعريف الفساد الإداري

10 أولاً: تعريف الفساد لغة

11 ثانياً: تعرف الفساد الإداري فقها

12 ثالثاً: تعريف المنظمات والمؤسسات المالية الدولية

13 رابعاً: تعريف الفساد في الاتفاقيات الدولية

14 خامساً: تعريف الفساد في التشريعات المقارنة

16 الفرع الثاني: أسباب الفساد الإداري

16 أولاً: الأسباب الداخلية للفساد الإداري

16 1- الأسباب المتعلقة بالموظف العام

- أ- الأسباب الشخصية (العوامل الشخصية) 17
- ب- أسباب أخلاقية 18
- 2- الأسباب المتعلقة بالوظيفة العامة أو المرفق العام 18
- أ- الأسباب الإدارية للفساد الإداري 19
- ب- الأسباب القانونية والقضائية للفساد الإداري 21
- ثانيا: الأسباب الخارجية 22
- 1- الأسباب الاجتماعية 22
- 2- الأسباب الاقتصادية 23
- 3- الأسباب السياسية 23
- الفرع الثالث: آثار الفساد الإداري والمالي 24
- المطلب الثاني: المقصود بالموظف العمومي 26
- الفرع الأول: التعريف الفقهي للموظف العمومي 26
- الفرع الثاني: التعريف التشريعي للموظف العمومي 26
- أولاً: فئة ذوي المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية 28
- 1- شاغلوا المناصب التنفيذية 28
- أ- رئيس الجمهورية 28
- ب- الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقاً) 29

30	ج- أعضاء الحكومة
31	د- الولاية
31	2- الأشخاص الشاغلين لمناصب إدارية
31	أ- الموظفين الذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة
36	ب- شاغلوا المناصب الإدارية المؤقتة
36	3- شاغلوا المناصب القضائية
38	4- فئة ذوي الوكالة بالنيابة
38	أ- الشخص الذي يشغل منصبا تشريعيا
38	ب- المنتخب في المجالس الشعبية المحلية
40	ثانيا: الأشخاص الذين يتولون وظيفة أو وكالة في مرفق عام أوفي مؤسسة عمومية أو مؤسسة أخرى ذات رأس مال مختلط.....
41	ثالثا: كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما
41	1- المستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني
42	2- الضباط العموميون
43	المبحث الثاني: صور الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية
43	المطلب الأول: جريمة الامتيازات غير المبررة واستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية
44	الفرع الأول: جريمة منح الامتيازات غير المبررة (جريمة المحاباة)

أولاً: صفة الجاني في منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (الركن المفترض).....	45
ثانياً: الركن المادي.....	47
1- السلوك الإجرامي.....	47
أ- العمليات التي ينصب عليها السلوك الإجرامي.....	48
ب- صور الأفعال المخالفة للتشريع في جريمة المحاباة.....	49
ب-1 مظاهر المحاباة قبل فتح العروض.....	50
ب-2 مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض.....	51
ب-3 مظاهر المحاباة بعد تخصيص الصفقة.....	52
2- تحقيق الجاني غرضاً خاصاً من وراء ارتكابه لهذا النشاط الإجرامي.....	52
ثالثاً: الركن المعنوي.....	53
1- القصد الجنائي العام.....	53
2- القصد الجنائي الخاص.....	54
الفرع الثاني: جريمة استغلال النفوذ.....	54
أولاً: صفة الجاني في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة الصفقات العمومية.....	54
ثانياً: الركن المادي.....	56
1- السلوك الإجرامي.....	57

- أ- الزيادة في الأسعار 58
- ب- التعديل في نوعية الخدمات أو المواد 58
- ج- التعديل في نوعية الخدمات 59
- د- التعديل في آجال التسليم والتموين 59
- 2- الغرض من ارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين 60
- ثالثا: الركن المعنوي 60
- 1- القصد الجنائي العام 60
- 2- القصد الجنائي الخاص 60
- المطلب الثاني: جريمة الرشوة في الصفقات العمومية 61
- الفرع الأول: جريمة قبض عمولات في الصفقات العمومية 61
- أولاً: صفة الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (الركن المفترض) 63
- ثانياً: الركن المادي 63
- 1- النشاط الإجرامي 63
- أ- قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة 63
- ب- محل النشاط الإجرامي (المنفعة أو الأجرة) 63
- ج- الشخص الذي يتلقى الأجرة أو المنفعة (المستفيد) 64
- 2- الغرض من ارتكاب جريمة قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة (المناسبة) 64

- 65 ثالثا: الركن المعنوي لجريمة قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة
- 65 1- العلم
- 66 2- القصد الجنائي الخاص
- 66 الفرع الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
- 68 أولا: صفة الجاني (الركن المفترض)
- 68 1- الموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزادات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها
- 69 2- الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما
- 70 ثانيا: الركن المادي
- 70 1- النشاط الإجرامي
- 70 أ- أخذ أو تلقي فائدة
- 70 ب- الاحتفاظ بالفائدة
- 71 2- طبيعة الفائدة والمنفعة
- 71 ثالثا: الركن المعنوي

الفصل الثاني

- 74 آليات تدخل القاضي الإداري لمكافحة الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية
- 75 المبحث الأول: القضاء الإداري الاستعجالي كآلية لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية

75	المطلب الأول: مفهوم القضاء الاستعجالي.....
76	الفرع الأول: القضاء الاستعجالي القانوني الخاص بمرحلة إبرام الصفقات العمومية (الاستعجال قبل التعاقدى)
77	أولاً: تعريف للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدى (الاستعجال القانوني)
79	ثانياً: شروط رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية
79	1- الشروط الشكلية لدعوى الاستعجال قبل التعاقدى
79	أ- صفة رافع الدعوى
81	ب- النطاق الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد
81	2- الشروط الموضوعية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية
82	أ- الإخلال بالتزامات الإشهار
83	ب- الإخلال بالمنافسة
86	ثالثاً: قواعد الاختصاص القضائي في الاستعجال قبل التعاقدى
86	1- الاختصاص الاقليمي
87	2- الاختصاص النوعي
87	الفرع الثاني: القضاء الاستعجالي بالطبيعة المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية
88	أولاً: تعريف القضاء الاستعجالي بالطبيعة
88	ثانياً: شروط رفع دعوى استعجالية

88	1- توافر شرط الاستعجال
90	2- عدم المساس بأصل الحق
91	3- شرط الجدية
91	4- عدم المساس بالنظام العام
92	المطلب الثاني: مدى نجاعة سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد
93	الفرع الأول: الإجراءات التحفظية
93	أولاً: سلطة توجيه الأوامر
94	ثانياً: سلطة فرض غرامة تهديدية
94	1- تعريف الغرامة التهديدية
95	2- نطاق تطبيق الغرامة التهديدية
97	ثالثاً: سلطة التأجيل أو الوقف
98	الفرع الثاني: الإجراءات القطعية
98	أولاً: إلغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد
98	ثانياً: إبطال بعض الشروط التعاقدية
99	الفرع الثالث: تقييم سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد
100	أولاً: الاستعجالي قبل التعاقد ضماناً لحماية المال العام
101	ثانياً: الاستعجالي قبل التعاقد ضماناً للموظف العام

103	المبحث الثاني: القضاء الكامل كآلية لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية
103	المطلب الأول: المقصود بدعوى القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية.....
104	الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل
105	الفرع الثاني: قواعد الاختصاص القضائي في دعوى القضاء الكامل
105	أولاً: الاختصاص الاقليمي
105	ثانياً: الاختصاص النوعي
106	1- المعيار العضوي كمؤشر لتحديد دعوى القضاء الكامل
106	2- الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي
107	الفرع الثالث: شروط دعوى القضاء الكامل في مادة الصفقات العمومية
107	أولاً: أن يصدر القرار عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية
108	ثانياً: أن يتعلق القرار بالصفقة
108	المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل المتعلقة بالصفقات العمومية
108	الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في إبطال الصفقات العمومية
109	أولاً: حالات بطلان الصفقة العمومية
111	ثانياً: آثار الحكم ببطلان الصفقة العمومية
111	الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في فسخ العقد

الفهرس

112	الفرع الثالث: سلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض
114	خاتمة
118	قائمة المراجع
134	الفهرس