



جامعة ابن خلدون - تيارت



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الشفافية في إبرام العقود الإدارية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: قانون عام

إشراف الأستاذ الدكتور:

عليان بوزيان

إعداد الطالب:

عميري أحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة تيارت	أستاذ	أ.د. فتاك علي
مشرفاً ومقرراً	جامعة تيارت	أستاذ	أ.د. عليان بوزيان
ممتحناً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	أ.د. مكلكل بوزيان
ممتحناً	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	أ.د. قادة بن بن علي
ممتحناً	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د. قوسم حاج غوثي
ممتحناً	م/ج تيسمسيلت	أستاذ محاضر "أ"	د. روشو خالد

السنة الجامعية 2020-2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾

سورة المائدة الآية (1)

﴿...وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا...﴾

سورة طه الآية (114)

﴿تَعَلَّمُوا الْعِلْمَ، فَإِنَّ تَعَلُّمَهُ لِلَّهِ خَشْيَةٌ، وَطَلَبُهُ عِبَادَةٌ، وَمُذَاكَرَتُهُ تَسْبِيحٌ،
وَالْبَحْثُ عَنْهُ جِهَادٌ، وَتَعْلِيمُهُ لِمَنْ لَا يَعْلَمُهُ صَدَقَةٌ، وَبَذْلُهُ لِأَهْلِهِ قُرْبَةٌ،
لَأَنَّه مَعَالِمُ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ، وَمَنَارُ سَبِيلِ الْجَنَّةِ، وَالْأُنْسُ فِي الْوَحْدَةِ،
وَالْمُحَادَثُ فِي الْخَلْوَةِ، وَالصَّاحِبُ فِي الْعُرْلَةِ، وَالِدَلِيلُ عَلَى السَّرِّاءِ
وَالضَّرَّاءِ، وَالسَّلَاحُ عَلَى الْأَعْدَاءِ...﴾

معاذ بن جبل - رضي الله عنه -

﴿... أني رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه إلا قال في غده:

لو غير هذا لكان أحسن و لو زيد كذا لكان يستحسن ولو
قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من
أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة
البشر...﴾

العماد الأصفهاني

إهداء

إلى النبيوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاك سعادتي بخيوط منسوجة من قلبه وسعى وشقي لأنعم
بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني الصبر والحكمة
والمثابرة إلى والدي الغالي الحبيب "حبيب"

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامهما إلى الوالدين العزيزتين، لكونهما أجمل هبة في حياتي
إلى من حبهم يجري في عروقي، إلى أخواتي فريدة، إيمان، وفاء، وأخي رضا
إلى من سرنا سوياً ونحن نشق الطريق معاً نحو النجاح والإبداع، إلى من تكاتفنا يداً بيد ونحن
نقطف زهرة تعلمنا، إلى كل الإخوة والأصدقاء والزملاء
إلى من صاغوا لنا علمهم حروفاً ومن فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح، إلى أستاذتي
الكرام

إلى أستاذتي الأفاضل بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تيارت وجامعة سيدي بلعباس
إلى أستاذتي القدير وأبي وقرة عيني الأستاذة الدكتورة عليان بوزيان
إلى زملائي الأفاضل وزميلاتي الفضليات بجامعة تيارت
إلى كل أسرة القضاء وأسرة الدفاع وأسرة العدالة قاطبة
إلى طلبتي الأعزاء
إلى كل من علمني حرفاً وأنار لي درباً وكان لي على الصعاب عوناً
إلى وطني الغالي الجزائر
إلى كل الذين وسعتهم ذاكرتي ولم أكتبهم في رسالتي...
إلى كل هؤلاء جميعاً أهدي هذه الأطروحة راجياً من المولى عزّ وجلّ التوفيق والسداد.

أحمد عميري 

كلمة شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات
الحمد لله على نعمه الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى
الحمد لله على توفيقه على إنجاز هذه الأطروحة
"ولئن شكرتكم لأزيدنكم"

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للأستاذ الدكتور عليان بوزيان على قبوله وبصدر رحب الإشراف على هذه الأطروحة وعلى توجيهاته القيّمة، وتشجيعه المتواصل لي طيلة إنجاز هذا العمل ومساعدته لي بنصائحه وصبره الجميل، فأدامه الله في خدمة العلم وخدمة الوطن، وجزاه الله عنا وعن طلبة العلم خير الجزاء، وجعل ذلك في ميزان حسناته.

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير والعرفان والامتنان إلى السادة الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة، وتحمل عناء وجهد تقييمها، كل باسمه وجميل اسمه، مع حفظ الصفات والألقاب، الأستاذ الدكتور فتاك علي، الأستاذ الدكتور مكلكل بوزيان، الأستاذ الدكتور قادة بن بن علي، الدكتور قوسم حاج غوثي، الدكتور روشو خالد.

خالص الشكر والعرفان

أحمد عميري 

قائمة بأهم المختصرات Abréviations

باللغة العربية:

- ت ص ع - ت م ع.....تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
ج ر..... جريدة رسمية.
د ب ن.....دون بلد النشر
د د ن.....دون دار النشر
د س ن.....دون سنة النشر
د ط.....دون طبعة
د ج.....دينار جزائري.
ص ص.....من الصفحة إلى الصفحة
ص.....الصفحة.
ق إ م إ.....قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

باللغة الفرنسية:

- A.J.D.A :..... actualité juridique de droit administratif.
B.O.M.O.P.....Bulletin officiel des marchés de l'opérateur public.
B.O.T..... Build, Operate, Transfer.
C.E Conseil d'État
ED.....Edition.
Ibid.....(Ibidem), au même endroit.
J.O.R.F..... journal officiel de la République Française.
L.G.D.J:Librairie général de droit et de jurisprudence.
N°..... Numéro.
Op. Cit..... Opere citato (Référence précédemment citée).
P..... Page.
P.P.P..... Partenariat Public Privé.
R.F.D.A.Revue Française de Droit Administratif.
T.A tribunal administratif.

مُقَدِّمَةٌ

مقدمة:

من أهم المصطلحات القانونية الأكثر شيوعاً وتداولاً في الدراسات القانونية المعاصرة مبدأ الشفافية، وهذا ما يدل على أهمية هذا المبدأ واعتباره من المقومات الأساسية للحكم الرشيد، ومن ثم فقد حرصت المواثيق الدولية والدراسات والتشريعات الوطنية والمقارنة، على تعزيز قواعد الشفافية في جميع المعاملات والتصرفات الإدارية.

وتظهر العلاقة عكسية بين الشفافية والفساد، فكلما توسع مجال الشفافية ضاقت دائرة الفساد، وقلّت فرصه، والعكس صحيح فكلما غابت قيم الشفافية اتسعت دائرة الفساد وعمت مفاصله، وعظمت آثاره، ومن ثم تصبح النصوص القانونية التي تجرم الفساد وتعاقب عليه ضامنة للشفافية وحامية لها.

فمنذ أن نشأت الإدارة، نشأ معها الفساد الإداري، ولكن درجة انتشاره وأنواعه تختلف باختلاف بيئات العمل وظروف المجتمعات، ومع أن الديانات السماوية وغيرها من النظم الوضعية، كانت من خلال تعاليمها أو توجيهاتها الأخلاقية صارمة وواضحة في محاربة كل مظاهر وصور الفساد الإداري، إلا أنه بقي مستمرا في الحياة باستمرار ضعف النفس البشرية وطغيان حب المادة، لذلك نحن نرى أن الشفافية في الأجهزة الإدارية مصابة بالصداع، والفساد الإداري والمالي يدب في مفاصل كثيرة من أعضائها حتى على مستوى أعلى الهياكل الإدارية في البلاد، والكل يتحدث عن الفساد.

وتعتبر ظاهرة الفساد - الفساد الإداري والمالي بصورة خاصة - ظاهرة عالمية شديدة الانتشار ذات جذور عميقة تأخذ أبعاداً واسعة، تتداخل فيها عدة عوامل تختلف من مجتمع إلى آخر، لذلك حظيت ظاهرة الفساد في الآونة الأخيرة باهتمام الباحثين في مختلف الاختصاصات كالاقتصاد والقانون وعلم السياسة والاجتماع.

وقد أصبحت مبادئ النزاهة والشفافية والمساءلة في المؤسسات العامة موضع الاهتمام والتركيز في برامج الإصلاح الإداري في مختلف الإدارات، ويجب أن تبذل الدول جهوداً جادة لغرس وتعميق وتطبيق هذه المبادئ في بيئة القطاع العام⁽¹⁾، فيجب أن تتصف كل الأعمال الإدارية في الدولة بمبادئ النزاهة والشفافية والمساءلة، وتحدي كل الإغراءات التي تواجه الموظف العام، والتي قد تدفعه إلى استخدام

¹ - منظمة الشفافية الدولية، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، الحق في الوصول إلى المعلومات ودور الإعلام في تعزيز الشفافية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدولة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 125.

وسائل غير مشروعة لتحقيق منافع شخصية. ولقد تفادى الكثير من المستثمرين الدخول في مشروعات إنمائية في بعض الدول العربية بسبب غموض أنظمتها وعدم الشفافية في اتخاذ القرارات وبطئ إجراءات التقاضي، وضعف نظام المحاسبة وقلة المساءلة، وعلى هذا تصبح مبادئ الشفافية والإفصاح من المبادئ الأساسية التي يجب أن تعتمد عليها الدول للرقمي والتقدم.

وبذلك أصبحت الشفافية إحدى أهم المصطلحات التي تستخدمها كل الهيئات المعنية بمكافحة الفساد والحوكمة الرشيدة سواء الوطنية أو الدولية، مُعبّرة عن ضرورة إطلاع الجمهور على منهج السياسات العامة وكيفية إدارة دواليب الدولة من طرف القائمين عليها من رؤساء دول وحكومات ووزراء، وكافة المعنيين في مؤسسات الدولة بغية الحد من السياسات غير المعلنة التي تتسم بالغموض، وعدم مشاركة الجمهور فيها بشكل واضح.

لذا تعتبر الشفافية آلية الكشف والإعلان من جانب الدولة عن كل أنشطتها وأعمالها، وتُعرف هيئة الأمم المتحدة الشفافية بأنها حرية تدفق المعلومات، أي توفير المعلومات والعمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم، لأن الحق في الوصول إلى المعلومات يتلزم مع انتشار مفهوم دور المواطن بوصفه صاحب الحق وأساس الحكم في المجتمعات الديمقراطية، لأن قوة الدفع الديمقراطي تتصاعد مع مدى إشراك المواطنين في تقرير شؤونهم، لكون الديمقراطية تتغذى على ممارسة المواطن في حقه في الحصول على المعلومات من المؤسسات الرسمية، وتتعرّز بالتالي العلاقة المتبادلة بين الإدارة والمواطن، لأن هناك أهمية كبيرة لحق المواطن في الحصول على المعلومات كونها تجعل الإداري يقوم بوظيفته في أجواء شفافة تكشف عن مواطن الخلل والتجاوز، وبمجرد أن يشعر الموظف العمومي بأن المواطنين على علم بما يقوم به، يقلل هذا الشعور من فرص الفساد وإساءة استغلال الوظيفة والنفوذ.

والشفافية هي نقيض الغموض أو السرية في العمل، وتعني توفير المعلومات الكاملة عن النشاط السياسي والإداري والاقتصادي ووضعها في متناول المواطنين، بهدف الاطلاع على أعمال الإدارة العامة التي ينبغي لها أن تقوم بعملها في بيت من زجاج، كل ما يدور داخله يكون مكشوف للجمهور، لذلك تعتبر الشفافية أحد أهم مقومات وعناصر الحكم الرشيد في الدول، فالشفافية هي المؤشر الوحيد الذي بموجبه يتم قياس معدل رضا الشعب على حكومته، ولذلك لتحديد مدى جودة أو رداءة العلاقة بين الإدارة والمواطن في أي دولة ما، يتم الاحتكام إلى مؤشر ومعيار الشفافية، فكلما كان هذا المؤشر

يقترَب من المعدلات القصوى تكون العلاقة بين الإدارة والمواطن في أحسن صورها، أما إذا كان مؤشر الشفافية يقترَب من المعدلات الدنيا تكون هذه العلاقة في أبشع صورها.

والشفافية تعتبر حقاً من الحقوق العامة للمواطنين في مواجهة الجهاز الإداري للدولة باعتبار المزايا التي تحققها الشفافية في الحد من فساد الجهاز الإداري بالدولة والذي يلازم الإدارة العامة منذ نشأتها، هذا الفساد الإداري الذي عادة ما يحاط بالكتمان والسرية الأمر الذي يجعل من الصعب كشفه، ويمكن الجزم بأن جرائم الفساد تعتبر أشد خطراً وفتكاً من باقي الجرائم الأخرى، فآثاره تتسع لتشمل جميع المجالات، لاسيما المجال الاقتصادي والتنموي، كما يوقف دوران عجلة التنمية داخل الدول، وهكذا تعدد الرؤى للشفافية، فنجد جانب ينظر إليها باعتبارها حقاً من حقوق الإنسان، وهناك من ينظر إليها بأنها حق للمواطن في مواجهة الإدارة العامة، في حين ينظر فقه القانون المدني إلى الشفافية باعتبارها أحد الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في العقد.

وتعتقد المجتمعات أمالاً كبيرة على الشفافية بوصفها إحدى أهم ركائز أي نظام ديمقراطي في العالم لمواجهة الفساد الإداري المنتشر في الأجهزة الإدارية، فيمكن القول أن تجسيد الشفافية هو تجسيد للرقابة الشعبية على الحكومة، وغياب الشفافية يعني غياب هذه الرقابة، مما قد ينتج عنه غياب الثقة بين الطرفين وتوتر في العلاقة وتأرجحها، وهو ما حدث في الكثير من الدول العربية التي عرفت غضب شعبي كبير أطلق عليه تسمية "الربيع العربي"، سببه الأول هو غياب الشفافية في التسيير، ومن بينها الجزائر التي شهدت الحراك الشعبي المبارك بتاريخ 22 فبراير 2019 الذي كان بمثابة الإعلان عن تأسيس جمهورية ثانية، وكان ذلك نتاج غياب معايير الشفافية وما نتج عنه من غياب لأسس الحكم الراشد، مما أدى إلى ظهور دولة الأشخاص وغياب تام لدولة المؤسسات، الأمر الذي ساعد على تفشي ظاهرة الفساد بكل أشكاله وهذا ما أدى إلى نخر اقتصاد الدولة.

الأمر الذي جعل رئيس الجمهورية السيد عبد المجيد تبون يطرح المشروع التمهيدي لتعديل الدستور (مسودة التعديل الدستوري) للنقاش في ماي 2020، أي بعد مدة خمسة (5) أشهر من اعتلائه سدة الحكم، هذا المشروع (المسودة) أعدته لجنة خبراء في المجال القانوني، حيث جاء في عرض أسبابه، في مجال تدعيم الحقوق والأساسية والحريات العامة، إدراج المبادئ والقواعد والنظم القانونية الأكثر قبولاً، لاسيما عدم جواز تقييد الحريات والحقوق إلا عن طريق التشريع، ولغرض المحافظة على النظام العام فقط، وهذا ما يعد توسيع من نطاق التشريع على حساب التنظيم، أي توسيع صلاحيات البرلمان على حساب صلاحيات رئيس الجمهورية في كل مسألة تتعلق بتقييد الحقوق والحريات، وفي مجال الفصل بين

السلطات وتنظيمها بصفة عقلانية ومتوازنة، كذلك تم توسيع صلاحيات البرلمان في مجال التشريع، لاسيما صلاحية البرلمان في إعداد القواعد العامة المتعلقة بالطلب العمومي، وذلك بهدف تقييد السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية في مجال الطلبات العمومية، وفي مجال أحلقة الحياة العامة، تم تقديم اقتراحات من شأنها تقريب الإدارة من المواطن، فضلا عن سن قواعد تهدف إلى ضمان المساواة في التعامل معهم، مع مراعاة الجدية والشفافية في تسوية الأوضاع الإدارية، مع إلزام الإدارة بتسيب قراراتها،

كما جاء في ديباجة المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020 (مسودة التعديل الدستوري)، على أن الجزائر تعبر عن تمسكها بالعمل على الوقاية من الفساد ومكافحته، وفق ما هو مكرس في اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لـ 11 يوليو 2003، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لـ 31 أكتوبر 2003، والاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لـ 21 ديسمبر 2010.

أما بخصوص مضمون المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020 (مسودة التعديل الدستوري)، فالمادة 2/22 منه، منعت القيام بأي طلب عمومي-ومن أهمها العقود الإدارية- لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة، أما الفقرة 4 من المادة 22 أعلاه، فرضت على العون العمومي⁽¹⁾ في إطار ممارسة مهامه، تفادي حالات تضارب المصالح، أما الفقرة 5 من المادة 22 عززت إجراء التصريح بالامتلاكات كآلية للوقاية من الفساد، أما المادة 24 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أنه يتعين على السلطات العمومية في كل الظروف احترام الحكم الراشد، وفرض احترامه في تسيير الشؤون العمومية، وأن تسهر السلطات العمومية على أن تضمن القوانين والتنظيمات الشفافية، وألا تحتوي أحكاما من شأنها أن تؤدي الفساد، أما المادة 25 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أنه يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة واستغلال النفوذ، أما المادة 2/26 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أن القانون يضمن عدم تحيز الإدارة، أما الفقرة 3 من المادة 26، نصت بأنه يجب أن تتضمن القوانين، بشأن الطلبات التي تستوجب إصدار قرار إداري، النص على إلزام الإدارة بالرد في أجل معقول، أما الفقرة 4 من المادة 26، نصت على أن تتعامل الإدارة بكل حياد مع الجمهور، في إطار احترام الشرعية، وأداء الخدمة بدون تماطل، أما المادة 1/27 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أن

¹ - نلاحظ هنا أن لجنة الخبراء قد تداركت الخطأ الذي وقع فيه المشرع أثناء الترجمة، لاسيما في القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، حيث أن مصطلح: "Agent public"، يقابله في اللغة العربية مصطلح: "العون العمومي"، لكن المشرع وقع في خطأ وترجم مصطلح: "Agent public" إلى مصطلح: "موظف عمومي"، في حين أن هذا الأخير يقابله في اللغة الفرنسية: "Fonctionnaire public"، وليس "Agent public"، وذلك لكون أن مصطلح: "العون العمومي"، أشمل وأوسع من مصطلح: "الموظف العمومي".

المرافق العامة تضمن خدمات متساوية، وتعاملاً غير تمييزي لكل مرتفق، أما الفقرات 2 و3 فتضمنت مبادئ المرفق العام، أما المادة 1/55 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أنه يتمتع كل مواطن بالحق في الوصول إلى المعلومات والوثائق والإحصائيات واكتسابها وتناولها، أما المادة 3/61 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أن القانون يضع الآليات الكفيلة بتوفير مناخ الأعمال بصفة دائمة، وجعل إجراءات تحقيق الاستثمارات وتسييرها وتصفيتهما شفافة وفعّالة، بشكل يضمن منافسة حقيقية ونزيهة، أما المادة 1/81 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أنه لكل مواطن الحق في أن يتقدم للسلطات العمومية بمفرده أو مع آخرين، بملاحظات قصد طرح انشغالات ذات مصلحة عامة، أو بشأن تصرفات ماسة بحقوقهم الأساسية، أما الفقرة 2 من المادة 81، نصت على أنه من حق كل مُلتِمِس أن يبلغ بنتائج مسعاه في أجل معقول، أما المادة 10/144 جاءت بتعديل جد مهم، مفاده أن البرلمان يشرع في مجال القواعد العامة المتعلقة بالطلبات العمومية، وبالتالي فإن القواعد العامة المتعلقة بالعقود الإدارية لا سيما الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ستكون بموجب قانون وليس بموجب تنظيم (مرسوم رئاسي)، أما المادة 215 من مشروع تعديل الدستور، نصت على أنه تؤسس سلطة عليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وأن هذه السلطة هي هيئة مستقلة، تتمتع بالاستقلالية الإدارية والمالية، وهي التي ستحل محل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك في حالة اعتماد مشروع تعديل الدستور والمصادقة عليه، لكن هذه السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، تم إدراجها في الباب الرابع المتعلق بمؤسسات الرقابة، ولم يتم إدراجها ضمن الباب الخامس المتعلق بالمؤسسات الاستشارية، وهذا رغبة من إعطاء السلطة العليا للشفافية دور رقابي فعّال في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، وليس مجرد دور استشاري تحسيسي، كما كانت عليه الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، حيث كانت في إطار التعديل الدستوري لسنة 2016 في باب المؤسسات الاستشارية، بمعنى أن دورها استشاري تحسيسي فقط.

كل المستجدات الدستورية التي أوردتها لجنة الخبراء في المشروع التمهيدي لتعديل الدستور أعلاه (مسودة التعديل الدستوري)، هي مستجدات تعزز الحقوق والحريات، وترافع لصالح دولة قانونية، قائمة على المؤسسات، أساسها مبدأ المشروعية، شعارها أخلقة الحياة العامة، وأخلقة العمل الإداري، بهدف الوصول إلى محطة الحكم الراشد، والتي لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق ركوب قطار الشفافية، ونظراً لأهمية مبدأ الشفافية في أخلقة العمل الإداري، وأخلقة الحياة العامة، لم يتم الاكتفاء به فقط في نصوص الدستور، بل حتى القوانين كان لها نصيب وافر من هذا المبدأ، فالقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، قد استحدث عنوان كامل أطلق عليه تسمية: "الشفافية

في التعامل مع الجمهور"، ونصت المادة 11 منه: "الإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية، يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساساً: - باعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها، وكيفية اتخاذ القرارات فيها، - بتبسيط الإجراءات الإدارية، - بنشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية، - بالرد على عرائض وشكاوى المواطنين، - بتسيير قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن، وبتبيين طرق الطعن المعمول بها".

كل هذه المبادئ الدستورية المذكورة أعلاه، سواء التي جاء بها دستور 1996، أو التي تم دستورها بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، أو المبادئ التي تم اقتراحها في مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020 (مسودة التعديل الدستوري)، والمكرّسة كذلك بموجب القوانين والتنظيمات، هي التي نقصدها من خلال دراستنا هذه، بمعنى كل هذه المبادئ المذكورة أعلاه أطلقنا عليها تسمية الشفافية، وهكذا بدأ يتضح للقارئ أن للشفافية *la transparence* مفهومين، مفهوم ضيق يتمثل في العلانية أي عكس السرية والغموض، وحرية الوصول للمعلومات وتدفعها، أما المفهوم الموسع للشفافية فله ارتباط بمبادئ الحكم الراشد، بمعنى كل المبادئ الدستورية المتمثلة في الحقوق والحريات الأساسية، والمجسدة كذلك في القوانين والتنظيمات قد أطلقنا عليها مبدأ الشفافية، والتي تعتبر الشفافية بمفهومها الضيق جزء لا يتجزأ منها.

فالشفافية في مفهومها الموسع والمتضمنة جميع المبادئ الدستورية والقانونية والتنظيمية المذكورة أعلاه، ينبغي أن تُجسد في كافة الأعمال الإدارية على اختلاف أنواعها، سواء كانت أعمال إدارية انفرادية كالقرارات الإدارية، أو كانت أعمال إدارية اتفاقية ورضائية كالعقود الإدارية، حيث تعتبر هذه الأخيرة (العقود الإدارية) الوسيلة الأنجع التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها التنموية، هذا ما يجعلنا ندرك بسهولة الثقل المالي للعقود الإدارية في اقتصاد أي دولة، فالعقود الإدارية تعتبر معياراً حقيقياً لشفافية المناخ الاستثماري ووسيلة فنية لتطبيق برنامج الحكومة في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتقديم الخدمات العمومية، وهكذا يتضح بأن العقود الإدارية تحتل جانبا هاما من أعمال الدولة إذ تمثل الشريان الذي يدفع عجلة التنمية، كما تعتبر العقود الإدارية النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية.

إذا كان مبدأ الحرية التعاقدية بالنسبة للأفراد يعتبر من قبيل المسلمات، فإن الأمر لا يكون كذلك بالنسبة للعقود التي تكون الأشخاص العامة طرفا فيها، وبشكل نادر جدا ما يمنح المشرع أو المنظم

للإدارة العامة الحرية المطلقة في التعاقد، ففي غالب دول العالم يوجد فلك قانوني يضبط بالتدقيق معالم وإجراءات إبرام العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وهذا من البديهيات والمسلمات في القانون الإداري لكون الأموال التي ستنتفق أو التي سيتم تحصيلها من جراء هذه العقود الإدارية هي أموال عامة، وبالتالي فإن الإنفاق العام والتحصيل العام يجب أن يكون مضبوطاً بشكل دقيق درءاً لأي شبهة تتعلق بالفساد.

وهكذا في معرض إبرامها لعقودها لا تتمتع الإدارة العامة كأصل عام بما يتمتع به الأفراد من حرية، فهي في اختيارها للمتعاقد معها غالباً ما تجد طريقاً مرسومياً لها يتعين عليها سلوكه، فالإدارة ملزمة بإتباع إجراءات الإبرام المنصوص عليها قانوناً، فبالنسبة للتشريع الجزائري نجد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، الذي يُبين للمصلحة المتعاقدة كيفية تنظيم علاقاتها التعاقدية بالنسبة لهذا النوع من العقود المهمة.

ومن أجل ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وهي المبادئ المنصوص عليها بموجب المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والمقصود بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو حرية التعاقد مع الإدارة العامة عن طريق المنافسة التزيهة، وذلك تجسيدا لحرية الاستثمار وحرية التجارة، والتي تمت دسترتهما بموجب المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي جاء فيها: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بهما، وتمارس في إطار القانون..."، ولأول مرة كذلك تمت دسترة مبدأ حرية المنافسة التزيهة بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 43 أعلاه والتي نصت: "...يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير التزيهة"، أما المقصود بالمساواة في معاملة المرشحين هو حياد المرفق العام أثناء إجراءات الإبرام، وأن يقف على مسافة واحدة بالنسبة لكل المترشحين الراغبين في التعاقد معه، وأن يكون اختيار المتعامل الاقتصادي على أسس وقواعد ومعايير موضوعية محدّدة مسبقاً في دفتر الشروط، وليس على أساس التمييز والمحاباة، أما المقصود بشفافية الإجراءات أن تتم علانية كأصل عام، وحرية المترشحين في الحصول على كل المعلومات المتعلقة بإجراءات الإبرام، ويدخل في نطاق شفافية الإجراءات الإعلان عن الطلب العمومي وإشهاره على نطاق واسع بما يضمن وصوله إلى أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين، كذلك يدخل في نطاق شفافية الإجراءات أن يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح

والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، وذلك كله بهدف أن تتم إجراءات الإبرام في النور وليس في الظلام.

ومن أجل عقلنة المصالح المتعاقدة من جهة، وعصرنة الطلب العمومي من جهة ثانية، وضمنان تجسيد مبادئ الإبرام المذكورة أعلاه من جهة ثالثة، تم لأول مرة في الجزائر إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، توضع لدى الوزير المكلف بالمالية، وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات، وذلك بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك في إطار توفير الأمن القانوني في مجال إبرام العقود الإدارية.

والجدير بالذكر أن المبادئ التي يجب أن تؤسس عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، والمتمثلة في حرية الوصول للطلب العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، لها أساس دستوري نظرا لقيمتها وأهميتها المزدوجة، فمن ناحية فهذه المبادئ تكرس الحقوق والحريات الأساسية للمتعاملين الاقتصاديين، لاسيما حرية المنافسة الشفافة التزيهة والشريفة، وحرية الاستثمار والتجارة، ومن ناحية ثانية فهذه المبادئ تعتبر صمام أمان للوظائف العامة حتى لا تصبح مصدرا للشراء غير المشروع، لأن التطبيق الصارم لهذه المبادئ يضمن عدم المتاجرة بالوظائف العامة لاسيما في مجال العقود الإدارية، التي باتت اليوم المجال الخصب لجرائم الفساد، فكل المحاكمات التي شهدتها المحاكم بعد حراك 22 فبراير 2019 كانت تتعلق بالصفقات العمومية، فكل المتابعات للمسؤولين السابقين ورجال الأعمال كانت تتعلق بجرائم الصفقات العمومية، كمنح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية بشقيها، جنحة المحاباة، وجنحة استغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، وجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وجنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية، بالإضافة إلى جرائم أخرى تتعلق بالمتاجرة بالوظائف العامة والتي قد يكون لها تأثير على شفافية إبرام العقود الإدارية، ومنها جنحة استغلال النفوذ، وجنحة استغلال الوظيفة، وجنحة تعارض المصالح، وجنحة الإثراء غير المشروع، وجنحة تلقي الهدايا، وجنحة عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالامتلاكات، وكل هذه الجرائم المذكورة أعلاه تتعلق بالمتاجرة بالوظائف العمومية وجعلها مصدرا للشراء غير المشروع، في حين أن المؤسس الدستوري نص من خلال المادة 23 من الدستور: "لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدرا للشراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة..."، والجدير بالذكر أن مصطلح "العهدات" تمت إضافته بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، وهكذا فإن جريمة

الإثراء غير المشروع من الوظائف العمومية لها أساس دستوري، ولكن بالرغم من ذلك فإن الجرائم ذات الصلة بالصفقات العمومية كان لها حصة الأسد من المحاكمات سواء بالنسبة للمسؤولين السامين أو بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين المتمثلين في كبار رجال الأعمال في الجزائر، هذه المحاكمات التي جاءت تكريسا لقاعدة: من أين لك هذا؟.

لهذه الأسباب فنحن جمعنا كل المبادئ المتعلقة بالمرفق العام والوظائف العمومية والتي لها صلة مباشرة بالحقوق والحريات الأساسية للمواطن، لاسيما المتعامل الاقتصادي، والتي سبق ذكرها أعلاه، وأضفنا إليها المبادئ الثلاث التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، والمتمثلة في حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، وأطلقنا عليها مصطلح: "الشفافية"، ونقصد به المصطلح الواسع أي "التزاهة"، ولا نقصد به فقط شفافية الإجراءات أي إعلانيتها وعدم سريتها، لأن هذا يعتبر المفهوم الضيق للشفافية، الذي يعتبر عنصر مهم للشفافية بمعناها الواسع وهذا الأخير هو المقصود من وراء هذه الدراسة.

وبعد حصرنا لمفهوم مصطلح الشفافية المقصودة من وراء هذه الدراسة، والتي ينبغي أن تكون سائدة في كل الأعمال الإدارية بمختلف أنواعها، فهذه الدراسة تعالج مبدأ الشفافية في أهم الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة العامة لتسيير مرافقها العامة وتقديم الخدمات للجمهور والمترقبين، وهي الأعمال الإدارية الاتفاقية المتمثلة في العقود الإدارية، لذلك فموضوع الدراسة يتعلق بآليات تكريس المبادئ المذكورة أعلاه -والتي أطلقنا عليها مصطلح "الشفافية"- في مجال إبرام العقود الإدارية.

أما أهمية الدراسة تكمن في أهمية محلها، وذلك من جانبين، الجانب الأول يتمثل في أهمية الشفافية في الوقت الراهن والتي أصبحت مطلب جماهيري، فجميع الاحتجاجات الشعبية التي عرفتها معظم الدول العربية ومنها الجزائر، كانت تطالب بالتزاهة في التسيير والشفافية في إدارة الشأن العام، عن طريق الانتقال من دولة الأشخاص إلى دولة المؤسسات، ولم تقف المطالب الشعبية عند هذا الحد، بل كانت المطالب موجهة لجهاز القضاء من أجل محاكمة كل من كانت له يد في الفساد، والجانب الثاني من الدراسة لا يقل أهمية عن الجانب الأول، والمتمثل في العقود الإدارية التي تعتبر أهم قناة لصرف الأموال العامة، لاسيما الصفقات العمومية التي تخصص لها أموال طائلة لإنجاز المشاريع الكبرى وتسيير المرافق العامة وتقديم الخدمات العمومية، أو بالنسبة لاتفاقيات تفويض المرفق العام التي تعود بإيرادات هامة للخرينة العمومية، والمتعارف عليه أنه أينما وجد المال وجد الفساد، وهذا ما جعل العقود الإدارية وحتى العقود الخاصة للإدارة المجال الخصب لظاهرة الفساد، لذلك تكون هذه الدراسة قد جمعت بين

موضوعين مهمين من مواضيع الساعة المعروضة على الساحة السياسية، موضوع الشفافية وموضوع العقود الإدارية، لذلك يعتبر من أهم المواضيع الجديرة بالبحث، لاسيما وأنه موضوع يجمع بين عدة مجالات من أهمها الحقوق والحريات الأساسية، حياد المرفق العام، حماية الأموال العامة، منع المتاجرة بالوظائف العمومية، وهو ما جعل هذه الدراسة تعتمد على عدة فروع من القانون العام كالقانون الدولي، والقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، وقانون العقوبات، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وكذلك اعتمدت هذه الدراسة على فروع القانون الخاص ومن أهمها القانون المدني والقانون التجاري، وقانون العمل، وقانون المنافسة الذي جمع بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، إضافة إلى القانون الإجرائي المتمثل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الإجراءات الجزائية، بالإضافة إلى التنظيم المتمثل أساسا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

وما جعل هذه الدراسة تكتسي أهمية كبيرة، كونها جاءت في سياق غير مسبوق يعرفه وطننا المفلدى بعد الحراك الشعبي المبارك في: 22 فبراير 2019، الأمر الذي جعل هذه الدراسة مُخضمة كونها جمعت بين مرحلتين متناقضتين، مرحلة انعدمت فيها قيم الشفافية واتسمت بانتشار الفساد، ومرحلة الجمهورية الثانية (الجمهورية الجديدة) الناتجة عن الرقابة الشعبية (الحراك)، والتي بدأت فيها بوادر ومعالَم الشفافية والتراثة في الظهور، مما دفعني إلى المساهمة من خلال مباحث هذه الأطروحة في مناقشة واقتراح وإثراء ما يعزز منظومة قيم الشفافية والحكم الرشيد في متخلف التشريعات المتعلقة بها.

وما زاد هذه الدراسة أهمية كونها تزامنت مع عرض رئاسة الجمهورية لمسودة التعديل الدستوري للنقاش والإثراء، حيث توافقت ما توصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات مع تلك المقترحات والمستجدات الدستورية المتعلقة بالشفافية وتوظيفها في هذه الدراسة بعد الإعلان عنها يوم الخميس ماي 2020، لاسيما منها الدعوة إلى ضرورة استرداد البرلمان لسيادته في مجال وضع القواعد العامة للطلبات العمومية بدلاً من تركها مطلقة في يد سلطة التنظيم.

وعلى اعتبار أن المسودة هي عبارة عن مشروع تعديل دستوري، وإن كنا نُقر بأنها ليست نهائية وأنها سوف تعرف الكثير من التغييرات الناتجة عن النقاشات والإثراء، ومع ذلك قد ناقش الباحث مضمونها على سبيل الاستئناس إلى غاية اعتمادها رسمياً بعد المرور على إجراءات التعديل الدستوري المرتقب في الأيام القليلة المقبلة، وفي المقابل تم الاعتماد على هذا المشروع التمهيدي لتعديل الدستور

(المسودة) كوثيقة رسمية صادرة عن رئاسة الجمهورية، في انتظار إرائها من المختصين والمرور على إجراءات اعتمادها عن طريق إجراءات التعديل الدستوري.

وسبب اختيارنا لموضوع هذه الدراسة يرجع إلى باعث موضوعي مفاده الانتشار الرهيب لجرائم الصفقات العمومية في الآونة الأخيرة، لذلك كانت الرغبة ملحة في التطرق إلى أهم الثغرات القانونية التي وقع فيها المؤسسة الدستوري بخصوص الرقابة على الأعمال الإدارية بصفة عامة، والثغرات التي وقع فيها المشرع من خلال القوانين التي تضمنت بعض الأحكام المتعلقة بالعقود الإدارية، والثغرات التي وقع فيها المنظم أثناء تنظيمه لإجراءات إبرام هذه العقود، هذه الثغرات التي فتحت الباب على مصراعيه للمتاجرة بالوظائف العمومية في مجال إبرام العقود الإدارية، الأمر الذي يؤدي إلى انتشار المحسوبية والمحاباة والمنافسة غير التزيهة، على حساب الشفافية والتزاهة مما يؤدي إلى التلاعب بالأموال العامة، وهذا ما ينتج عنه توقف عجلة التنمية في جميع المجالات، لذلك كان سبب اختيارنا لهذا الموضوع يهدف إلى سد هذه الثغرات القانونية عن طريق تنوير المؤسسة الدستوري والمشرع والمنظم بحلول يمكن من خلالها بناء صرح دستوري وقانوني وتنظيمي كفيل بحماية المال العام في مجال العقود الإدارية من جهة، وحماية حقوق وحرريات المتعامل الاقتصادي من جهة ثانية، تجسيدا للشفافية والتزاهة والمنافسة التزيهة الشريفة، تكريسا لدولة القانون والمؤسسات، والقضاء على المحاباة والمحسوبية ودولة الأشخاص.

وهناك باعث شخصي لاختيار موضوع هذه الدراسة، يتمثل أساسا في تخصصنا الأكاديمي في مجال القانون العام، لاسيما القانون الدستوري والقانون الإداري بجميع فروعهم، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فموضوع الأطروحة يجمع بين كل هذه التخصصات القانونية التي لدينا ميول شخصي كبير للبحث فيها، فلا يمكن الحديث عن الشفافية ولا يمكن الحديث عن العقود الإدارية، دون الاعتماد على هذه الفروع المهمة من فروع القانون العام، إضافة إلى فروع أخرى من القانون الخاص وعلى رأسها القانون المدني، والقانون التجاري، وقانون المنافسة الذي مزج بين القانون العام والخاص، إضافة إلى ميولنا الكبير للبحث في مجال العقود الإدارية، من أجل إثراء المكتبة الوطنية بمراجع مهمة في هذا المجال.

أما أهداف موضوع الدراسة تتجلى أساسا في البحث عن أهم الآليات الدستورية والقانونية والتنظيمية والمؤسسية والقضائية والتي بموجبها يتم تكريس المنافسة التزيهة في مجال إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تجسيدا للشفافية في التسيير، واسترجاع لتلك العلاقة المفقودة بين الإدارة والمواطن منذ فترة طويلة، وبالتالي تستهدف للدراسة تحقيق هدفين أساسيين: أما الهدف الأول فيتمثل في توضيح أهم الآليات الوقائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، سواء على المستوى

الدولي أي الجهود الدولية المتمثلة في الاتفاقيات والمعاهدات والمنظمات الدولية، أو على المستوى الوطني أي في النظام القانوني الجزائري، وذلك عن طريق التطرق إلى ضمانات شفافية الإبرام من جهة، ومن جهة ثانية توضيح طرق وإجراءات الإبرام ومبادئه، أما الهدف الثاني للدراسة فيتمثل في توضيح الآليات الردعية في حالة الإخلال بمبادئ وإجراءات إبرام العقود الإدارية، وذلك بالتطرق للرقابة المؤسسية والرقابة القضائية على إجراءات إبرام العقود الإدارية، وإنهاء هذه الدراسة بإجراء تقييم لمدى نجاعة وفعالية هذه الآليات الوقائية والردعية، وذلك عن طريق عرض نتائج الدراسة، والخروج بمجموعة من التوصيات والاقتراحات.

أما نطاق هذه الدراسة فينحصر في عقود الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام، هذه العقود المنصوص عليها في المادتين 2 و 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، كما تمتد هذه الدراسة كذلك للعقود الخاصة للإدارة والهيئات والمؤسسات العمومية، وذلك في الحالات التي تكون هذه العقود خاضعة لمبادئ حرية الوصول للطلب العمومي (المنافسة) والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، هذا بخصوص نطاق الدراسة من حيث موضوعها أو محلها، أما نطاق الدراسة من حيث المراحل، فتشمل فقط المنازعات التي تنشأ خلال مرحلة الإبرام دون مرحلة التنفيذ، وهذا أمر منطقي لأن مسألة الشفافية تثار أثناء مرحلة التباري والتنافس على عقد الصفقة أو عقد التفويض، وهنا تظهر الأطماع وينتشر الفساد، وتتم المتاجرة بالوظائف وإساءة استغلالها واستغلال النفوذ، لذلك ركزت هذه الدراسة على مرحلة الإبرام، لأن في مرحلة التنفيذ يكون العقد الإداري قد أبرم وتنشأ علاقة جديدة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، فهنا لا مجال للحديث عن المنافسة التزيهة، لكن هذا لا يعني أن هذه المرحلة لا ترتكب فيها جرائم الصفقات أو التفويضات، بل مرحلة التنفيذ كذلك غير محصنة من الفساد، غير أن الجرائم التي ترتكب في هذه المرحلة لا تتعلق بمبادئ الإبرام المذكورة أعلاه، لذلك فإن هذه الدراسة لا تشمل مرحلة التنفيذ، كما أن هذه الدراسة تقصد الشفافية بمفهومها الواسع وليس الضيق كما سبق شرحه أعلاه.

وانطلاقاً من هذه المعطيات فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

ما مدى نجاعة وفعالية السياسة التشريعية في تحقيق شفافية الطلبات العمومية وعقلنة المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين من جهة؟ وأخلاقية إجراءات إبرام العقود الإدارية من جهة ثانية؟.

هذه الإشكالية الرئيسية تنبثق عنها مجموعة من التساؤلات الفرعية:

– ما مدى فعالية الآليات الوقائية في ضمان التنافس التزيه للوصول إلى الطلب العمومي؟.

– ما مدى فعالية الآليات الردعية في تجسيد قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة أثناء التباري على

العقد الإداري؟.

ولقد اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والتنظيمية بهدف الوقوف على أهم إيجابياتها وسلبياتها، لأن تحليل النص القانوني عن طريق تفكيك مصطلحاته وتفسيرها وإعادة تركيبها مع اقتراح بديلها، هو من يساعد على اكتشاف الثغرات الموجودة فيه، وبالموازاة مع المنهج التحليلي قد تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية الجزائرية بالنصوص القانونية الأجنبية لاسيما التشريع الفرنسي، كون أن المنهج المقارن قد يساعد على تحسين وجودة القواعد القانونية عن طريق الأخذ بتجارب دول أخرى تكون قد نجحت في تنظيم مسألة قانونية معينة، كما اعتمدت الدراسة على المنهج التاريخي الذي لا يقل أهمية عن المناهج الأخرى، لاسيما وأن هذه الدراسة كانت بحاجة إلى أهم النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بالعقود الإدارية وأهم التعديلات الواقعة عليها، فالمنهج التاريخي يساعد على دراسة النصوص القانونية قبل وبعد تعديلها، كذلك قد اعتمدت على المنهج النقدي، عن طريق نقد النصوص الدستورية، والقانونية، والتنظيمية، وحتى بعض الآراء الفقهية، بمعنى النقد البناء الذي بواسطته نخرج بنتائج مهمة.

وهناك بعض الدراسات السابقة قد تناولت جزء من الموضوع، أي في جانبه الجزائي المتعلق بالفساد المتمثل في جرائم الصفقات العمومية، وهناك دراسات أخرى تناولت جزء من الموضوع متعلق بالمنافسة في الصفقات العمومية، وهناك دراسات تناولت جزء من الموضوع يتعلق بالجانب المالي في الصفقات العمومية، ومنها دراسة الباحثة: بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2016/2017، وكذلك في جانب المنافسة، ومنها دراسة الباحثة: جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بتاريخ 2015/12/17، وكذلك في الجانب المالي، ومنها دراسة الباحثة: حلومي منال، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، بتاريخ 28 فيفري 2017.

لكن كل هذه الدراسات السابقة كانت متعلقة فقط بالصفقات العمومية، وتعتبر هذه الأطروحة أول دراسة تُعنى بموضوع الشفافية في إبرام العقود الإدارية، وتظهر الجدة من ناحيتين، الناحية الأولى تتعلق بموضوع الشفافية الذي لم يسبق التطرق إليه، أما الناحية الثانية للجدة فتتمثل في أن هذه الدراسة تعتبر الأولى من نوعها التي جمعت بين الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تحت تسمية: "العقود الإدارية"، لكون كل الدراسات السابقة تطرقت فقط إلى نوع واحد من العقود الإدارية وهي الصفقات العمومية.

أما الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة هو اتساع موضوعها، الذي جمع بين فكرتين أساسيتين، مبدأ الشفافية ونظرية العقد الإداري، فكلما تعمقنا وغصنا في الدراسة فكلما وجدنا الموضوع تتحاذبه عدة فروع من القانون، فلا يمكن معالجة هذا الموضوع دون الاستعانة بالقانون الدولي، وعند الرجوع للقانون الداخلي يزداد الأمر تعقيدا، فالبدائية تكون بالاعتماد على القانون الدستوري النافذ مع مراعاة ما جاء في مسودة التعديل، بالإضافة إلى معظم فروع القانون الأخرى التي لها علاقة بالموضوع، ناهيك عن التنظيم، الأمر الذي جعل الموضوع يتسع، بالإضافة إلى قلة المراجع التي تناولت عقود تفويضات المرفق العام بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

وللإجابة عن الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية المطروحة أعلاه، قسمنا الموضوع إلى باين:

الباب الأول

الآليات الوقائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية:

من خلال هذا الباب تطرقنا إلى الجهود الدولية لتجسيد مبدأ الشفافية (المبحث الأول)، ثم أبرزنا أهم ضمانات شفافية إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري (المبحث الثاني)، بمعنى ضمانات تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية على المستويين الدولي والوطني، وذلك تحت تسمية:

الآليات القانونية الوقائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الأول).

ثم تطرقنا إلى الإطار التنظيمي لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم بيننا طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية والرقابة عليها (المبحث الثاني)، وذلك تحت تسمية:

الآليات التنظيمية الوقائية لتجسيد مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الثاني).

الباب الثاني

الآليات الردعية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

تطرقنا من خلال الباب الثاني إلى الآليات المؤسساتية الدستورية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم تطرقنا إلى الآليات المؤسساتية القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (المبحث الثاني)، وذلك تحت تسمية:

الرقابة المؤسساتية على تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الأول).

ثم تطرقنا إلى دور القاضي الإداري الاستعجالي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية Le référé précontractuel (المبحث الأول)، ثم دور القاضي الجزائي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية (المبحث الثاني)، وذلك تحت تسمية:

الآليات القضائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الثاني).

ثم ختمنا هذه الدراسة بعرض مجموعة من النتائج المتوصل إليها، مع تقديم مجموعة من التوصيات والاقتراحات.

الباب الأول

الآليات الوقائية لتجسيد الشفافية

في إبرام العقود الإدارية

لتجسيد الشفافية يجب الوقاية من الفساد (Corruption) الذي يتسبب في مفاسد اجتماعية واقتصادية باهظة، فهو يعمل على تأخير عملية التنمية وشروط الازدهار لدى الشعوب، ويعرقل بناء الديمقراطية، ويقلص مجال دولة القانون والمؤسسات، لذا تغدو محاربه مسألة جماعية ويجب أن تكون شاملة تمس جميع القطاعات⁽¹⁾.

ويعد الفساد الإداري من أخطر أنواع الفساد لأن الإدارة تمثل المحرك الرئيسي في حركة الدولة والسلطات القائمة، ويتمثل الفساد هنا في التصرفات غير القانونية والتعقيدات البيروقراطية وأخطاء القطاع العام المؤدية إلى عدم تحقيق أهدافه المتمثلة في تقديم أفضل الخدمات العامة إلى الجمهور وبالأخص الخدمات الأساسية⁽²⁾. وهنا نقف عند القائمين على الإدارات العمومية، فالفساد يعكس عدم أهليتهم للمسؤولية بحكم تدني أخلاقياتهم، وتغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، والمحسوبية وتدني الكفاءات الإدارية والفنية، لكن الفساد الإداري هو جزء لا يتجزأ من الفساد عموماً وفي مقدمته الفساد المالي، والفساد الاقتصادي، والفساد الاجتماعي، والتي تشكل في مضمونها السبب الرئيسي للفساد الإداري⁽³⁾.

وتعتبر العقود الإدارية الطريقة المفضلة عند الدولة لتنفيذ سياستها العامة⁽⁴⁾، والتي تنجز من خلالها برامج التنمية وهي وسيلة أساسية للتجسيد الميداني للاستثمارات والمشاريع العمومية، وبالتالي فهي من أهم الأدوات التي تساهم في النهوض والرقى بالاقتصاد الوطني، خاصة إذا علمنا أن برنامج المخطط الخماسي (2010-2014) قد رصد له مبلغ 286 مليار دولار، إن هذا الغلاف المالي والذي يمول مشاريع تنموية ضخمة يحتاج إلى إرفاقه بإجراءات قانونية تحصن الصفقات العمومية، وتقطع الطريق أمام كل أشكال الفساد كما تكون صمام أمان للأموال العامة⁽⁵⁾.

¹ - كمال المصباحي، نظام النزاهة العربي في مواجهة الفساد، منظمة الشفافية الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدولة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 12.

² - د/ عصام أحمد البهجي، الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 5.

³ - عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري - ماهيته، أسبابه، مظاهره - الوثائق العالمية والوطنية المعنية بمكافحته، دور الهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في مواجهة الفساد، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 7.

⁴ - عبد الرزاق دربال، التحكيم في الصفقات العمومية وفقاً للتشريع الجزائري في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2017، ص 1.

⁵ - حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013، ص 410.

كل الاعتبارات السابقة جعلت من العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص ميدانا خصبا لتفشي ظاهرة الفساد بمختلف مظاهره، الأمر الذي أدى إلى ازدياد أهمية مكافحة الفساد في مجال إبرام العقود الإدارية، لكون أن مرحلة الإبرام هي أكثر المراحل عرضة لتفشي ظاهرة الفساد، لأنها تشهد تنافس كبير بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين⁽¹⁾.

لهذه الأسباب دعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إلى ضرورة إتباع سياسة الوقاية من جرائم الفساد بما فيها الجرائم المتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة الأولى التي نصت: "أغراض هذه الاتفاقية هي: ترويح وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأجمع...".

"De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace..."

وقد تطرقت الاتفاقية إلى هذه التدابير ضمن أحكام الفصل الثاني بعنوان: "التدابير الوقائية"، وبمصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية فمن المنطقي أن ينص قانونها الداخلي على هذه التدابير التي تحول دون وقوع هذه الجرائم، وقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للآليات الوقائية المخصصة لحماية المال العام والمحافظة عليه من كل أشكال التبيد والتبذير، وذلك بتكريس عدة تدابير وقائية أثناء إجراءات إبرام العقود الإدارية⁽²⁾، وبالتالي تقييد حرية الإدارة في التعاقد بهدف ضمان مبدأ الشفافية، وذلك لاستدراج أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين، للوصول إلى المتعامل الاقتصادي الذي تقدم بأفضل عرض من الناحيتين المالية والفنية⁽³⁾.

وسوف نتطرق من خلال هذا الباب إلى الآليات القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الأول)، ثم نتطرق إلى الآليات التنظيمية لتجسيد مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الثاني).

¹ - حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 410.

² - نقصد عقود الصفقات العمومية وعقود تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ - همزة حضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 15.

الفصل الأول

الآليات القانونية لتجسيد الشفافية

في إبرام العقود الإدارية

الفصل الأول

الآليات القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

بما أنّ العقود الإدارية تعتبر المجال الخصب لتفشي ظاهرة الفساد الإداري والمالي وذلك لصلتها بالمال العام، ورغبة من الدول في حماية مالها العام من التبيد والإهدار، فإنها أولت له عناية خاصة ضمن إستراتيجية لمكافحة الفساد، لاسيما في مجال إبرام العقود الإدارية، لذلك نجد تضافر جهود هذه الدول في شكل منظمات حكومية وغير حكومية من أجل مواجهة ظاهرة الفساد (المبحث الأول)، ومن جهة ثانية نجد كل دولة قد أعطت عناية كبيرة لمحاربة هذه الظاهرة (الفساد الإداري والمالي) وذلك باعتماد سياسة وقائية وسياسة عقابية ضمن تشريعاتها الداخلية، والمشرع الجزائري على غرار باقي دول العالم اعتمد سياسة قانونية لمحاصرة ظاهرة الفساد في عقر داره، والذي أضحي ينتشر بشكل رهيب في العقود التي تبرمها الإدارات العامة، على الخصوص في المرحلة التمهيديّة للإبرام، فكانت الجزائر من بين الدول التي أنتجت ترسانة من القوانين في مختلف المجالات لضمان المنافسة الشريفة والتزيهة عند اختيار المتعامل الاقتصادي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجهود الدولية لتجسيد مبدأ الشفافية والوقاية من الفساد

الفساد ليس ظاهرة محلية لصيقة بالأنظمة السياسية أو الدول فقط، فقد يكون الفساد عابرا للحدود، والفساد على المستوى الدولي ظاهرة تنال من ثقة الدولة ومكانتها في المجتمع الدولي، كما تمز مركزها السياسي بين الدول، وتكمن خطورة الآثار السلبية للفساد على هذا المستوى (المستوى الدولي)، في سرعة انتشاره وقدرته على تدمير العلاقات الخارجية للدول وزعزعة ثقة الحكومات فيما بينها، فالدولة التي ينتشر فيها الفساد تفقد مصداقيتها وثقة حكومات الدول الأخرى، وقد يصل الأمر إلى حد عزلها دوليا.

ومن الأمور التي لا يختلف عليها دارسوا القانون الدولي والعلاقات الدولية، أن المجتمع الدولي يضم دول متقدمة تتسم ببناء اقتصادي قوي، ويتجه اهتمامها إلى رفع مستوى التنمية للوصول إلى مستوى متقدم من المعيشة على الرغم من وجود قدر معين من الفساد فيها، فإن الدول غير المتقدمة تعاني من ظواهر عديدة تعيق تقدمها وتطور مجتمعاتها، ومن أبرز هذه الظواهر جرائم الفساد التي باتت تنخر

مؤسساتها العمومية والخاصة على حد سواء، مما يؤثر ليس فقط على المستوى الداخلي لتلك الدول، بل إنه من الممكن أن تتعرض العلاقات الدولية إلى مخاطر باعتبار أن هذه العلاقات تتداخل فيها الكثير من الأمور الاقتصادية والتجارية وما تحتاج إليه الدول لتوفير احتياجات التنمية⁽¹⁾.

وهكذا لم تكتف الدول لمواجهة ظاهرة الفساد عبر قوانينها الوطنية فقط، بل انتظمت باتفاقيات دولية وشاركت بمؤتمرات دولية وإقليمية للوقوف على أسباب ودوافع ظاهرة الفساد والوسائل الكفيلة بمعالجتها، من أجل الاستفادة من المعايير الدولية التي تضعها الجهود الدولية في هذا السبيل، ولعل التزام الدولة بالاتفاقيات التي صادقت عليها وتحويلها إلى نظامها القانوني الداخلي، يحقق مبدأ التعاون الدولي والتعايش والتناسق بين الأنظمة القانونية في العالم لمواجهة المشاكل المؤثرة عالمياً⁽²⁾ - ومنها ظاهرة الفساد، حيث ستعزز إرادة الدولة بإرادة المجتمع الدولي، فيكون لها تأثيراً أكثر فاعلية في مكافحة الفساد عبر هذه الاتفاقيات، مما لو أظهرت إرادتها عبر قوانينها الوطنية فقط، حيث ستتوحد الجهود والمواقف بما يفضي إلى تدويل الحلول لمواجهة هذه الظاهرة⁽³⁾.

لذلك كان من الضروري أن تتضافر الجهود على المستوى الدولي لمحاربة ظاهرة الفساد، سواء بإنشاء منظمات دولية حكومية وغير حكومية تُعنى بإرساء قواعد ومبادئ الحكم الرشيد، وذلك عن طريق تكريس مبدأ الشفافية في كل الأعمال الإدارية والاقتصادية والتجارية، ومن أهم المنظمات الدولية التي تمَّ إنشائها لهذا الغرض ما يعرف بمنظمة الشفافية الدولية (المطلب الأول)، ومن جهة ثانية تم إبرام عدة اتفاقيات بين الدول بهدف القضاء على آفة الفساد، ومن أهم الاتفاقيات الدولية التي تم إبرامها لهذا الغرض، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (المطلب الثاني).

¹- خليفة موراد، جهود منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016-2017، ص 134، 135، 136.

²- Fitzmaur Ise- the général principles of international- rec- cours la haye, 1957, p 85, 86.

- أشار إليه: د/ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 44.

³- المرجع نفسه، ص 44.

المطلب الأول

منظمة الشفافية الدولية

International Transparence

لقد كثر الحديث في الآونة الأخيرة من طرف الباحثين عن مبادئ وأسس الحكم الراشد، وكان الاتفاق حول قائمة تتضمن مجموعة من العناصر التي تشكل الحكم الراشد، ومن أهم هذه العناصر القضاء على كل الأسباب التي تؤدي إلى الفساد المالي والإداري، وأن تكون قواعد اللعبة السياسية والإدارية المتبعة في تسيير شؤون الدولة واضحة وبارزة للجميع، حتى يتسنى لكل المواطنين متابعة الطرق المعتمدة من طرف القائمين على قضايا الشأن العام، وأن يكونوا على علم بكافة القرارات والتدابير التي قد تكون لها آثار على حياتهم وهذا ما يعرف بالشفافية في التسيير، فكلما تحققت الشفافية قلت فرص التلاعب وقل الفساد⁽¹⁾، وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف منظمة الشفافية الدولية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى قواعد عملها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف منظمة الشفافية الدولية

منظمة الشفافية الدولية منظمة غير حكومية، مهمتها زيادة فرص ونسب مساءلة الحكومات، وتقييد الفساد على المستوى الدولي، وتمثل حركة دولية لمواجهة ومحاربة الفساد.

منظمة الشفافية الدولية (Transparency International) يرمز لها بـ (TI)، تقوم بوضع تقرير سنوي يتعلق بمؤشر الفساد في الدول وذلك عن طريق ترتيب الدول حسب نسبة انتشار الفساد فيها، وهي الآن منظمة عالمية غير حكومية، وتقول هذه المنظمة عن نفسها: "الشفافية الدولية هي منظمة مجتمع مدني عالمية تقود الحرب ضد الفساد، تجمع الناس معا في تجمع عالمي قوي للعمل على إنهاء الأثر المدمر للفساد..."⁽²⁾.

¹ - منظمة الشفافية الدولية، مرجع سابق، ص 63.

² - دغو لخضر، القانون في مواجهة ظاهرة الفساد والاعتداء على المال العام، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2015-2016، ص 14.

أولاً: نشأة منظمة الشفافية الدولية

أنشأت هذه المنظمة عام 1993 في مدينة برلين بألمانيا لتساعد الدول والأفراد الراغبين في التقليل أو على الأقل الحد من ظاهرة الفساد، خاصة بعد انتشاره بنسبة كبيرة، وبعد عجز المؤسسات الوطنية والمحلية المعنية على محاربه ومواجهته، بعد أن تحول إلى سرطان يلتهم جهود التنمية المحلية، بل حتى الجهود الدولية المتمثلة في المنح والمساعدات والمعونات والقروض المخصصة لمحاربة الفقر والجوع والمرض.

ثانياً: أهداف منظمة الشفافية الدولية

1- تهدف منظمة الشفافية الدولية إلى الحد من الفساد عن طريق تفعيل اتحاد عالمي لتحسين وتقوية نظم النزاهة الوطنية والعالمية؛

2- المسؤولية المشتركة والعامه لمحاربة الفساد وإدراك أن مخاطر الفساد تتعدى حدود الحالات الفردية؛ ولذا فهي حركة عالمية تتجاوز النظم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية داخل كل دولة؛

3- الاهتمام بالمبادئ المجتمعية مثل المشاركة واللامركزية، والمساءلة والمحاسبة والشفافية على المستوى المحلي؛

4- محاربة التحيز الصادر عن الإدارة العامة أثناء تقديم الخدمات العمومية.

وتعتمد المنظمة في تحقيق أهدافها على إيمانها القوي بأنه من الممكن محاربة الفساد بشكل دائم ومستمر، بالتعاون بين القوى المجتمعية، وتعتمد المنظمة في حركتها في المناطق المختلفة في العالم على الأفراد ذوي القيم العالية والمشهود لهم بالنزاهة ليس في المجتمع المدني فقط، ولكن في عالم التجارة والأعمال، وفي الحكومات أيضاً وذلك بهدف عمل تحالف من أجل إصلاح النظم المعمول بها والتي كانت سبباً أو ساهمت في ظهور الفساد⁽¹⁾.

¹ - الويزة نجار، التصدي المؤسساتي والجزائري لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014، ص 117، 118.

ثالثاً: مبادئ عمل منظمة الشفافية الدولية

كما سلف الذكر، فإن منظمة الشفافية الدولية تم تأسيسها سنة 1993 وفقاً للقانون الألماني، وقد عقد مؤتمرها التأسيسي في برلين تحت شعار الاتحاد العالمي ضد الفساد وقد ارتكز عمل هذه على جملة مبادئ وقواعد كان أهمها هي:

1- اعتبار الحركة ضد الفساد حركة عالمية تتجاوز النظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية داخل الدولة؛

2- الاهتمام بمبادئ الديمقراطية والمشاركة واللامركزية والشفافية والمسائلة على المستوى المحلي وتجاوز الانتماءات الحزبية الضيقة في الغدارة والحكم؛

3- التسليم بوجود أسباب عملية (مادية) وأخلاقية (معنوية)، تقف وراء ظاهرة الفساد؛

4- إدراك أن مخاطر الفساد تنطوي على طبيعة عالمية متعددة للحدود الإقليمية لكل دولة، فيجب مكافحتها بوسائل تأخذ نفس طبيعة تلك الظاهرة؛

5- اختراق جدار الصمت الذي يحيط بالفساد؛

6- إدراك واقع الفساد إدراكاً مشتركاً وتعريفه، والكشف عن أوجه النقص في الإجراءات التي تتخذ ضده على الصعيد القومي والدولي؛

7- تشكيل ائتلافات ضد الفساد، وتعبئة موارد من أجل المنظمة الجديدة؛

8- لفت أنظار وسائل الإعلام إلى أخطار الفساد والكشف عن الأضرار التي يسببها، ولاسيما في البلدان النامية.

وقامت منظمة الشفافية الدولية بوضع تصميم أولي من الأدوات الفكرية لاستخدامها ضد الفساد، وذلك عن طريق توضيح الطريقة التي يستطيع بها المرء القضاء على الفساد، ونشأ هذا عن لائحة تفقدية تذكر العناصر ذات العلاقة اللازمة من أجل نظام لا يقبل الرشوة، أي أنه مستقيم، وقد صورت المنظمة تصوراً الخاص بـ (جزر الاستقامة) ووضعت بذلك ميثاق الاستقامة⁽¹⁾.

¹ - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 45، 46.

الفرع الثاني

قواعد عمل منظمة الشفافية الدولية

يقوم البناء التنظيمي لمنظمة الشفافية الدولية على مجلس إدارة ومجلس استشاري، يختصان بوضع الاستراتيجيات اللازمة لمكافحة الفساد، وللهيئتين مصادر تمويل خاصة تعتمد عليها في تحقيق أهدافها وتمويل أنشطتها، وللمنظمة عدة استراتيجيات تعمل على تحقيقها، ولها أساليب وأشكال مختلفة لتحقيق هذه الاستراتيجيات، حيث تتبنى منظمة الشفافية الدولية إستراتيجية مكونة من عدة عناصر لتحقيق أهدافها تتمثل أساسا فيما يلي:

1- بناء تحالفات على المستوى المحلي والإقليمي والعالمي، تضم الحكومات والمجتمع المدني، والقطاع الخاص، وذلك من أجل محاربة الفساد الداخلي والخارجي؛

2- تنظيم ودعم الفروع المحلية للمنظمة لتحقيق مهمتها؛

3- المساعدة في تصميم وتنفيذ نظم النزاهة الفعّالة؛

4- تجميع وتحليل ونشر المعلومات وزيادة الوعي العام بأضرار الفساد على التنمية الاقتصادية⁽¹⁾.

ولمنظمة الشفافية الدولية عدت إنجازات، من بينها تقديم الدعم لمنطقة دول التعاون الاقتصادي والتنمية من أجل إصدار اتفاقية مقاومة رشوة الموظفين الأجانب، الذين يعملون في المعاملات التجارية العالمية، والتي قالت عنها الصحافة العالمية بأن هذه الرشوة تضر بمنطقة الشفافية، كذلك من إنجازاتها زيادة فروع المنظمة باستمرار حتى شملت عدد كبير من الدول على مستوى العالم، وهذا يوضح الخطورة القصوى لظاهرة الفساد، كذلك قد وضعت المنظمة ميثاقا لمكافحة الرشوة في عقود الصفقات العامة، وبناء على هذا الميثاق يلتزم كل أطراف عقد الصفقة بعدم الحصول على أي شكل من أشكال التسهيلات أو الرشوة أو عرضها في مجال العقد، وإذا خالف أي طرف هذا الميثاق يتم وضعه في القائمة السوداء للأنشطة التي تتسم بالفساد، ويتم استبعاده من الحصول على أي عقود مستقبلية⁽²⁾.

¹ - الويزة نجار، التصدي المؤسساتي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص 118.

² - المرجع نفسه، ص 190، 191.

ومن أهم الخطوات التي قامت بها منظمة الشفافية الدولية في مجال مكافحة الفساد وضع مؤشر دولي لقياس الفساد يغطي 146 دولة في العالم من بينها 16 دولة عربية، يسمى مؤشر النزاهة، وتنحصر قيمة هذا المؤشر بين 00 إلى 10 نقاط، بمعنى أن الدولة التي حصلت على تقدير 10 أو كانت قريبة من هذا التقدير تعتبر نظيفة من الفساد، أما الدولة التي حصلت على تقدير 00 أو كانت قريبة من هذا التقدير تعتبر ملطخة بالفساد⁽¹⁾، وعموماً كل دولة تحصل على معدل أقل من 4 تعتبر فاسدة، ويستند في إعداد هذا التقرير على معلومات مستقاة من مصادر متعددة، كآراء رجال الأعمال أو أكاديميين، ومنظمات غير حكومية... الخ⁽²⁾.

وتم إدراج الجزائر لأول مرة في تقارير منظمة الشفافية الدولية سنة 2003، حيث صنفت في المرتبة 88 عالمياً ضمن 133 دولة تم إدراجها في القائمة، إذ تحصلت على 2.6 نقطة من مجموع 10 نقاط، وجاءت نتائج العشر سنوات كالتالي⁽³⁾:

السنة	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
المعدل	2.6	2.7	2.8	3.1	3.0	3.2	2.8	2.9	2.9	3.4	3.6

المتمعن في هذه النتائج سيلاحظ أن معدلات الفساد وخاصة الرشوة، المسجلة سنة 2013، لم تختلف كثيراً عن تلك المسجلة سنة 2003 وذلك بالرغم من الإجراءات المتبعة والقوانين الصادرة والهيئات المستحدثة من أجل محاربة هذه الظاهرة، إذ سجلت تحسناً بنقطة واحدة خلال عشرية كاملة من الزمن، وهذا ما يبيّن عجز القوانين والمؤسسات في احتواء ظاهرة الفساد⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أنه توجد كذلك منظمة النزاهة العالمية التي يقع مقرها بواشنطن، والتي تُصدر سنوياً التقرير العالمي للنزاهة الذي يشمل على مجموعة من المؤشرات، حيث تتضمن هذه المؤشرات قياساً لعوامل شبيهة بتلك التي يصدرها البنك الدولي وهي مساءلة الحكومة عن طريق الجهاز التشريعي، والجهاز القضائي، ومدى وجود آليات لمكافحة الفساد، والاعتماد على تصريحات المجتمع المدني،

¹ - الويزة بنجار، التصدي المؤسساتي والجزائري لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، ص 191.

² - نادية عبد الرحيم، الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، العدد 09، سبتمبر 2015، ص 194.

³ - المرجع نفسه، ص 195.

⁴ - المرجع نفسه، ص 195.

والإعلام، هذه المؤشرات تمثل مجتمعة المؤشر العالمي للتراثة، وما يعاب على منظمة التراثة العالمية أنها تغير في كل سنة منهجية وإجراءات القياس مما يشكل صعوبة في المقارنة الزمنية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

إن تعاضم ظاهرة الفساد مكنها من اختراق مؤسسات الدولة والتغلغل في أجهزتها السياسية والإدارية والمالية... الخ، الأمر الذي فتح المجال لعدد كبير من الأنشطة الإجرامية للتفشي أكثر، مع ما يرتبه ذلك من آثار مدمرة على المجتمعات الوطنية والمجتمع الدولي، خاصة في الحالات التي تأخذ فيها الظاهرة بعدا دوليا⁽²⁾.

لقد اهتمت الدول بموضوع مكافحة الفساد على المستوى الداخلي، وكانت الفاعلية في هذا الإطار نسبية ومتفاوتة من دولة إلى أخرى، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وما رافق ذلك من تطور تكنولوجي وانفتاح وتداخل في العلاقات الدولية، خاصة في الميادين ذات الصلة بالتنمية كالاقتصاد، فضلا عن تجليات العولمة بمختلف أبعادها، وهو ما وفر بيئة زادت من خطورة ظاهرة الفساد.

وهكذا صمم المجتمع الدولي على مكافحة الفساد، وأطلقت دعوات إلى اتخاذ إجراءات للحد منه على جميع المستويات، واستجابة لتلك الدعوات جعلت منظمة الأمم المتحدة من مشكلة الفساد محطة اهتمام لها، من أجل الحد من مخاطرها، حيث بذلت جهود حثيثة في هذا المجال، ويرجع أول تناول لمشكلة الفساد من جانب الأمم المتحدة إلى مؤتمر الأمم المتحدة الرابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، والذي عقد في كيتو باليابان في الفترة من 17 إلى 26 أوت 1970 تحت عنوان: "الجريمة والتنمية"، والذي انتهى إلى أن التقصير في مجالات التنمية بمختلف أبعادها يؤدي بدون أدنى شك إلى تزايد مشكلة الإجرام، كما لاحظ المؤتمر أن هذه الظاهرة لم تعد تقتصر على الجرائم التقليدية، بل أصبحت متشعبة وعالمية النطاق، وهي جرائم أكثر خطورة من الجرائم الكلاسيكية.

¹ - زقاوي حميد، الآليات القانونية لمكافحة جرائم الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2019/2018، ص 247.

² - خليفة مراد، مرجع سابق، ص 2.

تواصلت بعدها جهود منظمة الأمم المتحدة من خلال عقد العديد من المؤتمرات وإصدار الكثير من القرارات، فضلا عن قيام المنظمة بإبرام العديد من الصكوك والمدونات لمكافحة الظاهرة⁽¹⁾.

تمثل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تقدما كبيرا في مسار مكافحة هذه الظاهرة، لأنها الصك القانوني الدولي الوحيد الذي تناول ظاهرة الفساد بشكل شبه متكامل، لكونها اتفاقية عالمية اشترك في أعمالها التحضيرية وفي المفاوضات التي سبقت إقرارها أكثر من مائة دولة، بالإضافة إلى العديد من المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، وهي بذلك تعد استكمالا لسلسلة الاتفاقيات ذات الصلة بمكافحة الفساد، وتتويجا لمساعي الأمم المتحدة في هذا الإطار والتي تترجم الإرادة السياسية للمجتمع الدولي في هذا السياق⁽²⁾.

وبالتالي وردا على التحديات التي يطرحها الفساد أدت الحاجة إلى وضع وثيقة ملزمة شاملة لمعالجة الفساد، ألا وهي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من قبل ممثلين عن عدة دول، وقد قام مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة UNODC بدور الأمانة العامة للمفاوضات، وعقب اختتام المفاوضات في أكتوبر 2003 تم تقديم نص الاتفاقية لإقراره من قبل الجمعية العامة بتاريخ 31 أكتوبر 2003، وعند إقراره تم التوقيع عليه في مؤتمر خصص لهذا الغرض.

دخلت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حيز النفاذ بتاريخ 19 ديسمبر 2005، وذلك بعد المصادقة عليها من طرف 30 دولة⁽³⁾.

وقد استفادت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من الصكوك القانونية الإقليمية والصكوك المتعددة الأطراف التي سبقتها⁽⁴⁾.

¹ - خليفة مراد، مرجع سابق، ص 2، 3.

² - المرجع نفسه، ص 240.

³ - الويزة نجار، التصدي المؤسسي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق ص 116.

⁴ - مثل: اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد التي اعتمدها منظمة الدول الأمريكية في 29 مارس 1996.

- اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية التي اعتمدها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي OEDC في 21 نوفمبر 1997.

- اتفاقية قانون الجنائي بشأن الفساد التي اعتمدها اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا في 04 نوفمبر 1997.

- اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه التي اعتمدها رؤساء دول وحكومات الإتحاد الإفريقي في 12 يوليو 2003

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية التي دخلت حيز النفاذ في 29 سبتمبر 2003..=.

وقد تمت المصادقة على هذه الاتفاقية من قبل العديد من دول العالم⁽¹⁾، وكانت الجزائر من أول الدول التي ضمت جهودها إلى المجتمع الدولي، وكتفت مساعيها لأجل وضع هذه الأداة الدولية الفعالة التي تسمح بمواجهة الفساد وذلك بمصادقتها على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128⁽²⁾.

وتطبيقا للمادة 65 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي جاء فيها: "تتخذ كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما يلزم من تدابير بما فيها التدابير التشريعية والإدارية لضمان تنفيذ التزامها بمعنى هذه الاتفاقية"، تم إدماج اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المنظومة التشريعية الوطنية.

الفرع الأول

الأحكام العامة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

دعت الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد الدول الأطراف المصادقة عليها إلى تطبيق تدابير واسعة لمكافحة الفساد من خلال قوانينها ومؤسساتها، تهدف هذه التدابير إلى تقرير الوقاية من أفعال الفساد وضبطها ومعاينة مرتكبيها، بالإضافة إلى تعاون الدول الأطراف لمكافحة الفساد وتعقب الفاسدين والأموال المحصلة بطرق غير شرعية.

تم التفاوض على اتفاقية مكافحة الفساد من قبل ممثلين عن أكثر من مائة دولة، وعقب اختتام المفاوضات في أكتوبر 2003 تم تقديم نص الاتفاقية لإقراره من قبل الجمعية العامة بتاريخ 31 أكتوبر 2003، وعند إقراره تم فتحه للتوقيع عليه في مؤتمر خصص لهذا الغرض في مدينة مريدا في المكسيك في الفترة ما بين 9 و11 ديسمبر 2003، واعتبر تاريخ 09 ديسمبر من كل سنة هو اليوم العالمي لمكافحة

=... أشارت إليها: الويزة بنجار، التصدي المؤسسي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق، ص 116.

¹-منها: أستراليا في 07 ديسمبر 2005، مصر في 25 فيفري 2005، الأردن في 24 فبراير 2005، الكويت في 16 فيفري 2007، المكسيك في 20 جويلية 2004، نيجيريا في 14 ديسمبر 2004، كوبا في 09 ماي 2005، تركيا في 09 نوفمبر 2007، اليمن في 07 نوفمبر 2005، المغرب في 09 ماي 2005، دولة الإمارات العربية المتحدة في 22 فيفري 2006، الفلبين في 08 نوفمبر 2006، قطر في 30 جانفي 2007، الكامرون في 06 فيفري 2006، البرازيل في 15 جوان 2005، بلغاريا في 20 ديسمبر 2006.

²- مرسوم رئاسي رقم 04-128، مؤرخ في 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج ر عدد (26) الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2004.

الفساد والذي يصادف ذكرى مؤتمر التوقيع على هذه الاتفاقية، التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 14 ديسمبر 2005 وهي مفتوحة للانضمام لكافة الدول والمنظمات.

ولقد جاءت الأحكام العامة للاتفاقية لتبين الهدف منها، وشمولية ونطاق تطبيقها وإقرار وترسيخ القيم السياسية والاجتماعية المعززة لثقافة الشفافية والتزاهة والمساءلة، والاهتمام بالسياسات الوقائية المصاحبة لمكافحة الفساد، كما جاءت الاتفاقية لتبين خطورة ما يطرحه الفساد وما يترتب عليه من آثار على المجتمع، كذلك جاءت الاتفاقية لتبين الصلة الموجودة بين الفساد وسائر أشكال الجريمة لاسيما الجريمة المنظمة والجريمة الاقتصادية⁽¹⁾.

أولاً: الهدف من الاتفاقية

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من الاتفاقية التي جاءت في الفصل الأول تحت عنوان: "أحكام عامة"، نجد أنها تنص: "بيان الأغراض: - أغراض هذه الاتفاقية هي:

- 1- ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأنجح؛
- 2- ترويج وتيسير ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية في مجال منع ومكافحة الفساد، بما في ذلك في مجال استرداد الموجودات؛
- 3- تعزيز النزاهة والمساءلة والإدارة السليمة للشؤون العمومية والممتلكات العمومية".

ثانياً: التعريف بالمصطلحات المستخدمة

بالرجوع إلى نص المادة 02 من الاتفاقية نجد أنها تنص: "المصطلحات المستخدمة: - لأغراض هذه الاتفاقية:

1- يقصد بتعبير "موظف عمومي":

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

¹ - الويزة نجار، التصدي المؤسساتي والجزائري لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مرجع سابق،

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 تلك الدولة الطرف؛

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

2- يقصد بتعبير "موظف عمومي أجنبي" أي شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا لدى بلد أجنبي، سواء أكان معينا أم منتخبا، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية؛

3- يقصد بتعبير "موظف مؤسسة دولية عمومية" مستخدم مدني دولي أو أي شخص تآذن له مؤسسة من ها القبيل بأن يتصرف نيابة عنها؛

4- يقصد بتعبير "الممتلكات" الموجودات بكل أنواعها، سواء أكانت مادية أم غير مادية، منقولة أم غير منقولة، ملموسة أم غير ملموسة، والمستندات أو الصكوك القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود حق فيها؛

5- يقصد بتعبير "العائدات الإجرامية" أي ممتلكات متأتية أو متحصل عليها، بشكل مباشر أو غير مباشر، من ارتكاب جرم؛

6- يقصد بتعبير "التجميد" أو "الحجز" فرض حظر مؤقت على إحالة الممتلكات أو تبديلها أو التصرف فيها أو نقلها، أو تولى عهدة الممتلكات أو السيطرة عليها مؤقتا، بناء على أمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة أخرى؛

7- يقصد بتعبير "المصادرة"، التي تشمل التجريد حيثما انطبق، الحرمان الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة أخرى؛

8- يقصد بتعبير "الجرم الأصلي" أي جرم تأتت منه عائدات يمكن أن تصبح موضوع جرم حسب التعريف الوارد في المادة 23 من هذه الاتفاقية...⁽¹⁾.

ثالثا: نطاق تطبيق الاتفاقية

بالرجوع إلى المادة 03 من الاتفاقية نجد ما تنص: "نطاق الانطباق:

- 1- تنطبق هذه الاتفاقية، وفقا لأحكامها، على منع الفساد والتحري عنه وملاحقة مرتكبيه، وعلى تجميد وحجز وإرجاع العائدات المتأتية من الأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية؛
- 2- لأغراض تنفيذ هذه الاتفاقية، ليس ضروريا أن تكون الجرائم المبيّنة فيها قد ألحقت ضررا أو أذى بأموال الدولة، باستثناء ما تنص عليه خلافا لذلك".

رابعا: صون سيادة الدول الأعضاء في الاتفاقية

بالرجوع إلى المادة 04 من الاتفاقية نجد ما تنص: "صون السيادة:

- 1- تؤدي الدول الأطراف التزاماتها بمقتضى هذه الاتفاقية على نحو يتفق مع مبدأي تساوي الدول في السيادة وسلامة أراضيها، ومع مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى؛
- 2- ليس في هذه الاتفاقية ما يبيح للدولة الطرف أن تقوم في إقليم دولة أخرى بممارسة الولاية القضائية وأداء الوظائف التي يناط أداؤها حصرا بسلطات تلك الدولة الأخرى بمقتضى قانونها الداخلي".

الفرع الثاني

السياسة الوقائية لمكافحة الفساد في الاتفاقية

وهي عبارة عن مجموعة من السياسات الوقائية التي تضمنتها بنود الاتفاقية بغية مكافحة ظاهرة الفساد على نحو فعال، والذي يقتضي ضرورة الاهتمام بترسيخ عددا من التدابير الوقائية التي تؤثر وجودا أو عدما في مكافحة الفساد، ولعل أهم هذه التدابير الوقائية التي أكدت الاتفاقية على ضرورة العمل على تعزيزها تتمثل فيما يلي:

¹ - أمير فرج يوسف، مكافحة الفساد الإداري والوظيفي وعلاقته بالجريمة على المستوى المحلي والإقليمي والعربي في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 608.

أولاً: تأكيد النزاهة والمساءلة وسيادة القانون

وهو ما نصت عليه المادة 05 من الاتفاقية التي جاء فيها: "سياسات وممارسات مكافحة الفساد الوقائية:

1- تقوم كل دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وضع وتنفيذ أو ترسيخ سياسات فعالة منسقة لمكافحة الفساد، تعزز مشاركة المجتمع وتجسد مبادئ سيادة القانون وحسن إدارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة؛

2- تسعى كل دولة طرف إلى إرساء وترويج ممارسات فعالة تستهدف منع الفساد؛

3- تسعى كل دولة طرف إلى إجراء تقييم دوري للضوابط القانونية والتدابير الإدارية ذات الصلة، بغية تقرير مدى كفايتها لمنع الفساد ومكافحته؛

4- تتعاون الدول الأطراف فيما بينها ومع المنظمات الدولية الإقليمية ذات الصلة، حسب الاقتضاء ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، على تعزيز وتطوير التدابير المشار إليها في هذه المادة، ويجوز أن يشمل ذلك التعاون المشاركة في البرامج والمشاريع الدولية الرامية إلى منع الفساد"⁽¹⁾.

ثانياً: هيئات مكافحة الفساد الوقائية

بالرجوع إلى أحكام المادة 6 من الاتفاقية، نجدتها قد أوصت الدول الأطراف بوجود هيئات وقائية تتولى منع الفساد، حيث جاء في المادة 6 أعلاه ما يلي:

1- تكفل كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وجود هيئة أو هيئات، حسب الاقتضاء تتولى منع الفساد، بوسائل مثل:

أ- تنفيذ السياسات المشار إليها في المادة 5 من هذه الاتفاقية، والإشراف على تنفيذ تلك السياسات وتنسيقها، عند الاقتضاء؛

ب- زيادة المعارف المتعلقة بمنع الفساد وتعميمها؛

¹ - أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 609، 611.

2- تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بمنح الهيئة أو الهيئات المشار إليها أعلاه ما يلزم من الاستقلالية، لتمكينها من الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة وبمناى عن أي تأثير لا مسوغ له، وينبغي توفير ما يلزم من موارد مادية وموظفين متخصصين، وكذلك ما قد يحتاج إليه هؤلاء الموظفون من تدريب للاضطلاع بوظائفهم؛

3- تقوم كل دولة طرف بإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة، باسم وعنوان السلطة أو السلطات التي يمكن أن تساعد الدول الأطراف الأخرى على وضع وتنفيذ تدابير محددة لمنع الفساد⁽¹⁾.

ثالثا: وضع تدابير تتعلق بالموظفين سواء من حيث طرق التوظيف والتكوين والتحفيز

جاءت المادة 7 من الاتفاقية بتدابير وإجراءات تتعلق بمعايير توظيف الموظفين العموميين وتكوينهم، بالإضافة إلى قيمة الأجرة التي يتلقونها، وهذا كله ما يساعد على تجنب ظاهرة الفساد، حيث تتمثل هذه التدابير طبقا لأحكام المادة 7 أعلاه فيما يلي:

1- تسعى كل دولة طرف، حيثما اقتضى الأمر ووفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين المدنيين، وغيرهم من الموظفين العموميين غير المنتخبين عند الاقتضاء، واستخدامهم واستبقائهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد، حيث يجب أن تتسم هذه النظم طبقا للمادة 7 أعلاه بما يلي:

أ- تقوم على مبادئ الكفاءة والشفافية والمعايير الموضوعية، مثل الجدارة والإنصاف والأهلية؛

ب- تشتمل على إجراءات مناسبة لاختيار وتدريب أفراد لتولي المناصب العمومية التي تعتبر عرضة للفساد بصفة خاصة، وضمان تناوبهم على المناصب عند الاقتضاء؛

ج- تشجع على تقديم أجور كافية ووضع جداول أجور منصفة، مع مراعاة مستوى النمو الاقتصادي للدولة الطرف المعنية؛

د- تشجع على وضع برامج تعليمية وتدريبية لتمكين الموظفين من الوفاء بمتطلبات الأداء الصحيح والمشرف والسليم للوظائف العمومية، وتوفر لهم التدريب المتخصص والمناسب من أجل توعيتهم بمخاطر

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 6 من الاتفاقية.

الفساد الملازمة لأداء وظائفهم، ويجوز أن تشير هذه البرامج إلى مدونات أو معايير سلوكية في المجالات التي تنطبق عليها؛

2- تنظر كل دولة طرف أيضا في اعتماد تدابير تشريعية وإدارية مناسبة، بما يتوافق مع أهداف الاتفاقية ووفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، لوضع معايير تتعلق بالترشح للمناصب العمومية وانتخاب شاغليها؛

3- تنظر كل دولة طرف أيضا في اتخاذ التدابير التشريعية والإدارية المناسبة، بما يتفق مع أهداف الاتفاقية ووفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، لتعزيز الشفافية في تمويل الترشيحات لانتخاب شاغلي المناصب العمومية وفي تمويل الأحزاب السياسية؛

4- تسعى كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم تعزز الشفافية وتمنع تضارب المصالح⁽¹⁾.

رابعا: وضع مدونات وقواعد سلوك للموظفين العموميين

بالرجوع إلى أحكام المادة 8 من الاتفاقية، نجدتها قد وضعت بعض الإجراءات والتدابير تتعلق بسلوك الموظفين العموميين، وذلك بهدف محاربة كل أشكال الفساد، ومن أهم هذه الإجراءات والتدابير التي جاءت بها المادة 8 من الاتفاقية:

1- تعمل كل دولة طرف، ضمن جملة أمور، على تعزيز النزاهة والأمانة والمسؤولية بين موظفيها العموميين، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني؛

2- تسعى كل دولة طرف إلى أن تطبق، ضمن نطاق نظمها المؤسسية والقانونية، مدونات أو معايير سلوكية من أجل الأداء الصحيح والمشفرف والسليم للوظائف العمومية؛

3- حيث دعت الاتفاقية الدول الأطراف إلى وضع مدونات سلوك للموظفين العموميين، بهدف تعزيز النزاهة والأمانة والمسؤولية وضمان الأداء الصحيح للوظائف العمومية، وفي هذا الإطار فقد دعت الاتفاقية الدول الأطراف إلى أن تأخذ في الاعتبار المبادرات ذات الصلة التي اتخذتها المنظمات الإقليمية

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 7 من الاتفاقية.

المتعددة الأطراف، ومنها المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين المرفقة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 59/51 المؤرخ في 12 ديسمبر 1996⁽¹⁾؛

4- تنظر كل دولة أيضا، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، في إرساء تدابير ونظم تُيسر قيام الموظفين العموميين بإبلاغ السلطات المعنية عن أفعال الفساد، عندما ينتبهون إلى مثل هذه الأفعال أثناء أداء وظائفهم؛

5- اتخاذ التدابير التي تلزم الموظفين العموميين بالإفصاح للسلطات المعنية عما لهم من أنشطة خارجية، وعمل وظيفي، واستثمارات وموجودات وهبات، أو منافع أخرى قد تؤدي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين؛

6- تنظر كل دولة طرف في أن تتخذ، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، تدابير تأديبية أو تدابير أخرى ضد الموظفين العموميين الذين يخالفون المدونات أو المعايير الموضوعية وفقا للمادة 8 من الاتفاقية⁽²⁾.

خامسا: وضع إجراءات تركز الشفافية والمنافسة أثناء إبرام العقود الإدارية

بالرجوع إلى أحكام المادة 9 من الاتفاقية، نجد أنها قد أوصت الدول الأطراف باعتماد إجراءات تهدف إلى حماية المال العام في مجال العقود الإدارية بكل أنواعها، حيث ينبغي أن تركز هذه الإجراءات مبادئ الشفافية والمنافسة التريهة أثناء إبرام العقود الإدارية، حيث كرست المادة 9 أعلاه مجموعة من الإجراءات تتعلق بالعقود الإدارية والتي تتمثل فيما يلي:

1- تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم شراء (طلب العروض) مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية في اتخاذ القرارات، والتي تتسم بفاعليتها في منع الفساد، وتتناول هذه النظم، التي يجوز أن تراعى في تطبيقها مجموعة من المبادئ والقيام منها:

¹ - أحمد مصطفى صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 692.

² - وهو ما نصت عليه المادة 8 من الاتفاقية.

- أ- توزيع ونشر المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بطلب العروض، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتاً كافياً لإعداد عروضهم وتقديمها؛
- ب- القيام مسبقاً بإقرار ونشر شروط المشاركة، بما في ذلك معايير الاختيار والإرساء، وكل الإجراءات التي يمر بها طلب العروض؛
- ج- استخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقاً لاتخاذ القرارات المتعلقة بالصفقات العمومية (المشتريات العمومية)، تيسيراً للتحقق لاحقاً من صحة تطبيق القواعد أو الإجراءات؛
- د- إقامة نظام فعّال للمراجعة الداخلية، بما في ذلك نظام فعّال للطعن، ضماناً لوجود سبل قانونية للتظلم والانتصاف؛
- هـ- اتخاذ تدابير، عند الاقتضاء، لتنظيم الأمور المتعلقة بالموظفين المسؤولين عن الصفقات العمومية، مثل التبليغ عن أي مصلحة شخصية في صفقة عمومية؛
- 2- تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية⁽¹⁾.

سادساً: اتخاذ تدابير تمكن المواطنين من الحصول على المعلومات

- بالرجوع إلى أحكام المادة 10 من الاتفاقية، نجد أنها قد تضمنت إجراءات من شأنها أن تساعد المواطنين من الحصول على المعلومات، وتسيير وصولهم إلى السلطات المختصة بإصدار القرارات، حيث أوصت المادة 10 أعلاه الدول الأطراف بأن تتخذ وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي ومع ضرورة مكافحة الفساد، ما قد يلزم من تدابير لتعزيز الشفافية في إدارتها العمومية، بما في ذلك ما يتعلق بكيفية تنظيمها واشتغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، عند الاقتضاء، ويجوز أن تشمل هذه التدابير ما يلي:
- 1- اعتماد إجراءات أو لوائح تمكن المواطنين من الحصول، عند الاقتضاء، على معلومات تتعلق بتنظيم الإدارات العمومية، وكيفية اتخاذ القرارات الإدارية، مع ضمان صون حرمة الأشخاص وبياناتهم الشخصية؛

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 9 من الاتفاقية.

2- تبسيط الإجراءات الإدارية، عند الاقتضاء، من أجل تيسير وصول الناس إلى السلطات المختصة التي تتخذ القرارات؛

3- نشر معلومات يمكن أن تضم تقارير دورية عن مخاطر الفساد في إدارتها العمومية⁽¹⁾.

سابعاً: التدابير المتعلقة بالجهاز القضائي وأجهزة النيابة العامة

المادة 11 من الاتفاقية أوصت الدول الأطراف بأن تتخذ تدابير معينة من شأنها أن تركز نزاهة واستقلالية أعضاء السلطة القضائية، وذلك لما للقضاء من دور مهم في محاربة ظاهرة الفساد بكل أشكاله، لاسيما ذلك المتعلق بالعقود الإدارية، وبالرجوع إلى المادة 11 أعلاه نجد أنها قد أوصت الدول الأطراف بالتدابير التالية:

1- نظراً لأهمية استقلالية القضاء وماله من دور حاسم في مكافحة الفساد، تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني ودون مساس باستقلالية القضاء، تدابير لتدعيم النزاهة ودرء فرص الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي، ويجوز أن تشمل تلك التدابير قواعد بشأن سلوك أعضاء الجهاز القضائي؛

2- يجوز استحداث وتطبيق تدابير ذات مفعول مماثل للتدابير المتخذة أعلاه داخل جهاز النيابة العامة في الدول الأطراف التي لا يشكل فيها جهاز النيابة العامة جزءاً من الجهاز القضائي، ولكن يتمتع باستقلالية مماثلة له⁽²⁾.

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 10 من الاتفاقية.

² - وهو ما نصت عليه المادة 11 من الاتفاقية.

المبحث الثاني

ضمانات شفافية إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري

تعد مرحلة الإبرام المجال الخصب الذي ينتشر فيه الفساد، لذلك انصبّت جهود المشرع الجزائري على إرساء ضمانات عديدة من خلال ترسانة من القوانين والتنظيمات، تهدف كلها إلى تكريس الشفافية أثناء إجراءات إبرام العقود الإدارية.

حيث بدأت جهود المشرع الجزائري بفرض إجراءات وقواعد صارمة تطبق على موظفي المصالح المتعاقدة، إذ أن إعطاء الاعتبار للموظف المكلف بإبرام العقد الإداري يعتبر أول خطوة مهمة في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية، باعتبار أن الموظفين هم الأداة البشرية المنفذة لكل مراحل إبرام العقد الإداري، وكذلك باعتبارهم المتهمين في جرائم العقود الإدارية - لاسيما جرائم الصفقات العمومية -، لذلك كان على المشرع الاهتمام بهذا العنصر البشري (الموظف العام) لكونه يعتبر عنصر فعّال في عملية الإبرام، لهذه الاعتبارات تدخل المشرع الجزائري عن طريق توفيره لمجموعة من الضمانات التي تضمن نزاهة القائمين بعملية إبرام العقود الإدارية (المطلب الأول)، ثم تدخل المشرع مرة أخرى عن طريق توفير ضمانات أخرى مهمة جدا تحمي الموظف من تعسف رئيسه الإداري، فبعد الجدل الفقهي الذي ثار حول مسألة ما إذا تلقى الموظف المرؤوس أوامر غير مشروعة من طرف الرئيس الإداري، فهل يتقيد الموظف المرؤوس بواجب الطاعة، أو يعطي الأولوية لتطبيق القانون، ويستبعد تنفيذ الأوامر غير المشروعة؟، فالمشرع حسم هذه المسألة بموجب نصوص قانونية صريحة، وهذا ما سنبينه عند التطرق لفكرة الموظف العام والأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إرساء ضمانات لنزاهة القائمين بعملية الإبرام

يدرك المشرع بأن إبرام العقود الإدارية هي عملية تدار من طرف مجموعة من الموظفين العموميين يكلفون بالإشراف على عملية إعداد وإبرام ومراقبة وتنفيذ العقود الإدارية، وفق إجراءات محددة، لذلك حاول المشرع إقرار ضمانات تحسن وتطور قطاع الوظيفة العامة من جهة، وتؤمن نزاهة المتدخلين في

عملية الإبرام من جهة ثانية⁽¹⁾، لذلك تدخل المشرع وقام بعصرنة هذا القطاع المهم (قطاع الوظيفة العامة)، وذلك من خلال اعتماد سياسات جديدة ومتطورة، لاسيما سياسة التوظيف القائمة على أساس الكفاءة والجدارة والاستحقاق، كما أعطى المشرع كذلك اهتمام وعناية كبيرتين للعنصر البشري، وذلك من خلال اعتماد سياسة التكوين للموظف العامة من جهة، وتحسين نظام الأجور والرواتب والتعويضات، كل هذه المسائل سوف نتطرق إليها من خلال التطرق إلى فكرة عصرنة قطاع الوظيفة العامة، وتوفير ضمانات مهنية ملائمة للموظف العام (الفرع الأول)، ولم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل ذهب بعيدا، فبعد أن اهتم بتطوير وتحسين وعصرنة قطاع الوظيفة العامة، وبعد أن اهتم كذلك بالموظف العام من حيث تكوينه ومن حيث راتبه وأجرته، قام المشرع من جهة أخرى بإخضاع هذا الأخير (الموظف العام) لمجموعة من الإجراءات، ضمنا لتزاهة الوظائف العمومية وعدم جعلها وسيلة للشراء غير المشروع، أو ما يسمى بالمتاجرة بالوظائف العامة، وذلك عن طريق إخضاع الموظف العام لقواعد قانونية صارمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عصرنة قطاع الوظيفة العامة وتوفير ضمانات مهنية ملائمة للموظف العام

الإدارة المعاصرة أصبحت تتسم أكثر فأكثر بالفعالية وحسن التنظيم، تعمل بروح الفريق المتكامل في مواصفاته وتخصصاته، إدارة تعتمد على توزيع المهام عن طريق النظام اللامركزي، وتعتمد على تخفيف الأعباء الإدارية عن طريق نظام عدم التركيز ونظام التفويض، الأمر الذي يستلزم موظفين مؤهلين وأكفاء لأنهم يعتبرون شركاء في اتخاذ القرارات الإدارية تحقيقا للإدارة بالمشاركة، وبالتالي الانتقال من الإدارة البيروقراطية الكلاسيكية إلى الإدارة الحديثة التي يطلق عليها المنظمة، ومن ثمة فهي تستعين بموارد بشرية قوامها التعليم والتكوين والفعالية القادرة على الاستمرار في بيئة متزايدة التنافس، هدفها تقديم خدمات جيدة نوعية تلبى حاجات المرتفقين⁽²⁾، الأمر الذي يتطلب عصرنة قطاع الوظيفة العامة عن

¹ - منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2015-2016، ص 41.

² - سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 7.

طريق تبني سياسة توظيف متطورة قائمة على معايير موضوعية، وقائمة على الجدارة والاستحقاق في تعيين الموظفين (أولاً)، كذلك لا بد من اعتماد مدونة أخلاقيات المهنة (ثانياً)، ومن جهة ثالثة لا بد من تكوين الموظفين والأعوان العموميين المكلفين بإبرام العقود الإدارية (ثالثاً)، وأخيراً يجب إخضاع الموظف العام لمجموعة من الإجراءات والضمانات والقواعد التي من شأنها أن تجعله يؤدي مهامه بكل نزاهة وشفافية، ومن أهم هذه الضمانات هي تحسين نظام الأجور (رابعاً).

أولاً: تبني سياسة توظيف متطورة (اعتماد معايير موضوعية في تعيين الموظفين)

إن نجاح الإدارة في تنفيذ مهامها يتوقف على حسن اختيارها للموظف الكفء وتعيينه في الوظيفة التي تتلاءم ومؤهلاته القانونية⁽¹⁾، خاصة وأن عملية إبرام العقود الإدارية من العمليات الصعبة التي يدخل في تركيبها عدة إجراءات، الأمر الذي يفرض كفاءة القائمين بها، لذا يتعين اعتماد قواعد ومعايير موضوعية في تعيين الموظفين.

ومن بين أهم أسباب انتشار الفساد في مجال إبرام العقود الإدارية هو وضع موظف غير مؤهل في وظيفة عمومية وتكليفه بإبرام العقود، لذلك لا بد من الاعتماد على الجدارة والكفاءة في تولي الوظائف العامة، وهو ما نصت عليه المادة 7 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد السابق الإشارة إليها أعلاه، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري بموجب المادة 3 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾، التي جاءت في الباب الثاني تحت عنوان: "التدابير الوقائية في القطاع العام"، والتي جاء فيها: "تراعى في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسيير حياتهم المهنية القواعد الآتية: 1- مبادئ النجاعة والشفافية والمعايير الموضوعية، مثل الجدارة والإنصاف والكفاءة، 2- الإجراءات المناسبة لاختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي المناصب العمومية التي تكون أكثر عرضة للفساد..."، وهكذا لا يكفي

¹ - وفي هذا الصدد يقول د. كمال دسوقي: "إن الموظف الذي يشعر أنه عين في وظيفة لا لكفاءته وجدارته وإنما لدرجة قرابته ونفوذ معارفه، لا يمكن أن ينظر إلى المصلحة العامة على أنها شيء ذو خطر أو أهمية، وإنما يركز اهتمامه في تملك من ساعده في الحصول على وظيفته ورد الجميل، وهو ما قد يؤدي بدوره إلى ترقية أو تعيين قريب آخر، وهكذا تصبح المصالح الحكومية مغام ومساعدات متبادلة بين القائمين عليها، لا مؤسسات تخدم الصالح العام..."

- أشارت إليه: 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، 23 نوفمبر 2013، ص 19.

² - قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14) الصادرة في 8 مارس 2006، المعدل والمتمم بالأمر 05-10، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد (50) الصادرة في أول سبتمبر 2010، والقانون 11-15، مؤرخ في 2 غشت 2011، ج ر عدد (44) الصادرة في 10 غشت 2011.

ضمان مبدأ المساواة بين المواطنين في الالتحاق بالوظائف العامة، بل ينبغي إلى جانب ذلك فرض مؤهلات ومجموعة معارف في الشخص الذي يريد الالتحاق بالوظيفة مع اختلاف بين منصب وآخر.

وبالتالي فإن كل منصب إداري يفترض في شاغله أن تتوفر لديه قدرا أو حدا من الكفاءة والمؤهلات التي يستوجبها المنصب، ثم أن هنالك علاقة كبيرة بين الإدارة العامة ومبدأ الجدارة، فالإدارة حين تضم أشخاص لا يحملون مؤهلا فكيف يمكن للمرفق العام ضمان أداء الخدمات العمومية نوعية وفعالة؟⁽¹⁾.

كما لا يتعارض مبدأ الجدارة مع مبدأ المساواة، لأن المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة لا يتنافى أبدا وفرض مؤهلات لشغل وظيفة ما، أو فرض مسابقة أو امتحان مهني للحصول عليها والتأكد من قدرات المعني⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن مبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة هو من يسهل على الإدارة العامة الوصول إلى الكفاءات، لهذا السبب نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ من خلال المادة 74 من الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽³⁾، والتي نصت: "يخضع التوظيف إلى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية"، ونظرا لأهمية هذا المبدأ تم دسترته وذلك بالنص عليه في المادة 63 من الدستور⁽⁴⁾، والتي جاء فيها: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية

¹ - HASSINE Monia, la distinction entre le concours et l' examen professionnel dans le droit de la fonction publique , mémoire de magister, faculté des sciences juridiques , Tunisie, 2000.

- أشار إليه: عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري - دراسة في ظل الأمر 03-06 والقوانين الأساسية الخاصة مدعمة باحتهادات مجلس الدولة -، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 87، 88.

² - SAROT Jean, PERRY Baret, DIDIER Batsel, Précis de fonction publique, Bruxelles Bruylant, Belgique, 1994, p151.

³ - أمر رقم 03-06، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد (46)، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

⁴ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد (76) الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 03-02، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد (25) الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدل كذلك بالقانون رقم 08-19، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد (63) الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدل كذلك بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون..."، ومبدأ المساواة في تقلد الوظائف العمومية هو ناتج عن مبدأ آخر المتمثل في مبدأ المساواة أمام المرافق العامة⁽¹⁾.

ولذلك حدد القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية طرق الالتحاق بالوظائف العمومية، حيث نصت المادة 80 منه على ما يلي: "يتم الالتحاق بالوظائف العمومية عن طريق:

- المسابقة على أساس الاختبارات؛

- المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين؛

- الفحص المهني؛

- التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعوا تكويننا متخصصا منصوصا عليه في القوانين الأساسية، لدى مؤسسات التكوين المؤهلة"، وتطبيقا لهذه المادة لا تستطيع الإدارة العامة أن توظف شخص معين في وظيفة عامة دون إتباع طرق التوظيف التي جاءت بها المادة 80 أعلاه، وهذا ما يعكس بوضوح رغبة المشرع في اعتماد مبدأي الجدارة والمساواة في تقلد الوظائف العمومية.

فاختيار الموظف الأكفأ من حيث المؤهلات يعدُّ من أهم مقتضيات سير المرافق العامة، فالموظف غير الكفاء يكون سبباً في عرقلة سير المرفق العام، ويؤثر سلباً على نوعية الخدمات العمومية، ويكون عرضة لارتكاب جرائم التسيير - لاسيما الجرائم المتعلقة بالعقود الإدارية -، وليس بالضرورة أن يكون الموظف قد ارتكب هذه الجرائم عن قصد، بل قد يكون ارتكبها نظرا لجهله بالقوانين، وبالتالي لم يكن يتمتع بالمؤهلات المطلوبة للوظيفة عند تعيينه فيها، ومن هذا المنطلق نصل إلى نتيجة ثانية مفادها أن تقلد الوظائف العمومية دون المؤهلات المطلوبة (مبدأ الجدارة)، لا يؤثر فقط على المرفق العام ونوعية الخدمات، بل غياب المؤهل المطلوب قد يجعل الموظف في حد ذاته عرضة للمتابعات الجزائية، وذلك نتيجة الأخطاء المهنية التي ترتقي إلى الوصف والتكليف الجزائي، وذلك كله ناتج عن غياب مبدأ الجدارة والكفاءة في تقلد الوظائف العمومية.

¹ - مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة - نشاطها وأموالها - د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 83.

- مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت لبنان، 2013، ص 150.

ثانيا: اعتماد مدونة أخلاقيات المهنة

يقصد بأخلاقيات المهنة La déontologie⁽¹⁾، ممارسة المهام وفق قوانين الشرف والاستقامة والتزاهة Le désintéressement وعلاوة على الالتزام بالتفرغ لممارسة الوظيفة، أي عدم الجمع بين أكثر من وظيفة de non cumul des fonctions⁽²⁾، كذلك يلتزم الموظف بالمحافظة على السر المهني secret professionnel⁽³⁾، كما يشترط في الموظف من جهة أخرى الاتصاف بالسلوك الحميدة .de .bonne moralité

فأخلاقية المهنة التي تخيلنا على ما يسمى "الأخلاق الإدارية Moral administrative" التي أصبحت اليوم مبدأ أساسيا في عمل السلطات العمومية بغية الوصول إلى ما يسمى شفافية الإدارة.

وكمصطلح يقصد "بالأخلاق Ethique" نظام للقيم السلوكية ذات العلاقة بالضمير المهني، فأخلاقية كل مهنة ترمي إلى القيام بالعمل وفق طبيعة وقواعد هذه المهنة، والابتعاد عن كل تصرف قد يتعارض معها، وللتحكم في هذه القيم السلوكية ينادي الكثير اليوم بوضع ما يسمى "مدونة لأخلاقيات المهن"⁽⁴⁾.

وهو ما اعتمده المشرع الجزائري حيث نص على وجوب وضع مدونات وقواعد سلوكية لضمان الأداء التزيه للوظائف العمومية - لاسيما الوظائف التي تكون عرضة لارتكاب جرائم الفساد نظرا لطبيعتها-، وهذا ما جاء في المادة 7 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽⁵⁾، التي نصت: "من أجل دعم مكافحة الفساد، تعمل الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية

¹ - وهو المصطلح المشتق من كلمتين إغريقيتين: Deon وتعني الواجب Le devoir و Logos وتعني العلم، والجمع بين المصطلحين يبين وجود التزامات تفرض على الموظفين أثناء ممارستهم لمهامهم، فأخلاقية المهنة تعبر عن وجود التزامات مفروضة على الموظفين وأعاون الدولة عموما، والمرتبطة بممارسة مهامهم الوظيفية.

- Emmanuel Aubin, Droit de la fonction publique, 2eme éd, Gualino, EJA, Pris, 2004, p 175.

- أشار إليه: سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 294.

² - حيث تنص المادة 43 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية: "يخصص الموظفون كل نشاطهم المهني للمهام التي أسندت إليهم ولا يمكنهم ممارسة نشاط مربح في إطار خاص مهما كان نوعه. غير أنه يرخص للموظفين بممارسة مهام التكوين أو التعليم أو البحث كنشاط ثانوي ضمن شروط ووفق كفاءات تحدد عن طريق التنظيم. كما يمكنهم أيضا إنتاج الأعمال العلمية أو الأدبية أو الفنية...".

³ - حيث تنص المادة 48 من نفس الأمر: "يجب على الموظف الالتزام بالسر المهني...".

⁴ - سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 295.

⁵ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية، على تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها، لاسيما من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والترية والملائم للوظائف العمومية والعهد الانتخابية، وبالرجوع إلى المادة 12 من نفس القانون، نجد أنها تنص: "لتحصين سلك القضاء ضد مخاطر الفساد، توضع قواعد لأخلاقيات المهنة وفقا للقوانين والتنظيمات والنصوص الأخرى السارية المفعول"، وبالرجوع إلى المادة 64 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء⁽¹⁾، نجد أنها تنص: "تحدد مدونة أخلاقيات مهنة القضاة التي يعدها المجلس الأعلى للقضاء، الأخطاء المهنية الأخرى"، وتطبيقا لهذه النصوص القانونية تم إصدار مدونة أخلاقيات مهنة القضاة، وذلك بموجب مداولة المجلس الأعلى للقضاء المجتمع في دورته العادية الثانية العادية بتاريخ 23 ديسمبر 2006⁽²⁾.

ورغبة من المشرع في إضفاء شفافية على مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أقر لأول مرة مدونة لأدبيات وأخلاقيات الأعوان العموميين المتدخلين في هذه الإجراءات، وذلك من خلال المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽³⁾، والتي جاءت في القسم الثامن تحت عنوان: "مكافحة الفساد"، حيث جاء فيها: "تعد سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم، مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوافق عليها الوزير المكلف بالمالية. يطلع الأعوان العموميون المذكورون أعلاه على المدونة، ويتعهدون باحترامها بموجب تصريح. كما يجب عليهم الإضفاء على تصريح بعدم وجود تضارب المصالح. ويرفق نموذجاً هذين التصريحين بالمدونة".

¹ - قانون عضوي رقم 04-11، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد (57)، الصادرة بتاريخ 8 سبتمبر 2004.

² - حيث جاء في هذه المدونة مقدمة تضمنت مجموعة من المبادئ والقواعد، ومن أهم هذه القواعد التي جاءت في مقدمة المدونة: "...وإن من واجب القاضي نحو المجتمع أن يحسن الاضطلاع بأمانته، ويحافظ على قدسية رسالة القضاء، التي تلقي على عاتقه أضخم الأعباء والمسؤوليات. وأن يتحلى بصفات الاستقامة والنزاهة والتجرد والحياد والاستقلال والتفرغ الكامل لأدائها والالتزام بالقواعد والسلوكيات التي تهدف إلى تحقيق العدل وسيادة القانون...".

³ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد (50) الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ومن خلال المادة 88 أعلاه، يتبين لنا أن المشرع الجزائري إضافة إلى كافة الضمانات التي وفرها لشفافية العقود الإدارية، قام لأول مرة بإنشاء سلطة لضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي حولها صلاحية إعداد مدونة لأدبيات وأخلاقيات كل الأعوان العموميين المتدخلين في مجال العقود الإدارية، رقابة، وإبراماً، وتنفيذاً، كما ألزمهم بإمضاء تصريحين، الأول يتعلق باحترام المدونة، والثاني يتعلق بالتصريح بعدم وجود تضارب المصالح.

وهكذا يتبين لنا أن مدونات السلوك وأخلاقيات المهنة، تتضمن القيم الواجب مراعاتها من طرف الموظف أثناء أدائه لوظائفه، وتتميز عن النصوص القانونية في كونها التزام أخلاقي بالدرجة الأولى، حيث يتم تحكيم الضمير المهني⁽¹⁾.

فالوصول إلى بناء منظومة النزاهة في الوظيفة العامة والوظيفة الانتخابية، يعتبر الهدف الأساسي لبناء قطاعات فعّالة تحض باحترام المواطنين، من خلال هذه المدونة يتم تكريس الحماية الأخلاقية من ظاهرة الفساد، والتي تضاف للحماية القانونية.

فالمدونة تعبير عن احترام الموظف وإخلاصه لقواعد العمل السليم والخدمة العامة واستعداده الطوعي للعمل بموجب قيم النزاهة ومبادئ الشفافية ونظم المساءلة، هذا إلى جانب احترام النصوص القانونية.

لذا يمكن القول أن مدونة السلوك تعتمد على مبادئ أساسية ينتهجها الموظفون وكذا المنتخبين أثناء تأدية مهامهم وتمثل أساساً في:

- الالتزام بإبلاغ الجهات المختصة عن أي شخص بغض النظر عن منصبه يقوم بنشاط غير قانوني أو أي سلوك يوصف بالفساد؛

- التعامل بجدية وصرامة في حالة اكتشاف قضايا الكسب غير المشروع؛

- الامتناع عن قبول أية هدية أو مكافئة أو منحة مباشرة أو بواسطة الغير بغرض تقديم تسهيلات أو معلومات تحقيقاً لمصلحة شخصية.

¹ - عبر مصلح، النزاهة والشفافية والمساءلة في مواجهة الفساد، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، -أمان- (فرع فلسطين لمنظمة الشفافية الدولية)، فلسطين، 2007، ص 37، منشور في موقع: www.aman-palestine.org، أطلع عليه بتاريخ: 2017/02/17 على الساعة 16:30.

إن اعتماد هذه القيم والسلوكيات من قبل الموظفين والمنتخبين على اختلاف درجاتهم وفي مختلف قطاعات الدولة، تمثل أول لبنة للحكم الراشد وهنا تكمن أهميتها وصعوبتها في الوقت نفسه، لأن الإخلال بها يؤدي إلى انتشار الفساد، بينما الالتزام بها وتداولها كأساسيات ومسلّمات يحمي مختلف الهيئات والمجتمع وبالتالي يحمي الدولة من تفشي الفساد⁽¹⁾.

ثالثاً: تكوين الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بإبرام العقود الإدارية

سبقت الإشارة إلى أن الموظف أو العون المكلف بإبرام العقد الإداري قد يخرق مبدأ الشفافية ويقع في نطاق التجريم عن غير قصد، وذلك نظراً لجهله طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية، ومن هنا يلعب التكوين دوراً جدياً مهم في تجسيد مبدأ الشفافية والمساواة والمنافسة الشريفة والتزينة أثناء مرحلة إبرام العقد الإداري.

ونظراً لأهمية التكوين في مجال العقود الإدارية، خصص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الباب الثالث للتكوين، والذي جاء تحت عنوان: "التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، حيث نصت المادة 211 منه: "يجب أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويناً مؤهلاً في هذا المجال"، كما نصت المادة 212 من نفس المرسوم: "يستفيد الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين وتحسين المستوى وتحديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءتهم"، كما تنص المادة 213 من نفس المرسوم: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير. وتشمل مرصداً للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية التزايدات. تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية: -...- المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام...".

¹ - سفيان موري، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانون الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012/2013، ص 95.

من خلال المواد المذكورة أعلاه، يتضح لنا أن المنظم الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 قد أعطى أهمية خاصة لتكوين الموظفين والأعوان المكلفون بالعقود الإدارية تحضيراً وإبراماً وتنفيذاً ورقابة، وذلك حرصاً منه على ضمان أكبر شفافية ومنافسة نزيهة، وهذا يتحقق إذا كان الموظفون والأعوان العموميون متمكنين وملمين بكافة إجراءات الإبرام، الشيء الذي يتحقق باعتماد نظام تكوين فعّال.

من جهة ثانية، بعد قراءة المادتين 211، 212 أعلاه، يتضح لنا أن المنظم الجزائري اعتمد نوعين من التكوين المتعلق بالعقود الإدارية (الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، النوع الأول نصت عليه المادة 211، ويسمى بالتكوين القاعدي، ويكون عند تولي الموظف لأول مرة المنصب المتعلق بالعقود الإدارية أو تمت ترقيته إليه، هنا لا بد للموظف أو العون أن يتلقى تكوين قاعدي متعلق بكيفية تحضير وإبرام وتنفيذ ورقابة العقود الإدارية (الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام).

ونظراً لأهمية العقود الإدارية وارتباطها بالمال العام، وارتباطها بالمرافق العامة والمجال التنموي، لم يقف المنظم الجزائري عند التكوين القاعدي، بل جاءت المادة 212 لتنص على النوع الثاني من التكوين وهو ما يسمى بالتكوين المستمر، بمعنى تحسين المستوى وتحديد المعارف وتطويرها، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلات الموظفين وكفاءاتهم، لاسيما وأن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد يطرأ عليه تعديلات تتماشى والمستجدات الراهنة، ومن جهة ثانية بين الحين والآخر، قد تصدر قرارات عن وزير المالية تبين كيفية تطبيق بعض النصوص الغامضة التي تحتاج إلى تفسير، وهنا يظهر دور التكوين المستمر الذي يهدف إلى تحيين المعلومات، بغية التطبيق السليم للتنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وصولاً للشفافية والتنافسية في إبرام العقود الإدارية.

ودورات التكوين تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن المبادرة ببرامج التكوين تكون من طرف هذه الأخيرة⁽¹⁾، والجدير بالذكر أن مسألة التكوين لا تقتصر فقط على الموظفين المختصين بمجال العقود الإدارية (الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، بل التكوين من حق كل موظف مهما كان اختصاصه الوظيفي، وهذا ما نصت عليه المادة 104 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة

¹ - ينظر: المادتين 212، 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

العمومية، التي جاء فيها: "يتعين على الإدارة تنظيم دورات التكوين وتحسين المستوى بصفة دائمة، قصد ضمان تحسين تأهيل الموظف وترقيته المهنية، وتأهيله لمهام جديدة"، أما المادة 105 من نفس الأمر جاء فيها: "تحدد شروط الالتحاق بالتكوين وتحسين المستوى وكيفية تنظيمه ومدته وواجبات الموظف وحقوقه المترتبة على ذلك، عن طريق التنظيم".

ولم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا الحد، فنص على وجوب التكوين بموجب المادة 3 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، والتي جاء فيها: "تراعى في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسيير حياتهم المهنية القواعد الآتية: 2...- الإجراءات المناسبة لاختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي المناصب العمومية التي تكون أكثر عرضة للفساد...4- إعداد برامج تعليمية وتكوينية ملائمة لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح والتزیه والسليم لوظائفهم وإفادتهم من تكوين متخصص يزيد من وعيهم بمخاطر الفساد".

وهكذا يتضح لنا أن التكوين يعتبر من أساسيات الوظيفة العامة، سواء كان تكوين قاعدي أو تكوين مستمر، ومهما كان المنصب الذي يشغله الموظف، لاسيما تلك المناصب الحساسة، لذلك أعطى المشرع الجزائري - ومعه المنظم الجزائري - أهمية كبيرة للتكوين في مجال الوظائف العامة، لاسيما تلك المتعلقة بالعقود الإدارية، والتي خصص لها سلطة مستقلة من بين مهامها المبادرة ببرامج التكوين وترقيته في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك كله تجسيدا وضمانا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام من جهة، وتسهيل حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات من جهة ثانية.

لذلك حرصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على تشجيع الدول لوضع برامج تعليمية وتدريبية لتمكين موظفيها من القيام بمتطلبات الأداء الصحيح والسليم للوظائف العمومية⁽²⁾، وهو ما جاءت به المادة 7 فقرة ب من الاتفاقية.

¹ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - نادية تياب، مرجع سابق، ص 22، 23.

- ينظر: المادة 7 فقرة د من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، سالف الذكر.

رابعاً: إصلاح نظام الرواتب والأجور

يعاني موظفي المصالح العمومية في الدول النامية من نقص ذريع في الرواتب، لذا يجد الموظف نفسه عرضة لقبول الهدايا والرشاوى وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية ليسد بها النقص المادي الناتج عن ضعف الراتب.

فالتباين الطبقي واختلال معدلات الدخل وارتفاع الأسعار وعجز الرواتب عن تلبية المطالب الأساسية يعد من أسباب تفشي ظاهرة الفساد الإداري، وقد أكدت إحصائيات متعلقة بالفساد سنة 2007 عن وجود علاقة قوية وواضحة بين الفساد والفقير إذ 40 % من الدول تحصلت على نتيجة أقل من 3 نقاط، وجميع هذه الدول تعاني من انخفاض في الدخل، فالموظفون الذين يتقاضون رواتب غير كافية أكثر ضعفاً أمام الإغراءات م أولئك الذين يتقاضون رواتب جيدة، فالظروف السيئة تجعلهم فريسة سهلة للإغراء والفساد، فتؤثر سلبي على أداء وظائفهم، وتجعلهم يلجئون إلى وسائل عديدة لتغطية هذا النقص وفي ذلك ضرر كبير للمصلحة العامة والمال العام⁽¹⁾، لذلك يتعين على الدولة أن تبادر بإصلاح نظام الأجور بزيادة رواتب الموظفين وجعلها كافية لضمان حياة كريمة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب المادة 7 فقرة ج،

وهو ما اعتمده المشرع الجزائري بموجب المادة 3 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾، والتي جاء فيها: "تراعى في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسيير حياتهم المهنية القواعد الآتية: 3- أجر ملائم بالإضافة إلى تعويضات كافية..."، وهو ما نصت عليه المادة 32 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، التي جاء فيها: "للموظف الحق، بعد أداء الخدمة في راتب"، كما أعطى المشرع أهمية بالغة للراتب، حيث خصص له المواد من 119 إلى 125 من نفس الأمر، حيث نصت المادة 119 من الأمر 06-03 أعلاه، على ما يلي: "يتكون الراتب المنصوص عليه في المادة 32 من هذا الأمر من: -الراتب الرئيسي، -العلاوات والتعويضات -...".

ونظراً لأهمية الراتب ودوره في الوقاية من الفساد ومكافحته، تم اعتماده كمعيار مهم وأساسي في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسيير حياتهم المهنية، ولذلك تم النص على أهمية الراتب في المادة 3

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 25.

² - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، بأن يكون ملائم وتضاف إليه تعويضات كافية، وهذا لحماية الموظف وتحصينه من الوقوع في جرائم الفساد، لاسيما الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وذهب المنظم الجزائري بعيدا في سبيل البحث عن آليات للوقاية من جرائم الفساد في مجال الوظائف العامة، وذلك حينما سارع سنة 2007 إلى تحسين رواتب الموظفين، وذلك بإدخاله تعديلات ملموسة على الشبكة الاستدلالية للأجور في قطاع الوظيف العمومي، لذلك صدرت عدة مراسيم رئاسية في هذا الصدد، منها المرسوم الرئاسي رقم 07-304⁽¹⁾، والرسوم الرئاسي رقم 07-305⁽²⁾، كذلك المرسوم الرئاسي رقم 07-306⁽³⁾، إضافة إلى المرسوم الرئاسي رقم 07-307⁽⁴⁾، هذه الترسانة من النصوص القانونية والتنظيمية تبين نية الإرادة السياسية داخل الدولة في توفير ضرورات ومتطلبات الحياة للموظف العام، مما يجعله مطمئنا ومستقرا في عمله قادرا على الوفاء بمتطلبات أسرته، الأمر الذي يجعله لا يفكر في استغلال الوظيفة والمتاجرة بها⁽⁵⁾، لاسيما في مجال العقود الإدارية.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 07-304، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

- حدّد هذا المرسوم الرئاسي قيمة النقطة الاستدلالية بـ 45 دج، وهذا بموجب المادة 8 منه، تطبق بصفة موحدة بالنسبة لكل الموظفين في قطاع الوظيف العمومي، وعملا بالمادة 22 من نفس المرسوم الرئاسي فإن أحكامه تطبق تسري بداية من أول جانفي 2008 مهما يكن تاريخ المصادقة على القوانين الأساسية. =

² - مرسوم رئاسي رقم 07-305، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

³ - مرسوم رئاسي رقم 07-306، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 07-307، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كيفية منح الزيادة الاستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر، عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

⁵ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 26.

الفرع الثاني

إخضاع الموظف العام لقواعد قانونية صارمة

(فرض إجراء التصريح بالامتلاكات للموظفين الذين يشغلون مناصب عليا في الدولة)

سبق وأن قلنا بأنه على المشرع عصرنه قطاع الوظيفة العامة عن طريق اعتماد سياسة توظيف متطورة قائمة على الجدارة والاستحقاق والكفاءة، وكذلك اعتماد مدونة لأخلاقيات تجمع كل المهن بصفة عامة، على أن تخصص لكل مهنة أخلاقيات خاصة بها، وقد قلنا كذلك بأنه لا بد على المشرع أن يعتمد على سياسة التكوين المتعلقة بالموظفين العموميين، وأن يحسن للموظف العام الإطار المعيشي الخاص به، لاسيما إصلاح نظام الأجور والتعويضات، كل هذه الإصلاحات تعتبر بمثابة ضمانات كافية للموظفين المختصين بإجراءات إبرام العقود الإدارية، حتى يلتزموا بالحياد والشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة أثناء عملية الإبرام، لكن هذا يعتبر غير كافي، لذلك تدخل المشرع مرة أخرى وأخضع الموظف العام لقواعد قانونية جد صارمة، سواء من حيث إلزام بعض الموظفين العموميين الذين يشغلون مناصب عليا في الدولة بإجراء التصريح بامتلاكاتهم، أو من حيث إلزام الموظفين العموميين بالتبليغ عن تعارض المصالح وذلك تحت طائلة التجريم والعقاب، وكذلك إلزام الموظف العام بتقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة في ذمته المالية، وإلا وقع تحت طائلة الإثراء غير المشروع، وسنطرق من خلال هذا الفرع إلى إجراء التصريح بالامتلاكات بالنسبة لبعض الموظفين العموميين الذين يشغلون مناصب عليا في الدولة، أما باقي الالتزامات الأخرى الواقعة على الموظف العام والتي يشكل الإخلال بها فعل مجرم جزائياً⁽¹⁾، سنطرق إليها في الفصل الثاني من الباب الثاني عند التطرق إلى جرائم العقود الإدارية⁽²⁾.

وهكذا بانتشار الفساد الإداري والمتاجرة بالوظيفة العامة، اتجهت الجهود الدولية إلى فرض إجراء التصريح بالامتلاكات والذي يدخل ضمن متطلبات حماية الامتلاكات العمومية وضمان نزاهة الأشخاص

¹ - يجدر التنبيه هنا بأنه حتى الإخلال بالتزام التصريح بالامتلاكات يشكل جريمة معاقب عليها بموجب المادة 36 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - يجدر التنبيه هنا بأن قد تعمدنا اعتماد التسمية الصحيحة وهي "الجرائم المتعلقة بالعقود الإدارية"، وليس "الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية" كما يذهب إليه الكثير، لأن الجرائم تتعلق بكافة العقود الإدارية، وليس محصورة فقط في الصفقات العمومية.

المكلفين بالخدمة العمومية⁽¹⁾، وهذا ما نادى به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 8 فقرة 5، حينما دعت كل دولة طرف إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يفصحوا للسلطات المعنية ما لهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي واستثمارات وموجودات وهبات، أو منافع كبيرة قد تفضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين.

فالتصريح بالامتلاكات يعتبر من أهم الإجراءات التي تتبعها الدول لمراقبة الموظفين العموميين، فهو أداة لمراقبة حركة الأموال التي يحوزها الموظف العام وهذا من أجل الكشف عن حالات الثراء السريع غير المشروع المرتبط بقضايا فساد.

ويتمثل هذا الإجراء في قيام كل شخص يحمل وصف الموظف العام وألزمه القانون أو التنظيم بالتصريح بممتلكاته⁽²⁾، بأن يفصح عن كافة ممتلكاته واستثماراته التي يملكها، وبالتالي فهو إقرار عن ذمته المالية بهدف الوقوف عند أي كسب غير مشروع يدخل ثروته ومساءلته عن كل ما يحصل من أموال دون وجه حق، وعن كل زيادة في ثروته لا تتناسب مع موارده المالية⁽³⁾.

وهو الأمر الذي اعتمده المشرع الجزائري، حيث ألزم الموظفين العموميين باكتتاب تصريح بالامتلاكات عند تولي الوظيفة، ويتم تجديد هذا الاكتتاب عند الزيادة المعتبرة في الذمة المالية للموظف، كما يجب التصريح بالامتلاكات عند نهاية العهدة أو الخدمة.

وقد نص المشرع بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، على جملة من التدابير الوقائية في القطاع العام مؤكدا على ضمان الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بخدمة عمومية⁽⁴⁾.

¹ - ضريفي محمد، التصريح بالامتلاكات كآلية للوقاية من الفساد ومكافحته، المنتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، يومي 2 و3 ديسمبر 2008، ص3.

² - المقصود بالموظف العام هنا المفهوم الموسع طبقا للمادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، بمعنى المفهوم الجزائري للموظف العام، وليس المقصود هنا المفهوم الإداري للموظف العام (المفهوم الضيق للموظف العام) المنصوص عليه في المادة 4 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

- ومن جهة أخرى، ليس كل موظف عام ملزم باكتتاب تصريح بممتلكاته، بل القانون والتنظيم حدّد الأشخاص الملزمين بالتصريح بممتلكاتهم.

³ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 29، 30.

⁴ - فايزة ميموني، موارد خليفة، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة ظاهرة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 231.

ويلاحظ أن هذا التدبير كرّسه المشرع قبل إصدار القانون الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث صدر سنة 1997 تشريع خاص يتضمن الأحكام المتعلقة بالتصريح بالامتلاكات وذلك بموجب الأمر رقم 97-04⁽¹⁾، ثم تم تكريس هذا الإجراء بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وعمل على تحديد نموذج بموجبه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-414 الذي يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات وكيفياته⁽²⁾.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 4 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والتي جاءت في الباب الثاني تحت عنوان: "التدابير الوقائية في القطاع العام"، والتي نصت: "قصد ضمان الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية، وحماية الامتلاكات العمومية، وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بخدمة عمومية، يلزم الموظف العمومي بالتصريح بممتلكاته...."، وسوف نتطرق إلى الموظفين الملزمين بالتصريح بممتلكاتهم (أولاً)، ثم كيفيات التصريح بالامتلاكات (ثانياً)، وأخيراً جزاء الإخلال بالتصريح بالامتلاكات (ثالثاً).

أولاً: الموظفون الملزمين بالتصريح بالامتلاكات

القارئ للمادة 4 أعلاه قد يفهم أن كل موظف عمومي مهما كانت وظيفته ملزم بالتصريح بممتلكاته، لكن المشرع لم يقصد هذا التفسير، لأنه من غير المعقول ومن غير المنطق أن كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري هو ملزم بالتصريح بممتلكاته، بل نية المشرع اتجهت إلى الموظفين الذين يشغلون مناصب حساسة ومهمة والتي قد تكون مجال خصب للمتاجرة بالوظيفة، وذلك لارتباطها بالمال العام ارتباطاً مباشراً.

والمشرع الجزائري كان ذكياً -ونحن بدورنا نؤيده- حينما حدّد المناصب الحساسة التي يجب على شاغليها التصريح بممتلكاتهم، ومن جهة ثانية ونظراً لأنه لا يمكن للمشرع أن يحرص جميع الوظائف التي قد تكون عرضة للفساد، أحال إلى التنظيم الذي يحدد باقي الموظفين الملزمين بالتصريح بممتلكاتهم.

¹ - أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 جانفي 1997، يتعلق بالتصريح بالامتلاكات، ج ر عدد (03)، الصادرة بتاريخ 12 جانفي 1997 (ملغى).

² - مرسوم رئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

وبالرجوع إلى المادة 6 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجدتها تتضمن طائفتين من الموظفين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات:

1- الطائفة الأولى:

تنص الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون رقم 06-01 أعلاه، على ما يلي: "يكون التصريح بالامتلاكات الخاص برئيس الجمهورية، وأعضاء البرلمان، ورئيس المجلس الدستوري وأعضائه، ورئيس الحكومة وأعضائها، ورئيس مجلس المحاسبة، ومحافظ بنك الجزائر، والسفراء والقناصل، والولاة..."، أما الفقرة 2 من نفس المادة نصت: "...يكون التصريح بامتلاكات رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة..."، في حين جاء في الفقرة 3 من نفس المادة: "...يصرح القضاة بامتلاكاتهم..."، من خلال الفقرات 1، 2، 3 أعلاه يمكن لنا حصر الطائفة الأولى من الموظفين الملزمين بالتصريح بامتلاكاتهم وهم:

- رئيس الجمهورية،
- أعضاء البرلمان،
- رئيس المجلس الدستوري وأعضائه،
- رئيس الحكومة وأعضائها،
- رئيس مجلس المحاسبة،
- محافظ بنك الجزائر،
- السفراء،
- القناصل،
- الولاة،
- رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة،
- القضاة.

2- الطائفة الثانية:

تنص الفقرة 4 من المادة 6 أعلاه: "...يتم تحديد كفيات التصريح بالملكات بالنسبة لباقي الموظفين العموميين عن طريق التنظيم"، من خلال هذه الفقرة يتضح لنا أن المشرع لم يحدد كل أصناف الموظفين الملزمين بالتصريح بملكاتهم، وإنما اكتفى فقط بذكر المناصب الحساسة، وأحال إلى التنظيم بخصوص تحديد باقي أصناف الموظفين الملزمين بالتصريح بملكاتهم، وتضم هذه الفئة جميع الموظفين الذين يشغلون مناصب أو وظائف عليا في الدولة، كما يشمل الأعوان العموميين الملزمين بالتصريح والمحددون بموجب قرار صادر عن المدير العام للوظيفة العمومية.

ثانيا: كفيات التصريح بالملكات

إنَّ الكفيات المتبعة في التصريح بالملكات ليست نفسها، فهناك من الكفيات التي يخضع لها جميع الموظفين على اختلاف درجاتهم (1)، في حين أن هناك كفيات تلتزم بها فئة منهم خصَّها المشرع بذلك نظرا لحساسية المناصب التي يشغلونها، ولهذا فإن كفيات التصريح بالملكات تختلف باختلاف صفة الموظف المصرح (2).

1- الكفيات التي يشترك فيها الملزمين بالتصريح بالملكات:

وحد المشرع بين الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بالملكات من حيث آجال التصريح، ومن حيث الملكات الواجب التصريح بها⁽¹⁾.

أ- من حيث آجال الصريح بالملكات:

أخضع المشرع الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بملكاتهم للمواعيد نفسها سواء عند بداية المسار المهني، أو عند كل زيادة معتبرة في الذمة المالية، أو عند نهاية المسار المهني.

أ-1: التصريح الأولي:

بالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 4 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجد أنها تنص: "...يقوم الموظف العمومي باكتتاب تصريح بالملكات خلال الشهر الذي

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 30.

يعقب تاريخ تنصيبه في وظيفته أو بداية عهده الانتخابية..."، يفهم من هذه الفقرة أن جميع الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بممتلكاتهم، أن يكتبوا التصريح خلال الشهر الذي يلي تاريخ التعيين في الوظيفة كالسفراء والقناصل والولاة والقضاة، أو عند بداية العهدة الانتخابية إن كانوا منتخبين كما هو الحال بالنسبة لرئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، أعضاء المجالس الشعبية المنتخبة.

وبالنسبة للقضاة فقد نصت كذلك المادة 24 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء⁽¹⁾، على ما يلي: "يكتب القاضي وجوبا تصريحاً بالممتلكات في غضون الشهر الموالي لتقلده مهامه وفقاً للكيفيات المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، وهو ما أكدته الفقرة 2 من المادة 4 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

أ-2: التصريح التجديدي:

تنص الفقرة 3 من المادة 4 من القانون رقم 06-01⁽²⁾، على ما يلي: "...يجدد هذا التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العمومي بنفس الكيفية التي تم بها التصريح الأول..."، وهكذا يتضح من خلال هذه الفقرة أن التصريح بالممتلكات لا يكون عند تقلد الوظيفة فقط، بل إنَّ المشرع اشترط على الموظف أن يصرح مجدداً بممتلكاته عند كل زيادة معتبرة في الذمة المالية، بشرط أن تكون هذه الزيادة ملفتة للنظر، لكن كان على المشرع تفادي هذه المصطلحات الفضفاضة والمرنة، وذلك عن طريق وضع معيار واضح يتمثل في مقدار وقيمة الزيادة التي توجب على الموظف تجديد التصريح بالممتلكات.

وبالرجوع إلى المادة 25 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، نجدتها تنص: "يجدد القاضي وجوبا التصريح بالممتلكات المذكور في المادة 24 أعلاه، كل خمس (5) سنوات، وعند كل تعيين في وظيفة نوعية"، وهكذا فإن القاضي يخضع لحكم خاص من حيث تجديد التصريح بالممتلكات، لأنه يجدد التصريح تلقائياً كل خمس (5) سنوات، بغض النظر عن الزيادة المعتبرة في الذمة المالية له، كما يجدد القاضي التصريح بالممتلكات في حالة تعيينه في وظيفة نوعية جديدة.

¹ - قانون عضوي رقم 04-11، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، سالف الذكر.

² - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

أ-3: التصريح النهائي:

تنص الفقرة 4 من المادة 4 من القانون 06-01 أعلاه، على ما يلي: "...كما يجب التصريح بالامتلاكات عند نهاية العهدة الانتخابية أو عند انتهاء الخدمة"، وهكذا اشترط المشرع على الموظف التصريح بالامتلاكات حتى عند انتهاء الخدمة أو عند انتهاء العهدة الانتخابية، وذلك بغرض الوقوف على الزيادة الكبيرة وغير المبررة في الذمة المالية والتي قد تطرأ بين فترتي تولي الوظيفة وانتهاءها، وذلك بهدف محاربة ظاهرة المتاجرة بالوظائف العامة.

لكن الملاحظ هنا أن المشرع قد أغفل مسألة جوهرية، وهي عدم تحديد المدة اللازمة للتصريح النهائي بالامتلاكات على عكس ما فعله مع التصريح الأولي، وهذا الإغفال قد يؤدي إلى إفراغ التصريح النهائي من محتواه، وهذا لأن الموظف قد يتهرب لكونه غير مقيد بمدة محددة، لذلك ينبغي على المشرع تحديد المدة التي ينبغي على الموظف خلالها التصريح النهائي بامتلاكاته.

وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتمد هذه المدة من خلال الأمر رقم 97-04⁽¹⁾ المتعلق بالتصريح بالامتلاكات قبل إغائه، إذا كان هذا الأمر يلزم الأشخاص الذين يمارسون مهمة انتخابية وطنية أو محلية، ورئيس الحكومة وأعضائها، والأشخاص المدنيين والعسكريين الذين يعملون في مؤسسات أو إدارات أو هيئات تحوز فيها الدولة أسهما، أن يقدموا التصريح النهائي بامتلاكاتهم خلال الشهر الذي يعقب انتهاء عضويتهم أو مهامهم، إلا في حالة الوفاة، مع تمديد هذا الأجل إلى شهر آخر في حالة القوة القاهرة.

فالقانون المغربي مثلاً، يلزم بعض منتخبي المجالس المحلية، والغرف المهنية، في حالة انتهاء مهمتهم لأي سبب آخر باستثناء الوفاة، أن يقوموا بالتصريح بامتلاكاتهم في أجل ثلاثة (3) أشهر تحسب من تاريخ انتهاء المهمة، كما قد ألزم بعض فئات الموظفين، أو الأعوان العموميين، في حالة انتهاء مهمتهم لأي سبب آخر غير الوفاة، القيام بالتصريح بامتلاكاتهم في أجل أقصاه شهرين (2)، يحسب بداية من تاريخ انتهاء المهمة⁽²⁾.

¹ - أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 جانفي 1997، يتعلق بالتصريح بالامتلاكات، سالف الذكر، (ملغى).

² - فاطمة عثمان، التصريح بالامتلاكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010-2011، ص 81.

ب- من حيث محتوى التصريح بالملكات:

تنص المادة 5 من القانون 06-01⁽¹⁾، على ما يلي: "يحتوي التصريح بالملكات، المنصوص عليه في المادة 4 أعلاه، جرداً للأملك العقارية والمنقولة التي يحوزها المكتب أو أولاده القصر، ولو في الشيوخ، في الجزائر و/أو في الخارج. يحرر هذا التصريح طبقاً لنموذج يحدد عن طريق التنظيم"، وهكذا فإن التصريح بالملكات هو عبارة عن جرد للأملك العقارية والمنقولة ومبلغ السيولة النقدية والاستثمارات وأية أملاك أخرى، التي يحوزها المكتب وأولاده القصر، ولو كانت هذه الأملاك في الشيوخ، سواء كانت موجودة في الجزائر أو في الخارج.

من خلال المادة 5 أعلاه، نلاحظ أن المصحح، لا يكتب في التصريح ممتلكات زوجته، إذ يكفي بالتصريح بالملكات العقارية والمنقولة ومبلغ السيولة النقدية والاستثمارات وأية أملاك أخرى، الخاصة به أو التي يملكها أولاده القصر، ولعل هذا راجع لكون النظام المالي للزوجين في الإسلام، وحتى القانون الجزائري يفصل الذمة المالية للزوج عن الذمة المالية للزوجة.

وأياً كان السبب، فإن عدم إلزام الموظف باكتتاب ممتلكات زوجته ولا حتى ممتلكات أولاده البالغين، لا يضمن المكافحة الفعالة للفساد، إذ يمكن للموظف أن يسجل ممتلكات له باسم زوجته أو أولاده البالغين، فما الفائدة من التصريح بالملكات هنا؟. لذلك صدرت تعليمة رئاسية متعلقة بتفعيل مكافحة الفساد سنة 2009 والتي نصت على ضرورة اكتتاب ممتلكات الزوجة، وجاء فيها: "...تحيين الإجراء القانوني للتصريح بالملكات الذي يسري على جميع أعوان الدولة. ويجب أن يطبق التصريح بالملكات على الإطار، ويشمل هذا التصريح ممتلكات الزوج والأولاد..."، وهذا الأمر تم اقتراحه في مشروع تعديل القانون رقم 06-01، لكن عند صدور الأمر رقم 10-05 المتضمن تعديل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لم يتم النص على إلزامية اكتتاب الموظف ممتلكات زوجته، في حين أن الموظف حينما يتحصل على أملاك عن طريق الفساد، فلا يكتبها باسمه وغالباً ما يكتبها باسم زوجته⁽²⁾.

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة 2 من المادة 5 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، فإن التصريح بالملكات يحرر طبقاً لنموذج يحدد عن طريق التنظيم، فصدر

¹ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - فاطمة عثمان، مرجع سابق، ص 82، 83.

المرسوم الرئاسي رقم 06-414⁽¹⁾، الذي وضع نموذجاً للتصريح بالملكيات، وأنه طبقاً للمادة 3 من نفس المرسوم الرئاسي، فإن هذا النموذج يُعد في نسختين يوقعهما المكتب والسلطة المدع لها على أن تسلم بعدها نسخة للمكتب.

وهكذا يتم التصريح بالأملاك العقارية بتحديد موقع الشقق والعقارات والمنازل، أو أية أرض سواء كانت زراعية أو معدة للبناء، أو محلات تجارية يملكها المكتب و/أو أولاده القصر في الجزائر أو في الخارج.

أما بالنسبة للأملاك المنقولة، فإن التصريح بها يشمل تحديد الأثاث ذي القيمة المالية المعتبرة، وكل أشياء ثمينة، كما يشمل التصريح بالسيارات والسفن والطائرات أو أية ملكية فنية أو أدبية أو صناعية، وبالنسبة للسيولة النقدية، فإن التصريح بها يشمل تحديد وضعية الذمة المالية من حيث أصولها وخصومها⁽²⁾، وبخصوص هذه النقطة نصت المادة 61 من القانون رقم 06-01⁽³⁾ على ما يلي: "يلزم الموظفون العموميون الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد أجنبي أو حق أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى على ذلك الحساب، بأن يبلغوا السلطات المعنية عن تلك العلاقة، وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة تتعلق بتلك الحسابات، وذلك تحت طائلة الجزاءات التأديبية ودون الإخلال بالعقوبات الجزائية المقررة".

2- الكيفيات المتباينة بين الملمزين بالتصريح بالملكيات:

ميّز المشرع الجزائري بين الموظفين العموميين الملمزين بالتصريح بالملكيات من حيث الجهة التي تتولى تلقي التصريحات، ومن حيث نشر بيانات التصريح بهذه الملكيات.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالملكيات، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

- هنا يوجد ملاحظة مهمة، بما أن الفقرة 2 من المادة 5 من القانون رقم 06-01 أحالت إلى التنظيم بخصوص تحرير نموذج التصريح بالملكيات، كان ينبغي أن يصدر المرسوم رقم 06-414 عن الوزير الأول في شكل مرسوم تنفيذي، وليس عن رئيس الجمهورية في شكل مرسوم رئاسي، لأن هذا المرسوم 06-414 تضمن مسألة تنظيمية للقانون وليست مستقلة عنه، وبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 143 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم، سالف الذكر، نجد نص: "...يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"، هذا ما يجعل المرسوم الرئاسي رقم 06-414 غير دستوري.

² - نادية تياب، مرجع سابق، ص 33، 34.

³ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

أ- من حيث الجهة المكلفة بتلقي التصريح بالامتلاكات:

جعل المشرع مهمة تلقي التصريح بالامتلاكات كاختصاص أصلي لسلطة إدارية مستقلة وهي الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، لكن هذه الهيئة ليس لها اختصاص مانع بخصوص تلقي التصريح بالامتلاكات، إذ يشاركها في ذلك الرئيس الأول للمحكمة العليا، لتختلف بذلك الكيفيات المتبعة باختلاف الجهة المكلفة بتلقي التصريحات⁽¹⁾.

أ-1: التصريحات التي تكون أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:

تنص الفقرة 6 من المادة 20 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجدها تنص: "تكلف الهيئة لاسيما بالمهام الآتية: 1-...6- تلقي التصريحات بالامتلاكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه في فقرتيها 1 و3..."، وبالرجوع إلى نص الفقرة 2 من المادة 6 من نفس القانون، نجدها تنص: "...يكون التصريح بامتلاكات رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أمام الهيئة⁽²⁾..."، وهكذا يصرح رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة بامتلاكهم أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

والأصل أن يتم التصريح بالامتلاكات أما الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مباشرة، لكن هنالك بعض التصريحات التي تصل إليها عن طريق السلطة الوصية أو السلطة السلمية، فبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 6 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجدها تنص: "...يتم تحديد كيفيات التصريح بالامتلاكات بالنسبة لباقي الموظفين العموميين عن طريق التنظيم".

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 34.

² - يقصد بالهيئة طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 2 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم: "الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته".

وقد حدّد المرسوم الرئاسي رقم 06-415⁽¹⁾، لكيفيات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون رقم 06-01⁽²⁾، فبالرجوع إلى المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-415 أعلاه، نجد أنها تنص: "يجب على الموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون رقم 06-01، أن يكتبوا التصريح بالامتلاكات في الآجال المحددة بموجب المادة 4 من القانون نفسه: - أمام السلطة الوصية، بالنسبة للموظفين العموميين الذين يشغلون مناصب أو وظائف عليا في الدولة، - أمام السلطة السلمية المباشرة، بالنسبة للموظفين العموميين الذين تحدد قائمتهم بقرار من السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية. يودع التصريح، مقابل وصل، من قبل السلطة الوصية أو السلمية لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في آجال معقولة"، وهكذا فإن الموظفين المذكورين في هذه المادة، ملزمين بالتصريح بممتلكاتهم إلى السلطة الوصية أو السلمية حسب الحالة، خلال الآجال المنصوص عليها في المادة 4 من القانون رقم 06-01، أي خلال الشهر الذي يعقب تاريخ التنصيب في الوظيفة، أو بداية العهدة الانتخابية، كما يجدد التصريح عند كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف بنفس الكيفية التي تم بها التصريح الأول، كما يجب عليهم أيضا التصريح بممتلكاتهم عند نهاية العهدة الانتخابية أو عند انتهاء الخدمة.

أما المقصود بالموظفين العموميين الذين يشغلون مناصب أو وظائف عليا في الدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، هم الموظفين الذين تضمنهم المرسوم الرئاسي رقم 90-225⁽³⁾، فبالرجوع إلى المادة الأولى

¹ - مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفيات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006=...

- لكن هنا يوجد ملاحظة مهمة، مفادها أن الفقرة الأخيرة من المادة 6 من القانون رقم 06-01، قد أحالت إلى التنظيم بخصوص تحديد كيفيات التصريح بالامتلاكات بالنسبة لباقي الموظفين العموميين غير المذكورين في المادة 6 من نفس القانون، وبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 143 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم، نجد أنها تنص: "...يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"، وهنا كان من المفروض أن يصدر مرسوم تنفيذي عن الوزير الأول ينظم هذه المسألة، وليس مرسوم رئاسي صادر عن رئيس الجمهورية، لأنه طبقا للفقرة الأولى من المادة 143 من الدستور الجزائري، فإن رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، وهو ما يعرف بالسلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية، لكن المرسوم الرئاسي رقم 06-415 تضمن مسألة تنظيمية للقانون وتابعة له وليست مستقلة عنه، لذلك كان يجب أن يصدر المرسوم عن الوزير الأول في شكل مرسوم تنفيذي، وليس عن رئيس الجمهورية في شكل مرسوم رئاسي، وهذا ما يجعل المرسوم الرئاسي رقم 06-415 غير دستوري، لكونه جاء مخالف للفقرة 2 من المادة 143 من الدستور الجزائري.

² - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

³ - مرسوم رئاسي رقم 90-225، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد قائمة الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، ج ر عدد (31)، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 1990، المعدل والمتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 02-158، مؤرخ في 16 مايو 2002، ج ر عدد (36)، الصادرة بتاريخ 19 مايو 2002.

من هذا المرسوم الرئاسي نجدها تنص: "تحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة التابعة لرئاسة الجمهورية بما فيها الأمانة العامة للحكومة، على النحو التالي: - مستشار، - مدير دراسات، - مدير، - مكلف بالدراسات والتلخيص، - نائب مدير، - المدير العام لمركز الدراسات والبحوث الدستورية".

وكذلك تعتبر وظائف عليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، تلك الوظائف العديدة التي تضمنتها المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 90-227⁽¹⁾، ونذكر منها على سبيل المثال: - مكلف بمهمة لدى رئيس الحكومة، - الأمين العام للمجلس الدستوري، - رئيس مجلس المحاسبة، - الأمين العام للمجلس الإسلامي الأعلى، - مسؤول أمانة مجلس مصف الاستحقاق الوطني، - محافظ البنك المركزي، - مدير جامعة، المدير العام للأموال الوطنية، - مسؤولو المصالح الخارجية للدولة، - الأمين العام للولاية، - المفتش العام بالولاية، - رئيس ديوان الوالي، رئيس الدائرة... الخ.

إضافة إلى أنه يوجد وظائف أخرى - وهي كثيرة - يلزم شاغلوها بالتصريح بممتلكاتهم، هذه الوظائف تمّ تحديدها بموجب قرار صادر عن المدير العام للوظيفة العمومية - بتفويض من الأمين العام للحكومة - بتاريخ 2 أبريل 2007⁽²⁾، حيث تضمن هذا القرار ملحق تم تقسيمه حسب القطاعات الوزارية، وداخل كل قطاع وزاري تمّ تحديد الأعوان العموميين المعنيين بالتصريح بالممتلكات، فعلى سبيل المثال نذكر قطاع وزارة المالية الذي تضمن أربعة (4) مديريات عامة وهي: 1- المديرية العامة للضرائب، 2- المديرية العامة للجمارك، 3- المديرية العامة للأموال الوطنية، 4- المفتشية العامة للمالية، وداخل كل مديرية تضمن الملحق قائمة الأعوان العموميين الملزمين بالتصريح بالممتلكات، فبعنوان المديرية العامة للضرائب حدد طائفة من الأعوان العموميين المعنيين بالتصريح، وهو على التوالي: 1- مراقب، 2- مفتش، 3- مفتش رئيسي، 4- مفتش مركزي، 5- مفتش عام.

وهكذا فإن القرار الصادر عن المدير العام للوظيفة العامة سنة 2007، حدد من خلال الملحق طائفة كبيرة من الأعوان العموميين الملزمين بالتصريح بالممتلكات، موزعين عبر القطاعات الوزارية والمديريات التابعة لهذه الوزارات، وهؤلاء الأعوان العموميين هم الذين لم يردوا ضمن المادة 6 من

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 90-227، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، ج ر عدد (31)، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 1990.

² - قرار صادر عن المدير العام للوظيفة العمومية - بتفويض من الأمين العام للحكومة - مؤرخ في 2 أبريل 2007، يحدد قائمة الأعوان العموميين الملزمين بالتصريح بالممتلكات، ج ر عدد (25)، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 2007.

القانون رقم 06-01⁽¹⁾، كما لم يردوا ضمن المرسوم الرئاسي رقم 90-225⁽²⁾، كما لم يردوا ضمن المرسوم التنفيذي رقم 90-227⁽³⁾.

وهكذا بقراءة متأنية للفقرتين 2، 4 من المادة 6 من القانون رقم 06-01، والمادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-415⁽⁴⁾، يتبين لنا أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تتلقى التصريح بالامتلاكات من الموظفين العموميين إما بطريقة مباشرة، وإما بطريقة غير مباشرة، أما الطريقة المباشرة نصت عليها الفقرة 2 من المادة 6 من القانون رقم 06-01 التي أوجبت على رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أن يصرحوا بامتلاكهم مباشرة أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، أما الطريقة غير المباشرة نصت عليها المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-415 التي أوجبت على الموظفين العموميين الذين يشغلون مناصب أو وظائف عليا في الدولة⁽⁵⁾، أن يكتتبوا التصريح بالامتلاكات أمام السلطة الوصية، كما أوجبت نفس المادة 2 أعلاه على الموظفين العموميين المحددين بموجب قرار من السلطة المكلفة بالوظيفة العامة⁽⁶⁾، أن يكتتبوا التصريح بالامتلاكات أمام السلطة السلمية مباشرة.

وبدورها تقوم السلطة الوصية أو السلطة السلمية المباشرة حسب الحالة، بإيداع هذه التصريحات لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مقابل وصل، لكن الجدير بالذكر هنا أن الفقرة 4 من المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-415⁽⁷⁾، نصت على أن الإيداع يكون في آجال معقولة، وهنا كان من الأجدر تحديد المدة القصوى لإيداع التصريحات بالامتلاكات لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وهذا من أجل تفادي التماطل في الإيداع، لاسيما وأن مصطلح "آجال معقولة" هو

¹ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - مرسوم رئاسي رقم 90-225، يحدد قائمة الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، معدل ومتمم، سالف الذكر.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 90-227، يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، سالف الذكر.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 06-415، يحدد كفاءات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سالف الذكر.

⁵ - وهم الموظفون العموميون الذين يشغلون وظائف عليا تابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، المنصوص عليهم في المرسوم الرئاسي رقم 90-225، سالف الذكر.

- وهم كذلك الموظفين العموميين الذين يشغلون وظائف عليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، المنصوص عليهم في المرسوم التنفيذي رقم 90-227، سالف الذكر.

⁶ - وهم الموظفون العموميون المنصوص عليهم في القرار الصادر عن المدير العام للوظيفة العمومية بتاريخ 2 أبريل 2007، سالف الذكر.

⁷ - مرسوم رئاسي رقم 06-415، يحدد كفاءات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سالف الذكر.

مصطلح مرن وفضفاض وليس دقيق، ويحتمل الكثير من التأويلات، لأن هذا الغموض في تحديد آجال إيداع التصريحات قد يفتح المجال أمام السلطة المختصة للتماطل في إحالتها، وهذا من شأنه التأثير على سرعة وفعالية معالجة المعلومات من طرف الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾، لذلك فإن تحديد مدة قصوى لإيداع التصريحات لدى الهيئة من شأنه أن يضع حد لكل تماطل من جهة، كما لا يترك أي مجال للتأويل من جهة ثانية.

أ-2: التصريحات التي تكون أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا:

سبق الذكر أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته لا تتمتع باختصاص مانع في تلقي التصريحات بالامتلاكات، إذ يشاركها في ذلك الرئيس الأول للمحكمة العليا، فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجد أنها تنص: "يكون التصريح بالامتلاكات الخاص برئيس الجمهورية، وأعضاء البرلمان، ورئيس المجلس الدستوري وأعضائه، ورئيس الحكومة وأعضائها، ورئيس مجلس المحاسبة، ومحافظ بنك الجزائر، والسفراء، والقناصل، والولاة، أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا..."، وبالرجوع إلى الفقرة 3 من المادة 6 أعلاه، نجد أنها تنص: "...يصرح القضاة بممتلكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا..."، من خلال الفقرتين الأولى والثانية من المادة 6 أعلاه، يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد حدّد مجموعة من الموظفين وجعل التصريح بممتلكاتهم يتم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا، عكس المشرع الفرنسي الذي أحدث السلطة العليا لشفافية الحياة العمومية واعتبرها سلطة إدارية مستقلة، والتي أنشأها بموجب المادة 19 من القانون رقم 2013-907 المتعلق بشفافية الحياة العمومية، والتي تتلقى تصريحات القادة المهمين من أعضاء الحكومة والبرلمان، والموظفين المساعدين لرئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الأمة، أعضاء الدواوين الوزارية، والموظفون المساعدون لرئيس الجمهورية، وأعضاء السلطات الإدارية والسلطات العمومية المستقلة، كل شخص يمارس وظيفة بقرار من الحكومة وتم تعيينه في مجلس الوزراء والمنتخبين المحليين، ومسيري المؤسسات الإدارية والاقتصادية، وغيرها من الوظائف المنصوص عليها في المادتين 4، 11 من القانون الفرنسي رقم 2013-907، المتعلق بشفافية الحياة العمومية⁽²⁾، وكذلك المشرع اليمني

¹ - فاطمة عثمان، مرجع سابق، ص 88.

² - Art 4, 11 loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, Version consolidée au 20 décembre 2013, www.legifrance.gouv.fr Date d'accès au site :le 14/10/2019, À 19:00.

فلهيئة العليا الوطنية لمكافحة الفساد تتلقى تصريحات أصحاب المناصب القيادية بما فيهم رئيس الجمهورية⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري في ظل أحكام الأمر رقم 04-97⁽²⁾، كان يخول الصلاحية للجنة التصريح بالامتلاكات بتلقي تصريحات كل الموظفين العموميين المزمين بالتصريح، على اختلاف مناصبهم ورتبهم، ولم يخصص الأمر رقم 04-97 لكل فئة من الموظفين هيئة معينة لتلقي التصريحات بالامتلاكات، حيث كانت لجنة التصريح بالامتلاكات هي الجهة الوحيدة المخولة بتلقي التصريحات من جميع الموظفين المزمين بالتصريح، إلا أن المشرع تراجع عن هذا الإجراء بموجب القانون رقم 01-06 الذي ميّز بين نوعية الوظائف، وجعل الموظفين الذين يمارسون وظائف سامية وسيادية يصرحون بممتلكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا، أما الطائفة الثانية من الموظفين المزمين بالتصريح يصرحون بممتلكاتهم أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 6 من القانون رقم 01-06 أعلاه، نجد أنها قد حولت الرئيس الأول للمحكمة العليا لتلقي التصريح بالامتلاكات الخاص بالموظفين أصحاب المناصب القيادية والسامية، دون إعطائه صلاحية التحقيق في هذه التصريحات، لأن دوره يكمن فقط في تلقي التصريحات بالامتلاكات فهو عبارة عن صندوق بريد، ومن جهة ثانية لم يوضح القانون رقم 01-06 أعلاه، بأن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مخولة للتحقيق في تصريحات هذه الطائفة من الموظفين السامين، فما هي الإجراءات المتبعة إذا تم اكتشاف تصريحات كاذبة بالامتلاكات تتعلق بأحد هؤلاء الموظفين السامين؟، هل الرئيس الأول للمحكمة العليا يباشر الإجراءات بإخطار الجهات المختصة بالمتابعة الجزائية؟، أم تتدخل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من أجل إحالة الملف إلى وزير العدل؟، علما أن الهيئة غير مخولة بتلقي تصريحات هؤلاء المسؤولين السامين، فكيف يكون لها الاختصاص بإحالة الملف إلى وزير العدل⁽³⁾؟.

¹ - الفقرة 6 من المادة 8 من القانون رقم 39-2006، المتعلق بمكافحة الفساد، www.snaccyemen.org تاريخ الإطلاع على الموقع:

2019/10/14، على الساعة: 20:00.

² - أمر رقم 04-97، يتعلق بالتصريح بالامتلاكات، سالف الذكر، (ملغى).

³ - فاطمة عثمان، مرجع سابق، ص 90.

هو غموض من شأنه أن يبقي ملف يتضمن وقائع جزائية معلقا، طالما لم تحدد الجهة المخولة بإخطار الجهات القضائية من أجل المتابعة الجزائية، لاسيما وأن الأمر يتعلق بمنصب سيادية حساسة ويزداد الأمر تعقيدا بخصوص أعضاء البرلمان الذين يتمتعون بالحصانة البرلمانية.

في حين كانت الإجراءات واضحة في ظل أحكام الأمر رقم 97-04، إذ كانت لجنة التصريح بالامتلاكات تُعد تقرير سنوي تضع فيه ما تلاحظه من تطورات معتبرة في الامتلاكات إذا لم يقدم المعني توضيحات بشأنها أو لم يبررها، أو قدم توضيحات وتبريرات غير كافية⁽¹⁾، وإذا اكتشفت اللجنة وجود تصريحات غير صحيحة كان لها الصلاحية أن تحيل الملف مباشرة إلى القضاء⁽²⁾.

كما يلاحظ كذلك أن المادة 6 من القانون رقم 06-01⁽³⁾، أغفلت تحديد الجهة المخولة بتلقي تصريح الرئيس الأول للمحكمة العليا بامتلاكاته، لكونه هو الآخر ملزم بالتصريح طبقا للفقرة 3 من المادة 6 التي أوجبت على القضاة التصريح بامتلاكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا، في حين أن الرئيس الأول للمحكمة العليا هو قاض وبالتالي ملزم بالتصريح بامتلاكاته طبقا للفقرة الثالثة من المادة 6 أعلاه، فهنا بعض الكتابات أشارت إلى أنه يوجد إشكال حقيقي، فكيف لرئيس المحكمة العليا أن يصح بامتلاكاته أمام نفسه؟، وهكذا عندما يريد الرئيس الأول للمحكمة العليا التصريح بامتلاكاته⁽⁴⁾، فإن مبادئ وقواعد القانون الإداري تقتضي منه التصريح أمام نائب الرئيس الأول للمحكمة العليا، وهذه من المبادئ العامة وليست بحاجة للنص عليها في القانون.

ب- من حيث نشر التصريح بالامتلاكات:

سبق وأن ذكرنا أن الجهة المختصة بتلقي التصريح بالامتلاكات تختلف باختلاف صفحة الموظف المصرح، كذلك هناك اختلاف بشأن مدى وجوب نشر التصريح بالامتلاكات من عدمه، وذلك يرجع أيضا إلى معيار صفة الموظف المصرح.

¹ - المادة 10 من الأمر رقم 97-04، يتعلق بالتصريح بالامتلاكات، سالف الذكر، (ملغى).

² - الفقرة 2 من المادة 16 من نفس الأمر.

³ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

⁴ - وهنا الرئيس الأول للمحكمة العليا لا يصح بامتلاكاته بصفته رئيس أول للمحكمة العليا، لأنه لا يوجد لا في القانون ولا في التنظيم ما يشير إلى إلزام الرئيس الأول للمحكمة العليا بالتصريح بامتلاكاته، وإنما يصح بامتلاكاته بصفته قاض طبقا للفقرة 3 من المادة 6 من القانون رقم 01-06.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجدتها تنص: "يكون التصريح بالمتلكات الخاص برئيس الجمهورية، وأعضاء البرلمان، ورئيس المجلس الدستوري وأعضائه، ورئيس الحكومة وأعضائها، ورئيس مجلس الحاسبة، ومحافظ بنك الجزائر، والسفراء، والقناصل، والولاة، أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا، وينشر محتواه في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية خلال الشهرين (2) المواليين لتاريخ انتخاب المعنيين أو تسلمهم مهامهم..."، وبالتالي فإن كل التصريحات بالمتلكات الخاصة بالموظفين السامين المذكورين في الفقرة الأولى من المادة 6 أعلاه، يجب أن تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية خلال أجل شهرين (2) من تاريخ انتخابهم أو تسلمهم مهامهم، والمشرع ألزم بنشر تصريحات هؤلاء الموظفين السامين عند بداية المسار المهني فقط، سواء كان معينا أو منتخبا، ولم يلزم النشر عند كل زيادة معتبرة في الذمة المالية، كما لم يلزم النشر عند انتهاء الخدمة أو عند نهاية العهدة الانتخابية، وهذا يتنافى مع مبدأ الشفافية في تسيير الأموال العمومية، كما يتنافى مع مقتضيات الحكم الراشد⁽¹⁾، كما يتنافى مع مبدأ توازي الأشكال، وهذا يعد تراجع وتخلي عن الإجراءات المعمول بها في ظل أحكام الأمر رقم 97-04، إذ كانت تصريحات هذه الفئة من الموظفين واجبة النشر خلال الشهرين (2) اللذين يعقبان انتهاء عضويتهم و/أو مهامهم⁽²⁾.

إلا أنه رغم اشتراط المشرع أن يكون التصريح بالمتلكات محل نشر خلال شهرين (2) مواليين لتاريخ انتخاب المعنيين أو تسلمهم مهامهم، إلا أنه في الواقع العملي يتم التماطل في نشر تصريحات هذه الفئة من الموظفين، نذكر على سبيل المثال لا الحصر، تصريح السيد (ب ح) وزير البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، الذي حرر التصريح بتاريخ 28 يوليو 2008، ولم ينشر في الجريدة الرسمية حتى تاريخ 27 يناير 2010⁽³⁾، ونفس عدد الجريدة الرسمية تضمن العديد من التصريح بالمتلكات الخاصة بنواب المجلس الشعبي الوطني وولاة، حيث تم تحرير هذه التصريحات بتاريخ مختلفة لكن كلها سنة 2008، لكن لم يتم نشرها حتى تاريخ 27 يناير 2010.

¹ - فاطمة عثمان، مرجع سابق، ص 92.

² - الفقرة 2 من المادة 12 من الأمر رقم 97-04، يتعلق بالتصريح بالمتلكات، سالف الذكر، (ملغى).

³ - تصريح بممتلكات السيد بصالح حميد، وزير، ج ر عدد (07)، الصادرة بتاريخ 27 يناير 2010.

أما الفقرة 2 من المادة 6 من القانون رقم 06-01 أعلاه، تنص: "...يكون التصريح بممتلكات رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أمام الهيئة، ويكون محل نشر عن طريق التعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية أو الولاية حسب الحالة خلال شهر..."، وهكذا في التصريحات بالممتلكات الخاصة برؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، يجب أن تنشر عن طريق التعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية أو الولاية حسب الحالة، وذلك خلال أجل شهر (1) من تاريخ انتخابهم، إلا أن المشرع هنا كذلك اشترط النشر فقط خلال بداية العهدة الانتخابية، ولم يشترط النشر في حالة الزيادة المعتبرة في الذمة المالية للمنتخب، كما لم يشترط النشر أثناء نهاية العهدة الانتخابية، وهذا فيه مساس كذلك بمقتضيات الحكم الراشد ومبدأ الشفافية، وكذلك مساس بمبدأ توازي الأشكال، ولم يكن المشرع هنا منطقي حينما اشترط النشر في بداية العهدة الانتخابية، ولم يشترطه في حالة الزيادة المعتبرة في الذمة المالية للمنتخب، ولم يشترط النشر كذلك في حالة نهاية العهدة الانتخابية، فكان على المشرع أن يكون أكثر دقة ووضوح وذلك إما أن يشترط النشر في كل المراحل دعماً للشفافية والرقابة الشعبية، أو أن يمنعه في كل المراحل حفاظاً على السرية والحياة الخاصة للموظف أو للمنتخب، أما أن يشترط المشرع نشر التصريح بالممتلكات عند بداية العهدة الانتخابية، ولا يشترطه عند نهايتها، فهذا قد غاب المنطق عن المشرع ولم يعتمد معيار واضح.

أما الفقرة 3 من المادة 6 أعلاه، والتي نصت: "...يصرح القضاة بممتلكاتهم أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا..."، وهنا هذه الفقرة سكنت عن إجراء نشر التصريح بالممتلكات الخاص بالقضاة، وبالتالي فالتصريحات بالممتلكات الخاصة بالقضاة لا تنشر، كما أن الفقرة 4 من المادة 6 أعلاه، أحالت إلى التنظيم بخصوص تحديد كفاءات التصريح بالممتلكات بالنسبة لباقي الموظفين العموميين، وبالرجوع إلى التنظيم المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 06-415⁽¹⁾، نجد أنه يشير إلى الموظفين العموميين الملزمين بالتصريح بالممتلكات، وغير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون رقم 06-01 أعلاه، وحدددهم في الموظفين العموميين الذين يشغلون مناصب أو وظائف عليا في الدولة، والموظفين العموميين الذين تحدد قائمتهم بموجب قرار صادر عن السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، لكن دون الإشارة إلى إجراء نشر هذه التصريحات، وبالتالي فالموظفين العموميين غير المذكورين في المادة 6 من القانون رقم 06-01

¹ - مرسوم رئاسي رقم 06-415، يحدد كفاءات التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سالف الذكر.

أعلاه، والملزمين بالتصريح بممتلكاتهم طبقاً لإجراءات حددها المرسوم الرئاسي رقم 06-415، فإن تصريحاتهم لا تنشر.

وإذا كان نشر التصريح بالممتلكات يدل على الشفافية وإعلام الجمهور كنوع من الرقابة الشعبية على المسؤولين، إلا أن المشرع لم يشترط إجراء النشر بخصوص طائفة معينة من الموظفين وهم القضاة والموظفين الملزمين بالتصريح والذين يشغلون مناصب عليا في الدولة⁽¹⁾، وكذلك الموظفين الملزمين بالتصريح والمحددين بقائمة صادرة عن المديرية العامة للتوظيف العمومية⁽²⁾، نظراً لما يتعرض له المكتب (المصرح) من مخاطر على شخصه وعلى عائلته، لاسيما الاختطاف والمطالبة بالفدية، وهذا ما كان معمول به كذلك في ظل أحكام الأمر رقم 97-04 حيث كانت الفقرة الأولى من المادة 11 منه تنص: "يكتسي التصريح بالممتلكات طابعاً سرياً ولا ينشر إلا بناء على طلب المكتب أو ذوي حقوقه..."، كما تضيف الفقرة 2 من نفس المادة: "...لا يطلع على التصريح إلا الأشخاص الذين يأذن لهم المكتب صراحة بذلك ماعدا السلطات القضائية التي تتصرف في إطار التشريع المعمول به"⁽³⁾.

غير أن المشرع ومن جهة ثانية، ونظراً لحساسية بعض المناصب اشترط نشر التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين الذين يشغلون هذه المناصب، وذلك بغية من المشرع في إضفاء نوع من الشفافية والرقابة الشعبية، ويتعلق الأمر بالموظفين السامين المذكورين في الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون رقم 06-01، والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة 12 من الأمر رقم 97-04 المتعلق بالتصريح بالممتلكات (الملغى)، والذي كان هو الآخر يعتمد إجراء النشر لهذه الطائفة من الموظفين، بل الأمر رقم 97-04 ذهب إلى أبعد من ذلك حينما اشترط في الفقرة 2 من المادة 12 أن نشر التصريح بالممتلكات يتم بنفس الأشكال خلال الشهرين (2) اللذين يعقبان انتهاء عضوية هؤلاء الموظفين و/أو مهامهم، وهو الإجراء الذي أغفلته المادة 6 من القانون رقم 06-01.

¹ - وهم الموظفون العموميون الذين يشغلون وظائف عليا تابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، المنصوص عليهم في المرسوم الرئاسي رقم 90-225، سالف الذكر.

- وهم كذلك الموظفون العموميون الذين يشغلون وظائف عليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، المنصوص عليهم في المرسوم التنفيذي رقم 90-227، سالف الذكر.

² - وهم الموظفون العموميون المنصوص عليهم في القرار الصادر عن المدير العام للتوظيف العمومية بتاريخ 2 أبريل 2007، سالف الذكر.

³ - المادة 11 من الأمر رقم 97-04، يتعلق بالتصريح بالممتلكات، سالف الذكر، (ملغى).

كذلك لم يستثني المشرع من إجراء النشر التصريح بالملكيات الخاصة برؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، وذلك من خلال الفقرة 2 من المادة 6 من القانون رقم 06-01، والتي تقابلها المادة 13 من الأمر رقم 97-04 المتعلق بالتصريح بالملكيات (الملغى)، والذي هو الآخر كان يعتمد إجراء النشر للتصريح بالملكيات برؤساء المجالس الشعبية البلدية والولائية، وأعضائها، إلا أنه ما يلاحظ كذلك على المادة 13 من الأمر رقم 97-04 أنها هي الأخرى أغفلت إجراء النشر في حالة الزيادة المعتبرة في الذمة المالية للمنتخب، كما أغفلت كذلك إجراء النشر في حالة نهاية العهدة الانتخابية، لكن للأسف الشديد أنه بإلغاء الأمر رقم 97-04 المتعلق بالتصريح بالملكيات، وصدور القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، لم يتدارك المشرع هذا الخلل والنقص من خلال المادة 6 من نفس القانون.

ثالثا: جزاء الإخلال بالتصريح بالملكيات (عدم التصريح أو التصريح الكاذب)

يشترط المشرع أن يكون التصريح بالملكيات صحيحا ومستوفيا لكل الشروط الواجب توافرها، وهكذا تمّ تقرير جزاءات لكل من قام بالإخلال بواجب التصريح بالملكيات كليا أو جزئيا⁽¹⁾، وهكذا فرض القانون رقم 06-01 على الموظف العمومي واجبات أساسية تتمثل في التصريح الصادق بالملكيات، وجرم الإخلال بها من خلال تجريم عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالملكيات⁽²⁾، وهذا حتى يؤدي التصريح بالملكيات الهدف الذي أوجد من أجله، لذلك يتدخل المشرع لحماية المال العام وذلك عن طريق تجريم كل إخلال بواجب التصريح بالملكيات (1)، مقرر عقوبات جزائية لهذا الإخلال (2).

1- تجريم الإخلال بواجب التصريح بالملكيات:

يأخذ الإخلال بواجب التصريح بالملكيات صورتين، الصورة الأولى تتمثل في الإخلال الكامل بواجب التصريح بالملكيات، بمعنى عدم التصريح بالملكيات (أ)، وتتمثل الصورة الثانية في الإخلال الجزئي بواجب التصريح بالملكيات، بمعنى التصريح الكاذب بالملكيات (ب).

¹ - زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 264.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص - جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير-، الطبعة الخامسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 184.

أ- الإخلال الكامل بواجب التصريح بالملكيات (عدم التصريح بالملكيات):

تنص المادة 36 من القانون رقم 06-01⁽¹⁾، على ما يلي: "يعاقب بالحبس... كل موظف عمومي خاضع قانونا لواجب التصريح بملكياته ولم يقم بذلك عمدا، بعد مضي شهرين (2) من تذكيره بالطرق القانونية..."، وبالتالي هنا يمتنع الموظف العمومي في هذه الصورة عن اكتتاب التصريح بملكياته، فيكون الإخلال بواجب التصريح كاملا، لكن تشترط المادة 36 أعلاه تذكير المعني بالأمر بواجبه بالطرق القانونية، كطريق التبليغ بواسطة المحضر القضائي أو برسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، وإمهاله مدة شهرين (2) لاكتتاب التصريح، فلا تقوم الجريمة إلا بعد انقضاء هذه المدة⁽²⁾ والتي يبدأ سريانها بداية من تذكيره بواجب التصريح بملكياته.

ب- الإخلال الجزئي بواجب التصريح بالملكيات (التصريح الكاذب بالملكيات):

تنص المادة 36 من القانون رقم 06-01 أعلاه: "يعاقب بالحبس... كل موظف عمومي خاضع قانونا لواجب التصريح بملكياته ولم يقم بذلك عمدا، بعد مضي شهرين (2) من تذكيره بالطرق القانونية، أو قام بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ، أو أدلى عمدا بملاحظات خاطئة أو خرق عمدا الالتزامات التي يفرضها عليه القانون"، يقوم الموظف العمومي في هذه الصورة بإخلال جزئي بواجب التصريح بالملكيات، وذلك باكتتاب التصريح بملكياته ولكنه يدلي بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ، والنص الفرنسي استعمل عبارة faux أي مزور، كما يعد التصريح كاذبا إذا أدلى الموظف العمومي بملاحظات خاطئة (كاذبة أو مزورة)، أو إذا خرق الالتزامات التي يفرضها عليه القانون⁽³⁾.

فإذا كان الإخلال بواجب التصريح بالملكيات كاملا في الصورة الأولى، فيعد الإخلال جزئيا في الصورة الثانية، وفي كلا صورتين يجب أن يكون المخل بالالتزام متعمداً، فلا تقوم الجريمة إلا إذا تعمد الموظف العمومي عدم التصريح أو تعمد التصريح الكاذب، ومن ثم لا تقوم الجريمة إذا كان عدم التصريح أو التصريح الكاذب نتيجة إهمال أو لا مبالاة.

¹ - قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 186.

³ - المرجع نفسه، ص 186.

ومن الصعب الفصل بين التعمد والإهمال، لاسيما عندما يتعلق الأمر بعدم التصريح والتصريح غير الكامل والتصريح الخاطئ، ومع ذلك يتعين على القضاء في كل الأحوال إثبات أن الإخلال بواجب التصريح كان متعمدا⁽¹⁾.

2- العقوبات المقررة للإخلال بواجب التصريح بالملكات:

أما بخصوص قمع الجريمة، تعاقب المادة 36 من القانون رقم 06-01 أعلاه، على هذا الفعل بعقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، وبوجه عام تطبق على هذه اللجنة بصورتها مجمل الأحكام المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته -مع مراعاة الإحالة إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية-، سواء تعلق الأمر بالظروف المشددة، أو الإغفاء من العقوبات والتخفيض منها، أو العقوبات التكميلية، أو التجميد والحجز والمصادرة، أو التقادم، أو أساليب التحري الخاصة⁽²⁾، وهي الأحكام التي ستطرق إليها بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة.

عموما يعتبر نظام التصريح بالملكات آلية قانونية للوقاية من الجرائم المتعلقة بالعقود الإدارية، ويعتبر كضمانة مهمة تركز الشفافية والمنافسة الشريفة والتزينة أثناء مرحلة إبرام هذه العقود، ومن جهة ثانية يعتبر إجراء التصريح بالملكات كصمام أمان لتزاهة الوظيفة العامة، وعدم المتاجرة بها، وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يطبق هذا النظام أثناء ولايته، فكان عندما يقوم بعزل موظف فإنه كان يطلب منه أن يقدم بيانا مفصلا عن شؤون ولايته، وحصرا شاملا لأمواله⁽³⁾.

وهنا يجب الإشارة إلى ملاحظة نراها في غاية الأهمية، مفادها أنه من خلال التطرق للموظفين الملزمين باكتتاب التصريح بالملكات فبعضهم لا علاقة له بإبرام العقود الإدارية، لكن تطرقنا إليه من باب أنه قد يؤثر على إجراءات الإبرام بطريقة غير مباشرة، من خلال استغلال نفوذه، والمتاجرة بالوظيفة

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 186.

² - المرجع نفسه، ص 186، 187.

- فبخصوص الظروف المشددة في جنحة الإخلال الكامل والجزئي بواجب التصريح بالملكات، يراجع المادة 48 من القانون رقم 06-01.

- بخصوص تقادم الدعوى العمومية وتقدم العقوبة المتعلقة بجنحة الإخلال الكامل والجزئي بواجب التصريح بالملكات، يراجع المادتين، 8، 614، من قانون الإجراءات الجزائية، والمادة 54 من القانون رقم 06-01.

³ - فايزة قاصدي، أخلاقيات المهنة في مجال العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى. مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجزيرة، مصر، 2015، ص 204.

وممارسة الضغط على المرؤوسين للإحلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية، من هذا المنطلق تطرقنا إلى كل الموظفين الملزمين بالتصريح بالامتلاكات فمنهم من يكون مختص بإبرام العقود الإدارية بصفة مباشرة، ومنهم قد لا يكون مختص بالإبرام لكونه مثلا موظف سامي، لكن له تأثير غير مباشر على عملية الإبرام، لذلك يعد التصريح بالامتلاكات ضمانا مهمة وآلية قانونية وقائية في مجال شفافية إبرام العقود الإدارية.

وعند ختامنا الحديث عن إجراء التصريح بالامتلاكات كآلية قانونية فعّالة لضمان وتعزيز النزاهة والشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية، وصون نزاهة الموظفين العموميين المكلفين بخدمة عمومية، لاسيما تلك المتعلقة بإبرام العقود الإدارية، لا يفوتنا التطرق إلى نقطة قانونية جد مهمة، مفادها أنه ونظرا لأهمية إجراء التصريح بالامتلاكات وإضافة إلى الترسنة القانونية والتنظيمية التي حظي بها هذا الإجراء، إلا أن الجهود المبذولة من أجل محاربة الفساد لم تتوقف هنا بل ذهبت بعيدا في محاربة هذه الظاهرة الخطيرة، وذلك عندما قام المؤسس الدستوري الجزائري لأول مرة بدسترة إجراء التصريح بالامتلاكات من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث أضيفت الفقرة 2 للمادة 23 من الدستور الجزائري⁽¹⁾، والتي نصت: "...يجب على كل شخص يُعيّن في وظيفة سامية في الدولة، أو يُنتخب في مجلس محلي، أو يُنتخب أو يُعيّن في مجلس وطني أو في هيئة وطنية، أن يصرح بممتلكاته في بداية وظيفته أو عهده وفي نهايتهما. يُحدّد القانون كيفية تطبيق هذه الأحكام"، وعندما تريد الدولة أن تعطي أهمية بالغة لمبدأ قانوني أو إجراء معين يتم دسترة هذا المبدأ أو هذا الإجراء، وذلك بالنص عليه في أسمى وثيقة في الدولة وهي الدستور، وهو ما فعله المؤسس الدستوري بخصوص إجراء التصريح بالامتلاكات، فعندما رأى المؤسس الدستوري أن هذا الإجراء مهم وضروري في محاربة آفة الفساد أو على الأقل التقليل من أخطارها، قام بدسترة هذا الإجراء لأول مرة عند التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث أضاف فقرة كاملة للمادة 23 من الدستور الجزائري، غير أن المؤسس الدستوري أغفل في هذه الفقرة مسألة تحديد التصريح بالامتلاكات، حيث نص فقط على التصريح الأولي والتصريح النهائي فقط، وبموجب المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020 تم تعزيز هذا الإجراء بموجب المادة 5/23.

¹ - الفقرة 2 من المادة 23 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم، سالف الذكر، والتي أضيفت بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، سالف الذكر.

وبعد أن تطرقنا من خلال هذا المطلب إلى إرساء ضمانات لتراثة القائمين بعملية إبرام العقود الإدارية، سواء عن طريق عصنة قطاع الوظيفة العامة وتوفير ضمانات مهنية ملائمة للموظف العام، أو عن طريق القواعد القانونية الصارمة التي تم إخضاع الموظف إليها، لاسيما فرض إجراء التصريح بالممتلكات للموظفين الذين يشغلون مناصب عليا في الدولة، سوف نتطرق في المطلب الموالي إلى ضمانات أخرى لا تقل أهمية عن الضمانات السابق ذكرها، والمتمثلة في إعفاء الموظف العام من تنفيذ أوامر الرئيس غير المشروعة، وإلزامه بتنفيذ الأوامر المشروعة دون سواها.

المطلب الثاني

إلزام الموظف العام بتنفيذ الأوامر الإدارية المشروعة دون سواها

يعتبر الموظف العام أداة الدولة في سبيل تجسيد سياستها على أرض الواقع، وذلك عن طريق إصدار وتلقي الأوامر بين الرئيس والمرؤوس عبر التدرج السلمي الإداري، وتكريسا لدولة القانون ومبدأ المشروعية فيقع على الموظف العام مجموعة من الواجبات، أهمها واجب طاعة رئيسه الإداري من جهة، وواجب إحترام القانون من جهة ثانية⁽¹⁾، وهنا يجد هذا الموظف نفسه أمام معادلة صعبة فهو أسير واجبين، واجب إحترام القانون، وواجب طاعة أوامر الرئيس الإداري، وكلاهما يترتب عن مخالفته المسؤولية بصورها الثلاث، التأديبية والمدنية والجزائية⁽²⁾.

وذلك لكون أن طاعة الرئيس الإداري من الركائز الأساسية لكل وظيفة، وعماد الواجبات الوظيفية، وبما أن طاعة الرئيس الإداري مناطها السلم الإداري أو التدرج الإداري، الأمر الذي يقتضي من المرؤوس واجب طاعة رؤسائه الإداريين⁽³⁾، ويعتبر مخالفة واجب الطاعة من الأخطاء التأديبية التي قد تؤدي إلى الفصل من الوظيفة، لكن بشرط أن يكون واجب الطاعة متعلق بأوامر مطابقة للقوانين

¹ - حاج غوثي أحمد قوسم، مبدأ الوسائل القانونية المناسبة والمبادئ العامة للقانون - دراسة مقارنة-، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 93.

² - عبد الكريم بالعراي، توفيق نعيمة، الأمر الرئاسي غير المشروع وأثره على المسؤولية الجزائية للموظف العام، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 39، ديسمبر 2016، ص 117.

³ - خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية الموظف العام - دراسة تطبيقية مقارنة على رجل الشرطة بين الاتفاقات الدولية والتشريع المصري والتشريعات العربية-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 64.

والتنظيمات أي مشروعاً⁽¹⁾، لأن الأمر غير المشروع هو الذي يصدره الموظف الرئيس بناءً على مبدأ التدرج الرئاسي مخالفاً في ذلك القوانين والتنظيمات، لاسيما تلك المتعلقة بإجراءات إبرام العقود الإدارية، والإشكال المطروح أنه إذا أصدر الموظف الرئيس أمراً غير مشروع للموظف المرؤوس يأمره مثلاً بمنح صفقة عمومية لمعامل اقتصادي معين دون أن يكون له الحق فيها، وبالتالي يكون هذا الأمر غير المشروع مخالفاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فهل يحق لهذا الموظف المرؤوس أن يبحث بصورة أولية في مدى مشروعية هذا الأمر؟ وهل من حق هذا الموظف المرؤوس أن يرفض التنفيذ في حالة تأكده من عدم مشروعيته؟، أو على الأقل مناقشة رئيسته الإداري في ذلك؟⁽²⁾، سوف نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال التطرق إلى موقف الفقه من مدى طاعة المرؤوس لأوامر رئيسته الإداري المخالفة للقوانين والأنظمة (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نتطرق إلى فكرة الموظف الجزائري في مواجهة الأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من مدى طاعة المرؤوس للأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة

ذهب البعض من الفقه بخصوص هذه المسألة إلى أن المرؤوس يعفى من مسؤولية تنفيذ أمر غير مشروع إذا توافر شرطان، أما الشرط الأول فيتمثل في وجوب صدور أمر كتابي من الرئيس، ويتمثل الشرط الثاني في وجوب أن ينبه المرؤوس رئيسته الإداري تنبيهاً مكتوباً بأن هذا الأمر يشكل مخالفة للقانون⁽³⁾، وإذا توفر هذان الشرطان تقع المسؤولية على الرئيس الإداري.

وهناك رأي فقهي آخر ذهب إلى أنه لا بد من التفرقة بين حالتين، أما الحالة الأولى فتتمثل في ما إذا كان أمر الرئيس يخالف القوانين الجنائية أي تنفيذه يشكل جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين ذات الصلة به - كالقانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته -، في هذه الحالة يرى هذا الرأي الفقهي أن قانون العقوبات يفرض على المرؤوس تنفيذ أمر الرئيس، وإلا كان هو المسؤول جزائياً،

¹ - علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة - دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي -، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004، ص 258.

² - نادية تياب، مرجع سابق، ص 56.

³ - سعاد الشراوي، القانون الإداري، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 528.

ويضيف هذا الرأي الفقهي، بأن صفة التجريم المتعلقة بهذا الأمر الصادر عن الرئيس قد لا تكون واضحة للمرؤوس، لكنه لا يعفى من المتابعة الجزائية في هذه الحالة، إلا إذا كان هذا الموظف حسن النية يعتقد بناء على أسباب معقولة مشروعية هذا الأمر الصادر عن الرئيس، وكان حريصاً في التحقق من مدى مشروعيته، ففي هذه الحالة يعفى الموظف المرؤوس من العقوبة الجزائية وحتى من العقوبة التأديبية، ولكن تبقى القاعدة والأصل العام أن الموظف المرؤوس ملزم بعدم تنفيذ أمر الرئيس إذا كان يمثل جريمة.

أما الحالة الثانية، التي قال بها هذا الرأي الفقهي، تتمثل في كون أن أمر الرئيس الإداري غير المشروع الذي يخالف القوانين والتنظيمات لكن لا يشكل جريمة، فهنا حسب هذا الرأي أنه على المرؤوس أن ينبه رئيسه الإداري كتابة بوجه مخالفة الأمر للقوانين أو التنظيمات، وفي هذه الحالة إذا أصرَّ الرئيس كتابة أيضاً على أمره، فإن المرؤوس يعفى من المسؤولية التأديبية عن تنفيذ هذا الأمر، وتنتقل هذه المسؤولية إلى الرئيس الإداري الذي يسأل عن الأمر غير المشروع الصادر عنه⁽¹⁾.

وفي نفس السياق، يذهب الأستاذ الدكتور مازن ليلو راضي إلى أن الأوامر الرئاسية يجب أن تكون مشروعة حتى تكن محلاً للطاعة، فإذا كانت غير مشروعة فالأصل أن الموظف المرؤوس غير ملزم بتنفيذها، إلا إذا نبه رئيسه كتابة بأن أوامره تتعارض مع القوانين أو التنظيمات، وإذا أصرَّ الرئيس على موقفه كتابة وطلب تنفيذ أمره، ففي هذه الحالة يكون واجباً على الموظف التقيد بهذه التعليمات ويتحمل الرئيس المسؤولية الناتجة عن تنفيذ هذه الأوامر⁽²⁾.

بينما المشرع الفرنسي، في المادة 26 من قانون التوظيف الفرنسي رقم 436 الصادر في 13 جويلية 1983، أكد على ضرورة الامتثال لجميع التعليمات الصادرة من الرئيس الإداري إلى موظفيه، حتى لو كانت هذه الأوامر غير مشروعة، إلا إذا كان من شأنها أن تهدد المصلحة العامة تهديداً جسيماً⁽³⁾، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري - طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، وظائف الإدارة العامة، الموظفون العموميون، أعمال الإدارة العامة، امتيازات الإدارة العامة، أموال الإدارة العامة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 479، 480.

² - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 187، 188.

³ - Article 26 Loi N° 634 du 13 Juillet 1983, Cod administratif, Dalloz, 1987, P: 1018.

وفي جميع الأحوال ليس للرئيس الإداري أن يكلف أحد مرؤوسيه بارتكاب جريمة، وليس للمرؤوس أن يطيع الأمر الموجه إليه لاسيما وأنه ينطوي على ارتكاب جريمة، وليس للموظف المرؤوس أن يدفع بجهله للقانون، فمن واجب المرؤوس أن يمتنع عن تنفيذ الأوامر التي تشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وإلا تعرض للمسؤولية الجنائية فضلا عن مسؤوليته التأديبية⁽¹⁾.

وهناك من يرى أنه من المستقر عليه قضاء أن المرؤوس لا يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ ما يصدر إليه من رئيسه، وإنما يمكن له الطعن قضائيا في تلك الأوامر إذا كانت مخالفة للقانون⁽²⁾، ويضيف هذا الرأي بأنه لا توجد نصوص قانونية أو تنظيمية تشرح لنا كيفية التعامل مع مثل هذه القضايا في الحياة العملية، كتحديد الجهة القضائية التي يتعين على الموظف إخطارها إذا ما أصر الرئيس الإداري على تنفيذ الأمر غير المشروع⁽³⁾.

لكن هذا الرأي قد جانب الصواب ونحن لا نؤيده، لكون أن دعوى الإلغاء تتعلق بقرار إداري سواء فردي أو تنظيمي، والذي يمس بالمركز القانوني للشخص المخاطب به، سواء تعديل هذا المركز القانوني أو إلغائه، بمعنى أن يُحْدِثَ هذا القرار الإداري أذى بذاته في مواجهة المخاطبين به، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، أنه من شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية لا بد من توافر شروط لقبول الدعوى، ومنها ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾، والتي جاء فيها: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...". كذلك المادة 67 من نفس القانون التي عرفت الدفع بعدم القبول على أنه الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة، وإذا سلمنا بالرأي المذكور أعلاه والذي مفاده أنه يمكن للموظف أن يرفع دعوى إلغاء الأوامر غير المشروعة

¹ - مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 188.

² - فاطمة مولوة، الجريمة التأديبية للموظف العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 41.

³ - عمار عيشوبة، قواعد مبدأ التناسب في المسائل التأديبية في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2018-2019، ص 141.

⁴ - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21) الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

الصادرة إليه من رئيسه الإداري، فأين صفته وأين مصلحته في الإلغاء؟، لاسيما وأن هذه الأوامر في أغلبها غير موجهة للموظف ولا تمس بمركزه القانوني، لا بالتعديل ولا بالإلغاء، وإنما غالبية هذه الأوامر الرئاسية تتعلق إما بتسيير وتنظيم المرفق العام، أو تتعلق بتقديم الخدمات العمومية للأفراد.

وذلك لأن الرئيس الإداري يمارس امتيازات السلطة الرئاسية على مختلف مراتب ومستويات التدرج الإداري، وقد تمارس السلطة الرئاسية على شخص المرؤوس، كما قد تمارس على أعماله الوظيفية، وهذه الأخيرة تكون على أعمال الموظف والمتمثلة في سلطة التوجيه والرقابة وإصدار الأوامر والنواهي والتوجيهات والتعليمات بواسطة إجراءات التنظيم الداخلي للإدارة، وذلك عن طريق توجيه الموظف إلى كيفية أداء مهامه الوظيفية بما يحقق المصلحة العامة من جهة وتقديم خدمة عمومية نوعية من جهة ثانية⁽¹⁾، لذلك فإن فرضية رفع الموظف لدعوى إلغاء هذه الأوامر الصادرة من الرئيس الإداري هي فرضية جد مستبعدة، حتى وإن كانت هذه الأوامر غير مشروعة، فقط تثار مسألة تنفيذها أو عدم تنفيذها من طرف الموظف، ومن هو المسؤول عن نتائجها؟.

أما مظاهر السلطة الرئاسية على شخص الموظف فتتمثل في تلك السلطات التي قد تمس المركز القانوني والوظيفي للمرؤوس، وتقرير مستقبله الوظيفي، كالترقية والنقل والمتابعة التأديبية وتوقيع العقوبات التأديبية في حالة إخلاله بالتزاماته الوظيفية، أو عزله من الوظيفة... الخ، هنا يمكن للمرؤوس الطعن بالإلغاء في هذه القرارات لأنها تمس بمركزه الوظيفي.

وعلى العموم، فإن مسألة مدى إطاعة المرؤوس لأوامر رئيسه الإداري المخالفة للقوانين والأنظمة، قد أثير نقاش فقهي حولها، حيث انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات أو نظريات، نسوقها فيما يلي:

أولاً- نظرية الطاعة المطلقة:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى ضرورة إرغام الموظف على تنفيذ أوامر رؤسائه وعدم الخروج عنها وحتى ولو كانت غير مشروعة طالما أنها لم تصل إلى حد ارتكاب الجرائم، وتُلقى المسؤولية بعد ذلك على عاتق الرئيس الإداري مُصدر الأمر⁽²⁾، وقد تبني هذا الرأي الفقيه موريس هوريو Hauriou الذي أعطى الأولوية لعنصر الطاعة على مبدأ المشروعية، ووجه هذا الفقيه نقد كبير للرأي القائل بأولوية مبدأ

¹ - عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 188، 119.

² - عبد الكريم بالعراي، توفيق نعيمة، مرجع سابق، ص 122.

المشروعية على عنصر الطاعة، على أساس أنه ينجر عن هذا الرأي في الواقع العملي انتشار ظاهرة الفوضى في المرافق والمؤسسات العامة من جهة، كما أنه يجعل المرؤوس بمثابة قاض للمشروعية يُحوّل له صلاحية فحص أوامر رئيسه الإداري⁽¹⁾، وهكذا يرى أنصار هذه النظرية أن المرؤوس عليه واجب الطاعة وتنفيذ أوامر رئيسه الإداري سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، وليس من حقه أن يناقش ويفحص مدى مشروعية الأوامر الصادرة إليه من رئيسه، لأن إعطاء الموظفين المرؤوسين حق فحص مشروعية الأوامر الصادرة إليهم من رؤسائهم يؤدي إلى تعطيل وتوقف الوظيفة العامة وبالتالي المصلحة العامة والمرفق العام من السير بانتظام واطراد، ويقترب من هذا الرأي الفقيه بارتلمي Barthélémy، ويترتب عن هذا الرأي أن الخطأ الذي يرتكبه الموظف تنفيذا وتطبيقا لأوامر الرئيس يعد خطأ إداريا مصلحيا ومرفقيا يرتب المسؤولية الإدارية لا المسؤولية الشخصية للموظف المرؤوس⁽²⁾.

ثانيا- نظرية طاعة الأوامر المشروعة دون سواها:

من أبرز أصحاب هذه النظرية الفقيه دوجي Duguit الذي يرى بضرورة إحترام مبدأ المشروعية، فإذا كانت طاعة أوامر الرئيس تبدو واجبة، فإن القوة الإلزامية لهذا الرأي هي نسبية، فلا تثبت إلا إذا كانت أوامره مطابقة لأحكام القانون بمعناه الواسع، فإن خالفته فلا تكون واجبة الطاعة، والأولوية لطاعة القانون⁽³⁾.

فحسب هذه النظرية، أنه إذا بادر الرئيس الإداري إلى اتخاذ أوامر مخالفة للقانون أو التنظيم، فلا تكون واجبة الطاعة من طرف المرؤوس، فإذا خالف الأول (الرئيس) القانون فليس للثاني (المرؤوس) أن يتبعه في هذه المخالفة، وأستثنى الفقيه دوجي Duguit طائفة الجنود فرأى أن من واجبه تنفيذ الأوامر الصادرة إليهم من جانب رؤسائهم دون أن يكون لهم الحق ف مناقشتها، لأن الجندي حسب الفقيه دوجي Duguit هو آلة للإكراه محرومة من التفكير.

ولقد تأثر القضاء المصري بهذا الرأي بالنسبة موظفي الجيش والشرطة إذ ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها صدر في 10 جانفي 1955 أنه ليس من الجائز في النظم العسكرية الامتناع عن

¹-عمار بوضيف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 162، 163.

²-عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 122.

³- شعبان عبد الحكيم سلامة، الأمر الرئاسي في القانون الإداري والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2011، ص 155.

تنفيذ الأوامر متى كانت صادرة من مختص، وإنما يتظلم منها بالطريق الذي رسمه القانون، إذ لو أُبِيح لكل من يصدر إليه أمر أن يناقش مشروعيته وأن يمتنع عن تنفيذه لأختل النظام وشاعت الفوضى⁽¹⁾.

وهكذا ذهب الفقيه **دوجي Duguit** إلى أن رجل الإدارة المرؤوس عندما يجد نفسه في موقف الخيار بين أوامر الرئيس غير المشروعة وبين تطبيق القانون، فيجب عليه إحترام أولوية تطبيق القانون، ويرفض طاعة وتنفيذ أوامر رئيسه الإداري غير المشروعة، وإذا نفذها يعد مرتكباً لخطأ شخصي يرتب مسؤولية الموظف الشخصية، لأن الموظف العام ملزم مثله مثل سائر المواطنين باحترام القانون.

ويقرب الفقيه **فالين Valine** من رأي الفقيه **دوجي Duguit**، حيث يرى **فالين Valine** أن الموظف المرؤوس إذا ما وجد في مركز الخيار بين تطبيق أمر رئيسه غير المشروع أو تطبيق القانون، وجب عليه تفضيل أولوية طاعة وتطبيق القانون، لأن الموظف المرؤوس مواطن كسائر المواطنين يخاطب بالقانون مباشرة ويقع عليه التزام وواجب احترامه، وأساس رأي الفقيه **فالين Valine** هو أن الرئيس الإداري يجب عليه أن يمارس سلطات السلطة الرئاسية في نطاق مبدأ المشروعية، وأن يصدر الأوامر إلى مرؤوسيه في حدود القانون، إذا ما أصدر أوامر مخالفة للقانون فإنه غير مختص من الناحية القانونية بإصدار مثل هذه الأوامر، ولذلك لا يجب احترام أوامر الرئيس الإداري غير المشروعة، لأنه يصبح في هذه الحالة غير مختص أصلاً بإصدارها، وفي حالة تنفيذها تقوم المسؤولية الشخصية للمرؤوس⁽²⁾.

وإن العمل بهذا الرأي ينتج عنه المحافظة على إحترام مبدأ المشروعية، لكن وكما سبق ذكره فإنه يُعاب عن هذا الرأي أن تجسيده في أرض الواقع يؤدي إلى تعطيل الجهاز الإداري وعرقلة سيره، وتحويل المرؤوس سلطة فحص وتقدير أوامر الرئيس الإداري والامتناع عن تنفيذها إذا ما اقتنع بعدم مشروعيتها، وهو ما يزعزع مبدأ السلطة الرئاسية ويُخلُّ بمبادئ التنظيم الإداري⁽³⁾.

ثالثاً- النظرية التوافقية (الأوامر غير المشروعة ملزمة للمرؤوس في حدود معينة):

يمثلها الفقيه الألماني **لابند Lapend** الذي أراد أن يجمع بين الرأيين المتناقضين، على أساس أن الموظف المرؤوس لا يعتبر أداة في يد الإدارة تحرمه من الإبداع والابتكار، إلا أنه من جهة ثانية يرى

¹ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 162.

² - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 120.

³ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 162.

الفقيه لابند Lapend إذا تُرك لهذا الموظف المرؤوس حق مناقشة أوامر رئيسه الإداري وتقدير مدى مشروعيتها، لأختل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولأختل ميزان الوظيفة العامة وبالتالي المصلحة العامة.

وحتى لا تكون طاعة الموظف المرؤوس طاعة عمياء ومطلقة لأوامر الرئيس الإداري، وحتى لا يتحول المرؤوس إلى مجرد أداة محرومة من حرية الابتكار، يرى الفقيه لابند Lapend أن واجب الموظف المرؤوس ينحصر في حق التثبت من المشروعية الشكلية فقط لأوامر رئيسه الإداري، لذلك فإن واجبه يكمن في التأكد من ثلاثة (3) عناصر وهي:

- التأكد من أن الأمر قد أصدرته سلطة إدارية مختصة؛

- التأكد من أنه المختص بتنفيذ هذا الأمر كموظف مرؤوس؛

- التأكد من استيفاء هذا الأمر للشروط الشكلية التي يجب أن يصدر فيها.

أما عدا ذلك فإن الموظف المرؤوس لا يملك الاعتراض على رئيسه ومناقشة وفحص مشروعية أوامره، بل وجب عليه احترامها وتنفيذها، وليس من صلاحيته مناقشة المشروعية الموضوعية لهذه الأوامر، حسب رأي الفقيه الألماني لابند Lapend.

وتبعاً لذلك حسب هذه النظرية التوافقية، فإن الأخطاء التي يرتكبها الموظف المرؤوس تنفيذاً وتطبيقاً لأوامر رئيسه الإداري غير المشروعة من الناحية الموضوعية، تعتبر أخطاءً مصلحية مرفقية ترتب المسؤولية الإدارية، ولا تعتبر أخطاءً شخصية للموظف المرؤوس⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الموظف الجزائري في مواجهة الأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى موقف المشرع الجزائري من مدى طاعة المرؤوس للأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة (أولاً)، ثم نتطرق إلى موقف الإداري من هذه المسألة (ثانياً).

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 56.

- عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 122، 123.

أولاً: موقف المشرع من مدى طاعة المرؤوس للأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة

استوجبت خطورة الأوامر غير المشروعة وتأثيرها على مبادئ الحوكمة والتزاهة والشفافية، من إيجاد ضمانات قانونية للموظف العام مهما كانت رتبته في السلم الإداري، تحميه من التعسف الذي يمكن أن يمارس عليه تحت غطاء امتيازات السلطة العامة عن طريق توجيه الأوامر غير المشروعة المدعّمة لانتشار ظاهرة الفساد⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 47 من الأمر رقم 06-03⁽²⁾، التي جاءت في الفصل الثاني تحت عنوان: "واجبات الموظف"، نجدتها تنص: "كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه...". هذه المادة التي جاءت في الفصل الثاني تحت عنوان: "واجبات الموظف"، وعند قراءة الفقرة الأولى أعلاه، يتضح لنا وكأن المشرع ألزم الموظف العام بتنفيذ جميع المهام الموكلة إليه، وذلك عن طريق تنفيذ كل التعليمات والأوامر والتوجيهات الداخلية الموجهة إليه من رئيسه الإداري، ولم تفرق المادة 47 أعلاه بين الأوامر المشروعة والأوامر غير المشروعة، وهذا ما يعتبر نقص تشريعي.

لأن الفقرة الأولى من المادة 47 أعلاه، تقابلها المادة 28 من القانون الأساسي للوظيفة العامة الفرنسي، والتي نصت على أنه: "يجب على كل موظف أن يلتزم بالتوجيهات الرئاسية، إلا إذا كان الأمر غير مشروع بصورة واضحة، وبطبيعته يعرض المصلحة العامة للخطر"، «Le fonctionnaire doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement l'intérêt public» وبالتالي فإن المادة 28 من القانون الأساسي للوظيفة العامة الفرنسي، هي أكثر دقة ووضوح من نص المادة 47 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجزائري، لكون المادة 28 أوجبت على الموظف الالتزام بالأوامر الرئاسية المشروعة فقط، واستبعدت الأوامر غير المشروعة من التنفيذ إذا كانت عدم مشروعيتها واضحة، وبطبيعتها تعرض المصلحة العامة للخطر، وهذا على خلاف المادة 47 من الأمر رقم 03-06 التي لم تفرق بين الأوامر المشروعة وغير المشروعة، لذلك لا بد على المشرع الجزائري أن يقوم

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 57.

² - أمر رقم 03-06، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، سالف الذكر.

بتعديل الفقرة الأولى من هذه المادة حتى تكون أكثر دقة ووضوح، وبالتالي زوال الغموض والإشكال الذي أثير على المستوى الفقهي وحتى على المستوى التطبيقي، حول مسألة مدى وجوب تنفيذ الموظف لأوامر رئيسه غير المشروعة، لذلك نقترح تعديل الفقرة الأولى من المادة 47 من الأمر رقم 03-06 حسب الصياغة التالية: " كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام المشروعة الموكلة إليه...".

غير أنه يمكن للموظف أن يبدي رأيه بكل حرية وذلك بمناقشة رئيسه الإداري حول عدم مشروعية الأوامر الموجهة إليه، وذلك طبقاً للمادة 26 من الأمر رقم 03-06 التي نصت: "حرية الرأي مضمونة للموظف في حدود احترام واجب التحفظ المفروض عليه"، وطبقاً لهذه المادة يمكن للموظف أن ينبه رئيسه الإداري بأن أحد الأوامر الصادرة عنه هي مخالفة للقانون أو التنظيم.

لكن بالرغم من القصور التشريعي الوارد في المادة 47 أعلاه، إلا أننا نرى أن المشرع قد تدارك الأمر، وبدأ رأيه بخصوص مدى طاعة الرؤوس للأوامر غير المشروعة يظهر من خلال المادة 180 من الأمر رقم 03-06، والتي جاءت في الفصل الثالث تحت عنوان: "الأخطاء المهنية"، والتي حدّدت الأخطاء المهنية من الدرجة الثالثة، حيث نصت: "تعتبر، على وجه الخصوص، أخطاء من الدرجة الثالثة الأعمال التي يقوم من خلالها الموظف بما يأتي: 1-...3- رفض تنفيذ تعليمات السلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته دون عذر مقبول...". من خلال تحليل هذه المادة يتضح لنا أن المشرع أدرج ضمن الأخطاء المهنية من الدرجة الثالثة، رفض الموظف تأدية المهام المرتبطة بوظيفته، وهذه أول ملاحظة على المادة 180 أعلاه، بمعنى أن المشرع لا يلزم الموظف بأن ينفذ الأوامر التي لا تدخل في اختصاصه الوظيفي - نظرية المشروعية الشكلية لأوامر الرئيس التي جاءت بها النظرية التوافقية الألمانية-، ولم يتوقف المشرع عند هذا الحد بل ذهب بعيداً، لأنه حسب التفسير بمفهوم المخالفة للمادة 180 أعلاه، لا يعتبر خطأ مهني للموظف إذا رفض تأدية المهام المرتبطة بوظيفته إذا كان لديه عذر مقبول، وهنا العذر المقبول يحتمل تفسيرات وتأويلات عديدة، ومن بينها الأوامر غير المشروعة تعتبر عذراً مقبولاً يُبرر رفض الموظف تنفيذ التعليمات - نظرية أولوية القانون للفقهاء **دوجي Duguit**، **فالين Valine** -، وهكذا من خلال المادة 180 من الأمر رقم 03-06 يتضح لنا أن المشرع أخذ بنظرية أولوية القانون على واجب الطاعة، بمعنى الموظف ملزم فقط بطاعة الأوامر المشروعة دون سواها، لكن بالرغم من ذلك لا بد على المشرع أن يُعدّل نص المادة 180 من الأمر رقم 03-06، من أجل رفع كل اللبس على الموظفين

بخصوص التعليمات والأوامر الواجبة التنفيذ، ونقترح الصياغة التالية: "تعتبر، على وجه الخصوص، أخطاء من الدرجة الثالثة الأعمال التي يقوم من خلالها الموظف بما يأتي: 1-...3- رفض تنفيذ التعليمات المشروعة للسلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته دون عذر مقبول...".

وإذا حدث وأن تم متابعة الموظف تأديبياً على أساس رفضه تنفيذ الأوامر غير المشروعة، كأن يتم توجيه أوامر من الرئيس الإداري للموظف المرؤوس المختص بإبرام العقود الإدارية، بأن يمنح العقد لمعامل اقتصادي لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام⁽¹⁾، فيمكن لهذا الموظف المختص بإبرام العقود الإدارية تقديم تظلم أمام لجنة الطعن المختصة في أجل أقصاه شهر(1) من تاريخ تبليغ القرار⁽²⁾، كما يمكنه رفع دعوى إلغاء ضد القرار التأديبي في أجل أربعة (4) أشهر من تاريخ تبليغه الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي التأديبي، وذلك أمام المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة حسب طبيعة الجهة الإدارية المدعى عليها⁽³⁾، وفي الحالتين - طعن إداري أو طعن قضائي - يستند الموظف على المادة 180 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث يستند في طعنه على أنه قد رفض تنفيذ أوامر رئيسه الإداري لأن لديه مُبرراً وعذر مقبول، كونه رفض منح العقد الإداري لمعامل اقتصادي ما، لأنه لا يستوفي الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذية رقم 18-199 أعلاه، وأن الرئيس الإداري قد طلب منه خرق قواعد المنافسة التزيهة وخرق قواعد الشفافية والمساواة، وبصفة عامة طلب منه خرق مبادئ إبرام العقود الإدارية المنصوص عليها في المادتين 5، 209 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمنصوص عليها كذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، وبالتالي يدفع الموظف المرؤوس بأن أوامر رئيسه الإداري غير مشروعة، وهكذا يكون له عذر مقبول على عدم التنفيذ طبقاً لأحكام المادة 180 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، وهكذا يتم إلغاء القرار التأديبي الخاص بالموظف المرؤوس لأن رفض تنفيذ تعليمات السلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته كانت

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد(48)، الصادرة بتاريخ 5 غشت 2018.

² - المادة 175 من الأمر رقم 06-03، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، سالف الذكر.

³ - المواد 800، 801، 829، 830، 901، 907، من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

بعذر مقبول، كونها غير مشروعة ومخالفة للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

هذا إذا كان الرئيس والمرؤوس موظفان يخضعان للأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، لكن هناك مؤسسات عمومية أخرى قد تبرم صفقات عمومية طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كالمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية⁽¹⁾، كدواوين الترقية والتسيير العقاري، فهي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي تجاري، لكونها تعدُّ تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري، ويمكن أن تبرم عقودها طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذا توفر معيار التمويل من المال العام، لكن هذه الدواوين لا يخضع أعوانها إلى الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، وإنما يخضعون للقانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽²⁾.

وفي هذه الحالة نفترض أن ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية تيارت، تمَّ تكليفه بإنجاز عملية ممولة كليا بمساهمة نهائية من الولاية، هنا تكون هذه العملية خاضعة للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فلوم قام مدير ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية تيارت بتوجيه أوامر غير مشروعة لعمال الديوان المختصين بإجراءات إبرام الصفقات، مفادها منح صفقة أشغال بناء عمارات لمعامل اقتصادي ما، دون أن تتوفر فيه الشروط الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك بأن يخرقوا مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة وشفافية الإجراءات، فهنا كذلك المشرع ألزم العامل بتنفيذ الأوامر المشروعة فقط دون سواها، وإن كانت المادة 7 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، والتي جاءت في الفصل الثاني تحت عنوان: "واجبات العامل"، لم تنص صراحة على الأوامر المشروعة، حيث جاء فيها: "يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية: -...- أن ينفذوا

¹ - المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² - قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد (17)، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990، المعدل والمتمم.

التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يُعيَّنها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الإدارة...، هذه المادة وإن لم تشر صراحة إلى الأوامر المشروعة، لكنها أوجبت على العامل تنفيذ التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية المُعيَّنة من المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الإدارة، وهنا يمكن لنا القول أن الممارسة العادية للسلطات لا تكون إلا عن طريق التعليمات والأوامر المشروعة، أما التعليمات والأوامر غير المشروعة هي ممارسة غير عادية للسلطات، ولا تكون واجبة التنفيذ من طرف العامل، طبقا للتفسير المخالف للمادة 7 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، لكن بالرغم من ذلك نقترح تعديل المادة 7 من القانون رقم 90-11 لتصبح صياغتها أكثر دقة ووضوح، ولذلك نقترح الصياغة التالية: "يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية: -...- أن ينفذوا التعليمات المشروعة التي تصدرها السلطة السلمية التي يُعيَّنها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الإدارة..."، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، فإن المشرع قد أعطى العامل من تنفيذ التعليمات والأوامر غير المشروعة، وذلك بالتفسير المخالف لنص المادة 73 من القانون رقم 90-11 والتي جاءت تحت عنوان: "إنهاء علاقة العمل"، والتي نصت: "يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة. وعلاوة على الأخطاء الجسيمة، التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة، يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة العطلة وبدون علاوات، الأفعال الآتية: - إذا رفض العامل بدون عذر مقبول، تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرار بالمؤسسة، والصادرة من السلطة السلمية التي يُعيَّنها المستخدم أثناء الممارسة العادية لسلطاته..."، نلاحظ أن المشرع أخذ نفس التوجه الذي سار عليه عند صياغته للمادة 180 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، بمعنى أن العامل لكي ينفذ تعليمات السلطة السلمية، لا بد أن تكون هذه التعليمات مرتبطة بالتزاماته المهنية، أي تدخل في اختصاص هذا العامل - نظرية المشروعية الشكلية لأوامر الرئيس التي جاءت بها النظرية التوافقية الألمانية-، لكن هذا الشرط غير كافي لوحده، لأنه يمكن للعامل أن يرفض تنفيذ هذه التعليمات الصادرة عن السلطة السلمية حتى ولو كانت مرتبطة بالتزاماته المهنية، وذلك إذا كان له عذر مقبول لهذا الرفض، والعذر المقبول هنا كذلك يحتمل عدة تفسيرات وعدة تأويلات ومن أهمها أن تكون هذه التعليمات مخالفة مثلا للمراسيم الرئاسية والتنفيذية المتعلقة بإبرام العقود الإدارية، بمعنى أن هذه التعليمات غير مشروعة، فهذا عذر مقبول للرفض

حسب تفسير المادة 73 أعلاه - هنا كذلك أخذ المشرع بنظرية أولوية القانون للفقيهين **دوجي Duguit**، **فالين Valine** -، وما يدعم هذا التفسير والتحليل هو أن المشرع ألزم العامل بتنفيذ التعليمات الصادرة عن السلطة السلمية التي يُعيَّنُها المستخدم أثناء الممارسة العادية لسلطاته، وهنا كذلك يمكن لنا القول بأن الممارسة العادية للسلطات معناها إصدار التعليمات والأوامر المشروعة، أما تلك غير المشروعة فهي تعبر عن ممارسة غير عادية للسلطات، وبالرغم من هذا إلا أنه الأفضل إعادة صياغة المادة 73 من القانون رقم 90-11 لتصبح كما يلي: "يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة...:- إذا رفض العامل بدون عذر مقبول، تنفيذ التعليمات المشروعة المرتبطة بالتزاماته المهنية..."، وذلك من أجل رفع كل لبس على العمال بشأن طبيعة التعليمات والواجبة التنفيذ من طرفهم.

وإذا حدث وأن تمَّ تسريح العامل خرقاً لأحكام المادة 73 أعلاه، بمعنى أنه رفض تنفيذ تعليمة غير مشروعة مفادها خرق مبادئ إبرام العقود الإدارية، بالرغم من أن هذا العامل لديه عذر مقبول، فيعتبر هذا التسريح تعسفي طبقاً للفقرة 2 من المادة 73-4 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، فيقوم هذا العامل بعرض هذا الخلاف الفردي في العمل على مكتب المصالحة من أجل محاولة الصلح، طبقاً للمادة 19 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل⁽¹⁾، وفي حالة فشل محاولة الصلح يمكن لهذا العامل اللجوء إلى القسم الاجتماعي بالمحكمة في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح، وذلك تحت سقوط الحق في رفع الدعوى⁽²⁾، وتفصل المحكمة ابتدائياً ونهائياً، إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة، وفي حالة رفض أحد الطرفين -العامل أو ممثل المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري- يُمنَحُ العامل تعويضاً مالياً لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه عن مدة ستة (6) أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة، ويكون هذا الحكم الصادر في هذا المجال قابلاً للطعن بالنقض⁽³⁾.

¹ - قانون رقم 90-04، مؤرخ في 6 فبراير 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد (6)، الصادرة بتاريخ 7 فبراير 1990، المعدل والمتمم.

² - المادة 504 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سالف الذكر.

³ - الفقرتين 3، 4 من المادة 73-4 من القانون رقم 90-11، يتعلق بعلاقات العمل، سالف الذكر.

ورغم كل هذه النصوص القانونية والتي تُبين أن المشرع الجزائري يعطي أولوية للقانون على واجب الطاعة، بمعنى هذه الأخير مرتبط فقط بالأوامر والتعليمات المشروعة، إلا أن المشرع لم يكتفي بهذه النصوص، بل ذهب بعيدا بخصوص هذه المسألة المهمة، وذلك من خلال نص المادة 129 من القانون المدني⁽¹⁾، التي جاءت تحت عنوان: "المسؤولية عن الأفعال الشخصية"، حيث نصت: "لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم"، إن المتمعن في ترتيب هذه المادة سوف يلاحظ أنهما جاءت ضمن المواد التي تعفي من المسؤولية عن الأفعال الشخصية، كالمادة 127 من نفس القانون التي تنص عن الحدث المفاجئ والقوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير، وكذلك المادة 128 التي تنص عن الدفاع الشرعي، لتأتي المادة 129 التي تعفي الموظف والاعوان العمومي من تحمل مسؤولية الأضرار التي حصلت للغير نتيجة تنفيذه للأوامر والتعليمات، لكن الشاهد من المادة 129 أعلاه هي العبارة الأخيرة: "متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم"، هنا نطرح السؤال التالي: ماذا قصد المشرع بهذه العبارة؟ وما هي الأوامر الواجبة الطاعة؟، هنا نختكم إلى نص وروح المادة 129 أعلاه حتى نصل إلى إجابة عن هذا التساؤل، بمعنى أن المشرع أعفى الموظف والاعوان العمومي من تحمل مسؤولية التعويض عن الأضرار التي ألحقها بالغير نتيجة تنفيذه لأوامر رئيسه الإداري، لكن الأوامر المشروعة دون سواها، وهذا ما يفهم صراحة من العبارة الأخيرة: "متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم"، بمعنى أن الأوامر المشروعة فقط هي التي تكون واجبة الطاعة، أما الأوامر غير المشروعة فهي غير واجبة الطاعة وإذا قام الموظف أو الاعوان العمومي بتنفيذها وألحق أضرار بالغير، فلا يعفى من المسؤولية عن فعله الشخصي طبقا للمادة 129 أعلاه، وتنطبق عليه أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية "المسؤولية التقصيرية" المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني.

وهكذا بالتفسير المخالف لأحكام المادة 129 من القانون المدني، نصل إلى نتيجة مهمة مفادها أن الموظف والاعوان العمومي غير ملزم بطاعة الأوامر غير المشروعة، وإذا نفذها يكون هو المسؤول عن

¹ - المادة 129 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد (78)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، المعدلة بموجب القانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد (44)، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

الأضرار التي تلحقها بالغير، أما الأوامر المشروعة والتي هي واجبة الطاعة فإذا أحدثت ضرر بالغير فيتحملها المرفق العام.

فمثلا لو قام مدير إحدى المؤسسات العمومية الخاضعة للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بتوجيه أوامر للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذه الأوامر مخالفة لمبادئ إبرام العقود الإدارية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي أعلاه، وقام أعضاء اللجنة بتنفيذها خارقين مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي والمساواة وشفافية الإجراءات، مما أدى إلى تضرر باقي المتعاملين الاقتصاديين، فهنا لا يعفى أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من تحمل مسؤولية هذه الأضرار وتعويضها، وذلك طبقاً لأحكام المادة 129 من القانون المدني، وذلك لأن طاعة هذه الأوامر غير واجبة، وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وذلك إذا كانت الوقائع تشكل إحدى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة.

لكن هنا يجدر بنا التنبيه إلى نقطة نراها في غاية الأهمية، مفادها أن تحمل الموظف المرؤوس للمسؤولية الناتجة عن تطبيقه لأوامر الرئيس غير المشروعة، لا يعني أبداً إعفاء الرئيس من هذه المسؤولية أيضاً، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 47 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، والتي نصت: "... لا يعفى الموظف من المسؤولية المنوطة به بسبب المسؤولية الخاصة بمرؤوسيه".

ونحن نقترح تعديل صياغة نص المادة 129 من القانون المدني، حتى تكون أكثر دقة وأكثر وضوح ولا تدع أي مجال لكثرة التفسيرات والتأويلات بخصوص نوعية الأوامر الواجبة الطاعة، ونقترح على المشرع الصياغة التالية: "لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بما تنفيذاً لأوامر مشروعة واجبة الطاعة، صدرت إليهم من رئيس"، وهكذا يتضح بكل وضوح أن الأوامر غير المشروعة ليست واجبة الطاعة طبقاً للتفسير المخالف للصياغة المقترحة من طرفنا للمادة 129 أعلاه، وبالتالي تزول كل التأويلات والتفسيرات التي أثيرت بين الفقهاء بخصوص هذه المادة التي أسالت ولازالت تُسبب الكثير من الحبر إلى يومنا هذا.

وفي نهاية حديثنا عن هذه الضمانة المهمة في تكريس مبادئ إبرام العقود الإدارية، يجدر بنا التنويه عن فكرة خاطئة لطالما اعتقدها وتداولها رجال القانون، والتي مفادها أنه لكي يُلزم الموظف المرؤوس بتنفيذ أوامر الموظف الرئيس غير المشروعة، لا بد أن يوجهها له مكتوبة وليس شفاهة، وهذا أمر فيه الكثير من المغالطة القانونية، لأن الموظف المرؤوس يجب عليه عدم طاعة وتنفيذ أوامر الرئيس غير المشروعة حتى وإن كانت مكتوبة، أما إذا كانت شفوية فعدم طاعتها وعدم تنفيذها يكون من باب أولى.

ثانياً: موقف القضاء من مدى طاعة المرؤوس للأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة

لم نعر على قرار صادر عن القضاء الإداري الجزائري بخصوص هذه المسألة، لكن بالرجوع إلى مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه قد قرّر القاعدة التالية: "أن كل موظف ملزم بطاعة وتنفيذ الأوامر الصادرة إليه من السلطات الإدارية الرئاسية المختصة، ما عدا الأوامر التي تتضمن مخالفة جسيمة وظاهرة للقانون وللصلحة العامة، وعلى المرؤوس أن يراجع رئيسه الإداري بخصوص هذا الأمر وذلك في حدود اللباقة والآداب، فإذا ما أصر الرئيس على صواب رأيه كان على المرؤوس واجب الطاعة والتنفيذ فقط، ويترتب عن ذلك أن الخطأ الذي يرتكبه المرؤوس تنفيذاً لأوامر رئيسه يعتبر خطأً مصلحياً مرفقياً يرتب المسؤولية الإدارية، ولا يعد خطأً شخصياً للموظف، أما إذا طبق المرؤوس أوامر رئيسه المخالفة للقانون وللصلحة العامة مخالفة جسيمة وظاهرة، فإن الخطأ الذي يرتكبه الموظف في هذه الحالة يعد خطأً شخصياً للموظف المرؤوس يرتب المسؤولية الشخصية للموظف"⁽¹⁾.

وفي نهاية هذا الفصل نكون قد تطرقنا الآليات القانونية الدولية الوطنية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، وسنحاول من خلال الفصل الثاني التطرق إلى آليات أخرى لا تقل أهمية عن الآليات القانونية، وهي الآليات التنظيمية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية.

¹ - قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1961/11/02، في قضية "ديسندر".

- أشار إليه، عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 123.

الفصل الثاني

الآليات التنظيمية لتجسيد مبدأ
الشفافية في إبرام العقود الإدارية

الفصل الثاني

الآليات التنظيمية لتجسيد مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية

(تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية)

لقد قامت الجزائر منذ استقلالها بتفعيل الرقابة الإدارية لاسيما عن طريق التشريع الفرعي أو ما يعرف بالتنظيم، والتي تسعى من خلاله الدولة إلى تعزيز مكانتها في الترتيب الدولي من حيث النزاهة والشفافية الإدارية والمالية والسياسية⁽¹⁾، وتقوم الرقابة الإدارية أساسا على وضع الأساليب والإجراءات التي من شأنها أن تعمل على ضبط العمل الإداري وكشف الانحرافات الإدارية ومعالجتها، فالرقابة الإدارية الحقيقية بهذا المفهوم هي تلك الرقابة التي تسبق الأحداث فتعمل على التنبيه إلى الانحرافات المتوقعة ومنع حدوثها، وهذا الأمر يجعل الرقابة الإدارية أهم آلية من الآليات الوقائية⁽²⁾.

ولم يتوقف الاهتمام فقط عند الوظيفة العامة ذات الصلة بالعقود الإدارية، كما لم يتوقف الاهتمام كذلك عند الموظف القائم بعملية إبرام هذا النوع من العقود، بل ذهبت الحماية بعيدا في البحث عن الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية، فبعد أن أعطى المشرع الاهتمام الكبير للوظيفة العامة وللعون للقائم بعملية الإبرام (الموظف العام)، ذهب المنظم في خطوة ثانية -وهي جد مهمة- إلى إعطاء الاهتمام لعملية الإبرام في حد ذاتها، فتدخل وفرض على المصلحة المتعاقدة أن تؤسس إجراءات إبرام العقود الإدارية على مجموعة من المبادئ، كما تدخل المنظم وحدد للمصلحة المتعاقدة طرق وأساليب إبرام العقود الإدارية، ولم يترك حرية التعاقد كما هو معمول به في العقود المدنية، وهكذا يكون المنظم قد وضع إطار تنظيمي نظم من خلاله عملية إبرام العقود الإدارية تجسيدا وتكريسا للشفافية⁽³⁾.

ومن المعروف أن العقود الإدارية ترتدي من خلالها المصلحة المتعاقدة رداء السلطة العامة، أين تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة والتي لا تتاح للطرف المتعاقد معها، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة،

¹ - بدر الدين الحاج علي، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص 378.

² - محمد قاسم القريوتي، مهدي حسن زويلف، المفاهيم الحديثة في الإدارة، -النظريات والوظائف، د ط، دار الشرق، عمان، الأردن، 1993، ص 229.

- جمال الدين عويصات، مبادئ الإدارة، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 65.

³ - سعاد الشرفاوي، مرجع سابق، ص 375.

- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004، ص 248.

هذه الخاصية التي جعلت المنظم يُقيّد المصلحة المتعاقدة ويخضعها إلى شكليات معينة خلال مرحلة الإبرام، وهذا لأن العقود الإدارية لها علاقة وطيدة بالمال العام، سواء الإنفاق العام إذا كنا بصدد صفقة عمومية، أو الإيرادات العامة إذا كنا بصدد عقد من عقود تفويضات المرفق العام، لذلك كان لابد من حماية المال العام، وضمان نجاعة الطلبات العمومية، عن طريق تقييد الحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها⁽¹⁾.

فالمعمول به في قواعد القانون الخاص، القاعدة الشهيرة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين..."، وهذا تجسيدا للحرية التعاقدية للمتعاقدين وهذا أمر بديهي لأن الخواص يستعملون أموالهم الخاصة، فلهم أن يتعاقدوا مع من شاءوا وفي الوقت الذي يريدون- مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالعقد الواردة في القانون المدني-، وهذا على خلاف أشخاص القانون العام والمؤسسات العمومية، فحريتها التعاقدية مضبوطة بضوابط وقيود شكلية وموضوعية.

ومن أهم الضمانات التي وقّرها المنظم الجزائري لتزاهة عملية إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو تنظيم عملية الإبرام مسبقاً وبدقة وعناية كبيرتين، فالجهات الإدارية إذا أرادت إبرام عقد صفقة عمومية أو أرادت إبرام عقد تفويض مرفق عام، فما عليها إلا إتباع المبادئ والإجراءات المحددة لها سلفاً.

وستتطرق من خلال هذا الفصل إلى الإطار التنظيمي لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم نتطرق بعد إلى طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية والرقابة عليها (المبحث الثاني).

¹ - بلعيد بلجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، دون طبعة، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 7.

المبحث الأول

الإطار التنظيمي لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

إذا كانت اللوائح التنفيذية (المراسيم التنفيذية) تعد تشريعا ثانويا وفرعيا لأنها تستند إلى تشريع أو تنظيم قائم، فإن هناك نوعا من اللوائح يعد بمثابة التشريع المستقل، تصدره السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية دون حاجة إلى الاستناد إلى تشريع أو تنظيم قائم، ومن ثم فإنه يتضمن أحكاما مستقلة تصدر ابتداء، ومن هنا جاءت تسمية تلك اللوائح بالمستقلة أو القائمة بذاتها⁽¹⁾، وهو ما يعرف عندنا في الجزائر بالمراسيم الرئاسية التنظيمية.

والجدير بالذكر أنه للتمييز بين القرارات الإدارية -لكون أن المراسيم الرئاسية هي عبارة عن قرارات إدارية تنظيمية- والأعمال التشريعية أهمية بالغة وكبيرة، فالمسلم به أن القرارات الإدارية يمكن طلب إلغائها والتعويض عنها أمام القضاء الإداري، وعلى العكس من ذلك فإن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري (الطعن بعدم الدستورية)، كما أن القاعدة العامة والأصل العام أنه لا مسؤولية عن القوانين⁽²⁾، ويتردد الفقه الحديث في هذا الصدد بين معيارين، هما المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي، ومقتضى المعيار الشكلي أو العضوي أن يرجع في تحديد العمل إلى مركز القائم به أو السلطة التي أصدرته، فإذا كان العمل صادر من البرلمان فهو عمل تشريعي، وإذا كان صادر عن إحدى الهيئات الإدارية فهو قرار إداري⁽³⁾، أياً كان مضمون هذا العمل، حتى ولو كان متضمنا لقواعد عامة ومجردة كالمراسيم الرئاسية التنظيمية⁽⁴⁾، والتي تخلق مراكز قانونية عامة ومجردة تشبه القوانين، بمعنى أنها تعتبر أعمالا تشريعية وفقا للمعيار المادي الموضوعي⁽⁵⁾.

¹ - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1984، ص 456، 457.

² - وإن بدأ مؤرخا التوجه نحو مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، حيث قرر القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في الجزائر، مسؤولية الدولة عن القوانين بدون خطأ، وأسس التعويض للضحايا على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعمال العامة، على أساس أن الجميع قد يستفيد من القانون، في حين قد تتضرر طائفة معينة فقط، وبالتالي يكون الضرر خاص.

³ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 163، 164.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د س ن، ص 17.

⁵ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 216.

ويقصد بالمعيار الموضوعي أو المادي في صدد تمييز القرارات الإدارية عن الأعمال التشريعية، الاعتماد والتركيز كل التركيز على طبيعة العمل وجوهره ومكوناته، دون النظر إلى الهيئة أو الجهة التي أصدرت العمل، وعلى أساس هذا المعيار الموضوعي المادي يكون التصرف عبارة عن قرار إداري إذا كان في طبيعته وجوهره وفحواه يتضمن أعمالاً قانونية فردية ذاتية، تنشئ وتخلق أو تعدل أو تلغي مراكز قانونية شخصية، مهما كانت الجهة المُصدرة للتصرف⁽¹⁾، حتى ولو كان صادر عن السلطة التشريعية.

والمعيار السائد في معظم الدول ومنها الجزائر، هو المعيار الشكلي العضوي، وبالتالي فإن المراسيم الرئاسية التنظيمية الذي يصدرها رئيس الجمهورية طبقاً لسلطته التنظيمية المستقلة، المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 143 من الدستور الجزائري⁽²⁾، تعتبر قرارات إدارية تنظيمية وليست قوانين، طبقاً للمعيار الشكلي العضوي، لكون هذا النوع من المراسيم الرئاسية صادر عن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) ممثلة في رئيس الجمهورية، بالرغم من أنها تتضمن قواعد عامة ومجردة مثل القوانين.

قد يتساءل القارئ عن مدى علاقة التفرقة بين العمل التشريعي والعمل الإداري (القرار الإداري) مع موضوع الشفافية في إبرام العقود الإدارية؟، في الحقيقة نحن تطرقنا لهذه النقطة المهمة من أجل الوصول إلى فكرة أخرى في غاية الأهمية، وهي الفكرة المتعلقة بمجال كل من القانون والتنظيم -أقصد التنظيم المستقل المتمثل في المراسيم الرئاسية التنظيمية-، فالمتعارف عليه في الفقه الدستوري أن المجالات المتعلقة بحقوق الأشخاص وحريةهم الأساسية، هي من المجالات المحجوزة للبرلمان التي يشرع فيها بموجب قانون، وليست من اختصاص التنظيم المستقل الذي يكون بموجب مراسيم رئاسية تنظيمية صادرة عن رئيس الجمهورية، وهذا ما جاءت به المادة 140 من الدستور الجزائري، والتي نصت: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: 1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية...".

ولو رجعنا إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سنجد أنه يتضمن العديد من المبادئ ذات الصلة بالحقوق والحريات، لاسيما حرية التجارة، حرية، حرية الاستثمار، حرية الوصول للطلبات العمومية، حرية المنافسة التزيهة والشريفة، الحق في المساواة بين المرشحين، الحق في الوصول إلى المعلومات، الحق في العلانية، الحق في شفافية

¹ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 217.

² - تنص الفقرة الأولى من المادة 143 من الدستور الجزائري: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون...".

الإجراءات... الخ، وبالتالي ذهب البعض إلى أن هذه الحقوق والحريات تدخل في نطاق المطة الأولى من المادة 140 من الدستور، وهكذا تكون من المجالات المحجوزة للبرلمان يشرع فيها بموجب قانون وليس تنظيم⁽¹⁾.

وبالتالي فإن أي قاعدة تنال من حريات الأفراد وحقوقهم يجب أن تصدر في شكل قانون، على أن يترك لللائحة وضع القواعد التي لا تمس بهذه الحقوق والحريات، وهذا ما جاء به الفقيه "لابند"، حيث قال أن كل ما يمس حقوق وحريات الأفراد يصدر في شكل قانون، وكل القواعد المتعلقة بتنظيم المرافق العامة تكون بموجب لوائح، وهي نفس الفكرة التي قال بها الفقيه "هوريو" الذي يرى أن مجال القانون هو الحقوق والحريات، بينما مجال اللائحة هي القواعد المتعلقة بتنظيم المرافق العامة الأقل ثباتا وذلك لسهولة تغييرها⁽²⁾.

لكن نحن من جهتنا لا نؤيد هذا الطرح إطلاقا، لأنه من غير المتصور أن توجد لائحة مستقلة (مرسوم رئاسي تنظيمي) لا تمس بحقوق وحريات الأفراد، ولذلك لا نوافق الفقرة التي جاء بها الفقيهين "لابند" و"هوريو"، والتي مفادها أن كل القواعد المتعلقة بتنظيم المرافق العامة لا تمس بالحقوق والحريات وبالتالي ينبغي أن تصدر في شكل لوائح، وهذا فيه مجانبة للصواب لأن حتى هذه القواعد لها علاقة مباشرة بالحقوق والحريات، لاسيما المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق العام، حرية الاستفادة من خدمات المرفق العام، حرية الدخول في علاقات تعاقدية مع المرفق العام، كل هذه المسائل تمس بالحقوق والحريات، والنتيجة أنه لا يمكن لنا إطلاقا أن نتصور مرسوم رئاسي تنظيمي لا يتعلق بالحقوق والحريات، وبالتالي فإن القول بالرأي الفقهي المذكور أعلاه، هو القول بطريقة غير مباشرة بإلغاء آلية المرسوم الرئاسي التنظيمي أصلا.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذا الرأي المذكور أعلاه، عجز عن تفسير لوائح البوليس الإداري (الضبط الإداري) والتي تصدر بمراسيم رئاسية تنظيمية مستقلة، وهي التي تُقيد الحقوق والحريات، لذلك نحن نرى عكس ما جاء به الرأي المذكور أعلاه لاسيما في مجال العقود الإدارية عموما والصفقات العمومية خصوصا، والتي تتميز بعدم الثبات التشريعي حيث تعرف الكثير من التغييرات

¹ -فاطمة الزهراء رضاني، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، د.ط، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 203.

² - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 431.

والتعديلات لذلك هي تتلاءم كثيرا مع المرسوم الرئاسي التنظيمي من حيث مرونته وعدم تعقيده، مقارنة بالإجراءات المعقدة والطويلة التي يعرفها تعديل القانون.

وبالتالي فنحن نرى من جهتنا أنه لا يوجد إغفال تشريعي من السلطة التشريعية، ولا يوجد انحراف تنظيمي من السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية، فمجال العقود الإدارية ليست من المجالات المحجوزة للبرلمان حسب المادة 140 من الدستور.

لكن نحن من باب العدل والإنصاف، نرى أنه لا يمكن أن ننكر بأن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فيه جانب كبير من المبادئ التي تتعلق مباشرة بحقوق وحرريات الأشخاص، كحرية التجارة، حرية الاستثمار... الخ، كما أنه من جهة ثانية يجب الاعتراف بأن التنظيم المتعلق بالعقود الإدارية بحاجة إلى تغييرات وتعديلات من فترة إلى أخرى حسب تغير الوضع الاقتصادي، ومن جهة ثالثة فإن هذه الحجة الأخيرة لا يمكن أن تكون سببا للنيل من حقوق وحرريات الأشخاص، لذلك نحن نقترح حل وسطي يتميز بالمنطق القانوني السليم، حيث نقترح أن يقوم البرلمان بالتشريع بموجب قانون نطلق عليه تسمية: "القانون الإطار المتعلق بالعقود الإدارية" La «loi-cadre relative aux contrats administratifs»، هذا القانون يتضمن فقط المبادئ التي لا تتغير، كمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، كما يتضمن كل الإجراءات المكرسة لهذه المبادئ، كما يتضمن طرق الإبرام التي لا تتغير مهما تغير الواقع الاقتصادي، كما يتضمن آليات الرقابة على هذه المبادئ... الخ، بمعنى يتضمن هذا القانون الثوابت في العقود الإدارية، أما الإجراءات التي تحتاج إلى التعديل والتحديث المستمر، وتحتاج كذلك إلى السرعة في المراجعة، والتي ليس لها علاقة بحقوق وحرريات الأشخاص، تبقى من اختصاص التنظيم بواسطة المراسيم الرئاسية التنظيمية، وهكذا نكون قد حافظنا على حقوق وحرريات الأشخاص في مجال التعاقد الإداري، وذلك عن طريق تكريسها بموجب قانون إطار للعقود الإدارية، ومن جهة ثانية نكون قد حافظنا على أهم مبدأ من مبادئ المرافق العام، وهو القابلية للتغير والتكيف، وذلك عن طريق منح رئيس الجمهورية صلاحية التنظيم في مجال العقود الإدارية، بخصوص الإجراءات التي لا تمس بالحقوق والحرريات، وإنما فقط تنظم الإجراءات التعاقدية التي تكون ضرورية لاستمرارية المرفق العام، وهكذا نكون قد وصلنا إلى فكرة العقد الإداري بين ضرورة الثبات والاستقرار التشريعي ومتطلبات التجديد والتغيير التنظيمي، تحقيقا للأمن القانوني في مجال العقود الإدارية.

هذا الاقتراح الذي لطالما نادينا به في عدة مناسبات علمية، قد لقي آذان صاغية من طرف لجنة الخبراء المكلفة بإعداد المشروع التمهيدي لتعديل الدستور (المسودة)، الصادر في ماي 2020، حيث جاء في المادة 144 الفقرة 10 منه: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: -10...- القواعد العامة المتعلقة بالطلبات العمومية...".

وهكذا فإن التطرق إلى مسألة تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية سيكون من خلال التطرق لإطارها التنظيمي، المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في إطار السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، الصادر عن الوزير الأول في إطار سلطته التنظيمية الفرعية والتبعية للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه⁽¹⁾، لذلك أطلقنا على هذا الفصل الثاني تسمية الآليات التنظيمية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، لأن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 صادر عن

¹ - تنص الفقرة 2 من المادة 143 من الدستور الجزائري: "...يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"، وبالتالي يقوم الوزير الأول بإصدار التشريع الفرعي أو ما يسمى بالتشريع الثانوي المتمثل في المراسيم التنفيذية، لأن القانون الصادر عن البرلمان، أو التنظيم المستقل الصادر عن رئيس الجمهورية، يضع المبادئ العامة فقط، ويكون بحاجة إلى توضيح الجزئيات الدقيقة لوضع القانون أو التنظيم المستقل موضع التنفيذ، ويتم ذلك عن طريق مراسيم تنفيذية يصدرها الوزير الأول، لكن التمتع في نص الفقرة 2 من المادة 143 سيلاحظ بكل وضوح أن المؤسس الدستوري وقع في سهو أو ما يسمى بالإغفال الدستوري، لأن الفقرة 2 أعلاه نصت فقط على أن الوزير الأول يقوم بتطبيق القوانين في مجالها التنظيمي، وأغفلت التنظيم المستقل المتمثل في المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية، والتي تحتاج هي الأخرى لتنفيذها عن طريق مراسيم تنفيذية يصدرها الوزير الأول، مثلما حدث مع المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والذي جاء لتنفيذ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ما يجعلنا نبحث عن تبرير للمؤسس الدستوري ونقول ربما كان يقصد بالقانون المفهوم الموسع الذي يضم التشريع والتنظيم، لكن هذا أمر جد مستبعد لأن المؤسس الدستوري عندما يريد النص على التنظيم يذكر ذلك صراحة وهذا ما نستنتجه من خلال مواد متفرقة في الدستور، لذلك نلتزم من المؤسس الدستوري تدارك هذا السهو أو الإغفال الدستوري وذلك عن طريق تعديل الفقرة 2 من المادة 143 من الدستور، ونقترح الصياغة التالية: "...يندرج تطبيق القوانين والتنظيمات في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"، حتى تصبح الفقرة 2 من المادة 143 تنسجم مع المادة 99 من الدستور والتي نصت: "بممارسة الوزير الأول، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية: 2...- يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات..."، وإن كانت المادة 99 تنص على التنفيذ العادي للقوانين والتنظيمات بمعنى التنفيذ اليومي خارج المجال التنظيمي، والذي لا يحتاج إلى مراسيم تنفيذية، باعتبار الوزير الأول هنا هو مسؤول إداري يشرف على الإدارة العامة، لكن الفقرة 2 من المادة 143 تنص على تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يحتاج إلى مراسيم تنفيذية، تبين كيفية تطبيق القوانين، باعتبار الوزير الأول هنا هو بمثابة مشرع فرعي وليس مسؤول إداري، لذلك فإن المادة 99 المطأة 2 والتي تنص على التنفيذ العادي للقوانين والتنظيمات خارج المجال التنظيمي، لا تحمل نفس مفهوم الفقرة 2 من المادة 143 والتي تنص على تطبيق القوانين في المجال التنظيمي دون سواه، وهناك فرق كبير بين تنفيذ القوانين والتنظيمات والذي لا يحتاج إلى مراسيم تنفيذية، وبين تطبيقها والذي لا يكون إلا بموجب مراسيم تنفيذية، لذلك على المؤسس الدستوري تعديل الفقرة 2 من المادة 143 وإعطاء الوزير الأول صلاحية تطبيق المراسيم الرئاسية في المجال التنظيمي، وإن كان الوزير الأول قد أصدر عدة مراسيم تنفيذية تطبق المراسيم الرئاسية ومنها المرسوم التنفيذي رقم 18-199، لكن نحن بحاجة إلى هندسة دستورية لهذا الاختصاص، وإلا قد نحكم بعدم دستورية أي مرسوم تنفيذي يطبق مرسوم رئاسي، لانعدام الصلاحية الدستورية للوزير الأول في هذا الشأن، وللأسف الشديد حتى المشروع التمهيدي لتعديل الدستور ماي 2020 لم يتفطن لهذه المسألة.

رئيس الجمهورية بموجب سلطته التنظيمية المستقلة، وهكذا فإن تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية هي منظمة بموجب قرارات إدارية تنظيمية سواء مستقلة أو فرعية - طبقاً للمعيار الشكلي العضوي- والمتمثلة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، بمعنى أن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) قد تدخلت ونظمت عملية الإبرام بموجب قرارات إدارية تنظيمية مستقلة و فرعية.

بعد هذه الإطلالة السريعة عن مجال العقود الإدارية بين القانون والتنظيم وموقف الدستور من ذلك، سنطرق من خلال هذا المبحث إلى الإطار التنظيمي لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية ولن يتأتى ذلك إلا بالتطرق للهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية الخاضعة عقودها لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المطلب الأول)، وبعد أن نحدد الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية المعنية بالخضوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، سنبين بعد ذلك أهم المبادئ التي تؤسس عليها إجراءات الإبرام والتي جاء بها المرسومين أعلاه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الهيئات والمؤسسات الخاضعة عقودها لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تحديد الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية الخاضعة صفقاتها لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية (الفرع الأول)، وكذلك تحديد الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية الخاضعة عقود تفويضات مرافقها العامة لأحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، والخاضعة كذلك لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام (الفرع الثاني)، لأن هذه الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية دون سواها، هي الملزمة بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في هذين المرسومين.

الفرع الأول

الهيئات والمؤسسات المعنية بتطبيق أحكام الصفقات العمومية

إن الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي جاء تحت عنوان: "أحكام تطبق على الصفقات العمومية"، لا يطبق إلا الصفقات العمومية محل نفقات الدولة أو الجماعات الإقليمية (الولاية

أو البلدية) أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أو المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية مُمَوَّلَة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية⁽¹⁾.

حيث أن المنظم الجزائري قد ضيق من مجال تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في شقه المتعلق بالصفقات العمومية، حين حذف مصطلح الإدارات العمومية ومصطلح الهيئات الوطنية المستقلة الواردين في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾، وأضاف المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مصطلح الدولة، وتم الإبقاء على المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مع تغيير في التسمية، حيث أصبحت تسميتها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري - في حالة توفر شرط المساهمة -، وتجدد بنا الإشارة إلى أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لم تكن معنية في إطار المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية في شقه المتعلق بالمراقبة الخارجية، إلا إذا كانت العملية ممولة بمساهمة من الدولة - كلياً أو جزئياً، بصفة مؤقتة أو نهائية⁽³⁾، يعني في حالة انعدام معيار التمويل كانت هذه المؤسسات ملزمة باعتماد تنظيم الصفقات العمومية والمصادقة عليه من طرف هيئتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية، ما عدا في أحكامه المتعلقة بالمراقبة الخارجية⁽⁴⁾، والملاحظ هنا كذلك بخصوص مسألة التمويل والمساهمة فإن المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 كانت تنص على العملية الممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية فقط من الدولة، لكن المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أضافت المساهمة من طرف الجماعات الإقليمية، وحسناً فعل المنظم، لأن الجماعات الإقليمية قد تُموَّل مشروع وتمنحه للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري من أجل إنجازه.

¹ - المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² - مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58) بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34) الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4) الصادرة بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي، ج ر عدد (2) الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013 (ملغى).

³ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016-2017، ص 21، 22.

⁴ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، (ملغى)، سالف الذكر.

وتكريساً للشفافية في إبرام العقود الإدارية، أُلزم المرسوم الرئاسي رقم 15-247، هذا النوع من المؤسسات (المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري) أن تُكَيَّف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية حتى في حالة غياب معيار التمويل، كما تكون هذه الصفقات غير الممولة خاضعة كذلك لأجهزة الرقابة الداخلية، وخاضعة لرقابة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذه خطوة جريئة من المنظم نحو محاربة ظاهرة الفساد المالي في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما جاءت به المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث نصت: "يتعيَّن على المؤسسات المنصوص عليها في المطلة الأخيرة من المادة 6 أعلاه، عندما تنجز عملية غير مُمَوَّلة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، أن تُكَيَّفَ إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة. ويتعيَّن على سلطة الوصاية لهذه المؤسسات العمومية أن تضع جهازاً لمراقبة صفقاتها، وتوافق عليه، طبقاً لأحكام المادة 159 من هذا المرسوم".

غير أنه ولا اعتبارات معينة، أعفى المنظم من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية كل العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، كما أعفى كذلك عقود المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، عندما تزاوَل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة، كما أعفى كذلك بعض العقود الأخرى من تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما نصت عليه المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽¹⁾، وهنا وإن كنا نوافق المنظم بخصوص عدم إخضاع العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها لإجراءات الإبرام المنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهذا أمر منطقي لأن الصفقة هي مبرمة بين الهيئات العامة وبالتالي لا حاجة لإعمال مبدأ المنافسة، لأن الفساد في هذه العقود مستبعد حدوثه، إلا أنه من جهة أخرى نحن لا نوافق المنظم بخصوص إعفاء صفقات المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري من الخضوع لإجراءات الإبرام المنصوص عليها في الباب

¹ - تنص المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي: "لا تخضع لأحكام هذا الباب، العقود الآتية: - المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، - المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطلة الأخيرة من المادة 6 أعلاه، عندما تزاوَل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة، - المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع، - المتعلقة باقتناء أو تأجير أراضٍ أو عقارات، - المبرمة مع بنك الجزائر، - المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقيات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوباً، - المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم، - المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل، المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة".

الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك عندما تزاوّل نشاط لا يكون خاضعا للمنافسة، لأن المنظم لم يُحدّد ما هو هذا النشاط غير الخاضع للمنافسة، وهنا يمكن لهذه الطائفة من المؤسسات العمومية أن تتهرب من إجراءات الإبرام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، بحجة عدم خضوع نشاط ما للمنافسة، وهنا تكون ثغرة قانونية تسمح بالمساس بمبادئ الإبرام، والمساس بالمال العام وعدم نجاعة الطلبات العمومية، لذلك كان من الأجدر بالمنظم هنا أن يُحيل إلى التنظيم عن طريق صدور مرسوم تنفيذي يوضح بدقة المقصود بالنشاط غير الخاضع للمنافسة، أو على الأقل وضع معايير مُحدّدة تُمكننا من تحديد نوعية هذه النشاطات غير الخاضعة للمنافسة.

كما أنه من جهة أخرى، فإن نفس المادة (المادة 7) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد أعفت بعض الصفقات من الخضوع لإجراءات الإبرام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، لكن المتمنّج جيدا في بعض الصفقات الخاضعة للإعفاء من إجراءات الإبرام، سيجدها هي صفقات بطبيعتها تخضع لمبدأ المنافسة والمساواة وشفافية الإجراءات، لكونها صفقات قد تكون عرضة للفساد المالي، لذلك نحن نرى أن المنظم لم يُوفّق حينما أعفى هذا النوع من الصفقات من الخضوع لإجراءات الإبرام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، لاسيما الصفقات المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع، والصفقات المتعلقة باقتناء أو تأجير أرض أو عقارات، والصفقات المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل، فكلها صفقات نحن نرى أنه كان من الأجدر أن تخضع لمبادئ وإجراءات الإبرام المنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كذلك الإشكال يثار بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية التي هي مُستثناة من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية سواء في ظل المرسوم الرئاسي 10-236⁽¹⁾، أو في ظل المرسوم الرئاسي 15-247⁽²⁾، فهذه المؤسسات تخضع في علاقتها مع الدولة للقانون الإداري، أمّا في علاقتها التجارية فتخضع للتشريع التجاري، فقد تكون هذه المؤسسات مُكلّفة بإنجاز عملية ممولة من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية وبالرغم من ذلك لم يُخضع المنظم هذه العملية التعاقدية لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، وإنّما اكتفى بإلزام هذه المؤسسات بأن تقوم بإعداد إجراءات الإبرام تتماشى ومبادئ الصفقات العمومية والمتمثلة في حرية الاستفادة من الطلب العمومي والمساواة في التعامل مع

¹ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236، المعدلة بالمرسوم الرئاسي 13-03، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، سالف الذكر.

² - المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

المرشحين وشفافية الإجراءات، وربما كان هدف المنظم من هذا الإعفاء هو تحرير المؤسسة العمومية الاقتصادية من قيود الإبرام المعقدة، حتى تواكب المنافسة التجارية القائمة على السرعة والائتمان، لكن حتى المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تمارس نشاط تجاري خاضع للمنافسة، وبالرغم من ذلك أخضعها المنظم-إذا كانت العملية التعاقدية ممولة من الدولة أو الجماعات الإقليمية- لأحكام إبرام الصفقات العمومية، إلا أنه (المنظم) لم يُبين المعيار الذي اعتمد عليه في هذه التفرقة بين المؤسسات العمومية، فجميعها تستعمل المال العام، ثم إن التوحيد قد يحدُّ من ظاهرة الفساد، ويجعل كل صفقات الهيئات العمومية تتم في إطار وكنف الشفافية، فكان بالأحرى على المنظم الجزائري أن يُخضع عقود المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام مشتركة من حيث الإبرام، لأنه في نهاية المطاف كلا الصنفين من المؤسسات تخضعان للتشريع التجاري في علاقتهما التجارية مع الغير، كما أنهما يستعملان المال العام⁽¹⁾.

كذلك تخضع الصفقات العمومية المبرمة من طرف صاحب مشروع منتدب باسم وحساب صاحب مشروع تطبيقاً لاتفاقية إشراف منتدب على مشروع، للإجراءات المنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽²⁾.

ولم يقف المنظم عند هذا الحد، بل ذهب بعيداً في البحث عن الشفافية ونجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام في مجال الصفقات العمومية، وذلك عندما ألزم كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، وغير خاضعة لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مهما كان وضعها القانوني وتستعمل أموال عمومية بأي شكل كان، أن تقوم بإعداد إجراءات إبرام الصفقات على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب العمومي والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة⁽³⁾.

والجدير بالذكر هنا أنه لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، ذلك أنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 22، 23.

² - المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

³ - المادة 11 من نفس المرسوم الرئاسي.

بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات، وأياً كانت قيمة ومبلغ الصفقة، لاسيما وأن هذه الأخيرة تمر بمراحل وإجراءات طويلة ومعقدة.

لاشك أن إجبار الإدارة على التعاقد في كل الوضعيات والحالات بحسب الكيفية المبيّنة في تنظيم الصفقات العمومية وما يفرضه من قيود سببها بُطناً كبيراً في أداء العمل الإداري، ذلك أن الإدارة كما تتعاقد بمبالغ كبيرة وضخمة تتعاقد أيضاً بمبالغ بسيطة، وإن كان إلزامها بالخضوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية مقبولاً وسائغاً ومطلوباً بل وضرورياً إذا كان المبلغ ضخماً، فإن الأمر لا يكون كذلك إذا تعلق الأمر بمبلغ بسيط، ويعود من حيث الأصل للمشرع صلاحية تحديد الحد المالي الأدنى المطلوب لإعداد صفقة عمومية، مع إمكانية تغيير هذا الحد بين الفترة والأخرى لأسباب اقتصادية، والعتبة المالية تختلف من صفقة لأخرى، فما صلح كحد أدنى لعقد الخدمات، لا يصلح كحد أدنى لعقد الأشغال العامة الذي يتطلب أموال ضخمة.

ويبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، هو ترشيد النفقات العامة، فكلما كان المبلغ كبيراً تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تُكشَفُ للجمهور وتُعلن من حيث الأصل، كما تخضع لأطر رقابة محدّدة، أمّا إذا كان المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطاً فلا داعي إلى إرهاب الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق تنظيم الصفقات العمومية عندما تريد مثلاً شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ مالية بسيطة⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نُجده قد رفع من المبلغ التقديري (العتبة المالية) لحاجات المصلحة المتعاقدة الذي بموجبه وعلى أساسه تكون هذه الأخيرة ملزمة بإبرام صفقاتها طبقاً للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث أنه بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 13 منه التي جاءت تحت عنوان: "الإجراءات المكيفة" نُجدها قد حدّدت العتبة المالية لصفقات المصلحة المتعاقدة وذلك بنصها: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب..."⁽²⁾.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 63، 64.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 35.

أما الفقرة 2 من نفس المادة (المادة 13) نصت: "...وبهذه الصفة، تُعدُّ المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات. وعندما تختار المصلحة المتعاقدة أحد الإجراءات الشكلية، المنصوص عليها في هذا المرسوم، فإنه يجب عليها مواصلة إبرام الطلب بنفس هذا الإجراء...". وهنا فرض المنظم على المصلحة المتعاقدة عندما لا تكون خاضعة للإجراءات الشكلية المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية لعدم تجاوز مبلغها التقديري العتبة المالية، بأن تقوم بإعداد إجراءات داخلية من أجل إبرام طلبات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، إلا أنه في نفس الوقت لم يعطها كامل الحرية، بمعنى أنه إذا ارتأت المصلحة المتعاقدة إتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بالرغم من عدم تجاوز المبلغ التقديري للطلبات قيمة العتبة المالية، فليس لها أن تتراجع فيما بعد، بل عليها أن تواصل إجراءات الإبرام بنفس الأشكال التي بدأت بها.

والجدير بالذكر أن المصلحة المتعاقدة حتى وإن كانت معفاة من الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية في حالة عدم تجاوز قيمة الطلبات للعتبة المالية، إلا أن هذه الطلبات لا بد أن تكون محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين، كتابيا، لانتفاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وهو ما جاءت به المادة الفقرة الأولى من المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتنظم المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة إجراء الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تليتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة، وشفافية الإجراءات، هو ما جاءت به الفقرة 2 من المادة 14 أعلاه⁽¹⁾.

لكن ما يُعاب على المنظم في هذا المجال، أن المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أشارت إلى نوعين فقط من المؤسسات العمومية وهما المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، بينما لم تُشر هذه المادة إلى باقي المؤسسات العمومية التي كانت مذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمتمثلة في مراكز البحث والتنمية، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، فما

¹ -حمودي محمد بن هاشمي، الاستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية العدد 2، ديسمبر 2016، ص 53.

مصير الصفقات العمومية التي تبرمها هذه الطائفة من المؤسسات العمومية؟، هل هي معفاة من الخضوع لإجراءات الإبرام المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في شقه المتعلق بالصفقات العمومية؟.

ولتوضيح الفكرة أكثر نرجع للقانون 99-05⁽¹⁾، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، نجد المادة 31 منه تنص على ما يلي: "من أجل التكفل بالمهام المحددة في المادة 5 أعلاه تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني"، وجاء في المادة 32 منه: "تعتبر المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني مؤسسة وطنية للتعليم العالي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".

وبالتالي واستنادا لما حملته النصوص التشريعية والتنظيمية الجديدة الصادرة ابتداء من سنة 1999، صارت المراكز الجامعية والجامعات تحمل تصنيفا تحت عنوان: "مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني"، ولا يمكن اعتبارها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، كما لا يمكن اعتبارها مؤسسات عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري (ذات طابع صناعي وتجاري)، وهذا يما يجعلنا نطرح تساؤل في غاية الأهمية والمتمثل في النظام القانوني الذي تخضع له صفقات الجامعات والمراكز الجامعية؟، من يجب أن هذه الصفقات تخضع لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نقول له هذا ما جرى به العمل، لكن لو التزمنا بالنص الحرفي للمادة 6 من المرسوم الرئاسي أعلاه، سوف نجد الجامعات والمراكز الجامعية غير مذكورة في هذه المادة، لكون الجامعات والمراكز الجامعية وإن كانت مؤسسات عمومية لكنها ليست ذات طابع إداري وليست ذات طابع صناعي وتجاري، ولم نجد السبب الذي جعل المنظم يراجع عن ذكر باقي المؤسسات العمومية التي كانت مذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حيث كانت هذه المادة واضحة ولا تثير أي إشكال قانوني مثل الذي أثارته المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أمّا بخصوص المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي نستدل على وجودها القانوني بالمرسوم التنفيذي رقم 99-256⁽²⁾، المتضمن كفاءات

¹ - قانون رقم 99-05، مؤرخ في 4 أبريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر العدد (24) الصادرة بتاريخ 7 أبريل 1999، معدل ومتمم بالقانون 2000-04، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد (75) الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 2000، المعدل والمتمم بالقانون 08-06 مؤرخ في 23 فبراير 2008، ج ر عدد (10) الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2008.

² - مرسوم تنفيذي رقم 99-256، مؤرخ في 16 نوفمبر 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد (82) الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 1999، المعدل والمتمم.

- مرسوم تنفيذي رقم 11-396، مؤرخ في 24 نوفمبر 2011، يحدد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، ج ر عدد (66)، الصادرة بتاريخ 4 ديسمبر 2011.

إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها، فهذا المرسوم اعترف بموجب المادة 3 منه للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، فهذا صنف جديد من المؤسسات ولا يصح اعتباره مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية ولا ذات صبغة صناعية وتجارية، لأنَّ المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه قد فصل في الطبيعة القانونية للمؤسسة وأضفى عليها الطابع العلمي والتكنولوجي⁽¹⁾، فما مصير الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، هل تخضع لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247؟، لو التزمنا هنا كذلك بحرفية نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سوف تكون إجابتنا بلا، لكون أن هذه المادة لم تُشير إلى المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، لكن ما جرى به العمل أن كل أنواع المؤسسات العمومية⁽²⁾ تخضع صفتها لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهذا خرق صارخ لمضمون المادة 6 من هذا المرسوم الرئاسي، وهنا نحن نرى أن المنظم لم يوفق إلى حد بعيد حينما أشار فقط إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري (ذات طابع صناعي وتجاري)، وذلك لأن المنظم لم يُبرر لنا سبب تراجعه عن ذكر باقي أنواع المؤسسات العمومية التي تخضع لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لذلك يجب إعادة النظر في المادة 6 من هذا المرسوم الرئاسي وهي مادة جد مهمة لكونها تتعلق بمجال ونطاق التطبيق Champ d'application، لكونها هي المادة التي تحدد الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية المخاطبة بأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ومن جهة أخرى فإن عدم تعديل هذه المادة المهمة سوف يثير إشكالات في التطبيقات القضائية بخصوص الاختصاص النوعي، لاسيما مسألة اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي.

الفرع الثاني

الهيئات والمؤسسات المعنية بتطبيق أحكام تفويضات المرفق العام

بخصوص الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية المعنية بتطبيق أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، والمعنية كذلك بتطبيق

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 26.

² - باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في حالات معينة، وباستثناء المؤسسات العمومية الاقتصادية في كل الحالات.

أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، فهنا نصت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ما يلي: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له..."، وبالرجوع إلى المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 نجدتها تنص: "تطبيقاً لأحكام المادتين 207، 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247... يهدف هذا المرسوم إلى تحديد شروط وكميات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية".

أما المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أعلاه نصت: "يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة"، أن تفوض تسيير مرفق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائي، يُدعى في صلب النص "المفوض له"، بموجب اتفاقية تفويض".

وهكذا بالرجوع إلى المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادتين الأولى و4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتضح لنا أن الهيئات الإدارية والمؤسسات العمومية المخاطبة بأحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 15-247 والذي جاء تحت عنوان: "الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام"، والمخاطبة كذلك بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، هي محصورة فقط في الجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها.

وبالرجوع إلى قانون البلدية رقم 11-10⁽¹⁾ نجد أن المادة 150 منه أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، وهذه المصالح نصت عليها المادة 149 من نفس القانون، أما المادة 155 فقرة 2 من نفس القانون، نصت على أن الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي، يُحدّد عن طريق التنظيم.

أما المادة 149 من القانون رقم 12-07⁽²⁾ المتعلق بالولاية، نصت على أنه: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقاً للتنظيم المعمول به، يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يُحدّد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها..."

¹ - قانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011.

² - قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد (12) الصادرة في 29 فبراير 2012.

أما باقي الهيئات الإدارية الأخرى مهما كانت طبيعتها، وباقي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري غير التابعة للجماعات الإقليمية، كالمستشفيات، وباقي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كالجرائية للمياه، وباقي المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني كالجامعة، وباقي المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي كمراكز البحث، وباقي المؤسسات العمومية الاقتصادية كشركة سونلغاز وشركة سوناطراك، وباقي أشخاص القانون العام، والهيئات والمؤسسات العمومية الأخرى مهما كانت طبيعتها القانونية، فلا تخضع لأحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 15-247 والذي جاء تحت عنوان: "الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام"، كما لا تخضع كذلك لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، وإذا أرادت هذه الهيئات والمؤسسات المذكورة أعلاه أن تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام، فترجع إلى قانونها الأساسي الذي قد ينص على التفويض، فمثلا المادة 101 الفقرة الثانية من القانون رقم 05-12⁽¹⁾ المتعلق بالمياه نصت: "يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليه عن طريق التنظيم...".

وتطبيقاً لما جاء في أحكام الفقرة الثانية من المادة 101 المذكورة أعلاه، صدر مرسوم التنفيذي رقم 08-54⁽²⁾ والذي نصت المادة 02 من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم على: "تعريف امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب: يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع ماء الشروب...".

أما المادة 166 من الأمر رقم 95-27⁽³⁾ المتضمن قانون المالية لسنة 1996، نصت على أنه: "يمكن أن يكون إنجاز الطرق السريعة ولواحقها وتسييرها، واستغلالها، وصيانتها، وكذا أعمال تهيئتها و/أو توسيعها، محل منح امتياز لصالح الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أو القانون الخاص شريطة وجود طريق بديل وذلك وفق كفاءات مُحدّدة في اتفاقيات وفي دفاتر شروط يصادق عليها بنص تنظيمي".

¹ - قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد (60) الصادرة في 4 سبتمبر 2004.

² - مرسوم تنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 9 فبراير 2008، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد (8) الصادرة في 13 فبراير 2008.

³ - أمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد (82) الصادرة في 31 ديسمبر 1995.

لكن المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، يثير الكثير من الإشكالات القانونية، لاسيما المادة 4 منه التي سمحت للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بأن تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وتفوض تسييره إلى شخص معنوي، في حين أن المؤسسة العمومية هي في حد ذاتها طريقة من طرق تسيير وإدارة المرافق العامة، فكيف تقوم هذه المؤسسة العمومية بإعادة تفويض تسيير هذا المرفق؟، هل المقصود أننا نكون أمام عقد مناولة أي التعاقد الثانوي أو ما يعرف بالتعاقد من الباطن؟، لأن الأصل أن الجهة التي يتبعها المرفق العام والتي لها سلطة عليه هي التي تقرر بشأن طريقة تسييره، والمؤسسة العمومية ما هي إلا مجرد طريقة تسيير اتخذتها الجهة التي يتبعها المرفق العام، فكيف لهذه المؤسسة العمومية أن تقرر من جديد بخصوص تسيير المرفق الذي ليس لها أي سلطة عليه؟.

الإشكالية الثانية الغريبة التي يثيرها المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تتمثل في المادة الأولى منه، حيث جاءت تشير صراحة بأن هذا المرسوم التنفيذي يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، وهذا ما يتنافى مع أحكام المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي نصت: "...بأنه يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له..."، وبالتالي فإن أي شخص معنوي خاضع للقانون العام يمكن له أن يفوض تسيير المرفق العام، ولا يشترط أن يكون هذا الشخص العام يتمثل في الجماعات الإقليمية، مثلما جاء في صياغة المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ومثلما جاء كذلك في المادة 4 منه، لأن هذا المرسوم التنفيذي قد حجّر وضيق واسعاً، ولو كان المقصود من هو تفويض تسيير المرافق التابعة للجماعات الإقليمية ومؤسساتها الإدارية دون سواها، لكانت المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قد نصت على ذلك صراحة، والدستور يمنح الوزير الأول سلطة تطبيق القوانين والتنظيمات في المجال التنظيمي عن طريق المراسيم التنفيذية، لكن فقط من أجل توضيح بعض الشروط والإجراءات والشكليات التي يتطلبها تنفيذ القانون أو المرسوم الرئاسي، دون التغيير في مضمونه وجوهره وخطوطه العريضة، لكن للأسف فإن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 قد أحدث تغييراً في مضمونه وجوهر المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك حينما أقصى كل أشخاص القانون العام من تفويض تسيير المرافق العامة، وحصرها فقط في الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الخاضعة لها، وهذا انحراف خطير من السيد الوزير الأول بسلطة تطبيق القوانين والمراسيم الرئاسية في المجال التنظيمي، وفي محاولة منا إلى عقلنة هذا الانحراف التنظيمي للوزير الأول وإيجاد تبرير له، قد قمنا بتفسير المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على أنه يتعلق فقط بجزئية محددة من المادة 207 من المرسوم

الرئاسي رقم 15-247، بمعنى أن هذا المرسوم التنفيذي قد نظم اتفاقيات تفويض المرفق العام الخاصة بالجماعات الإقليمية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، في حين لم يقصي باقي أشخاص القانون العام من إبرام هذه الاتفاقيات.

لكن حتى نحن أصحاب هذا التفسير أعلاه، غير مقتنعين به، لأن المادتين الأولى و4 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يتناقضان بشكل صارخ وواضح مع صياغة عنوان المرسوم التنفيذي في حد ذاته، لكون صياغة العنوان تشير إلى تفويض المرفق العام⁽¹⁾، في حين المادتين الأولى و4 منه تشير إلى تفويض مرافق الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، وحتى الفقرة 4 من المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نصت على أنه: "... تحدد كفاءات تطبيق هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي"، بمعنى ضرورة إصدار مرسوم تنفيذي يتعلق بكفاءات تطبيق الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام التابع لكافة أشخاص القانون العام، وليس الجماعات الإقليمية ومؤسساتها الإدارية فقط، لذلك نحن نلتزم من السيد الوزير الأول إعادة النظر في أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الذي جاء متناقض مع أحكام المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لأن البناء التنظيمي لهذا المرسوم التنفيذي جاء مخالفا لمخطط الهندسة الدستورية، لذلك نحن نعتقد بأنه مرسوم تنفيذي غير دستوري.

المطلب الثاني

المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد

يتمثل الغرض من هذه المبادئ الخاصة باختيار المتعامل المتعاقد⁽²⁾ بتحقيق أفضل تعاقد من حيث الفعالية والجودة والسعر، من خلال أعمال إجراءات الدعوة للمنافسة، لاسيما ضمان علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات عقود الصفقات والتفويضات عن طريق النشر والإشهار، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء، واعتماد معايير موضوعية ودقيقة لاختيار المتعامل المتعاقد⁽³⁾، مع تطبيق نفس المعايير

¹ - وهي الصياغة التي تتطابق مع المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - نقصد هنا بالمتعامل المتعاقد: هو المتعامل الاقتصادي في مجال عقود الصفقات العمومية، والمفوض له في مجال عقود تفويضات المرفق العام.

³ - محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي - أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع التحريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2017-2018، ص 26، 27.

على جميع المرشحين، لاسيما وأن تنظيم الصفقات العمومية لم يعد يكرّس معيار الثمن كمقياس وحيد لمنح الصفقات العمومية، بل عزّز من فرص الاستناد لمعيار العرض "الأفضل من الناحية الاقتصادية"، الذي يقوم على تحليل عدة مقاييس اقتصادية مختلفة، مثل الجودة والسعر والجدارة الفنية، الخصائص الجمالية والوظيفية، والخصائص البيئية أو الربحية، وخدمة ما بعد البيع وغيره⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجدتها تنص: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"، وهكذا فإن المنظم اشترط أن تكون كل إجراءات إبرام الصفقات العمومية مؤسّسة على ثلاثة (3) مبادئ جوهرية، وهي حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، والهدف من ذلك هو ضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام، بمعنى محاربة ظاهرة الفساد وأخلقة العمل الإداري، وضمان الشفافية والمنافسة التريهة أثناء مرحلة الإبرام، هذا فيما يخص العقود الإدارية محل نفقات الدولة، والمتمثلة في الصفقات العمومية.

أما بخصوص العقود الإدارية محل إيرادات الدولة، والمتمثل في اتفاقيات تفويضات المرفق العام، فتخضع هي الأخرى لنفس مبادئ الإبرام، حيث نصت المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم..."، وهو نفس الشيء الذي جاءت به المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والتي جاء فيها: "دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247..."، بمعنى أن المادة 209 والمادة 3 من المرسومين أعلاه، قد أحالتا إلى المبادئ الثلاثة (3) المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، وكذلك هذه المبادئ تهدف إلى ضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام المتمثل في الإيرادات العامة المحصّلة من جراء تفويض المرفق العام.

وبخصوص هذا النوع من العقود الإدارية (اتفاقيات تفويض المرفق العام)، أضاف المنظم مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 209 أعلاه: "...وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى الاستمرارية والمساواة

¹ - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص191.

وقابلية التكيّف"، وهي نفس المبادئ التي جاءت بها المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والتي نصت: "...يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيّف، مع ضمان الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية"، لكن هذه المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، لا تدخل ضمن دراستنا هذه، لأنها تكون بعد مرحلة الإبرام، بمعنى أن المفوض له الذي أبرم اتفاقية تفويض المرفق العام مع الشخص العام، يكون ملزم بضمان الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيّف، والجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، وهذا ما يفهم من العبارات التالية: "عند تنفيذ اتفاقية تفويضه"، "يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ..."، ودراستنا هذه متعلقة بمرحلة الإبرام، بمعنى نتطرق فقط إلى المبادئ المتعلقة بهذه المرحلة فقط، دون مرحلة التنفيذ.

ويرى الأستاذ خرشى النوي أن هذه المبادئ المنصوص عليها في الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، مستثناة من التطبيق بصدد الباب الثاني المتضمن الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، على عكس ما فعلته تنظيمات مشابهة لكثير من الدول التي أدرجت هذه المبادئ بصدد تفويض المرفق العام وكل العقود التي تكون الدولة أو أحد تفرعاتها طرفا فيها، مستشهدا بقرار مجلس الدولة الفرنسي في 08/11/2000 في شركة "جون لويس برنار استشارات" والذي خلص إلى أنه ليس هناك نص أو مبدأ يمنع على شخص عمومي لأي سبب من أن يترشح للحصول على صفقة أو تفويض مرفق عمومي⁽¹⁾.

ويضيف الأستاذ خرشى النوي، بأن هذه المبادئ وبالنظر إلى أسسها وأهدافها فإنها جديرة بأن يفرض تطبيقها على كل الإنفاق العام حتى ولو تم هذا الإنفاق عن طريق طلبيات أو إجراءات مكيفة، لأن العبرة ليست في مبلغ النفقة، بقدر ما هي في أخلاقية العمل الإداري، كون أن المال أي ما كان مبلغه فيبقى مال عام، وأن حرية الوصول للطلبية والعدالة والمساواة والشفافية كلها مبادئ تم الإنفاق العمومي بصورة شاملة سواء كانت ضمن صفقة أو سند طلب أو إجراء مكيف⁽²⁾.

لكن نحن لا نوافق إطلاقا ما توصل إليه الأستاذ خرشى النوي ونصل إلى نتيجة مخالفة تماما إلى النتيجة التي توصل إليها، فمن جهة نحن نرى أن المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي

¹ - خرشى النوي، الصفقات العمومية -دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية-، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص 25.

² - المرجع نفسه، ص 25.

رقم 15-247 لا تقتصر فقط على الصفقات العمومية، بل تطبق كذلك على عقود تفويضات المرفق العام، والمادة 209 من نفس المرسوم الرئاسي كانت صريحة وواضحة في ذلك حينما أحالت إلى تطبيق المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 بخصوص اتفاقيات تفويض المرفق العام، وكذلك المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، قد أحالت إلى تطبيق المادة 5 بخصوص تفويض المرفق العام، ومن جهة ثانية نحن نرى أن هذه المبادئ لا تتعلق فقط بالإتفاق العام المتعلق بالصفقات العمومية كما توصل إليه الأستاذ خروشي النوي، بل هذه المبادئ تتعلق كذلك بالإيرادات العامة المحصلة من جراء تفويضات المرافق العامة، لأن الإيرادات تعتبر كذلك أموال عامة لا بد من حمايتها واستعمالها على أحسن وجه هذه من جهة، ومن جهة أخرى لا بد من تطبيق هذه المبادئ على اتفاقيات تفويضات المرافق العامة بهدف نجاعة الطلبات العمومية، وذلك عن طريق تفويض المرفق العام للشخص الذي يقدم ضمانات كافية متعلقة بتقديم خدمات نوعية وعصرية وحيادية للمرتفقين، ويضمن استمرارية المرفق العام وقابليته للتكيف مع المستجدات والرقمنة والعصرنة، كما يضمن المحافظة على هياكل المرفق، كل هذه الأمور لا يمكن تحقيقها إلا عن طريق فتح باب التنافس وحرية الوصول للطلب العمومي المتعلق بتفويض المرفق العام، وكذلك عن طريق المساواة بين المرشحين لإبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، وكذلك عن طريق شفافية الإجراءات، فكيف يُعقل إذن أن نقول أن هذه المبادئ تطبق فقط على الإتفاق العام المتمثل في الصفقات العمومية، ولا تطبق على الإيرادات العامة المتمثلة في اتفاقيات تفويض المرفق العام؟، لذلك نحن نرى أن هذا الرأي قد جانب الصواب في طرحه وتحليله.

ويضيف الأستاذ خروشي النوي، بأن النصوص لم تشر إلى إمكانية التظلم بخصوص الحرمان من مبدأ الوصول للطلب العمومي، ولم تُبيّن الإجراءات التي يمكن إتباعها في حالة المنع من هذا الحق، واقترح إضافة فقرة أخيرة للمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مفادها: "...يجق لكل من مُنَع من سحب ملف طلب عروض أن يرفع تظلماً بشأن ذلك للوزير المعني بالقطاع"، لكن هنا كذلك نحن لا نوافق فضيلة الأستاذ خروشي النوي بخصوص هذا التحليل، لكون أن التظلم الإداري الولائي أو الرئاسي هو من المبادئ العامة في القانون الإداري والذي لا يحتاج إلى نص قانوني لإقراره، وإنما النص القانوني يُحدّد لنا فقط مدى وجوب التظلم قبل اللجوء إلى القضاء الإداري، وفي حالة عدم وجود نص يصبح التظلم جوازي قبل اللجوء إلى القضاء، هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تبينان بوضوح طرق الرقابة والظعن في حالة عدم إحترام مبادئ الإبرام.

والمقصود بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، هو مبدأ حرية المنافسة (الفرع الأول)، أما المقصود بمبدأ المساواة، هو معاملة كافة المرشحين بحياد وموضوعية طبقاً للقانون والتنظيم وبعيدا عن التحيز والمحاباة (الفرع الثاني)، أما مبدأ شفافية الإجراءات، فالمقصود به هو أن تتم إجراءات الإبرام في العلانية وليس في السرية، أي في النور وليس في الظلام (الفرع الثالث)، وفي الأخير نتطرق إلى نقطة جد مهمة والمتمثلة في الإشهار أو الإعلان، كآلية لتجسيد وتكريس هذه المبادئ (الفرع الرابع).

الفرع الأول

مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (مبدأ حرية المنافسة)

المصالح المتعاقدة ملزمة بإتباع طرق وإجراءات محددة عند إبرامها للعقد الإداري، وغالبا ما تبدأ بالإعلان عن الطلب العمومي ثم تلقي العروض وفحصها استناداً إلى شروط موضوعية دون تمييز، ثم إرساء العقد والإعلان عن المنح المؤقت⁽¹⁾، كما تم تعريف مبدأ المنافسة على أنه مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية التي تنظم وتؤطر عملية التزاحم والتباري التزيه بين المتعاملين الاقتصاديين⁽²⁾.

إن أعمال مبدأ حرية المنافسة الحرة في مجال العقود الإدارية (الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) يُعدُّ من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدُّد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الأموال العامة استخداماً عقلانياً رشيداً، ويضفي على طلباتها قدراً من الشفافية والتزاهة، ويعتبر مبدأ حرية المنافسة أفضل وسيلة يمارس بموجبها المتعامل الاقتصادي حقوقه المشروعة المتمثلة في حريتي التجارة والصناعة⁽³⁾.

من جهة أخرى يدل الاهتمام المتزايد بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على وجود إرادة سياسة تهدف إلى تفعيل آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية، ومن ثمة إلزام المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الاقتصادي على حد سواء باحترام مبدأ

¹ فضيلة براهمي، تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 8، عدد 03، مارس 2018، ص 112.

² غنية باطلي، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مجلد 10، عدد 12، مارس 2015، ص 335.

³ مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/12/17، ص 01.

المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة تحت ضغط الالتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في الميدان الاقتصادي، لاسيما بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي، كذلك سعيها الحثيث للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة (OMC)، إذ سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عبر العديد من التنظيمات المتعاقبة، كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، وهذا بالاعتماد على مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية الذي يكرّسُ المنافسة التريهة.

لهذه الأسباب فقد أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في العقود الإدارية عناية خاصة، وذلك من خلال عدة قوانين وتنظيمات، تهدف إلى تحديد وحماية الأحكام الخاصة بالتباري لنيل الطلبات العمومية⁽¹⁾.

على هذا الأساس فكل العقود يمكن أن تشكل تعديا على التنافس الحر ومن بينها عقود الصفقات العمومية، وعقود تفويضات المرفق العام، وذلك ما يُبرر تدخل التشريع والتنظيم لمحاولة إلزام كل من الإدارة والمتعامل الاقتصادي بضرورة احترام قواعد المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽²⁾.

ويقصد بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية أو مبدأ حرية المنافسة، فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الوطنية والأجنبية لتقديم عروضهم بشرط استيفائهم للشروط المطلوبة⁽³⁾، وعرفه المشرع الفرنسي في قانون الصفقات العمومية الجديد في المادة 2 من على أنه: "المقاولين والموردين يجوز لهم، وبكل حرية المشاركة في الصفقات العمومية"، "Les entrepreneurs ou les fournisseurs peuvent librement se partir candidats aux marches publics"⁽⁴⁾.

¹ - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق ص 02.

² - الكاهنة إرزيل، التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الخامس، 2018، ص 9.

³ - محفوظ بن شعلال، إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز تقييدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لثمنغاست، العدد (9) - سبتمبر 2015، ص 65.

⁴ - فائزة قاصدي، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد (6)، العدد (1) 2015، ص 338.

ونظراً لأهمية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وحرية المنافسة تكريسا لحرية الاستثمار وحرية التجارة، تمّ دسترة هذه الحرية بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 حيث تم استحداث مادة جديدة تكرّس هذا الحرية، وهي المادة 43 التي جاء فيها: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية. تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير التزيهة"، وهكذا بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 أصبحت حرية الوصول للطلبات العمومية وحرية المنافسة التزيهة مضمونة دستوريا، وذلك ضمن حرية الاستثمار والتجارة، وأصبح الاحتكار والمنافسة غير التزيهة ممنوعان بنص الدستور، وذلك لكون الفقرة الأخيرة من المادة 43 أعلاه، نصت على أن القانون يمنع الاحتكار والمنافسة غير التزيهة، وبموجب مشروع تعديل الدستور الصادر ماي 2020 أصبحت المادة 61، حيث جاء في الفقرة 3 منها: "...يضع القانون الآليات المناسبة الكفيلة بتوفير مناخ الأعمال بصفة دائمة، وجعل إجراءات تحقيق الاستثمارات وتسييرها وتصفياتها شفافة وفعّالة بشكل يضمن منافسة حقيقية ونزيهة".

وبالتالي لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تُبعد أي متعامل اقتصادي من المشاركة في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط القانونية، بمعنى أن تقف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين وأن تقف في مسافة واحدة تجاههم، وهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتحديد المتعاملين المتعاقدين الذين تدعوهم للتعاقد والذين تبعدهم، بل تكون سلطة الإدارة مُقيّدة طبقاً لما ينص عليه القانون والتنظيم⁽¹⁾.

وهكذا يتضح لنا أن مبدأ المنافسة الحرة يعني فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يودُّ الاشتراك في التباري للوصول إلى الطلب العمومي، والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن يُعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تُعط لأقرانه، أو على حسابهم، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في تقديم العروض يجب أن تكون واحدة للجميع⁽²⁾، وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة منذ زمن طويل، حيث قرّر: "...إنّ القضاء يعترف للمتنافسين بمخاصمة مشروعية الإجراءات، وذلك إذا لم يوضع كل المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوب استيفائها..."⁽³⁾.

¹ - وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013/10/20، ص 132.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 496.

³ - يراجع قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Caillet بتاريخ 1890/03/12، أشار إليه: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 496.

كذلك في قرار صادر لها بتاريخ 23 ماي 1998 أقرت محكمة النقض الفرنسية المبدأ التالي: "إن المقصود بجرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم، أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه، بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا..."⁽¹⁾.

يقصد بمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي في النظام القانوني للعقود الإدارية، أن يكون الترشح لنيل العقد حراً غير مُقيّد، ويتوجب على السلطة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بين المتقدمين للصفحة أو لاتفاقية التفويض، حيث لا يجوز لها إقصاء مرشحين على أساس شروط واعتبارات غير منصوص عليها في القانون أو التنظيم⁽²⁾.

ولا يخفى أن اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بوجه خاص، وجعلها من ركائز النظام العام الاقتصادي في الدولة، أن يُوفّر حماية فعّالة للمال العام، حيث سيسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية، ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية، تحقيقاً للأهداف المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾، ومبدأ حرية المنافسة منصوص عليه في نصوص قانونية متفرقة، مما استدعي التطرق إلى الإطار القانوني والتنظيمي لهذا المبدأ (أولاً)، كما أن مبدأ حرية المنافسة له نطاق وحدود (ثانياً).

أولاً: الإطار القانوني والتنظيمي لمبدأ حرية المنافسة

إن دخول قانون المنافسة في كتلة المشروعية الإدارية أدى إلى تطور كبير في قانون العقود العامة، "L'introduction du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administratif a conduit à une évolution majeure du droit des contrats publics"⁽⁴⁾.

¹ - أشارت إليه، نادية تياب، مرجع سابق، ص 63.

² - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 115.

³ - محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، عدد 2010/02، ص 74.

⁴ - CHRISTOPHE Cabanes, BENOÎT Neveu, Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics, Edition le Moniteur Collection Analyse Juridique, France, Juillet 2008, p.69....=

- أشارت إليه: مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 136.

تعتبر المنافسة من أهم مواضيع القانون المعاصرة خاصة بعد صدور القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، المعدّل والمتمّم للأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، الذي نص لأول مرة بأن أحكامه تطبق على الصفقات العمومية بداية من نشر الإعلان إلى غاية المنح النهائي، وكذلك بعد صدور القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمّم، الذي أضاف حماية جزائية للحد من تجاوزات أعوان المصالح المتعاقدة المكلفين بملف الصفقات العمومية، باعتبارها إحدى أهم أوجه الإنفاق العام، والذي لازمه صدور تعديل في مجال الصفقات العمومية، ألا وهو المرسوم الرئاسي رقم 08-338⁽²⁾ الذي كرّس المبادئ المحسّدة لحرية المنافسة.

أتساءل في هذا السياق عن العلاقة الموجودة بين قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة في ظل التعديل الجديد الذي جاء به القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة؟ وهل كرّس هذا القانون مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية؟.

سوف نحاول الإجابة عن كل هذه التساؤلات وأخرى، من خلال التطرق إلى الإطار القانوني لمبدأ حرية المنافسة ضمن الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة (1)، ثم نُبيّن كيف تمّ ردع كل من يحاول المساس بهذا المبدأ الجوهرية، وذلك من خلال التطرق لمبدأ المنافسة ضمن القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (2)، ثمّ نتطرق لمبدأ حرية المنافسة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (3)، وأخيرا نتطرق لهذا المبدأ ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام (4).

1- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في إطار قانون المنافسة (الأمر رقم 03-03):

لم يظهر قانون المنافسة الجزائري إلا بعد انتهاجها نظام اقتصادي حر تكون المنافسة إحدى أهم مقوماته، وحفاظا على المنافسة الحرة وترقيتها في إطار اقتصاد السوق تم استحداث لأول مرة مجلس المنافسة سنة 1995 من خلال الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، إلا أن هذا الأمر ألغي بموجب الأمر رقم 03-03، حيث فصل المشرع الجزائري بين الممارسات التجارية، والتي أفرد لها قانون خاص يتمثل

¹ - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد (43)، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد (36)، الصادرة في 02 جويلية 2008، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد (46)، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010.

² - يراجع المرسوم الرئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (62) الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008 (ملغى).

في القانون رقم 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وخصّص قانون المنافسة للأحكام المتعلقة بمبادئ المنافسة والهيئة المشرفة على تطبيق قواعدها، والمتمثلة في مجلس المنافسة⁽¹⁾، وأحيانا أخرى القضاء الإداري.

وفي إطار التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص، فإن معيار التفرقة يتمثل في صفة الأطراف أو كما يطلق عليه "ازنمان" (زوج الأطراف)، فتعتبر القاعدة من القانون الخاص إذا كان أطرافها من الأفراد، في حين إذا كان أحد أطرافها شخصا عاما فإنه يتعلق الأمر بالقانون العام، فالتفرقة تكون بالنظر إلى صفة أطراف العلاقة القانونية⁽²⁾.

لكن قانون المنافسة لا تهمه التفرقة بين صفة الأطراف، فهو يتحدّد بالنظر إلى النشاط الممارس، فيطبق على النشاطات الاقتصادية التي تمارسها الأشخاص العامة، بل إن قانون المنافسة يطبق حتى على النشاطات غير الاقتصادية لهذه الأشخاص⁽³⁾، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب عند التطرق إلى مجلس المنافسة.

السؤال الذي يطرح نفسه، هو كيف يمكن ضمان التجانس بين هاذين النظامين القانونيين، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن لكلاهما فلسفة مختلفة، في الوقت الذي يمكن فيه اعتبار قانون المنافسة قانون السوق، يبقى تنظيم الصفقات العمومية يسعى للتوفيق بين أهداف الأطراف المتعاقدة، مع ترجيح كفة الإدارة المتمتعة بامتيازات السلطة العامة، والهادفة لتحقيق المصلحة العامة، فهل يشكل هذا التباين في الأهداف تنازعا أم إثراءً وتكاملاً؟، بمعنى هل أن تأثير القانونين في بعضهما البعض يشكل علاقة تقاطع أم علاقة تنافر؟⁽⁴⁾، وهو ما سنحجب عنه في الفصل الأول من الباب الثاني عند التطرق لمجلس المنافسة.

وعلى هذا الأساس، قام القضاء الإداري الفرنسي بإدماج قانون المنافسة بشكل أوسع عند نظره للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، زيادة على تلك المقررة بشأن الدعوة للمنافسة المنصوص عليها

¹ - حسين شرواط، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المعدل والمتمم بالقانون 10-05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 15.

² - عز الدين عيساوي، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 18 مارس 2015، ص 125.

³ - المرجع نفسه، ص 126.

⁴ - محمد زكرياء رقرافي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، ص 23، 24.

في القانون الإداري (تنظيم الصفقات العمومية)، مما أدى إلى وضع الخطوط العريضة لمبدأ المساواة في الحصول على المشتريات العامة على وجه التحديد، وتأطيره وفقاً لقانون المنافسة بشكل يدعم قدرة المتعاملين الاقتصاديين على تقديم عروضهم بدون أي تمييز⁽¹⁾.

تأثر المشرع الجزائري بهذا الموقف، فعدّل بدوره قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية، فخلق نطاق التداخل بين التشريعين، وسع من خلالها نطاق تطبيق قانون المنافسة ليطال مجال الصفقات العمومية، وهو ما جعلنا نتساءل عن الكيفية التي تم بها إدخال قواعد قانون المنافسة، الذي كان يُنظر إليه في البداية كقانون خاص يضبط نشاط الأعوان الاقتصاديين⁽²⁾.

حيث أن المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، كانت قبل تعديلها بموجب القانون رقم 08-12، تنص على ما يلي: "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام"، وبالتالي يصعب إخراج الصفقات العمومية من نطاق ممارسة صلاحيات السلطة العامة وأداء مهام المرفق العام، مما ينتج عنه عدم خضوع إبرام الصفقات العمومية لأحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، لكن بعد تعديل المادة 2 من الأمر رقم 03-03 بموجب القانون رقم 08-12 أصبحت صياغتها على النحو التالي: "تطبق أحكام هذا الأمر على: - نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد وتلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويون العموميون والجمعيات والاتحاديات المهنية، أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها، - الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"، كذلك المادة 2 أعلاه تمّ تعديلها للمرة الثانية بموجب القانون رقم 10-05 لتصبح صياغتها على النحو التالي: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: - نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها، - الصفقات

¹ - خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التحريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2017/2018، ص 192.

² - المرجع نفسه، ص 192.

العمومية، بدءاً من بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة..."، وهكذا بموجب تعديل الأمر رقم 03-03. بموجب القانون رقم 08-12، أصبحت المنافسة في الصفقات العمومية مكرسة بموجب قانون المنافسة الذي تم إدخاله في كتلة المشروع الإدارية، وأصبحت الصفقات العمومية خاضعة لنطاق قانون المنافسة، مع بعض الاستثناءات التي سنوضحها في الفصل الأول من الباب الثاني.

وهكذا يعتبر الأمر 03-03، القانون الخاص للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، ومنه يُمكننا اعتبار المرسوم الرئاسي 15-247 يتضمن أحكام يمكن إطلاق عليها تسمية القانون العام للمنافسة في إطار الصفقات العمومية.

2- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في إطار القانون رقم 06-01:

كون العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة لها صلة وطيدة بالمال العام، ارتأى المشرع الجزائري ضرورة وضع منظومة قانونية لمكافحة كل الجرائم المتعلقة بهذه العقود، عن طريق اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة، التي تُعتبر بأنها كفيلة لمكافحة هذه الجرائم، وذلك قصد تعزيز الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام العقود الإدارية⁽¹⁾.

وقد صادقت الجزائر على عدة اتفاقيات دولية لمكافحة الفساد، فكانت أهم ثمرة لذلك صدور القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والذي تضمّن سياسة جنائية جديدة تجمع بين الوقاية التجريم والردع، لاسيما في مجال الصفقات العمومية التي لطالما كانت الأكثر عرضة للفساد بشتى صورته⁽²⁾.

ولقد جسدت المادة 9⁽³⁾ من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، المبادئ التي يجب أن تؤسّس عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية تكريساً لمبدأ حرية المنافسة، وذلك حينما نصت: "يجب أن تُؤسّس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على

¹ - مراد محالي، تجريم المحاباة كآلية لحماية الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، عدد 2، 2014، ص 203.

² - وردية فتحي، جريمة تلقي الهدايا، مداخل في إطار الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 25، 24 أبريل 2013، ص 54.

³ - المادة 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدلة بموجب الأمر 10-05، سالف الذكر.

قواعد الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تُكرّس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية؛
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء؛
- إدراج التصريح بالتزاهة عند إبرام الصفقات العمومية؛
- معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية؛
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

وفي حالة الإخلال بأية قاعدة من القواعد المذكورة في المادة 9 أعلاه، يكون الموظف المكلف بإبرام الصفقة العمومية قد أخلّ بمبدأ حرية المنافسة، ويكون عرضة للمسائلة الجزائية.

وتأخذ الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، المنصوص والمعاقب عليها في المواد 26 و 27 و 35 ومن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، صورتين:

تتمثل الصورة الأولى: في "الامتيازات غير المبرّرة في مجال الصفقات العمومية"، والتي بدورها تتشكل من جنحتين:

➤ جنحة المحاباة Délit de favoritisme (المادة 1-26)؛

➤ استغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مُبرّرة

(المادة 2-26)؛

أما الصورة الثانية: فتتمثل في "قبض العمولات من الصفقات العمومية" Perception de commissions، والتي بدورها تتشكل من جنحتين:

➤ الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27) ؛

➤ أخذ فوائد بصفة غير قانونية من الصفقات العمومية (المادة 35).

وكان قانون العقوبات ينص على هذه الصور الثلاث في المادتين 128 مكرر و 128 مكرر1، قبل إلغائها بموجب المادة 71 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

وبالرغم من أن المادة 9 أعلاه، قد تضمنت كل الإجراءات الضرورية التي تجسد المنافسة وحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة والشفافية، لاسيما علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات الإبرام، والإعداد المسبق لدفتر الشروط المشاركة والانتقاء، وإدراج التصريح بالتراهة عند الإبرام، والاعتماد على معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بالإبرام، وممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الإبرام، إلا أننا نلاحظ في نفس الوقت أن المشرع لم يوفق في صياغة المادة 9 من القانون رقم 01-06، المعدل والمتمم، لأن كل هذه الإجراءات ربطها فقط بالصفقات العمومية، في حين أن الصفقات العمومية وإن كنا نتفق بأنها تعتبر من أهم أنواع العقود الإدارية، إلا أننا في نفس الوقت نتفق كذلك بأنها لا تشكل وحدها العقود الإدارية، بل هناك عقود إدارية أخرى لا تقل أهمية، ومن أهمها عقود تفويضات المرفق العام، وإن كانت لا تتعلق بالصفقات العامة، فهي تتعلق بالإيرادات العامة، إلا أنها عقود مهمة، وهذا ما جعل بالمنظم الجزائري يدرجها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، لذلك نحن نلج على المشرع الجزائري بقوة من أجل تعديل المادة 9 من القانون رقم 01-06، وذلك بحذف عبارة "الصفقات العمومية" واستبدالها بعبارة "العقود الإدارية"، لأنها العبارة الأشمل والأوسع، لكونها تضم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهكذا تنسجم المادة 9 من القانون رقم 01-06 مع المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، لأن المشرع الجزائري من خلال المادة 9 أعلاه نص على ضمانات تجسد الشفافية في الصفقات العمومية، لكن ما مصير عقود تفويضات المرفق العام؟، هل هي في منأى عن ظاهرة الفساد؟، لذلك لا بد من المشرع أن يتدخل على وجه السرعة، وذلك بإدراج عقود تفويضات المرفق العام ضمن المادة 9 من القانون رقم 01-06، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

3- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

يُعدُّ تنظيم الصفقات العمومية الرائد في استعمال تقنية المنافسة كوسيلة وأداة لتحقيق الاستعمال الأنجع والراشد للأموال العامة، واستعمل المشرع مصطلح "المنافسة" في أوّل النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية بموجب الأمر 67-90⁽¹⁾.

¹ - الأمر 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر العدد (52) الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967 (ملغى).

أمّا المرسوم الرئاسي 338-08⁽¹⁾، تضمّن لأول مرة المبادئ المُكرّسة لحرية المنافسة في الصفقات العمومية خلافاً للتنظيمات السابقة، حيث تمّ استحداث المادة 2 مكرر التي جاء فيها: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات"، وتمّ تكريس هذه المبادئ كذلك بموجب المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽²⁾ التي جاء فيها: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم".

وهو نفس المضمون الذي تضمنته المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽³⁾، غير أنّ الجديد في هذا المرسوم هو إخضاع إجراءات إبرام عقود تفويضات المرفق العام لنفس المبادئ التي تحكم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وهذا ما يتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاءت في الباب الثاني المتعلق بالأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام، والتي نصت: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم..."⁽⁴⁾.

ويجب على المصالح المتعاقدة أن تتأكد بأن المتعامل المقبول لنيل الصفقة أو اتفاقية التفويض، لم يستخدم ممارسات منافية ومقيدة للمنافسة، ومن أجل تمكين الإدارة من أداء دورها في مراقبة هذه الممارسات المُحتملة للأعوان الاقتصاديين، تمّ إثراء تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقواعد مستمدة من قانون المنافسة، وهذه القواعد تفرض التزاماً جديداً على المصلحة المتعاقدة يتمثل في مراقبة ومعاينة الممارسات المُقيّدة للمنافسة، ويندرج هذا الدور الجديد للمصلحة المتعاقدة في إطار إضفاء قدرًا من الشفافية والتراخية على إبرام العقود الإدارية⁽⁵⁾.

¹ -مرسوم رئاسي رقم 338-08، (ملغى)، سالف الذكر.

² - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، (ملغى)، سالف الذكر.

³ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

⁴ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 100، 101.

⁵ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 79.

كذلك ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "...يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها".

كذلك المادة 72 من نفس المرسوم الرئاسي، التي حدّدت مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فأناطت بهذه اللجنة مراقبة الممارسات المقيّدة للمنافسة وذلك بنصها: "يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنصوص عليها في المادة 71 أعلاه. وبهذه الصفة، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية: -...- تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تُشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، ويجب أن يُبين هذا الحكم في دفتر الشروط...".

أمّا المادة 78 من نفس المرسوم الرئاسي، التي جاءت في القسم الخامس بعنوان: "اختيار المتعامل المتعاقد"، نصت على معايير الاختيار واشترطت أن تكون هذه المعايير مرتبطة بموضوع الصفقة لا غير، فنصت على ما يلي: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...".

أمّا المادة 81 من نفس المرسوم الرئاسي، أجازت للمرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة⁽¹⁾.

أمّا المادة 89⁽²⁾ من نفس المرسوم الرئاسي، فرتبت عن كل الأفعال والمناورات التي ترمي إلى منح مكافأة أو امتياز لعون عمومي، اتخاذ تدابير ردعية، قد تصل إلى حد فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، وهذه التدابير الردعية جاءت لتجسّد وتحمي مبدأ حرية المنافسة، كما أوجبت الفقرة 2 من المادة 89 أعلاه على المتعامل الاقتصادي اكتتاب التصريح بالتراهة المنصوص على نموذجه في المادة 67 من نفس المرسوم الرئاسي.

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 102، 103.

² - نصت المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي. بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لاسيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية...".

أما المادة 92 من نفس المرسوم الرئاسي، منعت المصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (4) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، وذلك حتى لا يُؤثر هؤلاء الموظفين السابقين على زملائهم المكلفين بإبرام الصفقات العمومية وما ينجم عنه من إخلال بمبدأ حرية المنافسة.

وبالرجوع إلى المادة 94 من نفس المرسوم الرئاسي، نجد أنها منعت صاحب صفقة عمومية من المشاركة في التباري لنيل صفقة عمومية أخرى، إذا اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً أثناء إجراءات الإبرام في الصفقة الجديدة، إلا إذا أثبت هذا المتعامل الاقتصادي أن المعلومات التي يجوزته لا تُخلُّ بمبدأ حرية المنافسة⁽¹⁾.

ذكرنا أن تنظيم الصفقات العمومية يضمن إلى حد كبير حرية المنافسة للأعوان الاقتصاديين المرشحين لنيل هذه الصفقات، غير أن الارتقاء بممارسة حرية الدخول في الطلبات العمومية وما يستتبعه من مراعاة المساواة والشفافية لتحقيق تلك الحرية، يقتضي عدم الاقتصار على القواعد التنظيمية التقليدية في مجال تنظيم الصفقات كمصدر وحيد لحماية المنافسة، وإنما لابد من تعزيز تلك القواعد وتدعيمها بأخرى تتناسب مع متطلبات المرحلة الجديدة التي تتسم بفتح المجال للمنافسة في معظم القطاعات الاقتصادية، وبالتالي أصبح بإمكان القاضي الإداري استناداً إلى تلك القواعد الجديدة، إلغاء العروض المقترحة لنيل الصفقات العمومية، التي يتبين منها أنها لا تحترم قوانين وتنظيمات المنافسة بمعناها الواسع⁽²⁾، أي القانون الخاص والقانون العام للمنافسة، وقد سمحت هذه القواعد وغيرها للقاضي الإداري - كما سنرى لاحقاً - بمراقبة التصرفات القانونية للشخص العام التي تُخلُّ بالمنافسة الحرة أثناء إبرام العقود الإدارية⁽³⁾، عن طريق إدماج كل قوانين المنافسة في نطاق كتلة المشروعية الإدارية، وذلك عن رغبة من المشرع والمنظم وترحيب وتزكية من القاضي الإداري.

4- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في إطار المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أنه تضمن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وذلك من خلال المادة 3 منه التي أحالت إلى تطبيق المادة 5 من المرسوم

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 104، 105.

² - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 80، 81.

³ - KATZ David, Juge administratif et droit de la concurrence, Presses universitaires d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004, p79.

الرئاسي رقم 15-247، حيث نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 أعلاه، على ما يلي: "دون الإخلال بأحكام المادة 5⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي رقم 15-247..."، وبالتالي فالمادة 3 أعلاه، قد أحالت إلى مبادئ إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 ومن أهم هذه المبادئ مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، أو ما يعرف بمبدأ المنافسة.

ثانيا: نطاق وحدود مبدأ حرية المنافسة

رغم أهمية مبدأ المنافسة إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات احتيالية من طرف موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملون الاقتصاديون على السواء، ما جعل مجال الصفقات العمومية مجالا خصبا لجرائم الرشوة والمحاباة، وهذا رغم السعي الحثيث للمشرع الجزائري للتصدي لها ومكافحتها عبر مختلف التعديلات التي مست تنظيم الصفقات العمومية، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾.

لذلك فإنه بالرغم من أهمية مبدأ المنافسة وإلزامية احترامه وتكريسه في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه، إذ ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة تسمح للمصلحة المتعاقدة بإبعاد بعض الراغبين في التعاقد مؤقتا أو نهائيا من التعاقد⁽³⁾، وإن من بين الشروط التي يشترطها المنظم في المترشحين زيادة على التأهيل، السيرة الحسنة في الحياة المهنية، وهذا ما يعتبر تشجيعا على المنافسة الشريفة والترهبة⁽⁴⁾، وعليه قد ضيق المنظم الجزائري من المنافسة في حالات معينة، وذلك عن طريق حجزه لبعض الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام، لمتعاملين اقتصاديين دون سواهم (1)، كما منع متعاملين اقتصاديين من الدخول للمنافسة في حالات أخرى (2).

¹ - وهي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات.

² - مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، د ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2018، ص 59.

³ - محمد أمين بوالجدري، بوسعدية رؤوف، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكرسة له في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، العدد 5، سبتمبر 2019، ص 58.

⁴ - آمنة مخانشة، تفعيل المنافسة الحرة في إطار الصفقات العمومية، مجاميع المعرفة، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي تندوف، العدد 1، أكتوبر 2015، ص 143.

1- تخصيص نسبة من الصفقات والتفويضات للمؤسسات الوطنية (العقود المحجوزة):

سعيًا من المنظم لحماية وبناء القطاع الخاص الوطني، لجأ هذا الأخير (المنظم) إلى تخصيص نسبة من الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المطروحة، لصالح المؤسسات الوطنية لاسيما المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

دائماً تحت ضغط المؤسسات الخاصة الوطنية، تدخلت الحكومة بشكل أكثر عمقاً، ليس فقط في منح هذه الأخيرة (المؤسسات الخاصة الوطنية) أفضلية على حساب المؤسسات الأجنبية، بل تعدى ذلك إلى حرمان هذه المؤسسات الأجنبية من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عُدت من قبيل الصفقات المحجوزة، يتجلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، فالمادة 65 الفقرة 3 تجيز للبلديات والولايات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، أن تعلن طلبات عروضها محلياً. بمعنى أن يكون الإشهار محلي وذلك بشرط عدم تجاوز العتبة المالية المنصوص عليها⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنها تنص: "عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على هذه الأخيرة أن تُصدر دعوة للمنافسة وطنية، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم..."، وجاءت هذه المادة لمواجهة المنافسة الشرسة التي يتعرض لها المنتج الوطني من طرف المنتج الأجنبي⁽²⁾، وهذا تجسيدا لمبدأ ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج.

وبالرجوع إلى المادة 86 من نفس المرسوم الرئاسي، نجد أنها تنص: "تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما، ما عدا في الحالات المبررة قانوناً من المصلحة المتعاقدة، باستثناء الخدمات المسيرة بقواعد خاصة. تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"، وهذه ضمانات أخرى لفئة الحرفيين من المنافسة التي يلقونها خلال دخولهم الطلبات العمومية المتعلقة بالنشاطات الحرفية الفنية، وبالتالي بالمنافسة تقتصر فقط على هذه الفئة دون سواها.

¹ - بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، إذا كان مبلغها التقديري يساوي أو يقل عن مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات إذا كان مبلغها التقديري يساوي أو يقل عن خمسين مليون دينار (50.000.000 دج).

- لمزيد من التفصيل يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 119، 120.

² - خرشى النوي، الصفقات العمومية - دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية -، مرجع سابق، ص 260.

بالإضافة إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 87 من نفس المرسوم الرئاسي التي تنص: "عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي مُعَرَّفَة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة إلاً في الحالات الاستثنائية المبررة قانونيا كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم...". كما أن الفقرة 3 من نفس المادة تنص على تخصيص نسبة من الطلبات العمومية، حيث جاء فيها: "...يمكن أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه، في حدود عشرين في المائة (20%) على الأكثر من الطلب العام، حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط مُحَصَّص، بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 من هذا المرسوم...". وهنا على المصلحة المتعاقدة أن تفتح باب المنافسة فقط للمؤسسات المصغرة -إلا في الحالات الاستثنائية- بخصوص الخدمات التي يمكن تليتها من طرف هذه المؤسسات.

إن مفهوم الصفقات المحجوزة لا يعد جِكرًا على المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بل يمكن أن نلمس هذا المفهوم ضمن أحكام التنظيمات السابقة، إذ تعود أصوله إلى النظام القانوني الموروث عن النظام الاستعماري. بموجب أحكام المرسوم رقم 59-370 والذي شدّد على منح مساهمة لا تقل عن (15%) من مجموع الصفقات الممنوحة من الدولة للمؤسسات العمومية الوطنية⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أنها تنص: "لا يمكن تفويض المرفق العام إلا لشخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يكون قادرا على تحمل مسؤولية التفويض، ويخضع لمبادئ المرفق العام ويلبي احتياجات المستعملين...". وهكذا فإن المنظم الفرعي (الوزير الأول) قد حصر حرية الوصول للطلبات العمومية في مجال عقود تفويضات المرفق العام فقط في الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري، وبذلك استبعد الأشخاص الطبيعية سواء الجزائرية أو الأجنبية من الوصول للطلبات العمومية في مجال عقود تفويضات المرافق العامة، كما تم استبعاد كذلك الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الأجنبي من دخول المنافسة المتعلقة بتفويضات المرافق العامة، وسبب حصر المنافسة على الأشخاص المعنوية دون الأشخاص الطبيعية، يكمن في أن الأشخاص المعنوية تقدم ضمانات مالية كافية، وفي نفس الوقت تم استبعاد الأشخاص المعنوية الأجنبية من دخول المنافسة وذلك بهدف إعطاء الأولوية للمؤسسات الجزائرية، وحمائتها من المنافسة التي قد تلقاها من طرف

¹ - BENNADJI Cherif, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, Thèse pour le doctorat d'état université d'Alger, 1991, p 96.

- لمزيد من التفصيل يراجع: مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 62، 63.

المؤسسات الأجنبية، وإن كنا نوافق المنظم الفرعي بخصوص استبعاده للأشخاص الطبيعية من نطاق المنافسة في مجال عقود تفويضات المرفق العام، إلا أننا لا نوافق في استبعاد المؤسسات الأجنبية من نطاق المنافسة في مجال هذه العقود، وذلك إذا كان تبرير المنظم بخصوص هذا الإقصاء هو حماية المؤسسات الوطنية، لكن من جهة أخرى قد أغفل المنظم الفرعي مسألة جد هامة وهي جودة ونوعية الخدمات العمومية المقدمة من طرف المرافق العامة، بمعنى أنه يمكن للمؤسسات الأجنبية أن تقوم بتسيير المرفق العام على أحسن وجه لاسيما من حيث تحسين الخدمات المقدمة للمرتفقين، هنا نحن لا نقصد أن المؤسسات الوطنية لا تقدم خدمات نوعية في إطار تفويض المرفق العام، وإنما المقصود أنه كان على المنظم عند تنظيم مسألة تأهيل المترشحين لنيل عقود تفويضات المرافق العامة أن يقوم بالموازنة بين إعطاء الأولوية للمؤسسات الوطنية وبين المصلحة العامة المتمثلة في نوعية الخدمات التي ستقدمها المؤسسات التي قد تفوز بعقد التفويض، بمعنى أن إعطاء الأولوية للمؤسسات الوطنية كان المفروض أن لا يكون على حساب جودة الخدمات ونوعيتها.

وبالرجوع كذلك إلى نص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، نجد أنها تنص: "إذا كان بإمكان مؤسسات صغيرة ومتوسطة أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام، فإنه يتعين على السلطة المُفوضَّة أن توليها الأولوية في منح التفويض"، وهنا كذلك قام المنظم بمنح الأولوية للمؤسسات الصغيرة في نيل عقود تفويضات المرفق العام إذا كان بإمكانها القيام بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام، وهذا كله في ما يسمى بالعقود المحوزة، وذلك رغبة من المنظم الفرعي الجزائري في تشجيع المؤسسات الوطنية والنهوض عن طريق حمايتها من المنافسة الشرسة من طرف القطاع الأجنبية الذي يتوفر على إمكانيات هائلة.

2- حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

قد تطرقنا في النقطة السابقة إلى مسألة عقود الصفقات واتفاقيات التفويضات المحوزة لفئة من المؤسسات الوطنية لاعتبارات اقتصادية بحتة، وفي هذه النقطة سوف نتطرق إلى حالات المنع من الوصول للطلبات العمومية المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هذه الحالات نصت عليها المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي جاء فيها: "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71، 74 أعلاه؛
 - الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛
 - الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح؛
 - الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بتراهم المهنية؛
 - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية؛
 - الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم؛
 - الذين قاموا بتصريح كاذب؛
 - المسجلون في قائمة المؤسسات المحلّة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مُقرّرات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع؛
 - المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم؛
 - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة؛
 - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي؛
 - الذين أخلوا بالتزاماتهم المحدّدة في المادة 84 من هذا المرسوم؛
- توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".
- أما بخصوص الإقصاء من المشاركة في تفويض المرفق العام، فقد نصت المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 على ما يلي: "يقصى، مؤقتاً أو نهائياً، من المشاركة في إجراءات تفويض المرفق العام، المتعامل الذي يرتكب فعلاً أو عملاً محل إجراء من ضمن الإجراءات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247..."، وهكذا قد أحالت المادة 47 أعلاه إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بخصوص حالات الإقصاء من المشاركة في تفويض المرفق العام، وبالتالي فإن حالات الإقصاء من المشاركة في الطلبات العمومية المتعلقة بالصفقات العمومية هي نفسها حالات الإقصاء من المشاركة في الطلبات العمومية المتعلقة بتفويضات المرفق العام.

وإذا كانت عقود الصفقات العمومية واتفاقيات تفويضات المرفق العام المحجوزة لفئة من المؤسسات الوطنية، مَرْدُهُ لسبب اقتصادي بحت عن طريق تشجيع هذه المؤسسات وحمايتها من منافسة القطاع الأجنبي، فإن الإقصاء الكلي من الوصول للطلب العمومي المنصوص عليه في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، هو عبارة عن عقوبة إدارية أو جزاء إداري، عن بعض الممارسات والأفعال التي ارتكبتها المتعامل الاقتصادي.

كذلك الإقصاء من المشاركة في الطلبات العمومية المتعلقة بالصفقات العمومية جاء كعقوبة قضائية تكميلية، نصت عليها المادة 9 من الأمر 66-156⁽¹⁾ المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، والتي جاء فيها: "العقوبات التكميلية هي: -... الإقصاء من الصفقات العمومية..."، والمادة 18 مكرر من نفس القانون، التي نصت: "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي... واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية: -... - الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات".

وبالتالي فإن المنظم الجزائري من خلال إقصائه لفئة معينة من التباري على الطلبات العمومية المتعلقة بالصفقات والتفويضات، كان نتيجة لسلوكات ارتكبتها المتعامل الاقتصادي، وهذه السلوكات تتنافى مع مبدأ المنافسة الشريفة والترهبة، لذلك هذا الإقصاء هو جزاء إداري يعزّز ويكرس التنافس التريه، لذلك فلا يتنافس على الطلب العمومي المتعلق بالعقد الإداري، إلا المتعامل الاقتصادي الذي يحوز على صحيفة سوابق إدارية وقضائية لا تحمل أي ملاحظة أو إشارة تتنافى مع التزاهة المهنية لهذا المتعامل.

ونحن بدورنا نثني على المنظم الجزائري بخصوص هذه الخطوة (الإقصاء من الدخول للمنافسة بخصوص بعض المتعاملين الاقتصاديين)، لأن ميدان التنافس في المجال الاقتصادي هو ميدان حساس، وينبغي تنظيفه من كل الممارسات التي تعرقل حرية التجارة، وهذا أمر منطقي لأنه لا يوجد شيء مطلق، ففتح الباب لكل متعامل اقتصادي للدخول في المنافسة لنيل الطلب العمومي، يعتبر أول خطوة نحو الفساد، لاسيما وأن الطلب العمومي مرتبط بالمال العام من جهة، ومرتبط بالخدمة العمومية من جهة ثانية، لذلك هنا يمكن لنا أن نستنتج بأن المنظم الجزائري إضافة إلى الشروط التقنية والقانونية التي يشترطها في المتعامل الاقتصادي للتباري في مجال العقود الإدارية، اشترط سياسة الأيدي النظيفة كذلك

¹ - المادتين 9 و18 مكرر المعدلتين بموجب القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد (84)، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

للدخول في إجراءات التباري، بمعنى أن المنظم يسعى إلى تنظيف المجال الاقتصادي من كل الممارسات التي قد تؤثر على هذا المجال الحساس.

لكن الجدير بالذكر هنا أن المشرع عند صياغته للمادتين 9 و18 مكرر من قانون العقوبات، وقع مرة أخرى في نفس الخطأ الذي وقع فيه عند صياغته للمادة 9 من القانون رقم 06-01، كون أن المشرع نص في المادتين 9 و18 مكرر من قانون العقوبات على العقوبة التكميلية المتمثلة في الإقصاء من الصفقات العمومية، لكن ما مصير العقود الإدارية الأخرى لاسيما اتفاقيات تفويض المرفق العام، ونحن نعلم أن المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام في مادته 47 اعتمد كذلك إجراء الإقصاء من المشاركة في اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك عندما أحال إلى المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلقة بالإقصاء من الصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس كان على المشرع الجزائري عند صياغته للمادتين 9 و18 مكرر من قانون العقوبات أن يتفادى مصطلح "الصفقات العمومية"، ويعتمد مصطلح "العقود الإدارية"، لأنه المصطلح الأشمل والأوسع، وبالتالي يدخل ضمن هذا المصطلح كافة العقود الإدارية، لاسيما عقود الصفقات العمومية واتفاقيات تفويضات المرفق العام.

وهذا النقد الموجه للمشرع أعلاه، ليس مجرد كلام نظري أكاديمي، بل هو يتعلق بالجانب التطبيقي، لأن القاضي الجزائري مقيّد بالتفسير الضيق للنص الجزائي، وعندما تعرض عليه مثلا قضية فساد تتعلق بمعاملة اقتصادي في مجال اتفاقية تفويض المرفق العام أو أي عقد إداري آخر - باستثناء الصفقات العمومية-، فلا يمكن إطلاقا تطبيق المادتين 9 و18 مكرر من قانون العقوبات والحكم بعقوبة تكميلية، وبالتالي لا يمكن للقاضي الجزائري أن يحكم بإقصاء المتعامل الاقتصادي من اتفاقيات تفويض المرفق العام، لأن المادتين 9 و18 مكرر أعلاه، قد حصرتا العقوبة التكميلية في الإقصاء من الصفقات العمومية فقط، دون تفويضات المرفق العام وباقي العقود الإدارية الأخرى، وهذا خطأ جسيم وقع فيه المشرع الجزائري، لذلك ندعوه بإلحاح شديد من أجل تدارك هذا الخطأ، لأنه ليست الصفقات العمومية وحدها التي تكون عرضة للفساد، بل حتى اتفاقيات تفويض المرفق العام قد تكون مجالا خصبا لهذه الظاهرة.

الفرع الثاني

مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

يعتبر مبدأ المساواة من أهم المبادئ العامة للقانون نظراً لأهميته، ويعتبر من أقدم المبادئ ظهوراً، والنص على هذا المبدأ ضمن المواثيق والصكوك الدولية أو التشريعات الوطنية، ما هو إلا تجسيدا وتكريسا لهذا المبدأ المهم، بمعنى أن هذه النصوص القانونية لا تُنشأ هذا المبدأ وإنما وجودها ما هو إلا كشف عنه، بمعنى أن القاضي عند فصله في النزاعات المعروضة عليه، يطبق هذا المبدأ حتى ولو لم توجد نصوص قانونية تتضمنه، وذلك لأنه من المبادئ العامة للقانون والتي لا تحتاج إلى صياغتها في نصوص قانونية.

وهنا لابد من الإشارة إلى مسألة نراها في غاية الأهمية، ويغفل عنها الكثير وحتى المتخصصين منهم، مفادها التمييز بين مبدأ المساواة وبين مبدأ العدالة أو العدل، لكون هناك فرق شاسع بين المصطلحين، وذلك أن مبدأ العدل أشمل وأوسع من مبدأ المساواة، وهذا الأخير وسيلة للوصول إلى غاية العدل، والشاهد أن مبدأ المساواة لا يكون بشكل مطلق، وإلا انحرف عن مسار العدل وأصبح ظلم، فالمقصود بمبدأ المساواة الذي يحقق العدل، هو المساواة بين المتساوين في المراكز القانونية طبعاً، لأن القاعدة الفقهية تقضي بأن المساواة بين غير المتساوين ظلم، لذلك المساواة تكون بين المتعاقدين الذين تتوفر فيهم نفس الشروط حتى يتحقق العدل.

وستتطرق إلى أهم النصوص الوطنية التي تضمنت مبدأ المساواة، وذلك من خلال مناقشة الإطار القانوني لمبدأ المساواة (أولاً)، ثم بعد ذلك نتطرق إلى نطاق وحدود مبدأ المساواة لاسيما في عقود الصفقات العمومية واتفاقيات تفويضات المرفق العام (ثانياً).

أولاً: الأساس القانوني لمبدأ المساواة

بالرجوع إلى النظام القانوني الجزائري نجد مبدأ المساواة منصوص عليه في الدستور (1)، ومنصوص عليه في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (2)، ومنصوص عليه كذلك في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (3)، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام (4).

1- مبدأ المساواة في الدستور الجزائري:

كما سبق ذكره فإن مبدأ المساواة هو مبدأ عالمي منصوص عليه في كل المواثيق والصكوك الدولية، لاسيما تلك المتعلقة بحقوق الإنسان، وأغلبية الدول نصت عليه في دساتيرها وذلك نظرا لأهميته، فبالرجوع إلى المادة 32 من الدستور الجزائري نجد أنها تنص: "كل المواطنين سواسية أما القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"، ومبدأ المساواة يعتبر من أهم ركائز المرفق العام الذي يقدم خدماته العمومية للمرتفقين بصورة حيادية، أصبحت المادة 37 بموجب مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020.

بمعنى أن المرفق العام يقدم خدماته للأفراد دون تمييز مهما كان سببه، وأن الخدمات تقدم للمرتفقين على أسس موضوعية وليست شخصية، وإلا يقع الموظف تحت طائلة التجريم والعقاب، وهذا ما نص عليه المؤسس الدستوري من خلال المادة 24 من الدستور والتي جاء فيها: "يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة"، وهو ما أكدته من خلال 25 من الدستور التي نصت: "عدم تمييز الإدارة يضمنه القانون"، أصبحت المادتين 25 و26 بموجب مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020.

2- مبدأ المساواة في إطار القانون رقم 06-01:

كذلك نجد المشرع قد أشار إلى مبدأ المساواة في معاملة المرشحين بطريقة غير مباشرة، من خلال المادة 9 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، عندما أوجب بأن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾ على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، وكل هذه الإجراءات هي في حقيقة الأمر ترجمة لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين لنيل الطلبات العمومية.

3- مبدأ المساواة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

بخصوص مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في مجال إبرام عقود الصفقات العمومية، فنجد أساسه التنظيمي في مواد عديدة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لاسيما المادة 5 منه، والتي نصت: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين..."، وهكذا يقتضي مبدأ المساواة في

¹ - وهنا كنا قد اقترحنا بشدة على المشرع استبدال عبارة "الصفقات العمومية" بعبارة "العقود الإدارية".

معاملة المرشحين أن لا تنطوي عملية اختيار المتعامل المتعاقد على طابع تمييزي، وهذا ما يعكس أيضا المنافسة التزيهة والحررة، لذلك تلتزم المصلحة المتعاقدة بعدم القيام بأي فعل من شأنه التمييز بين المرشحين⁽¹⁾.

ويستند مبدأ المساواة على تكافؤ الفرص بين المرشحين من خلال توحيد كل إجراءات الإبرام، لاسيما تقديمهم لعروض سرية. بما يضيف الشفافية على عملية الإبرام، وامتناع المصلحة المتعاقدة عن تسريب معلومات إلى أحد المرشحين مما قد تساعد على نيل الطلب العمومي.

ومن أهم تطبيقات مبدأ المساواة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد:

- إلزام المؤسسات العمومية الاقتصادية وكل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية مهما كان وضعها القانوني باحترام مبدأ المساواة، ولذلك ألزم المنظم من خلال المادتين 9، 11 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذه المؤسسات التي تستعمل أموال عمومية بأي شكل كان، بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات⁽²⁾؛

- كذلك بالرجوع إلى الفقرة 4 من المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي جاءت في الفصل الثاني المتضمن تحديد الحاجات والصفقات العمومية والمتعاملين المتعاقدين، في القسم الأول المتعلق بتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، نجدتها تنص: "...ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب أن ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد..."، وبالتالي فإن المنظم قد ألزم المصلحة المتعاقدة عند تحديد الحاجات العامة أن تعتمد على معايير موضوعية⁽³⁾ متعلقة بالنجاعة، بمعنى أن المنظم قد منع على المصلحة المتعاقدة بأن تعتمد على معايير تمييزية

¹ - BOY.L, La Concurrence et les Marchés Publics, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, soutenu le 19 novembre, p: 93.

- لتفصيل أكثر يراجع: مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 56.
- الشريف شريفي، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغاست، العدد الأول، جانفي 2013، ص 95.

² - مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 56.

³ - مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، د ط، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 75.

وتفضيلية عند تحديد الحاجات العامة، لذلك يجب ألا تكون المواصفات التقنية موجهة لمنتوج مُعَيَّن، ومن جهة ثانية ينبغي كذلك ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة لمعامل اقتصادي ما، وهذا كله تكريسا وتجسيذا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين لنيل الطلب العمومي؛

- كذلك الفقرة 2 ن المادة 54⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي أسست تقييم الترشيحات على معايير حيادية غير تمييزية، ويجب أن يكون لها علاقة بموضوع الصفقة، وبالتالي فإن الفقرة 2 أعلاه قد منعت الاعتماد على المعايير الذاتية والشخصية في منح الصفقة؛

- المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ألزمت المصلحة المتعاقدة بأن تضع تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط وجميع الوثائق المذكورة في المادة 64 من نفس المرسوم، وبالرجوع إلى المادة 64 نجدتها تنص: "يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة..."، وهكذا فإنه طبقا للمادتين 63 و64 أعلاه، فإنه على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المؤسسات المتنافسة دفتر الشروط، وجميع الوثائق والمعلومات الضرورية والتي تساعدهم على تقديم عروض مقبولة، والهدف من هذه الإجراءات هو تحقيق مبدأ المساواة بين المرشحين المتنافسين لنيل الصفقة العمومية؛

- كذلك بالرجوع إلى المادة 78⁽²⁾ من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي جاءت في القسم الخامس المتعلق باختيار المتعامل المتعاقد، نجدتها قد حددت معايير اختيار العروض المقدمة، حيث نصت: "...يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشرط الخاص بالدعوة للمنافسة. ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية..."، وهكذا ألزمت المادة 78 أعلاه المصلحة المتعاقدة بأن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد مرتبطة فقط بموضوع الصفقة، بمعنى أن تكون هذه المعايير موضوعية تقوم على الحياد، ولا ينبغي أن تكون تفضيلية وتمييزية تُخدم متعامل متعاقد ما، في حين قد

¹ - عند التمعن جيدا في الفقرة 2 من المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجدتها تجمع بين مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة، لذلك ذكرناها مرتين عند التطرق للمبدأين.

² - عند التمعن جيدا في المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجدتها تجمع بين مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة، لذلك ذكرناها مرتين عند التطرق للمبدأين.

تقضي المتعاملين المتعاقدين الآخرين، وهذه ضمانات أخرى تجسّد وتكرس مبدأ المساواة بين المرشحين لنيل الطلب العمومي.

أما بخصوص المساواة في معاملة المرشحين بخصوص إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي جاء فيها: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم. وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

4- مبدأ المساواة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 18-199:

وهو ما أكدته المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، عندما نصت: "دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور أعلاه..."، وهكذا فإن المادة 3 أعلاه قد أحالت بخصوص إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، إلى المادة 5 المتعلقة بمبادئ إبرام الصفقات العمومية، ومن أهم هذه المبادئ مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

ثانيا: نطاق وحدود مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

لكل قاعدة استثناء يعزز الأصل، ومبدأ المساواة هو الآخر يخضع لبعض الاعتبارات الاقتصادية بالدرجة الأولى، فأمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الذي يتميز بقلّة الكفاءة ونقص الإمكانيات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع، خاصة تلك التي تطرح ضمن الدعوات للمنافسة الدولية، والتي تلجأ إليها في الغالب المصالح المتعاقدة نظرا لما تتطلبه مشاريعها، كذلك أمام ضغط ممثلي القطاع الخاص والعام الوطني، وجد المنظم نفسه طيلة عقود من الزمن مجبرا على إدراج أحكام لحماية هذا الأخير، حيث ازدادت هذه الحماية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ولذلك تدخل المنظم بهدف تنظيم مبدأ المساواة حتى يتلاءم مع المصلحة العامة الاقتصادية⁽¹⁾.

كل هذه الاعتبارات قد جعلت من المنظم يعطي الأفضلية للمنتوج الوطني تارة (1)، وتارة أخرى قد يتم إجبار المتعهد الأجنبي على الالتزام بالاستثمار في إطار الشراكة (2).

¹ - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 155.

1- رفع هامش الأفضلية الوطنية:

سعيًا من المنظم للتوفيق بين مبدأ المساواة وحرية المنافسة ومبدأ حماية المنتج الوطني، وبالتالي خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية الراغبة في الحصول على الصفقات الدولية المطروحة من قبل المصلحة المتعاقدة، رفع المرسوم الرئاسي 10-236 هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25%⁽¹⁾، وهو ما كرّسه المرسوم الرئاسي 15-247. بموجب المادة 83 منه التي جاءت في القسم السابع بعنوان: "ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج" والتي نصت: "يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه، وتخضع الاستفادة من هذا الهامش، في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، كما هو محدد في الفقرة السابقة، ومؤسسات أجنبية، إلى تيرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسات الأجنبية، من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها، يجب أن يُحدّد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية، تُحدّد كيفية تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁽²⁾.

وبالتالي قد اتجهت نية الحكومة نحو التقليل من حصة المتعاملين الأجانب، وقد تساءل البعض حول تبرير هذا التحيز لصالح مؤسسات على حساب الأداء والجودة، كما أن الأمر يستدعي مزيداً من التفكير بشأن مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في عالم المنافسة المفتوحة⁽³⁾، لكن نحن من جهتنا نرى بأن هذا إخلال بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، لذلك كان على الحكومة بدلا من أن تعطي أفضلية للمنتج الوطني حتى يصبح قادرا على مواكبة سوق المنافسة، أن تساعد المؤسسات الوطنية العامة أو الخاصة في تحسين خدماتها ومنتجاتها، عن طريق تقديم الدعم اللازم، وبالتالي تصبح هذه المؤسسات قادرة على مواجهة التقنيات والكفاءات والجودة التي يحوزها القطاع الأجنبي، أما تفضيل المنتج الوطني لكونه وطني فقط، وإقصاء معيار جودة الخدمات والمنتجات فهذا نحن نراه من

¹ - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 155، 156.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 119.

³ - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر مرجع سابق، ص 157، 158.

جهتنا مساس بالمصلحة العامة الاقتصادية، وليس حفاظا عليها، لذلك لا بد من مراجعة هذا الإجراء الذي يمس بمبدأ المساواة من جهة، ويمس بنوعية وجودة الخدمات والمنتجات من جهة ثانية.

2- إخضاع المتعهدون الأجانب إلى الالتزام بالاستثمار في إطار الشراكة:

بداية من 2010 تبني المشرع توجهاً خاصاً يتناسب مع السياسة الجديدة للدولة في مجال الاستثمارات الأجنبية القائمة على فكرة الشراكة مع المتعامل الوطني، وهذا ما جسده المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247، من خلال تكريس الالتزام بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر بالدعوة للمنافسة الدولية، فالسؤال الذي نطرحه: هل هذا الالتزام يضمن لعملية الإبرام الشفافية اللازمة بما فيها احترام مبدأ المساواة بين العارضين⁽¹⁾؟.

تنص الفقرة الأولى من المادة 84 أعلاه على ما يلي: "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تُحدّد قائمتها بموجب مُقرّر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها..."، ويتبيّن لنا من خلال هذه الفقرة أنه ليست كل المشاريع محل الصفقات الدولية خاضعة للاستثمار في إطار عقد الشراكة، وإنما هذه المشاريع تُحدّد قائمتها بموجب مقرر صادر عن إحدى الهيئات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 84 أعلاه.

وإذا كان المشروع محل الصفقة العمومية الدولية يدخل ضمن قائمة المشاريع التي تستوجب إنجازها في إطار عقد الشراكة، وعايّنت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقاً للزمّانة والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط، لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعداره بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدّد في الإعدار، وذلك تحت طائلة عقوبات مالية محدّدة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وكذلك تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية، حسب الشروط المحدّدة في المادة 75 من نفس المرسوم الرئاسي.

¹ - هذا ما جسده المادة 24 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 10-230 (ملغى)، سالف الذكر.

- لتفصيل أكثر يراجع: مونية حليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 159، 160.

وزيادة على ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة، إذا رأت ضرورة في ذلك، أن تقوم بفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، حسب الحالة، غير أنه يمكن للصفقات العمومية المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة، الخاصة بالمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، والمبرمة كذلك عن طريق إجراء التراضي البسيط أن لا تخضع لأحكام هذه المادة 84 أعلاه⁽¹⁾.

والجهة المكلفة بمتابعة الاستثمار في إطار الشراكة، هي الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تُبلغ المصلحة المتعاقدة والوصاية بتنفيذ أو عدم تنفيذ الاستثمار في إطار الشراكة، وهذا بواسطة تقارير مرحلية⁽²⁾.

ومن خلال هذه المواد المذكورة أعلاه، يتبين لنا أن هناك مجموعة من المشاريع محدّدة بمقرر عن صادر عن الجهات المختصة المذكورة أعلاه، يلتزم فيها المستثمر الأجنبي الذي تحصل على الصفقة العمومية، أن يقوم بإنجاز المشروع في إطار عقد شراكة مع القطاع الوطني، وذلك تشجيعا للمؤسسات الوطنية والتي باحتكاكها بالقطاع الأجنبي قد تستفيد من خبرة هذا الأخير الذي يتميز بتقنيات وتكنولوجيات عالية، لهذه الاعتبارات تم فرض عقد الشراكة على المستثمر الأجنبي الذي يتعاقد مع القطاع الوطني، وإن كان في ذلك تقييد نسبي لمبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين، لأن العكس غير صحيح، فالمنظم الجزائري لم يفرض على المستثمر الوطني بإنجاز مشاريع معينة في إطار عقد الشراكة مع المستثمر الأجنبي.

الفرع الثالث

مبدأ شفافية الإجراءات

كما سبق ذكره، أنه للشفافية مدلولين، المدلول الأول واسع بمعنى أخلقة العمل الإداري القائم على النزاهة والتي تعتبر من أهم مقومات الحكم الراشد، كمل لها مدلول ضيق والمقصود به العلانية والتي هي عكس السرية، والمقصود بمبدأ شفافية الإجراءات المنصوص عليه في المادتين 5، 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، هو أن تتم كل إجراءات الإبرام بشكل

¹ - يراجع الفقرات 3، 4، 5 من المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 161، 162.

علني يسمح للمرشحين من الإطلاع على هذه الإجراءات، بمعنى آخر أن تتجنب المصلحة المتعاقدة التعقيم أو السرية أثناء إجراءات الإبرام، لأن ذلك يجلب الشبهة ويمس بمصداقية عملية اختيار المتعامل المتعاقد، بمعنى أن تتم إجراءات الإبرام في كنف الضوء بعيدا عن الظلام.

لذلك يجب أن نبه هنا بأنه يوجد فرق بين مبدأ الشفافية موضوع هذه الأطروحة، وبين مبدأ شفافية الإجراءات، هذا الأخير الذي يعتبر عنصر من عناصر مبدأ الشفافية الذي يعتبر أهم أسس الحكم الراشد، أما مبدأ شفافية الإجراءات فالمقصود به أن كل الإجراءات الإدارية ينبغي أن تتم في العلانية بما فيها إجراءات إبرام العقود الإدارية، فالبعض⁽¹⁾ ذهب يُعرّف في مبدأ شفافية الإجراءات على أنه من أهم آليات الحكم الراشد، في حين أن هذا التعريف يتعلق بمبدأ شفافية ونزاهة وأخلاقية العمل الإداري بصفة عامة، والقائم على عدة مبادئ فرعية منها مبدأ المساواة، مبدأ الحياد، مبدأ شفافية الإجراءات.. الخ، أما إذا رجعنا إلى مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية فنجد أنه يتضمن المبادئ الفرعية الثلاثة وهي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (مبدأ المنافسة)، مبدأ المساواة، مبدأ شفافية الإجراءات (العلنية)، وهذا المبدأ الفرعي الأخير هو عنصر من عناصر مبدأ الشفافية بمفهومه الواسع القائم على النزاهة وأخلاقية العمل الإداري، لذلك لا بد من التفرقة وعدم الخلط بين مبدأ الشفافية وبين مبدأ شفافية الإجراءات.

ومبدأ شفافية الإجراءات نص عليه المشرع المغربي من خلال المادة الأولى من مرسوم 20 مارس 2013 المنظم للصفقات العمومية، وذلك بأن يخضع إبرام الصفقات العمومية لمبادئ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية، والمساواة في التعامل مع المتنافسين وضمان حقوقهم، والشفافية في اختيار صاحب المشروع⁽²⁾.

فبالرجوع إلى المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنها تنص: "يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 66 من هذا المرسوم، وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المرشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين..."، وهكذا فإن فتح الأظرفة المتضمنة ملف الترشيح والعروض التقنية والمالية لا بد أن يكون في

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الأول - التطور، المفهوم، المجال، الأنواع، طرق الإبرام -، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 84.

² - عبد الكريم حيزرة، دور الشفافية في مكافحة الفساد - الصفقات العمومية نموذجاً -، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الثاني، مارس 2016، ص 94.

جلسة علنية، وهذا من أجل إضفاء الشفافية على إجراءات الإبرام، وهذا ما يساعد المرشحين على تتبع كل هذه الإجراءات كنوع من الرقابة.

ونفس الإجراء جاءت به المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 حيث نصت: "تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من هذا المرسوم، في جلسة علنية وفي مرحلة أولى، بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين...".

وهنا بودنا الإشارة إلى مسألة جد مهمة، لطالما تشكل لبساً حتى عند المتخصصين في الصفقات العمومية، وهي الفرق بين مبدأ العلنية وإجراء الإعلان، فذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ علنية الصفقة أو اتفاقية تفويض المرفق العام يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة، أي أن أصحاب هذا الرأي قصروا العلنية في الإعلان فقط وذهبوا إلى أن الإعلان هو نفسه العلنية، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن إجراء الإعلان عن الصفقة لا يعدو أن يكون أحد عناصر مبدأ العلنية (شفافية الإجراءات)، وذهب هذا الرأي إلى أن للعلنية (الشفافية) شقين، أما الشق الأول فتم عن طريق إعلان الصفقة للمتعاملين الاقتصاديين حتى يُحضروا أنفسهم من أجل التباري لنيل الطلب العمومي، أما الشق الثاني فيتمثل في الإعلان عن الإجراءات اللاحقة حتى يستطيع المتعهدين حضور هذه الإجراءات كنوع من الشفافية⁽¹⁾، وهذا الرأي الثاني هو الرأي الذي نؤيده، لكون أن العلنية (شفافية الإجراءات) المقصود بها أن إجراءات الإبرام تكون علنية للمترشحين⁽²⁾، أما الإعلان (الإشهار) فهو إجراء وليس مبدأ، وشتان بين المبدأ وإجراء تجسيده، فبواسطة إجراء الإعلان يمكن لنا الوصول إلى مبدأ العلنية المقصود به شفافية الإجراءات، فالعلانية تتعلق بالمعلومات أي إعلان المعلومات وإشهارها للمترشحين، أما العلنية فتتعلق بالإجراءات التي ينبغي أن تتم في جلسات علنية، إلا في الحالات التي نص فيها التنظيم على خلاف ذلك، وهذا هو المقصود بشفافية الإجراءات، أي أن تتم إجراءات الإبرام كأصل عام في جلسات علنية، لذلك هناك فرق بين علانية المعلومات وعلنية الإجراءات⁽³⁾.

¹ - سيد أحمد لكصاسي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، مخبر المحاسبة المالية، الجباية والتأمين، جامعة أم البواقي، العدد السابع، جوان 2017، ص 801.

² - مع بعض الاستثناءات طبعاً، فلا يمكن لنا أن نتصور مثلاً عملية تقييم العروض أن تكون في جلسة علنية، وإنما فتح الأظرفة وتسجيل الوثائق يكون في جلسة علنية، أما التقييم فيكون في جلسة سرية، وهذا أمر منطقي، حتى تقوم اللجنة بعملها في أحسن الظروف، ثم تعلن النتائج ويفتح باب الطعون.

³ - يوجد فرق بين العلنية والعلانية حتى في طريقة الكتابة.

وما يمكن ملاحظته بالنسبة لشفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن عدم علنية جلسات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يؤدي إلى عدم شفافية القواعد المنظمة لعملية اختيار المتعامل المتعاقد، وهو ما يؤدي إلى الانحراف في تطبيق مبدأ المساواة بين المترشحين⁽¹⁾، وهذا ما يتعارض مع طبيعة الصفقة العمومية التي يراها البعض بأنها عقد من عقود الإذعان⁽²⁾، لكن المتفق عليه أن الإدارة ليست حرة - كأصل عام - في اختيار المتعاقد معها، إلا أنه بعض الفقه يرى عكس ذلك⁽³⁾، وهذا ما يبرر إتباعها لمجموعة من الإجراءات عند الإبرام، وأهم هذه الإجراءات هو العلنية، والتي تعد أول وسيلة تؤكد على احترام المصلحة المتعاقدة لمبدأ الشفافية⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر أن الشفافية في إبرام العقود الإدارية ليس مسؤولية تقع على عاتق المشرع والمنظم والمصالح المتعاقدة لوحدهم فقط، بل هي مسؤولية تقع كذلك على المتعهد أو المرشح بأن يلتزم بقواعد الشفافية والتزاهة أثناء إجراءات الإبرام، وهو ما نصت عليه 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حينما ألزمت المتعهد أو المرشح أن يرفق مع ملف الترشيح وثيقة هامة أسمها "التصريح بالتزاهة"، وصدر قرار وزاري بتاريخ 16 مارس 2016 عن وزير المالية يحدد نماذج التصريح بالتزاهة والتصريح بالترشيح والتصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة⁽⁵⁾، وهو نفس الإجراء الذي جاءت به المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والتي نصت: "يتضمن ملف الترشيح الوثائق الآتية: - تصريح بالتزاهة..."، وهو نفس الإجراء الذي جاءت به المادة 9 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والتي نصت: "يجب أن تُؤسَّس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تُكرَّس هذه القواعد على وجه الخصوص: ... إدراج التصريح بالتزاهة عند إبرام الصفقات العمومية...".

¹ - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 44.

² - Rachid Zouaimia et Marie christine Rouault, Droit administratif, Berti Editions, Alger, 2009, P183.

³ - René chapus, Droit administratif général, tome 1, 9 éditions, Montchrestien, France, 1995, P1995.

⁴ - Guedon Julien, La publicité dans les marchés publics, Mémoire pour le DESS management des secteurs publics, Université lumière Lyon 2, Institut d'études politiques, 2004, P11.

⁵ - قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالتزاهة والتصريح بالترشيح والتصريح بالمناولة، ج ر عدد (17)، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.

- لمزيد من التفصيل يراجع: محمد أمين بواجدي، بوسعدية رؤوف، مرجع سابق، ص 64.

والجدير بالذكر أنه توجد قاعدة أخرى مهمة وهي قاعدة سرية العطاءات، ومقتضى ذلك أن توضع جميع العطاءات في مظاريف مغلقة مجهل العلم بموضوعها بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وبالنسبة للمتعهدين، وتظل كذلك حتى وقت فتح المظاريف عن طريق لجنة الفتح والتقييم، منعا لأية تحايلات قد تهدر مبدأ المنافسة والمساواة بين أصحاب العطاءات، وإن كان هذا المبدأ يبدو في ظاهره أنه مناقضا للشفافية، فإن الحقيقة هي كونه داعما وحاميا لها، لأن هذه السرية هي التي تقطع الطريق أما المصلحة المتعاقدة في التلاعب بالعروض المقدمة أو تسريب محتوياتها عن طريق المحاباة وغيرها، ما يهدم الشفافية والمساواة والمنافسة الشريفة والترهبة⁽¹⁾، وهذه السرية في العطاءات نصت عليها المادتين 62 و 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حينما نصتا على أن ملف الرشح يقدم في ظرف مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وهو نفس الإجراء المنصوص عليه بموجب المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، حيث نصت: "يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية: ... - كفاءات تقديم ملف الترشح الذي يجب أن يقدم في ظرف كغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتقاء العروض)..."، وبالتالي نصل إلى نتيجة مهمة مفادها أن سرية العطاءات تكرر وتجسد مبدأ الشفافية والمنافسة الشريفة والترهبة.

وهناك نقطة في غاية الأهمية لا بد من الإشارة إليها، والتي مفادها أن المؤسس الدستوري لم يوفر للمرشحين المتنافسين ضمانات كافية للدفع بعدم دستورية قاعدة تنظيمية واردة ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أو المرسوم التنفيذي رقم 18-199، والتي يتوقف عليها مآل النزاع، في حين أن هذه القاعدة التنظيمية قد تكون تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، لأنه بالرجوع إلى المادة 188 من الدستور نجد أنها تنص: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أما جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفية تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي"، من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المؤسس الدستوري سمح للأطراف إثارة الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي فقط، بمعنى القانون دون التنظيم، وهناك من اعتبر أن مصطلح "الحكم التشريعي" ينصرف إلى القانون والتنظيم، لكن هذا الرأي قد جانب الصواب لسببين اثنين، أما السبب الأول فيتمثل في أن المؤسس الدستوري عندما يقصد القانون يعبر عنه

¹ عبد الكريم تافرونت، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد الخامس، جانفي 2016، ص 119.

بمصطلحه الصريح، وعندما يقصد التنظيم يعبر عنه كذلك بمصطلحه الصحيح، أما السبب الثاني فهو موجود في نص الفقرة 2 من المادة 191 من الدستور، والتي نصت: "...إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداءً من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري..."، من خلال هذه الفقرة، يتضح بأن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية الصادر عن الأطراف ينحصر فقط في النص التشريعي دون النص التنظيمي، لأن الفقرة 2 من المادة 191 أعلاه، قد أحالت إلى المادة 188، لذلك فإن مصطلح "الحكم التشريعي" المنصوص عليه في المادة 188 ينصرف فقط إلى القانون دون التنظيم.

لكن نحن نتأسف بشدة عن هذه الهندسة الدستورية التي جاء بها المؤسس الدستوري، والتي كانت تفتقد كثيرا إلى جمال الرواق الدستوري، لأن المؤسس الدستوري قد جانب إلى حد بعيد المنطق الدستوري السليم حينما استبعد النصوص التنظيمية - لاسيما المراسيم الرئاسية التنظيمية - من الدفع بعدم الدستورية من طرف الأطراف. بمناسبة نزاع قضائي، في حين أن النصوص التنظيمية لاسيما المراسيم الرئاسية التنظيمية قد يتوقف عليها مآل الفصل في النزاع، في الوقت التي تكون فيه تتضمن قواعد تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وهو ما قد يحدث مع القواعد التنظيمية التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذي رقم 18-199.

لكن لجنة الخبراء المكلفة بإعداد المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، قد تفتنت لهذه المسألة المهمة، من خلال المادة 202 من مشروع التعديل والتي نصت: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه التي يضمنها الدستور"، وهذا أصبح الإمكان الدفع بعدم دستورية القوانين والتنظيمات معاً، وهذه هي الهندسة الدستورية التي كنا نبحت عنها ونطالب بها.

كذلك هناك نقطة نراها في غاية الأهمية لا بد من التطرق إليها، والتي مفادها أن المؤسس الدستوري عند تعديله للدستور سنة 2016 خطى خطوة مهمة في مجال جودة القاعدة القانونية، وذلك عندما أخضع الأوامر التشريعية لرئيس الجمهورية لرأي مجلس الدولة، وذلك بموجب المادة 142 من الدستور، لكن تمنينا لو شمل هذا الإجراء كذلك الأوامر الرئاسية التنظيمية الصادرة كذلك عن رئيس الجمهورية، باعتباره مشرع مكمل أو مساعد للسلطة التشريعية طبقاً للفقرة الأولى من المادة 143 من الدستور

(السلطة التنظيمية المستقلة لرئيس الجمهورية)، فريئس الجمهورية بموجب سلطته التنظيمية المستقلة يعتبر منتج وصانع للقواعد القانونية، فكان على المؤسس الدستوري أن ينص من خلال الفقرة الأولى من المادة 143 من الدستور على أن رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون بعد أخذ رأي مجلس الدولة، لأن هذا الأخير يتكون من قضاة ومن كفاءات لديهم تخصص وخبرة، تسمح لهم بتطهير المرسوم الرئاسي التنظيمي من كل الشوائب والنقائص التي قد تعتريه، وذلك بموجب الدور الاستشاري لمجلس الدولة، وهكذا يكون المؤسس الدستوري قد أسس ووفر كل الآليات الدستورية التي تُنتج لنا قواعد قانونية ذات جودة عالية تضاهي جودة القواعد القانونية الدولية، وكذلك أن يشمل هذا الإجراء المراسيم التنفيذية لكونها باتت اليوم تخرج عن نطاقها المحدد في الدستور.

فلو كان هذا الإجراء موجود في الدستور الجزائري، لثم عرض المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على مجلس الدولة لإبداء رأيه فيه، وبما أنه توجد غرفة في مجلس الدولة تختص بالفصل في منازعات الصفقات العمومية، فإن قضاة مجلس الدولة يحيطون بكافة النقائص القانونية والتنظيمية في مجال الصفقات العمومية، إضافة إلى الكفاءات الأخرى التي يتشكل منها مجلس الدولة، وبالتالي لو تم عرض المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عليهم فسوف يقومون بإثرائه بطريقة فعّالة، وهذا ما يؤدي إلى فعالية القاعدة التنظيمية وجودتها وملائمتها لكل منازعات الصفقات العمومية، لذلك نتمنى أن يجد تحليلنا هذا آذان صاغية من طرف المؤسس الدستوري عند أول تعديل دستوري يمكن إجرائه، وإن كنا نتأسف بخصوص مسودة التعديل الدستوري التي لم تنص على هذا الإجراء المهم، لكن في إطار إثراء هذه المسودة، نلتمس أن تتضمن تعديلاً للمادة 143 من الدستور، وأن تصبح المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية تعرض وجوباً على مجلس الدولة لإبداء رأيه بخصوصها، في نطاق دوره الاستشاري، وذلك قبل إصدارها، بهدف إنتاج قواعد تنظيمية ذات فعالية وجودة.

الفرع الرابع

دور الإشهار (الإعلان) في تكريس مبادئ إبرام العقود الإدارية

بالرجوع إلى المادة 9 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والتي جاءت تحت عنوان: "إبرام الصفقات العمومية"⁽¹⁾ نجد أنها تنص: "يجب أن تُؤسس الإجراءات

¹ - وكان المشرع يقصي باقي العقود الإدارية من إجراء علانية المعلومات، لأنه ضيق واسعاً عندما استعمل الصفقات العمومية فقط، لذلك قد سبق لنا وأن اقترحنا على المشرع استبدال مصطلح الصفقات العمومية بمصطلح العقود الإدارية.

المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تُكرّس هذه القواعد على وجه الخصوص: - علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية..."، وهو نفس الإجراء الذي جاءت به المادة 11 من القانون رقم 06-01، من نفس القانون، والتي جاءت تحت عنوان: "الشفافية في التعامل مع الجمهور"، نجدها تنص على ما يلي: "الإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية، يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساساً:

- باعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها، وكيفية اتخاذ القرارات فيه
- بتبسيط الإجراءات الإدارية؛
- بنشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية؛
- بالرد على عرائض وشكاوى المواطنين،
- بتسبب قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن، وبتبيين طرق الطعن المعمول بها".

وبالرجوع إلى المرسوم رقم 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن⁽¹⁾، نجد المواد من 8 إلى 11 والتي جاءت في القسم الأول تحت عنوان: "إعلام المواطن"، والذي جاء في الفصل الأول تحت عنوان: "التزامات الإدارة"، نجد كل هذه المواد (أربعة مواد) تتعلق بحق المواطن في النفاذ إلى المعلومة والوصول إليها والحصول عليها.

ورغم كل هذه الترسنة الكبيرة التي جاء بها المشرع والمنظم في مجال الحق في الحصول والوصول للمعلومة، إلا أن المؤسس الدستوري لم يقتنع بذلك، فارتأى دسترة الحق في الحصول على المعلومة، وذلك باستحداثه لمادة جديدة في مجال الحق في المعلومة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، وهي المادة 51 والتي نصت: "الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها مضموناً للمواطن..."، وكذلك تضمن مسودة التعديل الدستوري الحالي تكريس حق المواطن في الوصول إلى المعلومات والوثائق، أصبحت المادة 55 بموجب مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020.

¹ - مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 6 يوليو 1988.

وللشفافية الإدارية بعدين، بعد اقتصادي، يتجلى في تهيئة المناخ الملائم لجلب الاستثمارات الأجنبية عن طريق وضع ضمانات النفاذ إلى المعلومات مماثلة للضمانات التي اعتاد القطاع الأجنبي أن يعمل في إطارها، وبعد دولي، يتمثل في ضرورة ملائمة التشريعات الوطنية مع الموائيق والاتفاقيات الدولية، فإن وصول المواطن إلى المعلومات وحصوله عليها ليست غاية في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة لتحقيق التواصل وتعميق الشفافية، وترسيخ الحكامة الجيدة، وتكريس احترام حقوق الإنسان والحريات الفردية والعامّة، ومحاصرة الفساد بكل أشكاله ومظاهره، وذلك دعماً للتواصل واستعادة للثقة المفقودة بين الإدارة والمواطن، ويرى فقهاء القانون الدستوري والنشطين في مجال حقوق الإنسان أن الحق في الحصول على المعلومة هو أساس ممارسة كل الحقوق الأخرى، والحق في الحصول على المعلومة هو معيار يقاس به مدى احترام الدول لمواطنيها⁽¹⁾.

كما أنه من جهة أخرى، تزايد وكثرة علاقة الأفراد بالإدارة العامة جعل هذه الأخيرة ملزمة بتوفير المعلومة ونشرها، بهدف تجسيد شفافية الحياة الإدارية والسياسية، وتجنب التزاعات التي قد تنثور بين المواطن وإدارته، وهذا ما أدى إلى ظهور مصطلح جديد أطلق على الإدارة العامة، فأصبحت تسمى إدارة من زجاج⁽²⁾.

الإشهار (الإعلان) La Publicité هو من يضع المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي، لأنها هي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية، فدون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، ونظراً لأنّ العلانية هي المعادل الموضوعي الأساسي لمبدأ المنافسة الحرة، فقد تبناها المشرع الفرنسي بشكل واضح في كل التشريعات التي حكمت إبرام عقود الشراء العام، فقد جاء في نص المادة 38 من تقنين عقود الشراء العام: "...إنّ عقود الشراء العام تُطرح على أساس دعوة عامة للمنافسة..."، وكذلك تبناها المشرع المصري في المادة 2 من قانون المناقصات والمزايدات الجديد التي جاء فيها: "تخضع كل من المناقصة العامة، والممارسة العامة، لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمساواة، وحرية المنافسة..."، وعلى نفس النهج سار المشرع السوري حيث نصت

¹ - روزلين لوتورون، عبد الحفيظ أوسوكين، مبدأ النفاذ للمعلومات الإدارية -التجارب الغربية والعربية-، د ط، دار القدس العربي، وهران، الجزائر، 2016، ص 215.

² - Delaunay.B, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Thèse L.G.D.J, 1993, P12.

-لكثير من التفصيل يراجع: محمد عبد الواحد الجميلي، من السرية إلى الشفافية الإدارية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 10.

الفقرة "أ" من المادة 10 من المرسوم التشريعي 1969/228 على ما يلي: "يعلن عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً على الأقل..."⁽¹⁾.

في إطار أعمالها التي تمت في سنة 1998 والمنصبة حول استحداث اتفاق مستقبلي الذي يضع أهم العناصر المكونة لشفافية الصفقات العمومية، قامت مجموعة العمل المتعلقة بشفافية الصفقات العمومية Groupe de travail de la transparence des marchés publics التابعة لمنظمة التجارة العالمية بتحديد الإعلام والإشهار في معنيين، تمثلا في كل من المكان الذي يمكن أن تتواجد فيه المعلومة من جهة، ومضمونه المعلومة من جهة ثانية⁽²⁾، هذا ما يؤدي بنا إلى القول أن إعلان المعلومات وإشهارها يقتضي تطبيق القاعدة القانونية المحددة لمكان إشهار الصفقة العمومية، وجانب موضوعي يتمحور حول مضمون أو موضوع هذا الإشهار⁽³⁾.

على خلاف العقود الخاصة، الأمر يختلف جوهريا بخصوص عقود الهياكل والمؤسسات العمومية، فهذه العلاقة التعاقدية لا تخضع لنفس النظام القانوني المطبق على العلاقات التعاقدية بين الخواص، بل هنا تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباع إجراءات معينة قبل اختيار المتعاقد معها، ويعتبر الإشهار من أهم هذه الإجراءات، وبالتالي يكون وجوبي - كأصل عام - قبل قيام المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل الاقتصادي الذي ستتعاقد معه، وذلك أن هذه العلاقة التعاقدية تقوم على مجموعة من المبادئ من أهمها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (مبدأ المنافسة) ومبدأ المساواة ومبدأ شفافية الإجراءات⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى النظام القانوني الجزائري لاسيما المرسوم الرئاسي 247/15⁽⁵⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199⁽⁶⁾، نجد أن المشرع كان حريصاً على تحديد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى

¹ - مهندس مختار نوح، مرجع سابق، ص 589، 590.

² - Organisation mondial du commerce, Chapitre 24, «transparence des marchés publics», www.jurisint.Org, p321.

- لتفصيل أكثر يراجع: راضية رحمان، معايير تطبيق مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، بحوث جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1، العدد 08، جوان 2015، ص 63، 64.

³ - راضية رحمان، مرجع سابق، ص 64.

⁴ - أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أ/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة الشلف، العدد 18، جوان 2017، ص 226.

⁵ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

⁶ - مرسوم تنفيذي رقم 18-199، يتعلق بتفويض المرفق العام، سالف الذكر.

الإشهار (الإعلان) وسوف نتطرق إلى مفهوم الإشهار (أولاً)، ثم مضمونه (ثانياً)، ثم وسائله (ثالثاً)، وأخيراً نتطرق إلى مدده وحدوده (رابعاً).

أولاً: مفهوم الإشهار

يتحدّد معنى الإشهار (الإعلان) من خلال قيام المصلحة المتعاقدة بتسليم المرشحين المحتملين كل المعلومات الأولية المتعلقة بالعقد المنتظر، وبذلك فإنّ العلانية تسعى إلى تحقيق المنافسة العادلة والمساواة والشفافية في الإجراءات، وذلك عن طريق تأمين علم الكافة بما تريد الإدارة التعاقد عليه⁽¹⁾، ولا يتوقف الإعلان عند الإجراءات الأولية فقط، بل المصلحة المتعاقدة هي ملزمة بصفة مستمرة ودورية بتزويد المرشحين بكافة المعلومات المستجدة خلال مرحلة الإبرام، وبهذا المفهوم فإنّ الإشهار والإعلان العلانية كلها إجراءات تجسد وتكرس مبادئ إبرام العقود الإدارية، بل وهي بمثابة صمام أمان لها.

تختلف إجراءات الإشهار حسب قيمة الطلب العمومي، إذا تجاوزت قيمة العتبة المالية (1)، أو إذا لم تتجاوز قيمة العتبة المالية (2).

1- الإشهار في حالة تجاوز قيمة الطلب العمومي العتبة المالية:

ويعدّ الإشهار الصحفي إجراءً جوهرياً وفقاً للمادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، التي نصت على ما يلي: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح؛
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا؛
- طلب العروض المحدود؛
- المسابقة؛
- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".

مقارنة بالمرسوم الرئاسي الملغى (10-236)، لقد تمّ إدراج حالات أخرى للجوء إلى الإشهار الصحفي: "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا"، كذلك: "التراضي بعد الاستشارة"، ويتمُّ

¹ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 589.

الإشهار وفقاً لإجراءات محدّدة تختلف باختلاف طرق إبرام الصفقة، فإجراءات الإشهار المتعلقة بالصفقات التي يغلب عليها الطابع التنافسي، تكون مُفَنِّنة ومُعَقَّدة حسب أهمية الإجراء الذي يقوم على فكرة المنافسة، أمّا إجراءات الإشهار المرتبطة بالصفقات التي يغلب عليها الطابع التفاوضي تكون مرنة وأقل تعقيداً⁽¹⁾.

هذا الإشهار في مجال الصفقات العمومية، أما الإشهار في مجال اتفاقيات تفويض المرفق العام، فبالرجوع إلى المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أنها تنص: "يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب إشهاره، على الأقل في جريدتين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية".

2- الإشهار في حالة عدم تجاوز قيمة الطلب العمومي العتبة المالية:

نظراً لأهمية الإشهار في تجسيد المبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص، نجد أن المشرع الجزائري كان حريصاً في إلزام المصلحة المتعاقدة بإجراء الإشهار حتى في الحالات التي لا تفوق فيها قيمة الطلبات العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، وهذا ما يتضح لنا بالرجوع إلى المادة 14 من نفس المرسوم التي نصت: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل الإشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين..."، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها أن تتدرع بالعتبة المالية كحجة لتصلها من إجراء الإشهار بل تكون ملزمة به كإجراء، لكن في نفس الوقت منح المشرع المصلحة المتعاقدة كامل حرية في أن تختار طريقة الإشهار الملائمة لقيمة تلك الحاجات التي لم تتجاوز قيمتها العتبة المالية، وهذا ما نستنتجه من عبارة "محل إشهار ملائم"⁽²⁾.

ثانياً: مضمون الإشهار

مضمون الإشهار يقصد به مجموعة من البيانات التي يجب على المصلحة المتعاقدة أن توصلها إلى علم المتعهدين، كالإشارة إلى تسمية الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين، لذلك فإن المنظم ينص على وجوب

¹ - نوال زيات، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، 2013، ص 34.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 76.

أن يتضمنها الإعلان، مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء، لكن ليس لها سلطة تقديرية في الإنقاص من البيانات الجوهرية⁽¹⁾.

يكتسي محتوى الإشهار أهمية بالغة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، فغالبية القضايا المعروضة على الجهات القضائية الإدارية، تكون مرتبطة بالإشهار ومدى التزام المصلحة المتعاقدة بضمان منافسة حقيقية⁽²⁾، والإشهار قد يتعلق بالصفقات العمومية (1)، كما قد يتعلق بتفويضات المرفق العام (2).

1- مضمون الإشهار المتعلق بالصفقات العمومية:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجده قد فصل بين الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض (أ)، وبين الإشهار المتعلق بإجراء الاستشارة (ب).

أ- مضمون الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض:

بالرجوع إلى المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نجدها تحدد مضمون الإشهار على النحو التالي: "يجب أن يحتوي طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي؛
- كيفية طلب العروض؛
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي؛
- موضوع العملية؛
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة؛
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض؛
- مدة صلاحية العروض؛
- إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر؛
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض؛

¹ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 590.

² - نوال زيات، مرجع سابق، ص 37.

- ثمن الوثائق عند الاقتضاء".

وكذلك يجب على المصلحة المتعاقدة إعلان المنح المؤقت للصفقة، وذلك بـغية تمكين المتعهدين من ممارسة حقهم في الطعن، وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع: "...يجب على المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تُبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة، عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي، عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة..."، كذلك الفقرة 2 من المادة 65 من نفس المرسوم الرئاسي أشارت إلى إعلان المنح المؤقت ومضمونه⁽¹⁾، كما أنه أثناء مرحلة الإبرام يمكن إلغاء أي إجراء، ويمكن كذلك إلغاء إجراء المنح المؤقت، ولا بد أن يكون ذلك محل إعلان وإشهار، وهذا ما نصت عليه المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وبعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالإشهار، وجب عليها تمكين المرشحين المتقدمين من دفتر الشروط حتى يتمكنوا من الإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة، وهذا من باب إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية، والمساواة في معاملة المرشحين لنيل الصفقة العمومية، وفي حالة عدم احترام المصلحة المتعاقدة للأشكال الجوهرية المتعلقة بالإعلان، يترتب عن ذلك بطلان الصفقة، وهذا ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي، حينما حكم ببطلان الصفقة التي لم تراعى فيها إجراءات الإشهار والإعلان التي يشترطها القانون، لكن هنا الجدير بالذكر بأن البطلان لا يكون إلا إذا تمت مخالفة إحدى الأشكال الجوهرية المقررة أساساً لمصلحة المتعاقدين والتي تعتبر كضمانة لهم، أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عنها بطلان الصفقة كحالة حدوث أخطاء مادية من السهل أن ينتبه إليها المترشح⁽²⁾.

ب- مضمون الإشهار المتعلق بإجراء الاستشارة:

بالرجوع إلى نص المادة 64 من الأمر 15-247 المتضمن ت ص ع - ت م ع، نجد أنها قد حددت المعلومات الضرورية التي يجب أن يحتويها ملف استشارة المؤسسات وذلك بنصها: "يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 79.

² - مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 145.

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، إن اقتضى الأمر ذلك؛
- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة؛
- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين؛
- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تُصاحبها؛
- كيفيات التسديد وعملة العرض، إذ اقتضى الأمر؛
- كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة؛
- الأجل الممنوح لتحضير العروض؛
- أجل صلاحية العروض أو الأسعار؛
- تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه؛
- تاريخ وساعة فتح الأظرفة؛
- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات".

2- مضمون الإشهار المتعلق بتفويضات المرفق العام:

- تنص المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، على ما يلي:
- يجب أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة البيانات الآتية:
 - تسمية السلطة المفوضة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، إن وجد،
 - صيغة الطلب على المنافسة،
 - موضوع وشكل تفويض المرفق العام،
 - المدة القصوى للتفويض،
 - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
 - قائمة الوثائق المكونة لملف الترشيح،
 - آخر أجل لتقديم ملف الترشيح،
 - مكان إيداع ملف الترشيح،
 - مكان سحب دفتر الشروط،

- دعوة المترشحين لحضور اجتماع فتح الأظرفة،
- كفاءات تقديم ملف الترشيح الذي يجب أن يقدم في ظرف مغلق ومبهم، تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة اختيار وانتفاء العروض)...".

كما تنص الفقرة 2 من المادة 27 أعلاه: "...يجب أن يشير إعلان الطلب على المنافسة، إلى آخر يوم وآخر ساعة لإيداع الملفات وساعة فتح الأظرفة"، كل هذه البيانات التي جاءت بها المادة 27 تساعد المترشحين على تكوين ملفاتهم من أجل الدخول للمنافسة، وهذا ما يساعد ويسهل حرية الوصول للطلب العمومي، كما يجسد من جهة أخرى مبدأ المساواة، ومن جهة ثالثة يضمن الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة على إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، كذلك على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإشهار قرار المنح المؤقت لاتفاقية تفويض المرفق العام سواء تم عن طريق الطلب على المنافسة أو عن طريق التراضي بعد الاستشارة، وهذا طبقاً للمادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، كذلك يخضع قرار إلغاء إجراء التفويض إلى نفس قواعد إشهار الدعوة للمنافسة وهو ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ثالثاً: وسائل الإشهار

يجب أن يتم النشر في فرنسا من حيث المبدأ في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام⁽¹⁾ Bulletin officiel des annonces des marchés publics، أو في أي نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية، وإعمالاً للقواعد التي جاء بها المشرع الأوروبي بشأن فتح المنافسة على مستوى أسواق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن عقود الشراء العام التي يمكن أن تُبرمها الإدارات الفرنسية يجب أن تُعلن على المستوى الأوروبي أيضاً، ولكن هذا الالتزام ليس مطلقاً، وإنما يُطبق إذا بلغت قيمة العقد حداً مُعيّناً، وعندئذ يكون النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي⁽²⁾ Journal officiel des communautés européennes وهي جهة النشر الوحيدة المختصة في هذا المجال⁽³⁾.

¹ - يرمز لها بالأحرف التالية B.O.A.M.P

² - يرمز لها بالأحرف التالية J.O.C.E

³ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 592، 593.

أما بالرجوع إلى النظام القانوني الجزائري فنجد أن وسائل الإشهار عديدة ومتنوعة، وذلك بهدف تكريس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمنافسة الشريفة والتريئة، وشفافية الإجراءات، وتمثل وسائل الإشهار طبقاً للنظام القانوني الجزائري فيما يلي:

1- النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) B.O.M.O.P:

تم إنشاء النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بموجب المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 12 ماي 1984 بناء على تقرير وزير التجارة وتطبيقاً لنص المواد 45، 102 من المرسوم 82-145 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي يُرمها المتعامل العمومي⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أنها تلزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وذلك بنصها: "يُحرر إعلان طلب العروض ...، كما يُنشر إجبارياً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، (ن.ر.ص.م.ع)..."⁽²⁾.

كذلك المادة 158 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نصت: "...ويجب أن تنشر المعلومات السالفة الذكر إجبارياً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و/أو في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة..."

2- الصحافة المكتوبة (الجرائد):

يعتبر الإشهار الصحفي وفق هذا النحو إجراءً شكلياً جوهرياً، تلزم الإدارة بمراعاته سواء كانت طريقة التعاقد طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا أو طلب العروض المحدود أو المسابقة أو التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء، وبالإضافة إلى إلزامية نشر إعلان طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، تكون المصلحة المتعاقدة مُلزَمة بنشر إعلان طلب العروض في الصحافة المكتوبة عن طريق الجرائد، كما اشترط المشرع الجزائري أن تكون هذه

¹ - مرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 مايو 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (20)، الصادرة بتاريخ 15 مايو 1984.

- لكثير من التفصيل يراجع: نوال زيات، مرجع سابق، ص 66.

² - أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 230.

الجرائد يومية وليست أسبوعية أو شهرية، وأن تكون جرائد وطنية وليست أجنبية، وأن تكون هذه الجرائد موزعة على المستوى الوطني وليس الجهوي أو المحلي، أما الحد الأدنى من الجرائد التي ينبغي النشر فيها، فقد حدده المشرع بجريدين على الأقل، وهذه الشروط حدّدتها الفقرة الأولى من المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي جاء فيها: "يُحرَّر إعلان طلب العروض... كما يُنشر... وعلى الأقل في جريدين يوميتين وطنيتين مُوزعتين على المستوى الوطني..."⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنه تنص: "...يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفحة في الجرائد التي تُنشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية..."، وهكذا ألزم المنظم المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعلان المنح المؤقت في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، وأن يتضمن هذا الإشهار البيانات الضرورية التي على أساسها رست الصفقة مؤقتاً على متعامل متعاقد، لاسيما تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار المتعامل المتعاقد، وهذا حتى يستطيع كل متعهد أن يقوم بتقييم عرضه، وإذا رأى أن عرضه هو الأجدر بالقبول فيقدم طعن حسب الإجراءات المعمول بها.

كذلك الإشهار المتعلق بإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، لا بد أن يتم بكل وسيلة مناسبة، ولا بد أن يكون هو الآخر على الأقل في جريدين يوميتين باللغة الوطنية واللغة الأجنبية، وهو ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، لكن الملاحظ على هذه المادة مقارنة بالفقرة الأولى من المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لم تشر إلى أن تكون الجريدين وطنيتين، كما لا تشر إلى وجوب النشر في النشرة الرسمية للإدارة المتعاقدة، وإن كنا نعذر المنظم في هذا الإغفال التنظيمي المتعلق بالنشر في النشرة الرسمية للإدارة المتعاقدة، لكن لا نعذره إطلاقاً عندما أغفل مسألة جد مهمة، والتي مفادها أن تكون الجريدين اليوميين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، لأنه من هذا الإغفال التنظيمي وقصوره يبدأ الفساد، وذلك لأن بموجب هذا الإغفال التنظيمي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستغل هذه الثغرة التنظيمية، وتقوم بإشهار الطلب العمومي في جريدين يوميتين جهويتين أو محليتين غير مقروءتين من الجمهور، بل وأبعد من ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعلن الطلب العمومي المتعلق بتفويض مرفقها العام عبر جريدين وطنيتين لكن غير موزعتين على المستوى

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 83.

الوطني، بمعنى نسبة المقرئية جد ضئيلة، وما أكثر هذه النوع من الجرائد في الجزائر، وقد تستعملها الإدارات العامة كوسيلة للتحايل والتهرب، فهي من جهة تحمي نفسها لأنها قامت بالنشر، ومن جهة ثانية تنحرف بسلطتها وتحقق أهداف مخالفة للمصلحة العامة، وذلك بتقييد وتضييق المنافسة، لكن بموجب انحراف مشروع أضفى عليه هذه الشرعية الإغفال التنظيمي من طرف المنظم، وهكذا تكون الإدارة العامة أو المصلحة المتعاقدة قد حصلت على رخصة في طبق من ذهب من طرف المنظم لتحقيق مآربها وأهدافها غير المشروعة، وهذا ما جعلنا نطالب بضرورة إحالة المراسيم الرئاسية التنظيمية والمراسيم التنفيذية على مجلس الدولة ليبيدي رأيه الاستشاري فيها قبل صدورها.

لهذه الأسباب المذكورة أعلاه، نلتمس من المنظم الجزائري ضمان أكبر منافسة في مجال الطلبات العمومية المتعلقة بإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك عن طريق تعديل المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ونقترح الصياغة التالية: "يجب أن يتم نشر الطلب على المنافسة بشكل واسع وبكل وسيلة مناسبة، ويجب إشهاره، على الأقل، في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني...".

3- الإشهار المحلي:

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعلان طلب العروض على المستوى المحلي إذا تعلق الأمر بطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، إذا كان التقدير الإداري بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم يساوي مبلغ مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنه، وبالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات إذا كان التقدير الإداري يساوي مبلغ خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنه⁽¹⁾.

الإشهار المحلي نصت عليه الفقرة 3 من المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث جاء فيها: "... يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

¹ - يساوي مبلغ التقدير الإداري في التقنين القديم، تبعا خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) أو يقل عنها.

- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و
- إصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:
- للولاية؛
- لكافة بلديات الولاية؛
- لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية؛
- للمديرية التقنية المعنية في الولاية".

وهكذا يكون المنظم قد أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى الإشهار المحلي بتوافر شرطين هما:

أ- **المعيار العضوي:** أن تكون الصفقة مبرمة من طرف الولايات أو البلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها.

ب- **معيار العتبة المالية:** أن تكون طلبات العروض تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها.

وسبب اعتماد الإشهار المحلي في هذه الحالات يرجع إلى مدى الأهمية الاقتصادية للطلب العمومي، ففي هذه الحالة فإنَّ الشخص العمومي الذي يرغب في التعاقد، له اختصاص إقليمي محدود هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنَّ المبلغ المالي التقديري للطلب العمومي ليس مبلغ مرتفع، وهذه كلها معطيات قد تُغني عن الإشهار الوطني، لكن في حالة اختلال أي شرط من هذه الشروط المذكورة أعلاه، تكون المصلحة المتعاقدة مُلزَمة بالإشهار الوطني⁽¹⁾، ويذهب البعض في أن الأهمية في الإشهار المحلي تتمثل في كون وجود مؤسسات محلية لها من الإمكانيات الفنية والمالية ما يؤهلها لإنجاز المشاريع وتوفير الخدمات، فتوجه الدعوة إليهم عن طريق إشهار محلي⁽²⁾.

¹ - أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 231.

² - عبد الله بنجبار، أساليب وتقنيات إبرام عقود الشراء العام في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017، ص 103.

4- الوكالة الوطنية للنشر والإشهار:

أنشأت الوكالة الوطنية للنشر والإشهار سنة 1967⁽¹⁾، وجاء ذلك مواكبة لصدور قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تُوضع تحت وصاية وزير الأنباء سابقا، وحسب ما جاء في المادة 07 من القانون الأساسي للشركة يُحدّد رأس مالها عن طريق وزير الأنباء ووزير المالية والتخطيط آنذاك، ومن بين أهداف الوكالة دراسة وتطوير الإشهار بكل الوسائل وبجميع الطرق البصرية والسمعية.

والجدير بالذكر أنّ تنظيم الصفقات العمومية لم يُجبر المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإشهار الطلب العمومي عبر هذه الوكالة، لكن بالرجوع مثلا إلى المادة 14 من المرسوم الرئاسي 15-247، نجدها قد منحت المصلحة المتعاقدة كامل السلطة التقديرية في أعمال إشهار ملائم وذلك في حالة عدم تجاوز مبالغ الطلبات العمومية العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي، فهنا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذه الوكالة بل أكثر من ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإشهار عن طريق هذه الوكالة حتى في حالة تجاوز قيمة الطلبات العمومية العتبة المالية المحددة في المادة 13 المذكورة أعلاه، وذلك من أجل إضفاء شفافية أكثر على الطلب العمومي⁽²⁾، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة التي تريد إعلان الطلب العمومي المتعلق بتفويض مرفقها العام أن تلجأ إلى النشر عبر الوكالة الوطنية لنشر والإشهار، لأن المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 منحتها إمكانية النشر بكل وسيلة مناسبة، إضافة إلى الوسيلة الإجبارية المتمثلة في الجرائد والتي سبق التطرق إليها أعلاه.

5- النشر الإلكتروني (الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية):

يعتبر الإشهار الإلكتروني عن الصفقة العمومية بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة لاسيما الانترنت، من الوسائل التي اعتمد عليها المنظم، بغرض مواكبة التطور التكنولوجي الحاصل في المجتمع، بحيث مجرد الإعلان عن الصفقة العمومية على شبكة الانترنت، فتتخطى الحدود الإقليمية للدولة.

¹ - أمر رقم 67-279، مؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى ب "الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، ج ر عدد (2) الصادرة بتاريخ 5 يناير 1968.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 86.

باعتبار أن عصرنة الإدارة العمومية من أهم أولويات الحكومة في إطار الإدارة الإلكترونية، وباعتبار الخدمات العمومية من بين أهم الوظائف التي تقوم الإدارة العمومية بتقديمها، وجب على الإدارة العامة الاستعانة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال وأن أجل تحسين الخدمات العمومية وعصرنتها⁽¹⁾.

وهكذا فإن إحداث بوابة للصفقات العمومية نتيجة طبيعية لاستعمال تكنولوجيا المعلومات والاتصال، وبشكل إجراء مهم هدفه تقليص التدخل البشري، ورفع كل الحواجز التي من شأنها الحيلولة دون الإطلاع على الوثائق والوقائع المتعلقة بأطوار المنافسة⁽²⁾.

لم تنص تقنينات الصفقات العمومية على الإشهار الإلكتروني، إلا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، والمرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث تم تأسيس بوابة الكترونية للصفقات العمومية تخصص بتسييرها كل من وزارة المالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، ويتولى ممثلي الوزارتين بتحديد محتوى هذه البوابة، وكيفية تسييرها بموجب قرار مشترك⁽³⁾.

أ- الاتصال بالطريقة الإلكترونية:

وهكذا بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247، نجد الفصل السادس من الباب الأول جاء تحت عنوان: "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، إذ نصت المادة 203 منه والتي جاء تحت عنوان: "الاتصال بالطريقة الإلكترونية"، على ما يلي: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تُسيّر من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه، ويُحدّد في هذا المجال قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحيات كل دائرة وزارية. يُحدّد محتوى البوابة وكيفية تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁽⁴⁾.

¹ - ودان بوعبد الله، مركان محمد البشير، البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية، مجلة المالية والأسواق، مخبر ديناميكية الاقتصاد والتغيرات الهيكلية (دينامكس)، جامعة مستغانم، العدد الثالث، سبتمبر 2015، ص 97.

² - عبد الكريم حاضرة، مرجع سابق، ص 97.

³ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص 38، 39.

⁴ - قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يُحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر، عدد (21) الصادرة في 9 أبريل 2014.

ب- تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية:

أمّا المادة 204 من نفس المرسوم الرئاسي، والتي جاءت تحت عنوان: "تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية"، نصت على النشر الالكتروني حيث جاء فيها: "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الالكترونية، حسب جدول زمني يُحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية. يرُدُّ المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الالكترونية، حسب الجدول الزمني المذكور سابقا. كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الالكترونية. تُحدّد كليات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁽¹⁾.

وإذا كان نشر طلب العروض في الموقع الالكتروني للإدارة المعنية أمرٌ نُثني عليه نظراً لمحاسنه الكثيرة وحتى تُسائر التطور التكنولوجي، إلا أننا نثير إشكالية الرد الالكتروني من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الالكترونية، خاصة أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال، فكلما تطورت المعلوماتية كلما تطورت أساليب القرصنة⁽²⁾.

كذلك المادة 158 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نصت: "...ويجب أن تنشر المعلومات السالفة الذكر إجبارياً، في... و/أو في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة. وتعفى من هذا الإجراء الصفقات العمومية التي تكتسي طابعاً خصوصياً لا يمكن نشرها".

لكن الغريب في الأمر بخصوص اتفاقية تفويض المرفق العام، فإنه بالرجوع المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذي رقم 18-199، لا نجد أي مادة تتعلق بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بخصوص اتفاقية تفويض المرفق العام، على عكس المعمول به في مجال الصفقات العمومية، لذلك نلتمس من المنظم تدارك هذا الإغفال التنظيمي، واعتماد بوابة الكترونية لتفويضات المرفق العام مثل البوابة الالكترونية المتعلقة بالصفقات العمومية.

¹ - أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 232.

² - عمار بوضيف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 147.

6- لغة الإشهار:

بالنسبة للغة التي يُحرَّر بها إعلان طلب عروض، فالفقرة الأولى من 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، نصت على أنه: "يُحرَّر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل..."، كذلك المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، نصت بأن يتم نشر الطلب على المنافسة باللغة الوطنية واللغة الأجنبية.

ويجب أن يكون طلب العروض المنشور في وسائل الإعلام محتويا على نفس المعلومات التي نشرتها المصلحة المتعاقدة في الصحف والوسائل الأخرى للإعلان، ونفس الشيء بالنسبة للوثائق والاستمارات، وهذا ما قرَّره مجلس الدولة الفرنسي في قضية بلدية Nanterre بتاريخ 08 أوت 2008⁽¹⁾.

رابعاً: مدد الإشهار وحدوده

1- مُدد الإشهار:

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247، نجده قد منح المصلحة المتعاقدة كامل السلطة التقديرية في تحديد أجل تحضير العروض طبقاً لعناصر ومعايير مُعيَّنة، كما يجوز للمصلحة المتعاقدة تمديد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك، ويُحسب الأجل بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، كما يجب أن يتضمن دفتر الشروط تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض، وتاريخ وساعة فتح الأظرفة، وعلى المصلحة المتعاقدة أثناء تحديدها لأجل تحضير العروض أن تراعي في ذلك بأن تكون هذه المدة كافية بالقدر اللازم لفتح المجال لأكبر عدد ممكن من المتنافسين⁽²⁾.

يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير

¹ - République Française, Guide des bonnes pratiques en matières de marchés publics Edition du 26 septembre 2014, mise à jour le 13/04/2014, DAJ; p41.

- أشار إليه: حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 171.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 88.

العروض تُمدد إلى غاية يوم العمل الموالي⁽¹⁾، وهي تقريبا نفس المدد المعمول بها في مجال عقود تفويضات المرفق العام⁽²⁾.

2- حدود الإشهار:

قد تطرأ ظروف معينة تحول دون تَمَكُّن الإدارة من إشهار حاجياتها، لأن آجال الإبرام قد لا تتناسب مع طبيعة بعض المشاريع أو الطلبات المستعجلة التي تستلزم السرعة في تلبيتها، فتكون هنا المصلحة المتعاقدة معفاة من الإجراءات العادية لمواجهة هذه المستجدات الطارئة، على أن تُبرم المصلحة المتعاقدة صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المُقرَّر الذي تم بموجبه الترخيص في بداية تنفيذ الخدمات⁽³⁾، وذلك إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن، وهذا ما تناولته المادة 12 من نفس المرسوم الرئاسي، التي جاءت تحت عنوان: "الإجراءات في حالة الاستعجال الملح"، وهكذا عندما تكون المصلحة المتعاقدة أمام حالة الاستعجال الملح، تتبع إجراءات خاصة بشأن إبرام صفقاتها، لكون الإجراءات العادية تكون غير مُجدية لمواجهة هذا الاستعجال، وبالتالي تكون المصلحة المتعاقدة معفاة كذلك من إجراء الإشهار، لأنَّ في هذه الحالة يتم الترخيص بموجب مُقرَّر مُعلَّل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية.

كذلك المادة 23 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاءت في القسم الفرعي الثالث بعنوان "الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار"، نصت على ما يلي: "تعفى من أحكام هذا الباب، لاسيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام، الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها..."⁽⁴⁾.

¹ هذه الإجراءات المتعلقة بآجال تحضير العروض نصت عليها المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² يراجع المادتين 28، 29 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، سالف الذكر.

³ يجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف الطارئة.

⁴ لمزيد من التفصيل يراجع: أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 233.

أما المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، لم تعني السلطة المفوضّة من الإشهار كلية، وإنما أعفتها من إجبارية الإشهار في الجرائد، نظرا إلى حجم بعض المرافق العمومية ونطاق نشاطاتها، شريطة ضمان إشهار بكل وسيلة أخرى، غير أنه يجب على السلطة المفوضّة أن تعلق لجوئها لهذا الإجراء.

جدول يوضح المبادئ الأساسية التي تقوم عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية وتطبيقها⁽¹⁾:

المبدأ	التطبيق
- حرية الوصول للطلب العمومي	- الإشهار الواسع. - سهولة الوصول للمعلومات، والوثائق، ودفتر الشروط - آجال تحضير العروض تكون كافية لكافة المرشحين - حضر إقصاء لأي مرشح إلا طبقا للقانون والتنظيم
- المساواة في معاملة المرشحين	- معايير اختيار المتعاقد تكون موضوعية وغير تمييزية
- الشفافية في الإجراءات	- إعلان الإجراءات المتعلقة بمرحلة الإبرام، والأصل أن تكون علنية - فتح الأظرفة في جلسة علنية - نشر إعلان المنح المؤقت، مع ذكر كل العناصر التي سمحت بالاختيار - حق الطعن

¹ - حوحو شوقي، إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية - أشغال، إنجاز-، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 8.

المبحث الثاني

طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية والرقابة عليها

في إطار البحث عن شفافية أكثر خلال مرحلة إبرام العقود الإدارية، لم تتوقف جهود المشرع والمنظم عند إخضاع الموظف العام لقواعد توظيف متطورة، وتقرير مبادئ هامة تقوم عليها إجراءات الإبرام⁽¹⁾، وإنما تم تحديد طرق ووضع إجراءات دقيقة وصارمة، تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباعها عند إبرام الصفقات العمومية، كما تكون السلطة المفوضّة كذلك ملزمة بإتباع هذه الطرق والإجراءات عند إبرامها لاتفاقيات تفويض المرفق العام.

وهكذا فإنه من أهم آليات تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، هو تدخل المنظم وتنظيمه لعملية الإبرام وإجراءاته، كما أنه يوجد هيئات معينة تمارس الرقابة على مدى إتباع المصلحة المتعاقدة لإجراءات المتعلقة بالإبرام المحددة لها في التنظيم، سواء تعلق الأمر بالصفقات العمومية، أو بتفويضات العام، وسوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها (المطلب الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى طرق وإجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام والرقابة عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها

تركز هذه الدراسة على توضيح أهم آليات تجسيد الشفافية في إبرام أهم أنواع العقود الإدارية التي تعتمد عليها الإدارة العامة لتنفيذ مشاريعها وتسيير مرافقها، لذلك لابد من توضيح طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ثم نبين الرقابة على إجراءات إبرام هذه الصفقات (الفرع الثاني).

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 84.

الفرع الأول

طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية

بالرجوع إلى المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجدها تنص: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"، وبالتالي فإن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية هو إجراء طلب العروض⁽¹⁾ (أولاً)، أو عن طريق إجراء التراضي الذي يشكل الاستثناء عن القاعدة العامة (ثانياً).

أولاً: إجراء طلب العروض

لقد عرّفت المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 إجراء طلب العروض على أنه: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تُعدّ قبل إطلاق الإجراء، ويُعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولتحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"، الجديد في هذه المادة هو استعمال مصطلح "طلب العروض" بدلاً من مصطلح "المنافسة"، ومصطلح طلب العروض هو الأفضل والأكثر تناسباً مع المصطلح الفرنسي Appel d'offre ، كذلك الجديد الذي جاءت به هذه المادة، يخص منح الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وكذا إعطاء تعريف مُغاير لإجراء عدم الجدوى، من خلال البند الثاني من هذه المادة مقارنة بالتقنين القديم، وعليه لا يعتبر عدم جدوى عندما يتم استلام عرض واحد، إلى جانب إضافة شرط آخر لعدم الجدوى عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجدها قد حدّدت أشكال إجراء طلب العروض، حيث نصت: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً و/أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 114.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 108، 109.

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة".

وبالتالي نلاحظ أن المنظم قد أضاف شكل جديد لإجراء طلب العروض، مقارنة بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236، ويتمثل في "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا"، والجدير بالذكر هنا هو تدارك المنظم للخطأ الجسيم الذي كان واقع فيه من خلال التنظيمات السابقة والمتعلقة بالصفقات العمومية، ولطالما نبهنا إلى هذا الخطأ الجسيم، حيث أن المنظم كان يدرج المزايدة ضمن أشكال المناقصة، لكون أن المنظم لم يتفطن آنذاك بأن المزايدة تتعلق بالإيرادات، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة تلجأ لهذا الإجراء عندما تكون عارضة للسلع والخدمات، لكن الصفقات العمومية لا تتعلق بالإيرادات وإنما تتعلق بالنفقات، بمعنى أن المصلحة العامة هنا تكون طالبة للسلع والخدمات والدراسات والأشغال وليست عارضة لها، وبالتالي فإن المزايدة لا تتلاءم ولا تتسجم إطلاقاً مع الصفقة التي تعتبر نفقة، في حين أن المزايدة تتعلق بالإيرادات بمعنى أنه من يدفع أكثر يحصل العقد، لكن من خلال النقد الكثير الذي تم توجيهه آنذاك للمنظم استدرك الأمر بموجب المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث تم الاستغناء عن المزايدة والتي مكأها الأصلي والطبيعي في مجال اتفاقيات تفويض المرفق العام.

1- إجراء طلب العروض المفتوح (Appel d'offre ouvert):

بالرجوع إلى المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنها قد عرفت إجراء طلب العروض المفتوح على أنه: "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا (Appel d'offre restreint):

من التسمية يظهر لنا بأن هذا الإجراء مفتوح بصفة نسبية، بمعنى يتقدم للمنافسة فقط المتعامل الاقتصادي الذي تتوفر فيه شروط معينة اشترطتها المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط، وهو ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي جاء فيها: "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من

طرف المصلحة المتعاقدة..."، أما الفقرة 2 من المادة 44 فحدّدت الشروط المؤهلة بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع⁽¹⁾.

3- طلب العروض المحدود (Consultation sélective):

هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، وذلك طبقاً للمادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وطبقاً للفقرة 2 من نفس المادة فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدّد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، لخمسة (5) منهم، وطبقاً للفقرة 3 من نفس المادة فإنه تلجأ المصلحة المتعاقدة للانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة، أما الفقرة 4 من نفس المادة نصت على أنه عند تسلم العروض يتم اللجوء إلى إجراء طلب العروض المحدود إما على مرحلتين، وإما على مرحلة واحدة⁽²⁾.

4- المسابقة (Concours):

المسابقة إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب فنية أو إحصائية أو جمالية أو فنية خاصة، تمنح فيها الصفقة بعد المفاوضات التي تجري من لجنة التحكيم، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية⁽³⁾، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة إذا تعلق الأمر بمجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية أو معالجة المعلومات، ولا تُبرم صفقة الإشراف على إنجاز الأشغال وجوبا عن طريق المسابقة، إذا لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم، أو إذا كان يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم، كما تكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا⁽⁴⁾.

¹ - لتفصيل أكثر يراجع: عباس زواوي، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم 15-247، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 7.

- عميري أحمد، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 110.

² - المرجع نفسه، ص 110.

³ - فاطمة عاشور، ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية، منحير السيادة والعمولة، جامعة المدية، العدد الأول، جانفي 2018، ص 100.

- محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتى الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 92.

⁴ - لمزيد من التفصيل يراجع: المادتين 47، 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وبعد الإعلان عن الصفقة، تأتي مرحلة استقبال العروض، من طرف المتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيه الشروط المحددة في دفتر الشروط، ثم تأتي مرحلة فتح الأظرفة ودراسة العطاءات من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽¹⁾. وبعد قطع الصفقة لتلك الأشواط الإجرائية المعقدة، تأتي مرحلة مهمة والمتمثلة في الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، حيث أن إجراء المنح المؤقت هو عبارة عن قرار إداري منفصل عن الصفقة، ويخضع للنظرية العامة للقرارات الإدارية، سواء من حيث نهايته الإدارية أو نهايته القضائية، وهو ما سنتعرض له بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الأطروحة، وإن منح الصفقة مؤقتاً لا يعد المرحلة الأخيرة لتدخل حيز النفاذ، بل لا بد من اعتمادها نهائياً والموافقة عليها من طرف السلطات المختصة المنصوص عليها في المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك بعد استنفاذ طرق الطعن أمام لجنة الطعن المختصة⁽²⁾.

ثانياً: إجراء التراضي

طلب العروض بأشكاله المختلفة هو القاعدة في إبرام العقود الصفقات العمومية، ولا تُبرم هذه الأخيرة عن طريق إجراء التراضي إلا في حالات استثنائية مُحددة حصراً في التنظيم⁽³⁾، وفي هذه الحالة يتم تخصيص صفقة لمعامل متعاقد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة⁽⁴⁾؛ لأنه في حالات محددة تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة في تقديم الخدمات العامة، وذلك عن طريق إجراء التراضي.

...= عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 88.

¹ - لقد أعيد النظر في هذه المادة من أجل تكريس توحيد لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض في لجنة واحدة، وإعطاء المصلحة المتعاقدة إمكانية إنشاء عدة لجان من هذا النوع.

- عميري أحمد، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 113.

² - وهو ما نصت عليه المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ساف الذكر.

³ - خالد بلجلاي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص 111، 112.

⁴ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 75.

- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017، ص 223.

ولقد عرّف المنظم الجزائري إجراء التراضي «Gré à gré» من خلال المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة...".

والتراضي قد يكون بسيط وقد يكون بعد الاستشارة، وهو ما نصت عليه المادة 41 أعلاه: "...ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة. إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

1- إجراء التراضي البسيط:

الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط هي حالات محدّدة على سبيل الحصر، لا يمكن التعاقد بهذا الإجراء خارج نطاق هذه الحالات المحدّدة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أما المادة 50⁽¹⁾ من نفس المرسوم الرئاسي فحدّدت إجراءات التعاقد بأسلوب التراضي البسيط⁽²⁾، بحيث تقوم المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها، كما تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي، كما هو محدّد في المادة 54 من نفس المرسوم الرئاسي، كما تختار المصلحة المتعاقدة متعاملاً اقتصادياً يقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية كما هو محدّد في المادة 72 من نفس المرسوم الرئاسي، وتُنظّم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من نفس المرسوم الرئاسي، وتُؤسّس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

2- إجراء التراضي بعد الاستشارة:

أما حالات التراضي بعد الاستشارة، فهي محدّدة على سبيل الحصر في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وسلطة المصلحة المتعاقدة بخصوص إجراء التراضي بعد الاستشارة هي سلطة مقيدة، وليست تقديرية، بمعنى أنه لا يجوز لها التعاقد عن طريق إجراء التراضي بعد الاستشارة خارج هذه الحالات المحدّدة في المادة 51 أعلاه.

¹ وهي مادة جديدة لم يكن لها مثيل في المراسيم السابقة.

² -خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة 2017، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 17.

أما إجراءات التعاقد بواسطة أسلوب التراضي بعد الاستشارة فحدّتها المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فتقوم المصلحة المتعاقدة باستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس دفتر الشروط، ويمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض، ولا يخضع دفتر الشروط في هذه الحالة لدراسة لجنة الصفقات العمومية⁽¹⁾، لكن من جهة أخرى فإنه إذا ارتأت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة، وهو ما أشارت إليه الفقرة 2 من المادة 52 أعلاه.

وهناك حالات معينة قد تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مجبرة على تعديل بعض أحكام دفتر الشروط، لكن هذه الأحكام لها علاقة مباشرة بجزئية الوصول للطلب العمومي أي مبدأ المنافسة، فهنا المصلحة المتعاقدة تكون ملزمة بعرض دفتر الشروط على لجنة الصفقات العمومية المختصة من أجل دراسته وإطلاق طلب عروض جديد⁽²⁾، ويتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها في المطات 2، 3، 4، 5 من المادة 51 أعلاه، برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع، قبل الشروع في الإجراء، لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة⁽³⁾.

والمنظم ذهب بعيدا في ضبط التراضي بشكليه بإجراءات صارمة، فالمادة 50 المتعلقة بإجراءات التعاقد عن طريق إجراء التراضي البسيط قد أحالت إلى المواد 27، 52، 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، هذه الإحالات التي تبين لنا بأن المنظم قد كرّس مبادئ الإبرام حتى في إجراء التراضي البسيط بالرغم من أنه قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية.

وبخصوص المادة 52 التي حدّدت إجراءات التراضي بعد الاستشارة، فنجدها تحدّثت عن إجراءات النشر في إحدى فقراتها، وفي فقرة أخرى تناولت مصطلح المنافسة، وفي فقرة موائية أحالت إلى المادة 5 المتعلقة المتعلقة بمبادئ الإبرام، كذلك يتضح للقارئ جليا من خلال المادة 52 أعلاه، أن المنظم دائما يضع صمام أمان للشفافية في الإبرام مهما كانت الطريقة المتبعة، وهذا ما يمكن استنباطه بكل سهولة من خلال تحليل المواد المتعلقة بكل طريقة من طرق الإبرام، وهكذا فإن المنظم حتى إجراء التراضي البسيط،

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 115، 116، 117.

² - يراجع الفقرة 3 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

³ - يراجع الفقرة 5 من المادة 52 من نفس المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

- أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 116.

كان حريص على تكريس مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي، ومبدأ المساواة، ومبدأ شفافية الإجراءات⁽¹⁾.

وهكذا من خلال استقراء مواد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في بابه الأول المتعلق بالأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، يتضح بأن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية هو إجراء طلب العروض، وإجراء التراضي بشكليته يعتبر إجراء استثنائي في الإبرام، وهذا الاستثناء بدوره صنفه المنظم حسب درجة الاستعجال، واعتبر أن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية في إبرام العقود.

وبمجرد قراءة بسيطة للمادتين 50 و52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضح لنا بأن المنظم الجزائري، قد تبنى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 حتى في إجراء التراضي بشكليته⁽²⁾، لكن تختلف هذه المبادئ من حيث مداها ونطاقها، بحسب الإجراءات المتبع في الإبرام، فهذه المبادئ تتسع إذا كنا أمام إجراء طلب العروض، وتضيق إذا كنا أمام إجراء التراضي بشكليته - لكن لا يتم النيل منها كليا -، وهكذا نصل إلى نتيجة مفادها أن المنظم قد اعتمد مبادئ الإبرام مهما الإجراءات المتبع في هذا الإبرام، مع اتساع وتضييق هذه المبادئ، حسب اختلاف طريقة الإبرام⁽³⁾.

الفرع الثاني

الرقابة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية

خصّص المنظم فصل خامس أطلق عليه تسمية "رقابة الصفقات العمومية"، حيث جاء في المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده. تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في

¹ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 116، 117.

² - لذلك نلتزم من المنظم إعادة النظر في المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والتي عرّف من خلالها بأن التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة، لأن هذه المادة قد توحى بأن إجراء التراضي لا يقوم على المنافسة، لكن بمجرد قراءة المواد المنظمة لإجراء التراضي بشكليته، لاسيما المادتين 50 و52، سيلاحظ أن المنظم قد كرس كل مبادئ الإبرام من خلال إجراء التراضي بشكليته، لاسيما مبدأ المنافسة، غير أن هذه المبادئ لا تكون بنفس الحجم المعمول به في طلب العروض، وهذا أمر منطقي، لأن الأمر يتعلق بحالات خصوصية واستثنائية، ذلك لا بد من مواجهتها بإجراءات استثنائية، بشرط المحافظة على الحد الأدنى من مبادئ الإبرام، لذلك نلتزم من المنظم أن يهدف عبارة "دون الدعوى الشكلية للمنافسة" من المادة 41 أعلاه، لأنه عند قراءة المواد التي بعدها، يتضح لنا بأنه في الحقيقة يوجد منافسة، ولو كانت في نطاق ضيق ومحدود.

³ - لمزيد من التفصيل حول طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 108، 118.

شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية"، وسوف نتطرق إلى الرقابة الداخلية (أولاً)، ثم الرقابة الخارجية (ثانياً)، ثم رقابة الوصاية (ثالثاً).

أولاً: الرقابة الداخلية

بالتعمن في المادتين 159، 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضح لنا أن الرقابة الداخلية تقوم بما هيئتين، الهيئة الأولى هي بمثابة جهة رقابية عامة، أما الهيئة الثانية فتنشأ خصيصاً لرقابة على الصفقات العمومية.

1- الرقابة العامة التي تقوم بها مختلف مصالح الجهات المتعاقدة:

وهي الرقابة التي نصت عليها المادة 159 أعلاه، وهي الرقابة التي تتم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية، وعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية، فإن هذه الأخيرة، تضبط تصميمها نموذجياً يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها، والمقصود بهذه الرقابة هي تلك الرقابة التي يقوم بها الرؤساء على الرؤوسين في إطار رقابة مشروعية الأعمال الإدارية، بمعنى آخر فإن هذه الرقابة تطبق على مختلف النشاطات الإدارية، بما فيها الصفقات العمومية، لذلك أطلقنا عليها مصطلح رقابة عامة، والتي يقابلها الرقابة الخاصة.

2- اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة وتقييم العروض:

على غرار الرقابة العامة على الصفقات العمومية، فإنه تُحدثُ المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى: "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم، وهي اللجنة التي نصت عليها المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والملاحظ بأن هذه المادة قد نصت بأن تشكيلة اللجنة يتم اختيارها على أساس معيار الكفاءة، وهو الشيء الذي لم يكن معمول به في التنظيمات السابقة.

ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقوم برقابة خاصة على الصفقات العمومية -عكس الرقابة العامة-، لأن هذه اللجنة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، فهي تقوم بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة، ويقوم مسؤول هذه الأخيرة بتحديد تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها، أما اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة تكون

صحيحة مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمنان شفافية الإجراء، وتقوم اللجنة بتسجيل أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف، ويؤشر عليهما بالحروف الأولى⁽¹⁾.

وهكذا تضمن الإصلاح الجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الدمج بين اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة واللجنة الدائمة لتقييم العروض، وأصبحت لجنة واحدة بدل لجتين، وهذا الإجراء يعتبر خطوة مهمة نحو تبسيط الإجراءات، والذي أصبح اليوم كأحد أهم آليات حوكمة المرافق العامة في الجزائر⁽²⁾.

ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لديها مهام عند عملية فتح الأظرفة، حيث تثبت صحة تسجيل العروض، وتعدّ قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم، مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة، كما تعدّ قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض، وتقوم بالتوقيع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال، وتقتراح على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽³⁾.

كذلك لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لديها مهام عند عملية تقييم العروض، فهي تقوم بإقضاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعدّ طبقاً للأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و/أو لموضوع الصفقة، كما تقوم بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، كما تقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنياً، وتقوم اللجنة كذلك طبقاً لدفتر الشروط، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وتقتراح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تسبب في إخلال المنافسة في

¹ - المادتين 161، 162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الثاني-التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات-، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 70.

³ - لمزيد من التفصيل حول مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أثناء عملية فتح الأظرفة يراجع: المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

القطاع المعني، لكن لا بد أن يكون هذا الإجراء مذكور في دفتر الشروط⁽¹⁾، وكما سلف الذكر أعلاه، فإن الموظفين والأعوان المكلفين بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية -ومن بينهم أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض- يستفيدون طبقا للمادة 212 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من دورات تكوين وتحسين المستوى وتحديد المعارف تضمنها السلطة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم، وإن المبادرة ببرامج التكوين في مجال الصفقات العمومية يعتبر ضمانا أخرى لاختيار موضوعي لأحسن عرض من الناحية الاقتصادية، كذلك المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مكّنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من إعداد المدونة الخاصة بالأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، حيث جاء هذا التعديل لحماية للمال العام وتحقيقا لمبادئ الطلب العمومي، الأمر الذي جعل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يؤكد على أن الأعوان العموميين يوافقون على المدونة بتصريح مكتوب⁽²⁾.

ثانيا: الرقابة الخارجية

إلى جانب إجراء الرقابة الداخلية التي تشكل في جوهرها إجراءات وقائية تمارس للحيلولة دون وقوع أخطاء أو انحرافات، فإن المنظم قد أوجد إلى جانب هذه الرقابة رقابة أخرى لا تقل أهمية وهي الرقابة الخارجية⁽³⁾، حيث تنص المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تتمثل غاية الرقابة الخارجية، في هذا المرسوم وفي إطار العمل الحكومي، في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الفصل، للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وترمي الرقابة الخارجية أيضا إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

¹ - لمزيد من التفصيل حول مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أثناء عملية تقييم العروض يراجع: المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

- بوضياف الخيزر، الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، العدد 4، ديسمبر 2018، ص 103.

² - مونية جليل، دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، جوان 2017، ص 396، 397.

³ - حنان بوسلامة، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 47، جوان 2017،

وتخضع الملفات التي تدخل في اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعدية، طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

وهكذا يتضح لنا بأن المنظم الجزائري قد اتجه نحو ضمان المساواة والشفافية وفتح باب المنافسة الواسعة عن طريق تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اتخاذ قرار منح الصفقة أو الإقصاء منها، ومن هنا تبرز أهمية الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية وذلك من خلال الدور المنوط بها في التأكد من مدى التزام المصلحة المتعاقدة بالحياد والموضوعية والشفافية في اختيار المتعامل المتعاقد⁽¹⁾.

وقسم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 للجان المكلفة بالرقابة الخارجية إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة (1)، والقسم الثاني يتعلق باللجنة القطاعية للصفقات العمومية (2).

1- لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة:

تختص هذه اللجان بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها، ودراسة دفاتر الشروط والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون، حسب الشروط المحددة في المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽²⁾.

تتمثل هذه اللجان في اللجنة الجهوية للصفقات العمومية (أ)، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري (ب)، اللجنة الولائية للصفقات (ج)، اللجنة البلدية للصفقات (د)، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكلي غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري (هـ).

أ- اللجنة الجهوية للصفقات:

تختص اللجنة الجهوية للصفقات ضمن حدود المستويات المحددة في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حسب الحالة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط

¹ - محمد حمودي، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام -، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد الثاني، جوان 2019، ص 29.

² - المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، وتشكل من الوزير المعني أو ممثله، رئيساً، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، تحدّد قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني⁽¹⁾.

ب- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهياكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

وتختص هذه اللجنة ضمن حدود المستويات المحدّدة في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حسب الحالة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المذكورة في المادة 6 من نفس المرسوم الرئاسي، وتشكل هذه اللجنة من ممثل السلطة الوصية، رئيساً، المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، تحدّد قائمة الهياكل غير المركزية للمؤسسات العمومية الوطنية المذكورة أعلاه، بموجب قرار من الوزير المعني⁽²⁾.

ج- اللجنة الولائية للصفقات:

تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة، والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك المذكورة في المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك ضمن حدود المستويات المحدّدة في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي المادة 139 من هذا المرسوم، حسب الحالة، كما تختص كذلك بدراسة دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار

¹ - المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - المادة 172 من نفس المرسوم الرئاسي.

(20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات، كذلك تختص هذه اللجنة بدراسة ورقابة الملاحق التي ترمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتشكل هذه اللجنة من الوالي أو ممثله، رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، مدير التجارة بالولاية⁽¹⁾.

د- اللجنة البلدية للصفقات:

تختص اللجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة، في المادتين 139 و 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتشكل هذه اللجنة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا، ممثل عن المصلحة المتعاقدة، منتخبتين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)⁽²⁾.

ه- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

وهي تلك المؤسسات غير المذكورة في المادة 172 أعلاه، حيث تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة، في المادتين 139 و 173 من هذا المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتشكل هذه اللجنة من ممثل السلطة الوصية، رئيسا، المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثل منتخبتين عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، وعندما يكون عدد المؤسسات العمومية المحلية التابعة لقطاع واحد كبيرا، فإنه يمكن الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي

¹ - المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - المادة 174 من نفس المرسوم الرئاسي.

المعني، حسب الحالة، تجميعها في لجنة واحدة أو أكثر للصفقات العمومية، ويكون المدير أو المدير العام للمؤسسة العمومية عضوا فيها حسب الملف المبرمج⁽¹⁾.

وطبقا للمادة 177 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنه يتعين أن تعتمد لجنة صفقات المصلحة المتعاقد النظام الداخلي النموذجي الموافق عليه وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 183 من نفس المرسوم الرئاسي.

وبالرجوع إلى المادة 178 من المرسوم الرئاسي أعلاه، فإن الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقد تتوج بمقرر منح التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة، ويمكن الطعن في قرار رفض منح التأشيرة طبقا للآجال المحددة في المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وطبقا لهذه المادة فإن آجال الطعن محدّدة بعشرة (10) أيام، وتقوم لجنة الصفقات المختصة بإصدار قرارها في أجل خمسة عشر (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقد ولصاحب الطعن.

2- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

طبقا للمادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإنه تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود مستويات مالية معيّنة، أما المادة 180 فقد حدّدت صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات، والمتمثلة في مساعدة المصالح المتعاقد التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها، والمساهمة في تحسين ظروف مراقبة وصحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كما تختص اللجنة القطاعية للصفقات بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر، عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في إطار صلاحياتها لحساب دائرة وزارية أخرى⁽²⁾.

كما تختص اللجنة القطاعية للصفقات في مجال الرقابة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والطعون المنصوص عليها في المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمتعلقة بكل

¹ - المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - المادة 181 من نفس المرسوم الرئاسي.

المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني⁽¹⁾، كذلك اللجنة القطاعية للصفقات لها دور في المجال التنظيمي، فهي تقترح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف تحسين ظروف مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية، كما تقترح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل لجان الصفقات، المذكور في المادتين 177، 190 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتفصل اللجنة القطاعية للصفقات، في مجال الرقابة، في كل مشروع دفتر شروط أو صفقة أشغال أو صفقة لوازم أو صفقة خدمات أو صفقة دراسات، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حالة تجاوز المبلغ التقديري الإداري للحاجات أو الصفقة القيم المالية المنصوص عليها في المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وكذلك المواد المحال إليها من طرف هذه المادة، وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر منح أو رفض التأشيرة في أجل أقصاه خمسة وأربعون (45) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة، وآجال تقديم الطعون ودراستها تكون وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتصادق اللجنة القطاعية للصفقات على النظام الداخلي النموذجي الذي تتم الموافقة عليه بموجب مرسوم تنفيذي⁽²⁾.

ثالثا: رقابة الوصاية

تتمثل غاية وأهمية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع⁽³⁾، فالهدف من هذه الرقابة هو التأكد من تحقيق الفعالية وذلك بمنح المشروع لأحسن عارض، ما يضمن المحافظة على المال العام، لكن الملاحظ أن الرقابة الممارسة في الواقع هي سطحية ولا تقوم بالتحقيق في النجاعة المرجوة من إبرام الصفقات العمومية، والبعض من الباحثين ذهبوا إلى أن المنظم لم ينص على إلزامية هذه الرقابة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهذا ما سيؤثر لا شك على تحقيق الفعالية في مجال الصفقات العمومية⁽⁴⁾، لكن نحن نرى عكس ذلك، فبالرجوع إلى المادة 164 أعلاه، بفقراتها الأربعة (4)، لا نجد ما يفيد بأنها رقابة

¹ - المادة 182 من نفس المرسوم الرئاسي.

² - المادتين 189، 190 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

- بخصوص تشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات ورئيسها، وطريقة اجتماعاتها وعملها، يراجع المواد: من 185 إلى 188 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ - المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

⁴ - مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق، ص 135.

اختيارية، على العكس من ذلك لو تمعنا في هذه الفقرات جيدا سوف نجد أنها تحمل في طياتها إجراءات إجبارية.

المطلب الثاني

طرق وإجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام والرقابة عليها

تسعى الجماعات الإقليمية إلى البحث عن تقديم خدمات ذات نوعية عالية من أجل المساهمة في رد الاعتبار إلى المرفق العم المحلي⁽¹⁾، والذي يعتبر أكبر واجهة في نظر المواطن عن مدى مصداقية الدولة ومدى انسجام برامجها التنموية في تلبية حاجات المجتمع، لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 18-199 الذي يحدد كفاءات تفويض المرفق العام المحلي، كآلية جديدة نحو حوكمة المرافق العامة المحلية، وتم صياغة هذا النص التنظيمي بعد دخول المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيز التنفيذ، وذلك بغرض تشجيع المسيرين على المستوى المحلي على القيام باختيار نمط التسيير الأنسب، والتفاوض مع الشريك حول الشروط المثلى لتنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في أحسن الظروف وبأقل تكلفة⁽²⁾، كذلك الهدف المبتغى من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 هو التوجه نحو الفعالية، وإرساء قواعد جديدة غايتها تشجيع روح المبادرة وعصرنة طرق التسيير، والعمل على تقليص دور تدخل الجماعات الإقليمية في التسيير المباشر لحاجات المواطنين⁽³⁾، فالجماعات الإقليمية يمكنها اللجوء إلى أسلوب التفويض في مجالات التزويد بالمياه الصالحة للشرب، النقل المدرسي، الأسواق الجوارية، مواقف السيارات، وكل المجالات القابلة لتفويض، وهذا ما سيسمح بتسيير أفضل للجماعات الإقليمية عن طريق خلق الثروة من خلال تامين وتسيير المنشآت والمرافق المحلية⁽⁴⁾، وسنطرق من خلال هذا المطلب إلى طرق وإجراءات إبرام

¹-FRANGI Marc: Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable, in RA, N°328, 2002, p 410.

- AUTIN Jean-Louis: RIBOT Catherine: Droit administratif générale, Edition de Juris-calsseur, Paris, France, 2004, p177.

²- مونية حليل، تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنغست، العدد 4، جوان 2019، ص 93، 94.

³-CLAUDIE Boiteau, les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999, p 100.

⁴-AUBY (J.M): ROBERT (D.A) : Grand services publics et entreprises nationales, tome1 3^{ème} trimestres, PUF, Paris, France, 1969, p 208, 209.

- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دون طبعة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003، ص 356.

اتفاقيات تفويض المرفق العام (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نطرق إلى الرقابة على إجراءات الإبرام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طرق وإجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام

بالرجوع إلى المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، نجد أنها تنص: "تبرم اتفاقية تفويض المرفق العام وفقا لإحدى الصيغتين الآتيتين: - الطلب على المنافسة، الذي يمثل القاعدة العامة، - التراضي، الذي يمثل الاستثناء".

أولاً: إجراء الطلب على المنافسة

الطلب على المنافسة في اتفاقية تفويض المرفق العام - على خلاف المعمول به في الصفقات العمومية - يكون وطنياً فقط، طبقاً للمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، أما المقصود بالطلب على المنافسة فهو إجراء يهدف إلى الحصول على أفضل عرض، من خلال وضع عدة متعاملين في منافسة، بغرض ضمان المساواة في معاملتهم والموضوعية في معايير انتقائهم وشفافية العمليات وعدم التحيز في القرارات المتخذة، ويمنح تفويض المرفق العام للمتشرح الذي يقدم أفضل عرض، وهو ذلك الذي يقدم أحسن الضمانات المهنية والتقنية والمالية، حسب سلم التقييم المحدد في دفتر الشروط⁽¹⁾.

وطبقاً للمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 فإن الطلب على المنافسة يتم وفق مرحلتين:

1- المرحلة الأولى:

وتتمثل في الاختيار الأولي للمتشحين على أساس ملفات الترشح، ويجب أن تظهر الوثائق المكونة لملف الترشح والمحددة في الجزء الأول من دفتر الشروط، وعنوانه "دفتر ملف الترشح"، في لوح الإعلان عن العروض.

¹ - المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، سالف الذكر.

2- المرحلة الثانية:

تتمثل في دعوة المترشحين الذين تم انتقاؤهم أثناء المرحلة الأولى، إلى سحب دفتر الشروط، ويتضمن دفتر الشروط المتعلق بتفويض المرفق العام البنود التنظيمية والبنود التعاقدية، التي يجب أن توضح كيفية إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها، ويشمل دفتر الشروط جزأين:

أ- الجزء الأول عنوانه "دفتر ملف الترشيح":

يتضمن البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين، والوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا كيفية تقديمها، ويحدد هذا الجزء معايير اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة بالقدرات المهنية والقدرات التقنية والقدرات المالية.

ب- الجزء الثاني عنوانه "دفتر العروض":

ويتضمن البنود الإدارية والتقنية المتمثلة في كل المعلومات المتعلقة بكيفية تقديم العروض واختيار المفوض له، والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض، كما يتضمن كذلك (دفتر العروض) البنود المالية التي تحدد الترتيبات المتعلقة بالمقابل المالي لفائدة المفوض له، ولفائدة السلطة المفوضة، أو ذلك الذي يدفعه، عند الاقتضاء، مستعملو المرفق العام المعني بالتفويض، ويجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفية حسابها⁽¹⁾.

وعند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى، يعاد نفس الإجراء للمرة الثانية ووفق الأشكال نفسها، وفي حالة إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، تلجأ السلطة المفوضة إلى إجراء التراضي⁽²⁾، أما حالات إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الأولى وللمرة الثانية، فقد نصت عليها المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، والجدير بالذكر أنه في حالة استلام عرض واحد في حالة الطلب على المنافسة للمرة الثانية، ويتبين أنه عرض مطابق لدفتر الشروط، فإنه يكون قابل لمتابعة وإكمال الإجراءات.

¹ - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، سالف الذكر.

² - المادة 14 من نفس المرسوم التنفيذي.

ثانيا: إجراء التراضي

على غرار المعمول به في الصفقات العمومية، فإن إجراء التراضي في اتفاقية تفويض المرفق العام، يمكن أن يأخذ صيغة التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة طبقا للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

1- التراضي بعد الاستشارة:

طبقا للمادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإن التراضي بعد الاستشارة هو إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له من بين ثلاثة (3) مترشحين مؤهلين على الأقل، وطبقا للمادة 19 من المرسوم التنفيذي 18-199، فإن السلطة المفوضة تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة عند إعلان عدم جدوى الطلب على المنافسة للمرة الثانية، وكذلك عند تفويض بعض المرافق العمومية التي لا تستدعي إجراء الطلب على المنافسة، ويتم تحديد هذه المرافق العمومية بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالجماعات الإقليمية، وفي هذه الحالة يتم اختيار المفوض له ضمن قائمة تعدها مسبقا السلطة المفوضة، بعد التأكد من قدراتهم المالية والمهنية والتقنية التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام المعني.

2- التراضي البسيط:

طبقا للمادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإن التراضي البسيط إجراء تقوم من خلاله السلطة المفوضة باختيار مفوض له مؤهل لضمان تسيير مرفق عام، بعد التأكد من قدراته المالية والمهنية والتقنية، وطبقا للمادة 20 من نفس المرسوم التنفيذي، فإن اللجوء إلى التراضي البسيط يكون إما في حالة الخدمات التي لا يمكن أن تكون محل تفويض إلا لمرشح واحد يحتل وضعية احتكارية، وإما في الحالات الاستعجالية، وحسناً فعل المنظم الجزائري عندما قيّد المصلحة المتعاقدة بخصوص حالة الاستعجال، وذلك عندما حدّد هذه الحالات ضمن المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وبعد إجراءات الإشهار وإيداع العروض، المنصوص عليها في المواد 25 إلى 30 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، في جلسة علنية وفي مرحلة أولى، بفتح الأظرفة وتسجيل جميع الوثائق المقدمة من المترشحين، ثم تقوم هذه اللجنة في مرحلة ثانية وفي جلسة مغلقة، بدراسة ملفات الترشح ابتداء من

اليوم الموالي لجلسة فتح الأظرفة، على إثر هذه المرحلة تقوم اللجنة بإعداد قائمة المترشحين المقبولين الذين يستوفون شروط التأهيل، طبقاً للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة⁽¹⁾.

وطبقاً للمادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإنه يمكن لأي مترشح شارك في الطلب على المنافسة أو التراضي البسيط أو بعد الاستشارة، يحتج على قرار المنح المؤقت للتفويض أن يرفع طعناً لدى لجنة تفويضات المرفق العام المنصوص عليها في المادة 78، وذلك في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوماً، ابتداء من تاريخ إشهار قرار المنح المؤقت للتفويض، وتقوم لجنة تفويضات المرفق العام بدراسة ملف الطعن واتخاذ القرار المتعلق به في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوماً، ابتداء من تاريخ استلامها الطعن.

الفرع الثاني

رقابة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام

طبقاً للمادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، تخضع تفويضات المرفق العام لرقابة قبلية ورقابة بعدية، وزيادة على الرقابة الخارجية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يخضع تفويض المرفق العام لرقابة السلطة المفوضة، وبما أن هذه الدراسة تتعلق فقط بمرحلة إبرام العقود الإدارية دون مرحلة تنفيذها، فإن ما يهمنا هنا هو الرقابة قبلية على تفويضات المرفق العام، لأن هذه الرقابة هي التي تتعلق بمرحلة الإبرام، أما الرقابة البعدية فتتعلق بمرحلة التنفيذ، أي بعد إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، والتي تكون من اختصاص السلطة المفوضة، وهذا يخرج عن نطاق دراستنا، وبالرجوع إلى المادتين 75، 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإن الرقابة قبلية لتفويضات المرفق العام، تنقسم إلى رقابة قبلية داخلية (أولاً)، ورقابة قبلية خارجية (ثانياً).

أولاً: الرقابة قبلية الداخلية لتفويضات المرفق العام

تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية، بإنشاء لجنة لاختيار وانتقاء العروض، تقوم طبقاً لأحكام المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، باقتراح مترشح لتسيير المرفق العام، وتتكون هذه

¹ - لتفصيل أكثر بخصوص إجراءات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، يراجع المواد: من 31 إلى 41 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، سالف الذكر

اللجنة من ستة (6) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعيّنهم مسؤول السلطة المفوض، ويمكن اللجنة أن تستعين بكل شخص يمكنه بحكم كفاءاته أن يديرها في أشغالها، ويتم اختيار أعضاء اللجنة نظرا لكفاءاتهم لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد⁽¹⁾.

ولجنة اختيار وانتقاء العروض لديها مهام عند فتح العروض (1)، كما لديها مهام عند فحص ملفات التعهد (2)، ولديها مهام عند فحص العروض (3)، وأخيرا لديها مهام عند المفاوضات (4).

1- مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فتح العروض:

وهي المهام المنصوص عليها في المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ومن أهمها:

- التأكد من تسجيل ملفات التعهد أو العروض في سجل خاص، القيام بفتح الأظرفة،
- إعداد القائمة الاسمية للمترشحين أو المترشحين الذين تمّ انتقاؤهم، حسب الحالة، وتاريخ وصول الأظرفة، إعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل ملف تعهد أو عرض، إضافة إلى مهام أخرى منصوص عليها في المادة 77 أعلاه.

2- مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فحص ملفات التعهد:

تقوم اللجنة في هذه المرحلة بالمهام التالية:

- دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمترشحين، وكذا كفاءاتهم وقدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفق العام، حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط،
- إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط،
- إعداد قائمة المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم وتبليغها للسلطة المفوضة، إضافة إلى مهام أخرى نصت عليها المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

3- مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند فحص العروض:

تقوم اللجنة في هذه المرحلة بالمهام التالية:

¹ - المادتين 75، 76 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، سالف الذكر.

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا،
- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط،
- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط مرتبة ترتيبا تفضيليا، إضافة إلى مهام أخرى نصت عليها المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

4- مهام لجنة اختيار وانتقاء العروض عند المفاوضات:

تقوم اللجنة في هذه المرحلة بالمهام التالية:

- دعوة المترشح أو المترشحين الذين تم انتقاؤهم، المعنيين بالمفاوضات، عن طريق مسؤول السلطة المفوض،
- التفاوض مع كل مترشح معني بالمفاوضات ، كل على حدة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحددة في المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199،
- إعداد مضر المفاوضات على إثر كل جلسة تفاوض،
- تحرير محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيبا تفضيليا،
- اقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض، على السلطة المفوضه لمنحه التفويض.

ثانيا: الرقابة القبلية الخارجية لتفويضات المرفق العام

تقوم السلطة المفوضه في إطار الرقابة الخارجية، بإنشاء لجنة تفويضات المرفق العام، يُحدّد النظام الداخلي لهذه اللجنة بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضه، وذلك طبقا لنص المادة 78 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، وتشكل لجنة تفويضات المرفق العام من عدة أعضاء بعنوان عدة إدارات عمومية (1)، كما لها مهام مهمة (2).

1- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام:

تشكل لجنة تفويضات المرفق العام من أعضاء بعنوان الولاية (أ)، كما تشكل من أعضاء بعنوان البلدية (ب).

أ- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام بعنوان الولاية:

تشكل اللجنة بعنوان الولاية من الأعضاء التالية:

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا،
- ممثلين (2) عن السلطة المفوضّة،
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأملاك الوطنية.

ب- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام بعنوان البلدية:

تشكل اللجنة بعنوان البلدية من الأعضاء التالية:

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،
 - ممثلين (2) عن السلطة المفوضّة، ممثل عن المجلس الشعبي البلدي،
 - ممثل عن المصالح غير الممركزة للأملاك الوطنية، ممثل عن المصالح غير الممركزة للميزانية.
- ويتم تعيين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضّة، بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها، لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد⁽¹⁾.

2- مهام لجنة تفويضات المرفق العام:

طبقا للمادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 تكلف لجنة تفويضات المرفق العام بالمهام

الآتية:

- الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط،
- الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام، وذلك من خلال مراقبة الإجراءات المتبعة في اختيار المفوض له،
- الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام،

¹ - المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 سالف الذكر.

- منح التأشيرات اللازمة للاتفاقيات المبرمة،

- دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها.

وبعد أن بيّنا الجهات المختصة بالرقابة على الصفقات العمومية، والجهات المختصة بالرقابة على تفويضات المرفق العام، فإنه يوجد جهة رقابة مشتركة بين الصفقات والتفويضات، تسمى بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث جاء في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير، وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات. تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية:

- إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وتصدر بهذه الصفة، رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية لنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين،

- إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

- المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا،

- تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة،

- تشكيل مكان للتشاور، في إطار مرصد الطلب العمومي،

- التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام، وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة،

- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب،

- تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية،

- إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام. يحدّد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام بموجب مرسوم تنفيذي".

وهكذا في ختام هذا الباب نكون قد تطرقنا إلى أهم الآليات الوقائية الدولية لمحاربة ظاهرة الفساد

لاسيما في مجال إبرام العقود الإدارية، وذلك من خلال التطرق إلى أهم المعاهدات والاتفاقيات

والمنظمات الدولية ذات الصلة بالوقاية من الفساد، كذلك من خلال هذا الباب كنا قد تطرقنا إلى أهم الآليات الوقائية التي وفرها المشرع الجزائري لأخلفة العمل الإداري عموما، وضمن الشفافية في إبرام العقود الإدارية خصوصا، وذلك عن طريق إعطاء أهمية كبيرة للعون القائم بعملية الإبرام، سواء من حيث تكوينه أو من حيث تحسين ظروفه الوظيفية، أو من حيث إخضاعه لقواعد قانونية صارمة، أو من حيث حمايته من الأوامر الرئاسية غير المشروعة الصادرة من رئيسه الإداري، كذلك تطرقنا إلى الآليات الوقائية التنظيمية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، لاسيما من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذي رقم 18-199، وذلك بالتطرق إلى أهم مبادئ وطرق وإجراءات الإبرام، والهياكل المكلفة بالرقابة على مدى صحة هذه الإجراءات، هذا بخصوص الآليات الوقائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية.

ومن خلال الباب الثاني، سوف نتطرق إلى الآليات الردعية لتجسيد الشفافية، من خلال التطرق إلى الرقابة المؤسساتية على إجراءات الإبرام، سواء المؤسسات الرقابية الدستورية، المنصوص عليها في الدستور، أو المؤسسات الرقابية القانونية المنصوص عليها في القوانين.

ثم نتطرق بعد ذلك إلى الرقابة القضائية على إجراءات الإبرام، سواء رقابة القاضي الإداري الاستعجالي، أو رقابة القاضي الجزائي.

الباب الثاني

الآليات الرديعية لتجسيد الشفافية في

إبرام العقود الإدارية

الباب الثاني

الآليات الردعية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

كنا قد تطرقنا في الباب الأول إلى أهم الآليات الوقائية التي جاء بها سواء المؤسس أو المشرع أو المنظم الجزائري، وهي عبارة عن ضمانات تجسد النزاهة والشفافية والحياد والموضوعية أثناء إجراءات إبرام العقود الإدارية، سواء كانت ضمانات تتعلق بالموظف القائم بعملية الإبرام، أو ضمانات تتعلق بعملية الإبرام في حد ذاتها.

وفي هذا الباب سنطرق إلى الآليات الردعية لتجسيد الشفافية، وذلك عن طريق التطرق لمختلف الجهات والهيئات المكلفة بالرقابة على الأموال العمومية في مجال العقود الإدارية، أو المكلفة بالرقابة على تجسيد المنافسة التريهة أثناء عملية إبرام هذه العقود، سواء كانت هذه الهيئات تتمثل في سلطات إدارية مستقلة، أو هيئات مالية، أو هيئات مكلفة بالبحث والتحري عن جرائم الفساد في مجال العقود الإدارية، أو الهيئات القضائية سواء الإدارية أو الجزائية.

وسوف نحاول التطرق من خلال هذا الباب إلى الآليات المؤسساتية أو ما يعرف بالرقابة المؤسساتية على تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الأول)، ثم نتطرق إلى الآليات القضائية أو ما يعرف بالرقابة القضائية على تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (الفصل الثاني).

الفضلك الأول

الرقابة المؤسسية على تجسيد
الشفافية في إبرام العقود الإدارية

الفصل الأول

الرقابة المؤسساتية على تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

تلعب الهيئات المتخصصة التي استحدثها المشرع الجزائري بمناسبة إصداره لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أو حتى تلك التي كانت موجودة قبل إصدار هذا القانون، دورا فعلا في مجال الوقاية من جرائم العقود الإدارية، لاسيما الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام، نظرا لما تتمتع به من صلاحيات وقائية ورقابية وردعية، إضافة إلى دورها التحسيسية في مجال مكافحة الفساد في جميع القطاعات⁽¹⁾، وبغرض تنفيذ الإستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد تم استحداث هيئات ذات طابع إداري وأخرى ذات طابع قضائي، من شأنها الحد من انتشار جرائم الفساد المالي لاسيما المتعلق بالصفقات العمومية، وذلك نظرا لاستشعار الإرادة السياسية في الدولة بالأبعاد الخطيرة التي يمكن أن تؤدي إليها هذه الجرائم من الناحية الاقتصادية⁽²⁾.

والرقابة المؤسساتية على مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية، هي عبارة عن مؤسسات تباشر الرقابة القبلية والبعدية على حركة الأموال العامة، لاسيما في النفقات المتعلقة بالصفقات، والإيرادات المتعلقة بالتفويضات، حيث تنص المادة 10 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم: "تتخذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، و لاسيما على مستوى القواعد المتعلقة بإعداد ميزانية الدولة وتنفيذها".

وهذه الآليات المؤسساتية قد يكون منصوص عليها في الدستور، كما قد يكون منصوص عليها في التشريع، لذلك سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى الآليات المؤسساتية الدستورية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى الآليات المؤسساتية القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية (المبحث الثاني).

¹ - كعبيش بومدين، الحماية الجزائرية للصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2017-2018، ص 211.

² - المرجع نفسه، ص 212.

المبحث الأول

الآليات المؤسساتية الدستورية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

المقصود بالآليات المؤسساتية الدستورية، الهيئات الرقابية والاستشارية المنصوص عليها في الدستور، فبالرجوع إلى المادة 181 من الدستور الجزائري نجد أنها تنص: "المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وفي ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها"، والتي أصبحت المادة 192 بموجب مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020، من خلال هذه المادة التي جاءت تحت عنوان: "الرقابة"، لاسيما في شقها الثاني المتعلق بالرقابة على ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها، يتبين لنا أن المؤسس الدستوري قد أنشأ مؤسسات دستورية وأجهزة للرقابة مكلفة بإضفاء الشفافية في تسيير الأموال العمومية، ومن أهم المؤسسات الدستورية الرقابية على الأموال العمومية لاسيما في مجال العقود الإدارية، مجلس المحاسبة (المطلب الأول)، وفي نفس الوقت هناك مؤسسات دستورية استشارية تتولى على الخصوص مهمة اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد، لاسيما المتعلق بالعقود الإدارية، ومن أهم هذه المؤسسات الدستورية الاستشارية في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مجلس المحاسبة كمؤسسة دستورية رقابية على الأموال العمومية في العقود الإدارية

تكمن المهام الأساسية لمجلس المحاسبة في تشجيع الاستخدام القانوني والفعال للموارد والوسائل والأموال العمومية، وترقية إجبارية تقديم الحسابات والشفافية والمساهمة في تعزيز الوقاية ومحاربة جميع أشكال الغش والممارسات غير القانونية وغير الشرعية، يتمتع مجلس المحاسبة باختصاص إداري وقضائي، وله اختصاص شامل في مجال الرقابة على كل مصالح الدولة، والجماعات الإقليمية، والهيئات والمؤسسات والمرافق العمومية، مما كانت طبيعتها، كما يستشار المجلس في مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بالمالية العمومية⁽¹⁾.

¹ - التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2019، ج ر عدد (75)، الصادرة بتاريخ 4 ديسمبر 2019، ص 5.

وستتطرق من خلال هذا المطلب إلى الطبيعة القانونية لمجلس المحاسبة (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى رقابة مجلس المحاسبة في مجال العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لمجلس المحاسبة

يعتبر المرسوم رقم 63-127، المتضمن مصالح وزارة المالية⁽¹⁾، أول نص قانوني أشار إلى إنشاء مجلس المحاسبة كهيئة تابعة لوزارة المالية، ولعل أول ملاحظة يمكن إبدائها حول نشأة مجلس المحاسبة باعتباره جهاز رقابي، هو أن وظيفة الرقابة المالية في الجزائر منذ الاستقلال إلى غاية 1976 كانت تابعة لوزارة المالية، وبصدور دستور سنة 1976، كرّس إنشاء مجلس المحاسبة بموجب المادة 190 منه، ومنح له صلاحيات متنوعة من جهة أخرى باعتباره المؤسسة الدستورية الجديدة والعليا للرقابة البعدية للأموال العمومية⁽²⁾، وتم تأسيسه بموجب القانون رقم 80-05، يتعلق بممارسة وظيفة الرقابة المالية من طرف مجلس المحاسبة⁽³⁾، هذا القانون الذي منح دورا هاما لمجلس المحاسبة من خلال الصلاحيات الإدارية والقضائية الواسعة التي أوكلت له، فأعترف هذا القانون بصفة القاضي لأعضاء مجلس المحاسبة⁽⁴⁾.

أما القانون رقم 90-32، المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره⁽⁵⁾، والذي جاء مباشرة بعد دستور 23 فيفري 1989⁽⁶⁾، ألغى الصلاحيات القضائية لمجلس المحاسبة، كما أقصى من صلاحياته الإدارية الرقابة على المؤسسات الاقتصادية العمومية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري⁽⁷⁾.

¹ - مرسوم رقم 63-127، مؤرخ في 19 أفريل 1963، المتضمن مصالح وزارة المالية، ج ر عدد (23)، لسنة 1963 (ملغى).

² - أحمد بلودين، مجلس المحاسبة في الدستور الجزائري بين السلطة والحرية، د ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 59.
- خليدة طلاش، دور مجلس المحاسبة في الرقابة على نفقات الصفقات العمومية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 4 العدد 1، جانفي 2017، ص 406.

³ - القانون 80-05، مؤرخ في 01 مارس 1980، يتعلق بممارسة وظيفة الرقابة المالية من طرف مجلس المحاسبة، ج ر عدد (10)، الصادرة بتاريخ 04 مارس 1980 (ملغى).

⁴ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - تنظيم واختصاص القضاء الإداري -، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 233.

⁵ - قانون رقم 90-32، مؤرخ في 4 ديسمبر 1990، يتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، ج ر عدد (53)، الصادرة بتاريخ 5 ديسمبر 1990 (ملغى).

⁶ - حيث جاء في المادة 601 من دستور 1989: "يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية".

⁷ - الموقع الإلكتروني لمجلس المحاسبة www.ccomptes.dz تاريخ الإطلاع 2020/02/06، على الساعة: 17:00.

ثم صدر الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم⁽¹⁾، الذي حوّل مجلس المحاسبة صلاحيات إدارية وصلاحيات قضائية، ومنحه اختصاص شامل للرقابة على كل الأموال العمومية، وهكذا يكون الأمر رقم 95-20، المعدل والمتمم، قد أعاد لمجلس المحاسبة صلاحياته القضائية، التي انتزعت منه بموجب القانون رقم 90-32، الأمر الذي حوّل مجلس المحاسبة توقيع الجزاءات دون اللجوء إلى القضاء⁽²⁾، كما صدر النظام الداخلي لمجلس المحاسبة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-377⁽³⁾، الذي حدّد هياكل المجلس، وتنظيمه، وعمله.

وقد جاء في المادة 170 من دستور 1996: "يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية. يعدّ مجلس المحاسبة تقريرا سنويا يرفعه إلى رأس الجمهورية. يحدّد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته"

وليس من السهل على الإطلاق الفصل في طبيعة مجلس المحاسبة على أنه هيئة قضائية أو هيئة إدارية⁽⁴⁾، فلا هو هيئة قضائية بحتة، ولا هو هيئة إدارية محضة، مما جعل البعض يصنّفه على أنه من الهيئات القضائية المتخصصة، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 3 من الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم: "مجلس المحاسبة مؤسسة تتمتع باختصاص إداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة إليه..."، ولعل أهم ما يميزه عن باقي الهيئات التي تضطلع بمهمة الكشف عن التجاوزات المالية:

أولا: طابعه الدستوري

فقد ارتأى المؤسس الدستوري دسترة هذه الهيئة لدورها الرقابي الكبير على مؤسسات الدولة، لذلك تم النص عليه في الدستور تحت عنوان: "الرقابة".

¹ - أمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 يوليو 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد (39)، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ أول سبتمبر 2010.

² - أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص 62.

³ - مرسوم رئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المتعلق بالنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج ر عدد (72)، الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 1995.

⁴ - رمزي حوحو، ضمانات وآليات حماية المال العام من الفساد، الملتقى الدولي الخامس عشر حول: الفساد وآليات مكافحته في الدول المغاربية، محبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، محبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، المنعقد يومي 13/14 أفريل 2015، ص 447.

ثانيا: تمتعه بالاستقلالية والحياد

تمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية أمر ضروري وذلك ضمانا للحياد والموضوعية والفعالية في القيام بمهامه، وهو ما جاء في الفقرة 2 من المادة 3 من الأمر رقم 95-20، المعدل والمتمم: "...وهو يتمتع بالاستقلال الضروري، ضمانا للموضوعية والحياد والفعالية في أعماله"⁽¹⁾.

ثالثا: تمتع قضاة مجلس المحاسبة بمجموعة من الضمانات

وهي الضمانات التي تساعدهم على أداء مهامهم بكل استقلالية، ومنها تمتع قاضي مجلس المحاسبة بالحماية من جميع أشكال الضغوط أو التدخل أو المناورة التي من شأنها أن تعرقه في القيام بمهامه، كذلك واجب الدولة في حماية قاضي مجلس المحاسبة من التهديدات والإهانات أو السب أو القذح أو الاعتداءات مهما يكن نوعها، والتي قد يتعرض لها أثناء قيامه بوظائفه أو بمناسبة ذلك، كذلك حق الاستقرار مضمون لقاضي مجلس المحاسبة الذي مارس عشر (10) سنوات من الخدمة الفعلية، ولا يجوز أن يكون قاضي مجلس المحاسبة موضوع تحويل يترتب عنه تغيير الإقامة المهنية دون موافقته، إلا إذا قرّر مجلس المحاسبة ذلك مراعاة لضرورة المصلحة، كما يستفيد قاضي مجلس المحاسبة من الامتياز القضائي الممنوح لقضاة المحكمة العليا⁽²⁾.

رابعا: الإصلاحات التي مست مجلس المحاسبة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016

نتيجة الفضائح المالية التي عرفت الجزائر كقضية سوناطراك 1، سوناطراك 2، والصفقات المشبوهة التي عرفت هاتين القضيتين، وأمام عدم قدرة مجلس المحاسبة عن مواجهة هذه الفضائح المالية، نظرا لتمتعه بصلاحيات جد محدودة من جهة، وعدم تمتعه بالاستقلالية فعلية من جهة ثانية، وتعطيل مهامه عمدا لخدمة مصالح ضيقة لفئة معينة من جهة ثالثة، جاء التعديل الدستوري لسنة 2016، الذي أحدث إصلاح جذري في هذه المؤسسة الدستورية المهمة، حيث نصت المادة 192 من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016: "يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية ويكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وكذلك رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

¹ - زقاي حميد، قفطاش شكري، دور مجلس المحاسبة في مكافحة جرائم الصفقات العمومية، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المركز الجامعي تيسمسيلت، العدد 16، ديسمبر 2016، ص 226.

² - المواد 8، 9، 11، من الأمر رقم 95-23، مؤرخ في 26 أوت سنة 1995، يتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج ر عدد (48)، الصادرة بتاريخ 3 سبتمبر 1995.

يساهم مجلس المحاسبة في تطوير الحكم الراشد والشفافية في تسيير الأموال العمومية، يُعد مجلس المحاسبة تقريرا سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية وإلى رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول. يحدّد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته وكذا علاقاته بالهيئات الأخرى في الدولة المكلفة بالرقابة والتفتيش"، أصبحت المادة 208 بموجب مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020.

من خلال الإصلاحات التي تم إدخالها على مجلس المحاسبة بموجب المادة 192 من التعديل الدستوري لسنة 2016، يتضح لنا أنه كانت هنالك رغبة أو نية في إعادة تفعيل مهام مجلس المحاسبة في مجال الرقابة على الأموال العمومية، فأول نقطة مهمة جاءت بها المادة 192، هي النص على أن مجلس المحاسبة يتمتع بالاستقلالية، وهذا لم يكن منصوص عليه في المادة 170 قبل تعديل 2016، ثاني نقطة مهمة أدخلتها المادة 192 على مجلس المحاسبة، هي توسيع الاختصاص لتصبح رقابة مجلس المحاسبة على رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، وهذا كانت نتيجة الفساد الذي نخر المؤسسات العمومية الاقتصادية، ثالث تعديل مهم يتعلق بمجلس المحاسبة، هو النص على مساهمته في تطوير الحكم الراشد والشفافية في تسيير الأموال العمومية، وهذا الدور لم تشر إليه إطلاقا المادة 170 قبل تعديل 2016، رابع نقطة مهمة مست مجلس المحاسبة والتي نراها من بين أهم التعديلات التي تم إدخالها على مجلس المحاسبة، تتمثل في توسيع الجهات التي يرفع إليها تقرير المجلس، فبعدما كان مجلس المحاسبة يرفع تقريره السنوي إلى رئيس الجمهورية فقط، وذلك بموجب المادة 170 قبل تعديل 2016، فبعد تعديل 2016 نصت المادة 192 على أن مجلس المحاسبة يُعد تقريرا يرفعه كذلك إلى رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، وهذا بهدف توسيع جهات الرقابة على تسيير الأموال العمومية، لكن ما يعاب على المادة 192 أنها لم تتضمن مصطلح يفيد بالزامية رفع التقرير إلى هذه الجهات، والأخطر من ذلك أن المادة 192 لم تتضمن الجزاء الدستوري عن عدم رفع التقرير إلى هذه الجهات، لذلك نلتمس من لجنة الخبراء المكلفة بإعداد مسودة التعديل الدستوري، أن تضع هذه النقطة ضمن مسودتها، قبل إحالتها على رئيس الجمهورية، لأن مسألة الجزاء الدستوري هي مسألة مهمة، فنحن من جانبنا نرى أن القاعدة الدستورية غير المقترنة بالجزاء، هي قاعدة شكلية فقط.

الفرع الثاني

رقابة مجلس المحاسبة في مجال العقود الإدارية

يمارس مجلس المحاسبة نوعين من الرقابة في مجال العقود الإدارية - لاسيما الصفقات العمومية -، الرقابة الإدارية، والرقابة القضائية.

أولاً: الرقابة الإدارية لمجلس المحاسبة على العقود الإدارية

حيث يقوم المجلس بالتحقيق في مدى التنفيذ الجيد لميزانية الدولة، وفي نفس الوقت مراقبة مشروعية وفعالية تسيير إيرادات الدولة، وفي هذا الصدد جاء نص الفقرة الأولى من المادة 6 من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم: " يكلف مجلس المحاسبة في ممارسة الصاحيات الإدارية المخوَّلة إياه برقابة حسن استعمال الهيئات الخاضعة لرقابته، للموارد والأموال والقيم والوسائل المادية العمومية، وقيِّم نوعية تسييرها من حيث الفعالية والأداء والاقتصاد، ويوصي في نهاية تحرياته وتحقيقاته، بكل الإجراءات التي يراها ملائمة من أجل تحسين ذلك..."، ولا شك أن جل هذه الأموال هي المرصودة في شكل صفقات عمومية، نظراً للأموال الطائلة المرصودة لها، ويسمى هذا النوع من الرقابة برقابة نوعية التسيير، أو رقابة الأداء، وفي هذا الإطار يتأكد مجلس المحاسبة وجود على مستوى الإدارات الخاضعة لرقابته، لأنظمة وإجراءات تضمن نظامية تسيير مواردها وحماية ممتلكاتها، وبهذه الصفة يقدم مجلس المحاسبة كل التوصيات التي يراها ملائمة لتدعيم آليات الوقاية والحماية والتسيير الأمثل للمال العام والممتلكات العمومية⁽¹⁾.

ومن أهم النتائج المترتبة على استعمال مجلس المحاسبة لصلاحياته في مجال العقود الإدارية - لاسيما الصفقات العمومية - هو إعداد مذكرات التقييم النهائية ويُصدر كل التوصيات والاقتراحات بغرض تحسين فعالية مردود تسيير المصالح والهيئات المعنية، ويقوم بإرسالها إلى السلطات الرئاسية لهذه المصالح أو السلطات الوصائية⁽²⁾.

¹ - المادة 69 من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، سالف الذكر، المعدلة بموجب المادة 18 من الأمر رقم 10-02، سالف الذكر.

² - سامية شويخي، أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الإسلامي في الرقابة على المال العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 95.

كما تتوج الرقابة الإدارية لمجلس المحاسبة على الأموال العمومية بصفة عامة، وعلى الأموال العمومية في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، بإعداد التقرير السنوي الذي يرفعه إلى رئيس الجمهورية وإلى رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، حيث يتم الإشارة في هذا التقرير إلى أهم النقائص التي شابت مجال إبرام العقود الإداري، وهكذا يمكن لرئيس الجمهورية بناءً على هذا التقرير أن يقوم بموائية المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات والتفويضات مع ما جاء في التقرير، كما يمكن لأعضاء البرلمان استجواب الحكومة بناءً على هذا التقرير، كما يمكن لأعضاء البرلمان كذلك أن يوجهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى عضو الحكومة المعني قطاعه بالتقرير الذي أعده مجلس المحاسبة، كما يمكن لكل غرفة من البرلمان أن تنشئ لجان تحقيق بناءً على هذا التقرير، وهذه الرقابة تكون بناءً على المواد 151، 152، 180 من الدستور، أما بخصوص الوزير الأول فيمكنه هو الآخر تدارك النقائص الذي أوضحها تقرير مجلس المحاسبة عن طريق موائية المراسيم التنفيذية في مجال العقود الإدارية مع ما جاء في هذا التقرير، كما يمكنه توجيه تعليمات لأعضاء حكومته من خلال اجتماعات الحكومة، من أجل تدارك النقائص التي بينها تقرير مجلس المحاسبة.

وتتمثل النتائج الإدارية المترتبة عن تحريات مجلس المحاسبة فيما يلي:

- 1- **مذكرة التقييم:** عقب مراقبة نوعية التسيير، يضبط مجلس المحاسبة تقييماته النهائية، ويصدر كل التوصيات والاقتراحات بغرض تحسين فعالية ومردود تسيير المصالح والهيئات المعنية، ويرسلها إلى الوزراء، وإلى السلطات الإدارية المعنية.
- 2- **رسالة رئيس الغرفة:** يتم تبليغ الهيئات التي خضعت للرقابة بملاحظات مجلس المحاسبة، بغرض اتخاذ التدابير التي يتطلبها تسيير صحيح للأموال العمومية.
- 3- **الإجراء المستعجل:** إذا استوجب الأمر إطلاع السلطات السلمية أو السلطات الوصية بالوقائع أو المخالفات، يخطر رئيس مجلس المحاسبة كل هؤلاء عن طريق إجراء استعجالي.

4- المذكرة المبدئية: يُطَّلَعُ رئيس مجلس المحاسبة السلطات الوصية للمصالح أو الهيئات التي خضعت للرقابة، عن طريق مذكرة مبدئية بالنقائص المسجلة في مجال تطبيق النصوص التي تسري على تسيير الأموال العمومية⁽¹⁾.

ثانيا: الرقابة القضائية لمجلس المحاسبة على العقود الإدارية

تتمثل الرقابة القضائية لمجلس المحاسبة على العقود الإدارية في استعمال عدة سلطات وصلاحيات تتمثل فيما يلي:

1- حق الاطلاع وسلطة التحري:

وتتم هذه الرقابة من خلال فحص سجلات ودفاتر ومستندات وبيانات التحصيل، ويتحقق مجلس المحاسبة من عدم مخالفة الهيئات الإدارية أو المصالح المتعاقدة، للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما يبحث عن الأخطاء العمدية التي أدت إلى تبيد الأموال العمومية، وذلك من خلال مراقبة إبرام العقد الإداري وكيفية اختيار المتعامل المتعاقد، إضافة إلى التأكد من وجود الاعتماد المالي المخصص لهذا العقد، كما يحق لمجلس المحاسبة طبقا للمادة 55 من الأمر رقم 95-20، المعدل والمتمم، أن يطلع على كل الوثائق والمستندات التي من شأنها تسهيل رقابة العمليات المالية والمحاسبة اللازمة لتقييم تسيير المصالح أو الهيئات الخاضعة لرقابته، وله في ذلك أن يجري كل التحريات الضرورية من أجل الإطلاع على المسائل المنحزة، بالاتصال مع إدارات ومؤسسات القطاع العام⁽²⁾.

2- تقييم حسابات المحاسبين العموميين ومراجعتها:

يتعين على كل محاسب عمومي أن يودع حسابه عن التسيير لدى كتابة ضبط مجلس المحاسبة، ويضع معه كل الوثائق الثبوتية لحسابات التسيير، يتولى المراجعة مقرر يعين من طرف رئيس الغرفة المتخصصة بمساعدة قضاة آخريين أو مساعدين تقنيين في مجلس المحاسبة، ليقوم بالتدقيق في الحسابات والوثائق، وتمارس عملية الفحص والمراجعة هذه إما على مستوى الهيئة محل الرقابة، وإما في مقر المجلس استناداً للسجلات والوثائق المحاسبية، وقد يكون فجائي أو بعد التبليغ.

¹ - الموقع الإلكتروني لمجلس المحاسبة: www.ccomptes.dz تاريخ الإطلاع: 2020/02/15، على الساعة 17:30.

² - زقاي حميد، قلفاط شكري، مرجع سابق، ص 227.

وبعد انتهاء المقرر من التدقيق في الحسابات والوثائق المرتبطة بالعملية، يدون نتائج ملاحظاته، يقوم رئيس الغرفة بعدها بإرسال التقرير إلى الناظر العام، ليقدم استنتاجاته الكتابية، ويعرض الملف بعدها على هيئة المداولة للنظر والبحث فيه بقرار نهائي إن لم يسجل أية مخالفة على مسؤولية المحاسب، وبقرار نهائي في الحالات العكسية، وفي هذه الحالة الأخيرة يبلغ القرار المؤقت إلى المحاسب المعني، وله أجل شهر من تاريخ التبليغ لإرسال إجابته إلى مجلس المحاسبة، مرفقة عند الاقتضاء بكل المستندات الثبوتية لإبراء ذمته مع إمكانية تمديد أجل الشهر بطلب معلل من المحاسب العمومي⁽¹⁾.

وفي حالة تأخر المحاسب العمومي في إيداع الحسابات أو عدم إرسال الوثائق والمستندات الثبوتية أو عدم تقديمها، يمكن مجلس المحاسبة أن يصدر غرامة مالية تتراوح بين 5.000 دج و 50.000 دج ضد المحاسب المتسبب في ذلك، ويمكن مجلس المحاسبة أن يرسل إلى المحاسب أمرا بتقديم حسابه في الأجل الذي يحدده، إذا انقضى هذا الأجل المحدد يطبق مجلس المحاسبة إكراهها ماليا على المحاسب قدره 500 دج عن كل يوم تأخير لمدة لا تتجاوز ستين (60) يوما⁽²⁾، كذلك كل رفض تقديم أو إرسال الحسابات والمستندات والوثائق إلى مجلس المحاسبة عند إجراء التدقيقات والتحقيقات، يعرض مرتكبه لغرامة مالية تتراوح بين 5.000 دج و 50.000 دج⁽³⁾.

3- رقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية:

تعتبر مخالفات لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، تلك التي تشكل خرقا صريحا للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تسري على استعمال وتسيير الأموال العمومية أو الوسائل المادية، وتُلحق ضررا بالخيرينة العمومية أو بمهينة عمومية، ويمكن لمجلس المحاسبة في هذا الإطار أن يعاقب على المخالفات التالية: - خرق الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بتنفيذ الإيرادات والنفقات، - استعمال الاعتمادات أو المساعدات المالية التي تمنحها الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية، أو الممنوحة بضمان منها، لأهداف غير الأهداف التي منحت من أجلها صراحة، - الالتزام بالنفقات دون توفر الصفة أو السلطة، أو خرقا للقواعد المطبقة في مجال الرقابة القبيلية، - الالتزام بالنفقات دون توفر

¹ - نادبة تياب، مرجع سابق، ص 330.

² - المادة 61 من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، سالف الذكر، المعدلة بموجب المادة 15 من الأمر رقم 10-02، سالف الذكر.

³ - المادة 68 من نفس الأمر، المعدلة بموجب المادة 17 من الأمر رقم 10-02، سالف الذكر.

- إلهام قارة تركي، الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 1 العدد 1، مارس 2016، ص 70.

الاعتمادات، أو تجاوز الترخيصات الخاصة بالميزانية، - خصم نفقة بصفة غير قانونية من أجل إخفاء، إما تجاوزا ما في الاعتمادات، وإما تغييرا للتخصيص الأصلي للالتزامات أو القروض المصرفية الممنوحة لتحقيق عمليات محدّدة، - تنفيذ عمليات النفقات الخارجة بشكل واضح عن هدف أو مهمة الهيئات العمومية، -الرفض غير المؤسس للتأشيرات أو العراقيل الصريحة من طرف هيئات الرقابة القبلية، أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية، -عدم احترام الأحكام القانونية أو التنظيمية المتعلقة بمسك الحسابات وسجلات الجرد، والاحتفاظ بالوثائق والمستندات الثبوتية، -التسيير الخفي للأموال أو القيم أو الوسائل أو الأملاك العامة، - أعمال التسيير التي تتم باختراق قواعد إبرام وتنفيذ العقود التي ينص عليها قانون الصفقات العمومية⁽¹⁾، وفي هذه الحالة الأخيرة نلتمس من المشرع إضافة اتفاقيات تفويضات المرفق العام.

يُعاقب مرتكبي هذه المخالفات بغرامة يصدرها مجلس المحاسبة، ولا يمكن أن يتعدى مبلغ الغرامة المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند تاريخ ارتكاب المخالفة، كما لا يمكن الجمع بين الغرامات المحكوم بها إلا في حدود المبلغ الأقصى للمرتب السنوي الإجمالي أعلاه⁽²⁾، كما أنه لا يمكن لمجلس المحاسبة إصدار الغرامات في مجال الانضباط في تسيير الميزانية والمالية، إذا تمت معاينة الخطأ بعد مضي عشر (10) سنوات من تاريخ ارتكاب الخطأ⁽³⁾.

ودون المساس بالمتابعات الجزائية، يعاقب مجلس المحاسبة بغرامة يُصدرها في حق كل مسؤول أو عون أو ممثل أو قائم بالإدارة في هيئة عمومية خاضعة لرقابة مجلس المحاسبة، خرق حكما من الأحكام التشريعية أو التنظيمية أو تجاهل التزاماته لكسب امتياز مالي أو عيني غير مبرّر، لصالحه أو لغيره على حساب الدولة أو هيئة عمومية، وفي هذه الحالة يصبح الحد الأقصى للغرامة ضعف المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه العون المعني عند تاريخ ارتكاب المخالفة⁽⁴⁾.

¹ - المادة 88 من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - المادة 89 من نفس الأمر.

³ - المادة 90 من نفس الأمر.

⁴ - المادة 91 من نفس الأمر، المعدلة بموجب المادة 21 من الأمر رقم 10-02، سالف الذكر.

ويمكن إعفاء مرتكبي المخالفات المذكورة أعلاه من عقوبة مجلس المحاسبة، إذا تذرعوا بأمر كتابي، أو إذا أثبت مجلس المحاسبة، أنهم تصرفوا تنفيذاً لأمر أصدره لهم مسؤولهم السلمي أو أي شخص مؤهل لإعطاء مثل هذا الأمر، وفي هذه الحالة تحل مسؤولية صاحب الأمر محل مسؤوليتهم⁽¹⁾.

4- إرسال الملف إلى النائب العام:

طبقاً للمادة 92 من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، فلا تتعارض المتابعات والغرامات التي يصدرها مجلس المحاسبة، مع تطبيق العقوبات الجزائية والتعويضات المدنية عند الاقتضاء، فإذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء ممارسة رقابته، وقائع يمكن وصفها وصفا جزائياً، يرسل الملف إلى النائب العام المختص إقليمياً بغرض المتابعات القضائية، ويُطلع وزير العدل على ذلك، كم يُشعر مجلس المحاسبة بهذا الإرسال الأشخاص المعنيين والسلطة التي يتبعونها⁽²⁾،

والجدير بالذكر أنه عند تعديل الأمر رقم 95-20 بموجب الأمر رقم 10-02، تمت إضافة المادة 27 مكرر والتي نصت: "إذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء ممارسة رقابته، وقائع من شأنها أن تبرر دعوى تأديبية ضد مسؤول أو عون تابع لهيئة عمومية خاضعة لرقابته استناداً إلى الوضع القانوني لهذا الأخير، فإنه يبلغ الهيئة ذات السلطة التأديبية ضد المسؤول أو العون المعني بهذه الوقائع. وتُعلم الهيئة ذات السلطة التأديبية مجلس المحاسبة بالردود المتعلقة بهذا الإخطار".

من هنا يظهر دور مجلس المحاسبة كهيئة تمارس الرقابة من أجل اكتشاف المخالفات التي تشكل خرقاً للقوانين والتنظيمات، لذلك تم تزويد المجلس بصلاحيات واسعة للبحث والتحري، وله صلاحية توقيع جزاءات مالية على مرتكبي المخالفات، كما أن عدم انحصار رقابة المجلس في شكل واحد يساعده على محاصرة كل أشكال الفساد، إضافة إلى منحه الاختصاص القضائي وإمهارة قراراته بالصيغة التنفيذية قياساً على قرارات الجهات القضائية الإدارية، يضفي الصرامة على نتائج أعماله ويكفل احترامها حفاظاً على المال العام⁽³⁾.

¹ - المادة 93 من نفس الأمر، المعدلة بموجب المادة 22 من الأمر رقم 10-02، سالف الذكر.

² - المادة 27 من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

³ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 333.

المطلب الثاني

الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كهيئة دستورية استشارية

بمقتضى المادة 6 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ألزمت جميع الدول الأعضاء فيها على ضرورة إنشاء هيئة أو عدة هيئات مستقلة متخصصة للوقاية من الفساد ومكافحته، وهو ما تبنته الجزائر من خلال القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وذلك بإنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، بموجب المادة 17 التي نصت: "تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد"، هذه الهيئة التي تعززت مكانتها بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث تمت دستورها، فنصت الفقرة الأولى من المادة 202 من الدستور، والتي جاءت في الفصل الثالث تحت عنوان: "المؤسسات الاستشارية": "تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته..."، وبموجب المادة 215 من مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020، تم اقتراح استبدال الهيئة بالسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.

وستتطرق من خلال هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية للهيئة (الفرع الأول)، ثم نبين تشكيلتها وتنظيمها (الفرع الثاني)، ثم نتطرق إلى مهام الهيئة في مجال إبرام العقود الإدارية وعلاقتها بالسلطة القضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

دائما بالرجوع إلى المادة 202 من الدستور الجزائري نجد أنها تنص: "تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وهي سلطة إدارية مستقلة توضع لدى رئيس الجمهورية. تتمتع بالاستقلالية الإدارية والمالية. استقلال هذه الهيئة مضمون على الخصوص من خلال أداء أعضائها وموظفيها اليمين، ومن خلال الحماية التي تكفل لهم من شتى أشكال الضغوط أو الترهيب أو التهديد أو الشتم أو التهجم أيا كانت طبيعته، التي قد يتعرضون لها خلال ممارسة مهامهم".

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، نجد أنها تنص: "الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال

المالي، توضع لدى رئيس الجمهورية..."، من خلال المادتين 202 و18 أعلاه، تتضح لنا مجموعة من الخصائص التي تتميز بها الهيئة:

أولاً: سلطة إدارية مستقلة

إن تكييف كل من المؤسس الدستوري والمشرع الجزائري للهيئة بأنها سلطة إدارية مستقلة، يعني أنها غير خاضعة لأي جهة معينة لاسيما السلطة التنفيذية، كما أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة من أجل تحقيق أهدافها على أكمل وجه⁽¹⁾، والمقصود بالاستقلالية هي الاستقلالية الإدارية والمالية، وذلك من أجل حماية أعضائها من كل أشكال الضغوطات التي من الممكن أن يتعرضون لها أثناء أدائهم لمهامهم، لكن رغم خاصية الاستقلالية المالية للهيئة إلا أن تقسيم ميزانيتها السنوية يسجل ضمن ميزانية الدولة، وتخضع ميزانية هذه الهيئة لقوانين المحاسبة العمومية، وبمارس المراقب المالي الذي يعينه الوزير المكلف بالمالية بمراقبة ميزانية هذه الهيئة، لكن هذه الرقابة المالية لا تؤثر على استقلالية الهيئة بل تعتبر من قبيل عمليات الرقابة على الأموال العامة⁽²⁾.

وعليه فإن إضفاء الشخصية المعنوية على الهيئة يشكل عاملاً مهماً لتأكيد استقلالية الهيئة عن السلطة التنفيذية⁽³⁾، كما منح المنظم أهلية التقاضي للهيئة كأثر مترتب على الاعتراف لها بالشخصية المعنوية، وكذا إمكانية تمثيل الهيئة أمام القضاء من طرف الرئيس، وهذا ما جاء في المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، المعدل والمتمم⁽⁴⁾.

¹ - كمال قاضي، النظام القانوني للهيئة الوطنية المستقلة للوقاية من الفساد ومكافحته على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 2، جوان 2018، ص 325.

² - جمال دوي بونوة، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كآلية دستورية لمكافحة الفساد في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 2، جوان 2019، ص 35.

³ - كمال قاضي، مرجع سابق، ص 325.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 7 فيفري 2012، ج ر عدد (8)، الصادرة بتاريخ 15 فيفري 2012.

ثانيا: تبعية الهيئة لرئيس الجمهورية

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 202 من الدستور، والفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم 06-01، يتضح لنا أن الهيئة تابعة لرئيس الجمهورية، وهنا نتساءل كيف للمؤسس الدستوري والمشرع الجزائري في مادة واحدة ينص على الشيء ونقيضه؟، بمعنى في مادة واحدة، بل أكثر من ذلك في فقرة واحدة- سواء بالنسبة للفقرة الأولى من المادة 202 من الدستور أو بالنسبة للفقرة الأولى من المادة 18 من القانون رقم 06-01- تم النص على أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، هي سلطة إدارية مستقلة، وفي الفقرة نفسها تم النص على أنها تابعة لرئيس الجمهورية، فتبعية الهيئة لرئيس الجمهورية يعني بأنها غير مستقلة بل خاضعة للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية، فوضع الهيئة لدى رئيس الجمهورية يعكس بقوة الآليات الدستورية والقانونية والتنظيمية التي كان يستعملها النظام السابق خدمة لمصالحه الشخصية الضيقة، فهذا الإجراء لا نرى أنه يحقق أي هدف، سوى الرغبة في إخضاع الهيئة للسلطة التنفيذية، وبما أن العمل جاري بخصوص إثراء مسودة تعديل الدستور، فنحن نلح بشدة كبيرة أن يتم تحرير الهيئة من التبعية لرئيس الجمهورية، بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك، ونلتمس بأن يكون أعضاء الهيئة منتخبين وليس معينين⁽¹⁾، حتى نضمن القطيعة والاستقلالية التامة بين الهيئة والسلطة التنفيذية، لذلك فإن عدم تبعية الهيئة لأي سلطة يبقى هو الخيار الأفضل والضامن الوحيد لاستقلالية الهيئة في مواجهة الجميع، لذلك كان من الأجدر تكريس استقلالية هذه الهيئة حتى تتمكن من القيام بمهام مكافحة الفساد ودون تدخل ودون وصاية من أحد⁽²⁾، وهذا بالرغم من أن الفقرة 2 من المادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نصت على ضرورة تمتع هيئات مكافحة الفساد بما يلزم من الاستقلالية لأداء مهامها، وهو نفس ما قضت به المادة 10 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد⁽³⁾.

¹ - كأن يتم مثلا تحديد القطاعات الحساسة التي تكون ممثلة في الهيئة، كوزارة العدل، الداخلية... الخ، ويتم انتخاب أعضاء من كل قطاع من طرف نظرائهم، لعهدة انتخابية محددة، والأعضاء ينتخبون من بينهم الرئيس، هكذا نضمن استقلالية الهيئة عن السلطة التنفيذية، لأن تعيين الأعضاء بموجب مرسوم رئاسي وإنهاء عضويتهم بنفس الأشكال وحتى قبل انتهاء مدة 5 سنوات، يجعل الهيئة خاضعة خضوع مطلق لرئيس الجمهورية، وتبقى الاستقلالية مجرد حبر على ورق لا غير.

² - كمال قاضي، مرجع سابق، ص 327.

³ - يحي مجيدي، إسمهان عون، تقييم واقع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 3، ديسمبر 2019، ص 138.

وذلك بالرغم من أن المادة 19 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، قد نصت على مجموعة من التدابير التي رآها المشرع بأنها كفيلة بضمان استقلالية الهيئة، على غرار التكوين المناسب والعالي المستوى لمستخدميها، إلا أنه أهمل أهم ضمانات للاستقلالية والمتمثلة في عدم تبعيتها لأية جهة.

الفرع الثاني

تشكيلة الهيئة وكيفية تنظيمها

بالرجوع إلى القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، لا نجد نص على تشكيلة الهيئة والشروط الواجب توافرها في أعضائها، وإنما أحال على التنظيم طبقاً للفقرة 2 من المادة 18 من القانون رقم 06-01 أعلاه والتي نصت: "...تُحدّد تشكيلة الهيئة وتنظيمها وكيفية سيرها عن طريق التنظيم"، وهنا يكون المشرع قد ارتكب خطأ جسيماً، ذلك لأن تشكيلة الهيئة تعتبر من الأمور الأساسية التي يمكن أن تؤثر على عمل هذه الهيئة واستقلاليتها⁽¹⁾.

أولاً: تشكيلة الهيئة

بالرجوع إلى المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413⁽²⁾، نجد أنها تنص: "تضم الهيئة مجلس يقضه وتقييم يتشكل من رئيس وستة (6) أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (5) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة. وتنتهي مهامهم حسب الأشكال نفسها"، من خلال المادة 5 أعلاه يتضح لنا أن أعضاء الهيئة يعينون من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي، وهذا ما يؤثر على استقلالية الهيئة، نظراً لأن التعيين ينتج عنه التبعية والولاء الإداري.

ثانياً: تنظيم الهيئة

تنص المادة 6 من نفس المرسوم الرئاسي⁽³⁾، نصت: "تزود الهيئة لأداء مهامها بالهيكل الآتية: -أمانة عامة، - قسم مكلف بالوثائق والتحليل والتحسيس، - قسم مكلف بمعالجة التصريحات بالملكات، - قسم مكلف بالتنسيق والتعاون الدولي"، وهكذا قد تضمن المرسوم الرئاسي رقم 06-413، المعدل

¹ - كمال قاضي، مرجع سابق، ص 327.

² - المعدلة بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 12-64، سالف الذكر.

³ - المعدلة بموجب المادة 3 من نفس المرسوم الرئاسي.

والمتمم. بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-64، بالتفصيل تشكيلة وتنظيم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

لكن نحن استوقفنا نقطة جد مهمة بخصوص المرسوم الرئاسي رقم 06-413، وحتى المرسوم الرئاسي المعدل له رقم 12-64، والتي مفادها أن الفقرة 2 من المادة 18 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، قد أحالت إلى التنظيم بخصوص تشكيلة الهيئة وتنظيمها، وطبقا للفقرة 2 من المادة 143 من الدستور فإن تطبيق القوانين في المجال التنظيمي يعود للوزير الأول، وبالرجوع إلى تأشيريات المرسوم الرئاسي رقم 06-413، لا نجد يشير إلى الفقرة 2 من المادة 125 من الدستور والتي تنص على أن رئيس الجمهورية يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير للقانون⁽¹⁾، بل نجد أشار صراحة إلى المادة 18 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، وكأن رئيس الجمهورية مارس صلاحية تطبيق القوانين في المجال التنظيمي والذي من المفروض هو اختصاص حصري وأصيل للوزير الأول، لذلك نحن نرى بأن رئيس الجمهورية قد اعتدى على صلاحيات الوزير الأول، لأنه من المفروض أن تشكيلة الهيئة وتنظيمها تكون بصدور مرسوم تنفيذي وليس رئاسي وذلك بصريح نص الفقرة 2 من المادة 143 من الدستور، وبصريح نص الفقرة 2 من المادة 18 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، والجدير بالذكر أن رئيس الجمهورية أراد أن يتدارك هذا الخطأ عند تعديله للمرسوم الرئاسي رقم 06-413. بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-64، وذلك عندما أشار في تأشيريات هذا المرسوم إلى نص الفقرة 2 من المادة 125 من الدستور⁽²⁾، التي تخوله صلاحية ممارسة السلطة التنظيمية المستقلة في المسائل غير المخصصة للقانون، ودون الإشارة في تأشيريات هذا المرسوم للمادة 18 من القانون رقم 06-01، لكن هذا ما زاد الأمر تعقيدا لسبب اثنين، أولهما أنه لا يمكن تصحيح الخطأ الذي وقع فيه رئيس الجمهورية بمجرد تعديل المرسوم الرئاسي وحذف المادة 18 من القانون رقم 06-01 من تأشيريات هذا المرسوم الرئاسي التعديلي واستبدالها بالفقرة 2 من المادة 125 من الدستور، لأن المرسوم الأصلي رقم 06-413 هو غير دستوري أصلا، لأنه ليس من اختصاص رئيس الجمهورية، وبالتالي كل التعديلات الواردة عليه هي تحصيل حاصل وتبقى غير دستورية، أما النقطة الثانية، فحتى ولو استند رئيس الجمهورية آنذاك في تأشيريات المرسوم الرئاسي رقم 06-413 على الفقرة 2 من المادة 125 من الدستور، ولم يستند على المادة 18 من القانون رقم 06-01، إلا أن هذا المرسوم الرئاسي يبقى غير دستوري، لأن الفقرة 2 من المادة 18 أعلاه

¹ - بعد التعديل الدستوري لسنة 2016 أصبح مضمون الفقرة 2 من المادة 125، مُدرج ضمن الفقرة 2 من المادة 143 من الدستور.

² - قبل التعديل الدستوري لسنة 2016.

كانت واضحة عندما أحالت على التنظيم الذي يبقى من الاختصاصات المحجوزة للوزير الأول دون سواه، وبالتالي نحن نرى أن المرسوم الرئاسي رقم 06-413 والمرسوم الرئاسي المعدل له رقم 12-64 هما غير دستوريان للأسباب المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث

مهام الهيئة في مجال إبرام العقود الإدارية وعلاقتها بالسلطة القضائية

الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته لها مهام بالدرجة الأولى استشارية (أولاً)، لكن قد يحدث أن تصادف أثناء مهامها وقائع لها وصف جزائي فتدخل مباشرة في علاقة مع السلطة القضائية (ثانياً).

أولاً: مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في مجال العقود الإدارية

بالرجوع إلى نص المادة 203 من الدستور، نجد أنها تضمنت مهام الهيئة والمتمثلة فيما يلي: "تتولى الهيئة على الخصوص مهمة اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد، تركز مبادئ دولة الحق والقانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الممتلكات والأموال العمومية، والمساهمة في تطبيقها. ترفع الهيئة إلى رئيس الجمهورية تقريراً سنوياً عن تقييم نشاطاتها المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته، والنقائص التي سجلتها في هذا المجال، والتوصيات المقترحة عند الاقتضاء".

أما المادة 20 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، حددت مهام الهيئة فيما يلي:

- اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية،
- تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد، لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة، واقتراح تدابير خاصة منها ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وكذا التعاون مع القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة،
- إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد،

- جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها، لاسيما البحث في التشريع والتنظيم والإجراءات والممارسات الإدارية، عن عوامل الفساد لأجل تقديم توصيات لإزالتها،
- التقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية الى الوقاية من الفساد ومكافحته، والنظر في مدى فعاليتها،

- تلقي التصريح بالامتلاكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية، ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 من القانون رقم 01-06 في فقرتيها 1 و3،

- الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد،
- ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا، على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد ومكافحته، التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين،

- السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات، وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي،

- الحث على كل نشاط يتعلق بالبحث عن الأعمال المباشرة في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، وتقييمها.

ويمكن للهيئة في إطار ممارسة المهام المذكورة أعلاه، أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو من كل شخص طبيعي أو معنوي، أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد، وكل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات أو الوثائق المطلوبة، يشكل جريمة إعاقاة السير الحسن للعدالة في مفهوم⁽¹⁾.

هذه المهام هي تتعلق بحماية الأموال العمومية بصفة عامة، لكن قد تكون تتعلق كذلك بحماية المال العام في مجال النفقات المتعلقة بالصفقات العمومية، أو الإيرادات المتعلقة باتفاقيات تفويضات المرفق العام.

¹ - المادة 21 من القانون رقم 01-06، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

ثانيا: علاقة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالسلطة القضائية

بخصوص علاقة الهيئة بالسلطة القضائية، تظهر عندما تتوصل الهيئة إلى وقائع ذات وصف جزائي، فتقوم بتحويل وإرسال الملف إلى وزير العدل، حافظ الأختام، الذي يخاطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء⁽¹⁾، كما أكدت المادة 24 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، على التقرير السنوي الذي ترفعه الهيئة إلى رئيس الجمهورية، والذي يتضمن تقييما للنشاطات ذات الصلة بالوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا النقائص المعينة والتوصيات المقترحة عند الاقتضاء.

إلا أنه رغم توسيع صلاحيات هذه الهيئة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-64، إلا أن الملاحظ على تلك الصلاحيات والاختصاصات أنها ذات طابع استشاري فقط، وليس ذات طابع عقابي قمعي على عكس ما تدل عليه تسميتها، فهي مجردة من كل سلطة للقمع والعقاب، ولا يمكنها اتخاذ إجراءات ردعية أو أي قرارات صارمة في مجال مكافحة الفساد⁽²⁾، وحتى موقعها ضمن مواد الدستور جاءت ضمن المؤسسات الاستشارية، مهمتها تنحصر فقط في التوعية والتحسيس من مخاطر الفساد، واقتراح الحلول لمواجهة هذه الظاهرة، عن طريق إشراكها في تعديل القوانين المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته، لاسيما في مجال العقود الإدارية، والمشاركة في التظاهرات الدولية والوطنية المرتبطة بموضوع النزاهة والشفافية، واقتراح السياسات التي تركز دولة الحق والقانون من جهة، وتضمن حماية للأموال العمومية من جهة ثانية، وحتى في حالة اكتشاف الهيئة وقائع ذات طابع جزائي، فتنحصر مهمتها في إخطار وزير العدل فقط، والذي بدوره يقوم بإخطار النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، وهكذا نصل إلى نتيجة مفادها أن دور الهيئة غير فعال في مجال مكافحة الفساد، لاسيما المتعلق بالعقود الإدارية، لكون دورها يبقى في نطاق الاستشارة والتحسيس فقط.

¹ - المادة 22 من نفس القانون.

² - كمال قاضي، مرجع سابق، ص 336.

المبحث الثاني

الآليات المؤسساتية القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى الآليات المؤسساتية الدستورية سواء كانت مؤسسات دستورية رقابية ردعية أو قمعية (مجلس المحاسبة)، أو كانت مؤسسات دستورية استشارية (الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته)، سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى الآليات المؤسساتية القانونية المكلفة بتحقيق النزاهة والشفافية بصفة عامة، وفي مجال إبرام العقود الإدارية بصفة خاصة، حيث أن الإرادة السياسية في بحث مستمر عن أنجع الحلول لمواجهة الفساد المالي، وتكريس الحكم الرشيد، وذلك عن طريق تحيين مستمر للقوانين التي أصبحت عاجزة عن مسايرة آخر المستجدات التي توصل إليها مرتكبي أفعال الفساد، وهذا ما يعرف بعصرنة القاعدة القانونية وجودتها وفعاليتها، وهناك عدة هيئات لها دور في مجال حماية المال العام لاسيما في مجال العقود الإدارية، لكن نحن سنركز على الديوان المركزي لقمع الفساد وهيئات الرقابة المالية (المطلب الأول)، ومجلس المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور الديوان وهيئات الرقابة المالية في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية

رغبة من المشرع الجزائري في البحث عن آليات أخرى من أجل حماية الأموال العمومية، قام بتعديل القانون رقم 06-01، بموجب الأمر رقم 10-05، حيث استحدثت المادة 3 منه الباب الثالث مكرر الذي تضمن هيئة جديدة جاءت تحت تسمية: "الديوان المركزي لقمع الفساد"، حيث تضمن هذا الباب مادة جديدة وهي المادة 24 مكرر، والتي جاء فيها: "ينشأ ديوان مركزي لقمع الفساد، يكلف بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد. تحدد تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفية سيره عن طريق التنظيم"، وتطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم الرئاسي رقم 11-426 يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-209⁽¹⁾، وسنتطرق من

¹ - مرسوم رئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر سنة 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، ج ر عدد (68)، الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 2011، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-209، مؤرخ في 23 يوليو سنة 2014، ج ر عدد (46)، الصادرة بتاريخ 31 يوليو سنة 2014.

- نفس التحليل الذي ذكرناه بخصوص المرسوم الرئاسي رقم 06-413، الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، بخصوص عدم دستوريته، ينطبق على المرسوم الرئاسي رقم 11-426 يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه...

خلال هذا المطلب إلى دور الديوان المركزي لقمع الفساد في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى دور هيئات الرقابة المالية في تجسيد الشفافية في مرحلة إبرام هذه العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور الديوان المركزي لقمع الفساد في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى الطبيعة القانونية للديوان المركزي لقمع الفساد (أولاً)، ثم نبين تشكيته وتنظيمه (ثانياً)، ثم صلاحيات الديوان في قمع الفساد في مجال إبرام العقود الإدارية (ثالثاً).

أولاً: الطبيعة القانونية للديوان المركزي لقمع الفساد

بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، نجد أن الديوان المركزي لقمع الفساد يتميز بمجموعة من الخصائص تميزه عن باقي الهيئات الأخرى، والتي تتمثل فيما يلي:

1- الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية:

فبالرجوع لنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، نجد أنها تنص: "الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية، تكلف بالبحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد"، وهكذا فإن الديوان يختلف عن باقي الأجهزة كونه جهاز يتشكل في غالبيته من ضباط وأعوان الشرطة القضائي، وعليه فإن الديوان ليس سلطة إدارية، على عكس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتمعن في أحكام المادة 19 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، نستنتج أن ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعون للديوان يخضعون للنيابة العامة أثناء ممارستهم لمهامهم، وذلك لكون أن المادة 19 أعلاه قد أحالت إلى قانون الإجراءات الجزائية بخصوص القواعد المطبقة على ضبط وأعوان الشرطة القضائية، كما أحالت كذلك إلى القانون رقم 06-01، وهكذا فإن الديوان يمارس صلاحياته تحت إشراف النيابة العامة، وتتمثل مهمته الأساسية في البحث والتحري عن جرائم الفساد، وإحالة مرتكبيها إلى القضاء.

...=وكيفيات سيره، والذي من المفروض أن يكون بموجب مرسوم تنفيذي وليس رئاسي، لذلك فإننا نصل إلى نتيجة مفادها عدم دستورية المرسوم الرئاسي رقم 11-426، وعدم دستورية المرسوم الرئاسي المعدل له رقم 14-209.

2- تبعية الديوان لوزارة العدل:

كانت المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، قبل تعديلها تنص على ما يلي: "يوضع الديوان لدى الوزير المكلف بالمالية..."، لكن بعد تعديل المادة 3 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-209، أصبح مضمونها كما يلي: "يوضع الديوان لدى وزير العدل، حافظ الأختام..."، وبالتالي كان الديوان خاضع لوزير المالية، وهذا ما يفقده استقلاله، ويقلص من دوره في مكافحة الفساد، ومن جهة ثانية فإن طبيعة المهام الموكلة للديوان تقتضي بالضرورة أن يتم إلحاقه بوزارة العدل.

3- عدم تمتع الديوان بالشخصية المعنوية:

بالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، نجد أنها تشير فقط إلى تمتع الديوان بالاستقلالية في عمله وتسييره، دون الإشارة إلى الاستقلالية المالية، على عكس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتالي فإن الديوان لا يتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي لا يتمتع بالاستقلالية المالية، حيث يُعدُّ المدير العام للديوان الميزانية ويعرضها على وزير العدل من أجل الموافقة عليها⁽¹⁾، وبالتالي يعتبر هذا الأخير هو الأمر بالصرف لدى الديوان، والمدير العام للديوان يعتبر أمر بالصرف ثانوي⁽²⁾.

ثانيا: تشكيلة وتنظيم الديوان المركزي لقمع الفساد

لم يحدد القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، تشكيلة الديوان وتنظيمه، وإنما ترك المسألة للتنظيم، حيث نصت الفقرة 2 من المادة 24 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 10-05، على ما يلي: "...تحدد تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفية سيره عن طريق التنظيم".

1- تشكيلة الديوان:

تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، على ما يلي: "يتشكل الديوان من: - ضباط وأعدان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الدفاع الوطني، - ضباط وأعدان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية، - أعدان عموميين ذوي كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد.

¹ المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، سالف الذكر.

² بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية مرجع سابق، ص 310.

وللديوان، زيادة على ذلك، مستخدمون للدعم التقني والإداري"، ويبقى ضباط وأعوان الشرطة القضائية والموظفون التابعون للوزارات المعنية الذين يمارسون مهامهم في الديوان، خاضعين للأحكام التشريعية والتنظيمية والقانونية الأساسية المطبقة عليهم⁽¹⁾، كما يُحدّد عدد ضباط وأعوان الشرطة القضائية والموظفين الموضوعين تحت تصرف الديوان، بموجب قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام، والوزير المعني⁽²⁾، كما يمكن للديوان أن يستعين بكل خبير أو مكتب استشاري و/أو مؤسسة ذات كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد⁽³⁾.

2- تنظيم الديوان:

تنص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، على ما يلي: "يسيرُ الديوان مدير عام يعيّن بمرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل، حافظ الأختام، وتنتهي مهامه حسب الأشكال نفسها"، أما 11 من نفس المرسوم الرئاسي نصت: "يتكون الديوان من ديوان ومديرية للتحريات ومديرية للإدارة العامة توضع تحت سلطة المدير العام. تنظم مديريات الديوان في مديريات فرعية يحدد عددها بقرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة المكلفة بالوظيفة العامة"، أما المادة 12 من نفس المرسوم الرئاسي نصت: "يساعد رئيس الديوان⁽⁴⁾ خمسة (5) مديري دراسات"، وتصنف وظائف المدير العام، ورئيس الديوان، ومديري الدراسات، والمديرين، ونواب المديرين، في صنف الوظائف العليا في الدولة، ويكلف المدير العام للديوان بإعداد برنامج عمل الديوان ووضع حيز التنفيذ، إعداد مشروع التنظيم الداخلي للديوان ونظامه الداخلي، السهر على حسن سير الديوان وتنسيق نشاط هيكله، تطوير التعاون وتبادل المعلومات على المستويين الوطني والدولي، ممارسة السلطة السلمية على جميع مستخدمي

¹ - المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، سالف الذكر.

² - المادة 8 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ - المادة 9 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، أحلظ بين المصطلحات، فالمقصود برئيس الديوان ضمن هذا المرسوم الرئاسي، ليس رئيس الديوان المركزي لقمع الفساد، لأن هذا الأخير ليس له رئيس وإنما يُسَيَّرُهُ مدير عام، وإنما المقصود بمصطلح رئيس الديوان ضمن هذا المرسوم، هو رئيس ديوان الديوان المركزي لقمع الفساد، لكن المرسوم الرئاسي لم يفرق بين المصطلحين، مما قد يشكل صعوبة للقارئ في فهم المصطلحات، والبعض قد يفهم بأن الديوان المركزي لقمع الفساد هو برأسين، رئيس ومدير عام، وهذا خطأ، لذلك كان على المنظم أن يوضح المقصود برئيس الديوان، لأنه في هذه الحالة قد تصادفت نفس تسمية الديوان بالديوان المعروف في الإدارات الأخرى كالوزارات والولايات... الخ، وهكذا تضمنت المادة 11 من هذا المرسوم الرئاسي ليس في الصياغة حينما نصت: "يتكون الديوان من ديوان..."، لذلك لا بد من التفرقة بين المدير العام للديوان المركزي لقمع الفساد، وبين رئيس ديوان الديوان المركزي في حد ذاته، لذلك نحن حين نذكر رئيس الديوان فنقصد رئيس ديوان الديوان المركزي لقمع الفساد، لأن هذا الأخير يشرف عليه مدير عام وليس رئيس.

القطاع، إعداد التقرير السنوي عن نشاطات الديوان الذي يوجهه إلى وزير العدل، حافظ الأختام⁽¹⁾، ويكلف رئيس الديوان، تحت سلطة المدير العام، بتنشيط عمل مختلف هياكل الديوان ومتابعته، تكلف مديرية التحريات بالأبحاث والتحقيقات في مجال جرائم الفساد، كما تكلف مديرية الإدارة العامة بتسيير مستخدمي الديوان ووسائله المالية والمادية، ويجدد التنظيم الداخلي للديوان بقرار من وزير العدل، حافظ الأختام⁽²⁾.

ثالثاً: صلاحيات الديوان في قمع الفساد في مجال إبرام العقود الإدارية

تنص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل: "يكلف الديوان، في إطار المهام المنوطة به بموجب التشريع الساري المفعول، على الخصوص بما يأتي: - جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد ومكافحتها ومركزة ذلك واستغلاله، - جمع الأدلة والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهة القضائية المختصة، - تطوير التعاون والتساند مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية، - اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها على السلطات المختصة"، كما تنص المادة 22 من نفس المرسوم الرئاسي: "يمكن الديوان، بعد إعلام وكيل الجمهورية المختص بذلك مسبقاً، أن يوصي السلطة السلمية باتخاذ كل إجراء إداري تحفظي عندما يكون عون عمومي موضع شبهة في وقائع تتعلق بالفساد"، ويلجأ ضباط وأعاون الشرطة القضائية التابعون للديوان، إلى استعمال كل الوسائل المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، من أجل استجماع المعلومات المتصلة بمهامهم، ويؤهل الديوان للاستعانة عند الضرورة، بمساهمة ضباط الشرطة القضائية التابعين لمصالح الشرطة القضائية الأخرى، ويتعين في كل الحالات إعلام وكيل الجمهورية لدى المحكمة، مسبقاً، بعمليات الشرطة القضائية التي تجري في دائرة اختصاصه، ويتعين على ضباط وأعاون الشرطة القضائية التابعين للديوان، ومصالح الشرطة القضائية الأخرى، عندما يشاركون في نفس التحقيق، أن يتعاونوا باستمرار في مصلحة العدالة، كما يتبادلون

¹ - المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، سالف الذكر.

² - المواد 15، 16، 17، 18، من نفس المرسوم الرئاسي.

الوسائل المشتركة الموضوعية تحت تصرفهم، ويشيرون في إجراءاتهم إلى المساهمة التي تلقاها كل منهم في سير التحقيق⁽¹⁾.

من خلال هذه المواد يتضح لنا أن دور الديوان يتمثل في البحث والتحري عن جرائم الفساد لاسيما المتعلق بالعقود الإدارية -خاصة الصفقات العمومية-، وإحالة مرتكبيها إلى القضاء، وجمع كل المعلومات الضرورية التي تساهم في الكشف عن جرائم الفساد، وذلك بالتعاون مع مختلف هيئات الوقاية من الفساد ومكافحته، وهكذا يسعى الديوان بالتعاون مع الأجهزة ذات الصلة بمكافحة الفساد والوقاية منه، إلى تحقيق ما يسمى بالأمن المالي، لاسيما في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾.

الفرع الثاني

دور هيئات الرقابة المالية في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية

أصبح الفساد المالي والإداري ينهك قدرات الدول السائرة في طريق النمو، مما أصبح يشكل لها عائقا كبيرا في المجال التنموي، الأمر الذي أدى إلى إحداث خلل في التوازن المالي للميزانية العامة⁽³⁾، والرقابة المالية على العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات تقوم بها أجهزة معينة بهدف المحافظة على المال العام، وضمان إنفاقه وفق ما أقرته القوانين والأنظمة، وبعد أن تحظى الصفقة العمومية بتأشيرة لجان الرقابة الخارجية على مستوياتها، تبدأ مهام هيئات أخرى ذات طابع مالي، تكون هذه الرقابة في شكل رقابة قبلية أو رقابة سابقة للصفقات العمومية، كما قد تكون في شكل رقابة بعدية⁽⁴⁾.

¹ - المادتان 20، 21 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المعدل، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، سالف الذكر.

² - عبد العزيز شمال، جرائم المال العام وطرق حمايته في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عقوبات وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017-2018، ص 361.

³ - Clara Delavallade, Corruption publique (Facteurs institutionnelles et effets sur les dépenses publiques), Thèse pour le doctorat en droit U.F.R de Sciences économiques, Université de Paris1-Panthéon Sorbonne Présentée et soutenue publiquement le 25 Octobre 2007, p18.

-أشار إليه: حمزة خضري، مرجع سابق، ص 195.

⁴ - مصباح حراق، محمد أمين قمبر، فعالية الرقابة المالية على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العامة والحد من تبديد المال العام في الجزائر، مجلة نماء للاقتصاد والتجارة، جامعة جيجل، المجلد 3 العدد 1، أوت 2019، ص 18.

باعتبار الجزائر من الدول الأكثر عرضة لمخاطر الفساد، فقد عملت على تجسيد مختلف أشكال الرقابة المالية لاسيما في مجال الصفقات العمومية، وذلك من خلال مجموعة من الأجهزة سواء كانت رقابة قبلية على الصفقات العمومية (أولاً)، أو كانت رقابة بعدية (ثانياً).

أولاً: الرقابة المالية القبلية في مجال الصفقات العمومية

تعد الرقابة المالية على الصفقات العمومية⁽¹⁾ رقابة قبلية أو سابقة، كونها تأتي قبل صدور القرار المتعلق بالإذن بالصرف، وقبل إبرام العقود أو الصفقات العمومية وتنفيذها، وتعتبر المرحلة الأهم في الرقابة، لأن هذه الهيئات تقوم برقابة التصرفات المالية قبل دخولها حيز التنفيذ، بمعنى قبل أن يصبح الأمر بالدفع نافذاً، وتتمارس هذه الرقابة من طرف المراقب المالي (1)، وكذلك من طرف المحاسب العمومي (2)⁽²⁾.

1- رقابة المراقب المالي على النفقات في مجال الصفقات العمومية:

بعد الاستقلال عاد الموظفون الأجانب إلى فرنسا وشغلوا مناصبهم الأصلية، في الوقت الذي وجد فيه الجزائر نفسها في وضعية صعبة وحرجة، بسبب نقص الكفاءات، مما استمر العمل بالنظام المالي الموروث آنذاك⁽³⁾، والمراقب المالي هو موظف تابع لوزارة مالية، يعين من طرف الوزير المكلف بالمالية، وتنصب مهامه على الرقابة السابقة على النفقات الملتزم بها من طرف الإدارات العمومية، وذلك لمنع أي خطأ يمكن أن يقع أو أي تجاوز لحدود الإنفاق المقرر⁽⁴⁾.

وطبقاً للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381، المتعلق بمصالح المراقبة المالية⁽⁵⁾، فإن المراقب المالي يمارس مهامه الرقابية لدى: - الإدارة المركزية، - الولاية، - البلدية.

¹ - تعمدت ذكر عبارة الصفقات العمومية، بدلا من العقود الإدارية، لأنها هي التي تعرف إشكالات كبيرة في الواقع العملي بخصوص الرقابة المالية، لكونها تتعلق بالنفقات.

² - مصباح حراق، محمد أمين قمبر، مرجع سابق، ص 18.

³ - زهرة حوفة، دراسة تطور الرقابة المسبقة على النفقات الملتزم بها (نحو ميزانية اقتصادية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 154.

⁴ - بدر الدين الحاج علي، مرجع سابق، ص 395.

⁵ - قام المنظم بتنظيم عمل المراقب المالي بموجب المرسوم تنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يُلتزم بها، ج ر عدد (82)، الصادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-374، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2009، ج ر عدد (67)، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر سنة 2009.

أما باقي الهيئات والمؤسسات فيتم إلحاقها بإحدى مصالح المراقبة المالية المذكورة في المادة 3 أعلاه، وتنظم مصلحة المراقبة المالية التي تضم خمسة (5) مراقبين ماليين مساعدين في أربعة (4) مكاتب:

- مكتب محاسبة الالتزامات،
- مكتب الصفقات العمومية،
- مكتب عمليات التجهيز،
- مكتب التحليل والتلخيص⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-381، المذكور أعلاه، نجد أنها قد حددت مهام عديدة للمراقب المالي ومن أهمها تمثيل الوزير المكلف بالمالية لدى لجان الصفقات العمومية، ولدى المجالس الإدارية ومجالس المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات الأخرى.

وهكذا يقوم المراقب المالي بالتأشير على التعهدات بالنفقات ومسك حساب التعهدات، وأن كل اقتراح بإنشاء تعهد بنفقة جديدة يخضع من طرفه لعملية مطابقة القوانين والنظم المالية، فيتأكد من وجود فصل خاص بهذه النفقات في الميزانية وتوفر الاعتماد الكافي في ذات الفصل، ثم يراقب التعهد بالنفقة من حيث مشروعيته ومطابقته للقوانين والأنظمة⁽²⁾.

إن نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، كانت تقتصر تدخل المراقب المالي فقط على تلك النفقات التي تلتزم بها المؤسسات والإدارات التابعة للدولة والولاية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وبقاء النص على هذا النحو كان سيؤدي إلى إفلات عدة هيئات مكلفة بإبرام الصفقات العمومية من رقابة المراقب المالي، أي يجعل هذه الهيئات غير خاضعة لأحكام الرقابة المالية وهو أمر خطير⁽³⁾.

=... كذلك قام المنظم بتنظيم عمل المراقب المالي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-381، مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 2011، يتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر عدد (64)، الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر سنة 2011.

¹ - المادة 6 من نفس المرسوم التنفيذي.

² - مصباح حراق، محمد أمين قمبرور، مرجع سابق، ص 18.

³ - نادبة تياب، مرجع سابق، ص 164.

تفطن المنظم وقام بتعديل المادة 2⁽¹⁾ من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، والتي نصت: "تطبق الرقابة السابقة للنفقات التي يُلتزمُ بها، على ميزانيات المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحقة، وعلى الحسابات الخاصة للخزينة، وميزانيات الولايات، وميزانيات البلديات، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة. يتم تنفيذ إجراء توسيع الرقابة السابقة على البلديات، تدريجياً، وفقاً لزمانة تحدد من طرف الوزيرين المكلفين على التوالي بالميزانية والجماعات المحلية...". وبذلك يكون المنظم الجزائري قد وسع من مجال مراقبة المراقب المالي، وذلك مسايرة لتطور المعيار العضوي في مجال الصفقات العمومية، صيانة للمال العام وترشيدها للنفقات العمومية.

ومن خلال نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدل والمتمم، يتضح بأن مشاريع القرارات المتضمنة التزاماً بالنفقات تخضع لتأشيرة المراقب المالي قبل التوقيع عليها، لاسيما مشاريع الصفقات العمومية والملاحق، والجدير بالذكر أنه طبقاً للمادة 7 من المرسوم التنفيذي أعلاه، فإنه يخضع لتأشيرة المراقب المالي، كل التزام مدعم بسندات الطلب والفاتورات الشكلية والكشوف أو مشاريع العقود، عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المالي المنصوص عليه في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، بمعنى أنه حتى ولو لم يتجاوز المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فبالرغم من ذلك تبقى هذه الصفقة خاضعة لرقابة المراقب المالي، والذي بعد استلامه للملفات والوثائق الخاصة بالنفقات، يبدأ في عملية الرقابة المالية، والتي قد تنتهي بقرارين أساسيين:

أ- قبول منح التأشيرة:

منح التأشيرة من طرف المراقب المالي هو دليل على صحة الصفقة العمومية ومشروعيتها وسلامتها من الناحية الموضوعية والناحية الإجرائية، ويعد رفض التأشيرة تعسفاً في استخدام السلطة، ينتج عنه المساءلة للمراقب المالي⁽²⁾، وهكذا نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدل والمتمم، على أن رقابة النفقات الملتزم بها تحتتم بتأشيرة توضع على بطاقة الالتزام، وعند الاقتضاء على الوثائق الثبوتية، لكن هناك ملاحظة في غاية الأهمية جاءت بها الفقرة 3 من المادة 10 من

¹ - المعدلة والمتممة بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374، سالف الذكر.

² - بدر الدين الحاج علي، مرجع سابق، ص 398.

نفس المرسوم التنفيذي، والتي مفادها أن التأشيرة الممنوحة من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة، في إطار الرقابة السابقة لمشاريع الصفقات العمومية، تكون إلزامية على المراقب المالي، وهي ما يطلق عليها تأشيرة الأخذ في الحسبان، ونحن لا نؤيد هذا الإجراء إطلاقاً، فهنا تكون رقابة المراقب المالي شكلية فقط، ولا يوجد أي هدف أو منطق يبرر إلزام المراقب المالي بتأشيرة لجنة الصفقات العمومية، لأن هذه الأخيرة قد تقع في خطأ فيمكن تداركه من طرف المراقب المالي، لذلك نحن نلتزم بإلغاء هذا الإجراء وإلغاء الفقرة 3 أعلاه، وإعطاء المراقب المالي كامل الصلاحية في رفض التأشيرة، حتى ولو منحتها لجنة الصفقات المختصة.

وحتى المنظم نفسه لم يقتنع بهذا الإجراء المتعلق بتأشيرة الأخذ بالحسبان، ويظهر ذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 10 أعلاه، حينما نصت على أنه في حالة ما إذا لاحظ المراقب المالي نقائص بعد التأشيرة على مشروع الصفقة، يقوم بتبليغ كل من الوزير المكلف بالميزانية، ورئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة، والأمر بالصرف المعني، وذلك عن طريق إشعار.

ب- رفض منح التأشيرة:

تنص الفقرة 2 من المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدل والمتمم: "...تكون الالتزامات غير القانونية أو غير المطابقة للتنظيم المعمول به، حسب كل حالة، موضوع رفض مؤقت أو رفض نهائي"، وبالتالي يمكن للمراقب المالي بعد فحص الوثائق الثبوتية المتعلقة بنفقة الصفقة العمومية، أن يرفض مؤقتاً (ب-1)، أو نهائياً (ب-2)، منح التأشيرة.

ب-1: الرفض المؤقت لمنح التأشيرة:

طبقاً للمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 أعلاه، فإن الرفض المؤقت لتأشيرة يكون الحالات الآتية:

- اقتراح التزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح،
- انعدام أو نقص الوثائق الثبوتية المطلوبة،
- نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة.

ب-2: الرفض النهائي لمنح التأشيرة:

طبقا للمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، فإن الرفض النهائي يكون في الحالات التالية:

- عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين والتنظيمات المعمول بها،
- عدم توفر الاعتمادات،
- عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

غير أنه طبقا للمادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 أعلاه، يمكن للأمر بالصرف في حالة الرفض النهائي للالتزام بالنفقات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من نفس المرسوم، أن يتغاضى عن ذلك وتحت مسؤوليته، عن طريق مقرر معلل، يبلغ به الوزير المكلف بالميزانية، ويرسل الملف الذي يكون موضوع التغاضي مباشرة، حسب كل حالة، إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني.

غير أنه طبقا للمادة 19 من نفس المرسوم التنفيذي، فإنه لا يمكن حصول هذا التغاضي من طرف الأمر بالصرف، في حالة الرفض النهائي للتأشيرة من طرف المراقب المالي، بسبب إحدى الحالات التالية:

- صفة الأمر بالصرف،
- عدم توفر الإعتمادات أو انعدامها،
- انعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به،
- انعدام الوثائق الثبوتية التي تتعلق بالالتزام،
- التخصيص غير القانوني للالتزام، بهدف إخفاء إما تجاوزا للاعتمادات، وإما تعديلا لها، أو تجاوزا لمساعدات مالية في الميزانية.

وطبقا لنص المادة 20 من نفس المرسوم التنفيذي، فإن الالتزام يرسل مرفقا بمقرر التغاضي إلى المراقب المالي، قصد وضع تأشيرة الأخذ بالحسبان مع الإشارة إلى رقم التغاضي وتاريخه، وطبقا لنص المادة 21 يقوم المراقب المالي، بعد وضع تأشيرة الأخذ بالحسبان، بإرسال نسخة من ملف الالتزام الذي كان موضوع التغاضي، مرفقا بتقرير مفصل، إلى الوزير المكلف بالميزانية.

وهكذا نصل إلى نتيجة مهمة، مفادها أن الرقابة التي يقوم بها المراقب المالي على النفقات المتعلقة بالصفقات العمومية، وإن كانت رقابة مهمة، إلا أن المنظم أفرغها من محتواها ومن هدفها، وذلك

بموجب تأشيرة الأخذ بالحسبان- الناتجة عن مقرر التغاضي الذي يصدره الأمر بالصرف- والتي يكون المراقب المالي ملزم بمنحها، رغم عدم استيفاء النفقة للشروط المنصوص عليها، وهكذا يمكن لنا أن نصل إلى نتيجة خطيرة تتمثل في أن المنظم قد فتح المجال للتلاعب بالمال العام، لاسيما وأنه ألزم المراقب المالي بتأشيرة لجنة الصفقات العمومية المختصة من جهة، كما ألزمه بمقرر التغاضي الصادر عن الأمر بالصرف من جهة ثانية، بالرغم من أن المراقب المالي قد رفض نهائياً منح التأشيرة بخصوص الحالة الأخيرة، فيكون المراقب المالي في الحالة الأولى ملزماً بتأشيرة لجنة الصفقات، وفي الحالة الثانية ملزماً بمنح تأشيرة الأخذ بالحسبان، ومن جهة ثالثة تم منح الأمر بالصرف حق إصدار مقرر التجاوز في حالة رفض لجنة الصفقات منح التأشيرة على أساس مخالفة التنظيم، كل هذه الامتيازات الممنوحة للأمر بالصرف في مواجهة لجنة الصفقات عن طريق مقرر التجاوز، وفي مواجهة المراقب المالي عن طريق مقرر التغاضي، نعتبرها ثغرة خطيرة نحو جرائم الفساد المالي لاسيما في مجال الصفقات العمومية، ونحن نلح بشدة كبيرة على إلغاء مقرر التجاوز ومقرر التغاضي، واسترجاع المراقب المالي لكامل صلاحياته في الرقابة المالية بصفة عامة، وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، وعدم تقييده بتأشيرة لجنة الصفقات، إذ ما الفائدة من منح المراقب المالي صلاحية كشف التجاوزات المالية، ثم نجبره على منح تأشيرة سميت بتأشيرة "الأخذ بالحسبان"، وتقييده بتأشيرة لجنة الصفقات من جهة أخرى؟.

وهكذا نلاحظ الامتيازات القانونية الكثيرة التي منحها المنظم للأمر بالصرف، على حساب حماية المال العام، وهو ما يسبب إضعاف لعملية الرقابة على الصفقات العمومية، سواء عن طريق إجراء مقرر التجاوز في مواجهة قرار الرفض الصادر عن لجنة الصفقات العمومية المختصة⁽¹⁾- غير أن مقرر التجاوز المعلن الصادر من طرف الأمر بالصرف لا يكون إلا في حالة رفض التأشيرة من طرف لجنة الصفقات المؤسس على وجود مخالفة تنظيمية دون المخالفة التشريعية-، أو عن طريق مقرر التغاضي في مواجهة الرفض النهائي لمنح التأشيرة من طرف المراقب المالي⁽²⁾.

¹ - تم النص على مقرر التجاوز من خلال المادتين 200، 201 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في حين أن المادة 201 نصت: "لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز، في حالة رفض التأشيرة المعلن لعدم مطابقة الأحكام التشريعية. وفي حالة رفض التأشيرة المعلن لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية، فإن مقرر =...التجاوز يفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف. ومهما يكن من أمر. فإنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل تسعين (90) يوماً، ابتداء من تاريخ رفض التأشيرة".

- نظراً لخصوصية وخطورة مقرر التغاضي، فإن التنظيم المطبق على الرقابة السابقة للنفقات العمومية الملتزم بها، ألزم الأمر بالصرف والمراقب المالي، باتخاذ عدة إجراءات وتدابير، نصت عليها المواد 20 و21 و22 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - حمزة حضري، مرجع سابق، ص 214.

وما يمكن ملاحظته أن المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أجازت للجنة الصفقات العمومية المعنية سحب تأشيرتها بعد إشعارها من طرف المراقب المالي، أو من طرف المحاسب المكلف⁽¹⁾، بوجود مخالفات تشريعية، لكن النص لم يلزمها بذلك، وإنما منح لها السلطة التقديرية في سحب تأشيرتها من عدمه، بشرط أن يكون السحب قبل تبليغ الصفقة للمتعهد المختار، وهذا عكس ما تقتضيه قواعد المشروعية التي تستوجب سحب التأشيرة في حالة وجود المخالفة فلا مجال للسلطة التقديرية هنا، لذلك كان من الأجدر أن يلزم نص المادة 196 أعلاه، لجنة الصفقات المختصة بسحب التأشيرة في حالة إخطارها بوجود المخالفة من طرف المراقب المالي أو المحاسب العمومي، حسب الحالة⁽²⁾.

كما أنه من جهة ثانية، قد ورد في نص المادة 196 أعلاه، أنه يجب على المراقب المالي والمحاسب المكلف فقط، أن يعلما كتابيا اللجنة، وهنا يجب التفرقة بين وقت تدخل كل منهما، فإذا كان مشروع الصفقة لا يتم إبرامه أو إمضائه، إلا بعد منح تأشيرة المراقب المالي، فإن دور المحاسب المكلف يأتي بعد دخول الصفقة حيز النفاذ⁽³⁾.

2- رقابة المحاسب العمومي على النفقات في مجال الصفقات العمومية:

إن قوانين المحاسبة العمومية ليست حديثة النشأة، بل ترجع في الأنظمة الليبرالية إلى عصور قديمة، إذ أن البرلمانات كانت تتدخل في عملية الرقابة للحد من سلطة الملك⁽⁴⁾، ويتولى المحاسب العمومي الرقابة على كل العمليات المالية أثناء تنفيذها، ويجب عليه التأكد من مطابقة العمليات مع القوانين والتنظيمات المعمول بها، والتأكد من تواجد التأشيرات الرقابية المنصوص عليها⁽⁵⁾، إن إشراك المحاسب العمومي ولو بصفة استشارية في عملية إبرام الصفقة العمومية يتعارض مع مبدأ جوهرى في قانون المحاسبة العمومية، وهو مبدأ الفصل بين الأمر بالصرف والمحاسب العمومي⁽⁶⁾، حيث لا يمكن أن يتدخل

¹ - المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد أوجبت على المراقب المالي أو المحاسب العمومي، بإخطار لجنة الصفقات المختصة، بالمخالفات التشريعية.

² - عباس صادقي، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص 127.

³ - عباس صادقي، مرجع سابق، ص 128.

⁴ - Said Benaissa, Introduction finances publiques (étude comparative des systèmes financiers islamique et libérale et socialiste), p 87.

⁵ - جمال لعمارة، منهجية الميزانية العامة في الجزائر، د ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 222.

⁶ - Ali Bissad, Droit de la comptabilité, Edition Houma, Alger, 2004, p16.

المحاسب العمومي في أعمال الأمر بالصرف لكون الوظيفتان تتعلقان بمهمتين مختلفتين، ذلك أن مهمة الأمر بالصرف هي مهمة إدارية، بينما مهمة المحاسب العمومي هي مهمة مالية محاسبية، وهذا ما نصت عليه المادة 55 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالمحاسبة العمومية⁽¹⁾: "تتناهى وظيفة الأمر بالصرف مع وظيفة المحاسب العمومي"⁽²⁾.

فبعد مرور الصفقة على رقابة لجان الصفقات المختصة وكذا المراقب المالي، تمر إلى المحاسب العمومي، بمعنى بعد حصول الصفقة على تأشيرة المراقب المالي يأتي دور المحاسب العمومي، فلا يمكن صرف النفقة العمومية إلا بعد إخضاعها لرقابة المحاسب العمومي، وتشكل هذه الرقابة وجه آخر للرقابة المالية، مكتملة لرقابة المراقب المالي، ولا تقل أهمية عنها⁽³⁾، وتعني المحاسبة بصفة عامة، الكتابات التي تعبر بالأرقام عن العمليات الحسابية الخاصة بتنفيذ الإيرادات والنفقات، بواسطة تقنيات خاصة وإجراءات محددة قانونا، والغاية من ذلك هو متابعة مستمرة ودائمة للوضعية المالية لمعرفة الرصيد المالي المتوفر، والاعتمادات المتبقية في كل بند من بنود الميزانية، ومراقبة استعمالها من جهة أخرى⁽⁴⁾.

ويمكن تعريف المحاسبة العمومية من خلال المادة الأولى من القانون رقم 90-21، المتعلق بالمحاسبة العمومية، بأنها تلك الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية، فقواعد المحاسبة العمومية هي تلك التي تفرض على المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف، حتى يأخذ كل إيراد وكل نفقة صبغته الشرعية في إطار الأموال العمومية⁽⁵⁾.

وطبقا للمادة 34 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالمحاسبة العمومية، فإن المحاسبين العموميين يتم تعيينهم من طرف الوزير المكلف بالمالية، ويخضعون لسلطته، وحسب المادة 10 من المرسوم التنفيذي

¹ - قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد (35)، الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990.

² - السعيد قاوي، النظام القانوني للمحاسبة العمومية في الجزائر بعد 1989، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 38.

³ - سعاد حافظي، مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية، المحلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 1، العدد 1، مارس 2016، ص 58.

⁴ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 174.

⁵ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 174.

رقم 91-313، المعدل والمتمم⁽¹⁾، فالحاسبون العموميون هم المكلفون بتنفيذ العمليات المالية التي تجري في إطار المادة 26 من القانون رقم 90-21.

أ- تعيين المحاسب العمومي:

طبقا للمادة 34 من القانون رقم 90-21، المتعلقة بالحاسبة العمومية، فإن المحاسبين العموميين يتم تعيينهم من طرف الوزير المكلف بالمالية، ويخضعون أساسا لسلطته، كما يمكن اعتماد بعض المحاسبين العموميين من طرف نفس الوزير، والمقصود بالاعتماد أن التعيين يكون من جهة أخرى غير وزير المالية، وهذا الأخير يقوم فقط بالموافقة على هذا التعيين وذلك عن طريق الاعتماد، إلا أن المشرع ورغبة في تسهيل عملية تعيين المحاسبين العموميين، وتفادي إجراءات التعيين الطويلة والمعقدة من طرف وزير المالية، أحال بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 34 أعلاه، إلى التنظيم بخصوص كفاءات تعيين بعض المحاسبين العموميين أو اعتمادهم، بمعنى أنه تمت الإحالة إلى مرسوم تنفيذي يحدد كفاءات وإجراءات تعيين واعتماد بعض المحاسبين العموميين، بهدف السرعة في التعيين، لاسيما في الحالات الاستعجالية.

ونلاحظ عدم الانسجام في الفقرة الأولى من المادة 34 أعلاه، بين النصين الفرنسي والعربي، فيما يخص طبيعة العلاقة التبعية بين المحاسب العمومي ووزير المالية، ذلك أن المادة 34 في فقرتها الأولى جاءت بمصطلح: "ويخضعون أساسا لسلطته"، وهذا يعني أن المحاسبين يخضعون بصفة أساسية fondamentalement لسلطة رئاسية واحدة، وهي سلطة وزير المالية، وبصفة احتياطية يخضعون لجهات إدارية أخرى، لكن بالرجوع للنص في اللغة الفرنسية، نجد أن المشرع عبر عن هذه التبعية بمصطلح *exclusivement* والذي يقصد منه أن التبعية ترجع للوزير المكلف بالمالية دون سواه⁽²⁾.

ب- مهام المحاسب العمومي:

طبقا لنص المادة 33 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالحاسبة العمومية، فالحاسب العمومي هو كل شخص يُعيّن قانونا للقيام بالعمليات التالية:

¹ مرسوم تنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يحدد إجراءات الحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف والحاسبون العموميون وكيفيةها ومحتواها، ج ر عدد (43)، الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر سنة 1991، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-42، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 2003، ج ر عدد (04)، الصادرة بتاريخ 22 يناير سنة 2003.

² بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 162.

- تحصيل الإيرادات والنفقات،
- ضمان حراسة الأموال والسندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها وحفظها،
- تداول الأموال والسندات والقيم والممتلكات والعائدات والمواد،
- حركة حسابات الموجودات.

والملاحظ أن المادة 33 أعلاه، قد أحالت للمادتين 18 و22 من نفس القانون، بخصوص مهام المحاسب العمومي، فالمادة 18 عرّفت إجراء التحصيل بأنه الإجراء الذي يتم بموجبه إبراء الديون العمومية، أما المادة 19 عرّفت إجراء الالتزام بأنه الإجراء الذي يتم بموجبه إثبات نشوء الدين، وبالتالي هي إجراءات تدخل في مهام المحاسب العمومي.

أما المادة 35 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالحاسبة العمومية، نصت على أنه يتعيّن على المحاسب العمومي قبل التكفل بسندات الإيرادات التي يصدرها الأمر بالصرف، أن يتحقق من أن هذا الأخير مرخص له بموجب القوانين والأنظمة بتحصيل الإيرادات، وفضلا عن ذلك يجب عليه على الصعيد المادي، مراقبة صحة إلغاءات سندات الإيرادات والتسويات، وكذا عناصر الخصم التي تتوفر عليها.

ويجب على المحاسب العمومي قبل قبوله أي نفقة أن يتحقق مما يلي:

- مطابقة العملية مع القوانين والأنظمة المعمول بها،
- صفة الأمر بالصرف أو المفوض له،
- شرعية عمليات تصفية النفقات،
- توفر الاعتمادات،
- أن الديون لم تسقط أجلها أو أنها محل معارضة،
- الطابع الإبرائي للدفع،
- تأشيرات عمليات المراقبة التي نصت عليها القوانين والأنظمة المعمول بها،
- الصحة القانونية للمكسب الإبرائي⁽¹⁾.

¹ - المادة 36 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالحاسبة العمومية، سالف الذكر.

وهكذا يمارس المحاسب العمومي مهامه مباشرة بعد التأشير على الصفقة من طرف لجان الصفقات العمومية المختصة والمراقب المالي، وبالتالي يقوم بمهمة مزدوجة، الأولى تتعلق بتنفيذ النفقات العمومية، والثانية تتعلق بمدى صحتها، وبالتالي توصف هذه الرقابة بأنها "رقابة مرافقة لعملية التنفيذ"، وهذه الصفة تجعل من مسألة الفصل بين الرقابة والتنفيذ في غاية من الصعوبة والاستحالة، والجدير بالذكر أن جميع الهيئات المؤهلة لإبرام صفقات عمومية، تكون خاضعة لرقابة المحاسب العمومي، حتى المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية⁽¹⁾.

من خلال تعداد المهام الموكلة للمحاسب العمومي، نستنتج العلاقة بين هذا الأخير والآمر بالصرف، مما دفع بالمشروع إلى إيجاد ضمانات لتجسيد للفصل بينهما واستقلالهما عن بعضهما البعض، من خلال إجراء التنافي بينوظيفتين من خلال المادة 55 من القانون 90-21، المتعلقة بالمحاسبة العمومية، كما سبق ذكره أعلاه، ولم يقف المشروع عند هذا الحد بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حين أقر من خلال المادة 56 من القانون رقم 90-21 أعلاه، بعدم جواز لأزواج الأمرين بالصرف أن يكونوا محاسبين معينين لديهم، ولكن كان على المشروع أن لا يحدد العلاقة في الزواج فقط، وإنما كان عليه أن يوسعها إلى علاقة القرابة الولاء⁽²⁾.

ج- القرارات المترتبة على رقابة المحاسب العمومي في مجال الصفقات العمومية:

بعد أن يقوم المحاسب العمومي بالإطلاع على كافة الوثائق والإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية، وبعد أن يبسط رقابته عليها، يمكن له أن يصدر نوعين من القرارات:

ج-1: قرار الموافقة على صرف النفقة محل الصفقة العمومية:

وهذا القرار يصدر عن المحاسب العمومي في حالة تأكده من مطابقة الصفقة العمومية لكافة الشروط والشكليات القانونية والتنظيمية، عندها يقوم تحرير صك خزينة أو صك بريدي لفائدة الدائن، بعدما يدوّن العملية في مختلف السجلات المحاسبية، وذلك بين اليوم الأول واليوم العشرين (20) من كل

¹ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 164.

² - المرجع نفسه، ص 165.

شهر، وإرسالها إلى المحاسبين العموميين المكلفين بتحويلها إلى نفقات في ظرف عشرة (10) أيام من تاريخ تأشيرة السداد⁽¹⁾.

أما بالنسبة لطرق تسوية النفقات العمومية من طرف المحاسب العمومي، فهي تتم بإحدى الطرق التالية:

ج-1-1: الدفع نقدا:

ويتم هذا الدفع عن طريق سلطة غير السلطة الإدارية التي حرّرت حوالة الدفع⁽²⁾، وهذا تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والمحاسبية.

ج-1-2: الدفع بالتحويل لحساب بريدي أو بنكي أو لحساب الخزينة:

وهذه الطريقة هي المتعارف عليها، والتي تقوم على أساس إيداع المبلغ في حساب الدائن وباسمه⁽³⁾.

ج-1-3: المقاصّة:

تتحقق هذه الحالة، عندما تكون الهيئة العمومية دائناً ومدينا للمتعاقل المتعاقد، فيقوم المحاسب العمومي بتحصيل ما للهيئة من حقوق لدى المتعاقل المتعاقد، وتسديد ما عليها من التزامات تجاهه⁽⁴⁾.

ج-2: قرار رفض صرف النفقة محل الصفقة العمومية:

في هذه الحالة يسجل المحاسب العمومي عدم التطابق بين الأمر بالدفع وبين الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وعندئذ يُبلّغُ المحاسب العمومي كتابياً للأمر بالصرف رفضه المتمثل في دفع النفقة، وذلك في أجل أقصاه 20 يوماً ابتداءً من يوم تسلمه الأمر بالدفع، وتكون هنا المصلحة المتعاقدة أمام حالتين:

¹ - مصباح حراق، محمد أمين قمبرور، مرجع سابق، ص 20.

² - المادة 21 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالمحاسبة العمومية، سالف الذكر.

³ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 166.

⁴ - المرجع نفسه، ص 166.

ج-2-1: الحالة الأولى:

تقوم الهيئة المعنية بالرقابة بتصحيح المخالفات، أو تدارك الأخطاء المادية المسجلة، ل يتم بعد ذلك دفع النفقة.

ج-2-2: الحالة الثانية:

تلجأ الهيئة المعنية بالرقابة إلى طريقة تشبه إلى حد ما مقرر تجاوز التأشيرة أمام لجان الصفقات العمومية، ومقرر التعاضي عن تأشيرة المراقب المالي، وتسمى في هذه الحالة إجراء التسخير⁽¹⁾.

فالبعض يذهب إلى أنه لا بد من إحداث نوع من التوازن بين الرقابة التي تقوم بها مختلف جهات الرقابة على الصفقات العمومية، ومن بينها المحاسب العمومي، وبين الدور المهم الذي يقوم به الأمر بالصرف، بمعنى أن المحاسب العمومي يعمل على التأكد من مدى مشروعية الأمر بالصرف، ومدى مطابقته للقوانين والتنظيمات المعمول بها، فإذا رأى فيها مخالفة يرفض قبول صرف تلك النفقة، ومن جانب آخر فالأمر بالصرف هو الساهر على السير الحسن والمضطرد للمرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، لهذا هناك من استحسن فكرة إعطاء الصلاحية للأمر بالصرف بإمكانية تمرير الأمر بالصرف وذلك رغم رفض المحاسب العمومي، عن طريق ما يعرف بالتسخير المكتوب، وهذا طبقاً للمادة 47 من القانون رقم 90-21، المتعلق بالحاسبة العمومية، والتي نصت: "إذا رفض المحاسب العمومي القيام بالدفع، يمكن الأمر بالصرف أن يطلب منه كتابياً وتحت مسؤوليته أن يصرف النظر عن هذا الرفض حسب الشروط المحددة في المادة 48 أدناه"، وبالرجوع إلى نص المادة من 48 من نفس القانون نجد أنها تنص: "إذا امتثل المحاسب العمومي للتسخير، تبراأ ذمته من المسؤولية الشخصية والمالية، وعليه أن يرسل حينئذ تقريراً حسب الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم..."، لكن عاد المشرع مرة أخرى للقاعدة العامة ومنع على المحاسب العمومي أن يرفض الامتثال للتسخير، وذلك طبقاً للفقرة 2 من المادة 48 أعلاه، والتي نصت: "...غير أنه، يجب على كل محاسب أن يرفض الامتثال للتسخير إذا كان الرفض معللاً بما يأتي:

- عدم توافر الاعتمادات المالية ما عدا بالنسبة للدولة،

- عدم توفر أموال الخزينة،

¹ - بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 167.

- انعدام إثبات أداء الخدمة،
- طابع النفقة غير الإبرائي،
- انعدام تأشيرة مراقبة النفقات الموظفة أو تأشيرة لجنة الصفقات المؤهلة، إذا كان ذلك منصوصا عليه في التنظيم المعمول به".

ونحن من جهتنا نرى بأنه رغم هذه الحالات التي جاءت بها الفقرة 2 من المادة 48 أعلاه، والتي أعطت الصلاحية للمحاسب العمومي في الامتثال للتسخير، هي مجرد استثناءات لكون أن الأصل هو الامتثال للتسخير، ونحن لا نوافق إطلاقاً الرأي الذي استحسّن هذا الإجراء، والذي نعتبره إجراء خطير يفتح المجال للفساد، فالرأي الذي قال بأن هذا الإجراء يسمح للآمر بالصرف من تقديم الخدمات العمومية والمحافظة على استمرارية المرفق العام، قد نسي أو بالأحرى قد تناسى بأن تقديم الخدمات العمومية وضمن استمراريته لا يكون بمخالفة القوانين والتنظيمات من جهة، ومن جهة ثانية لا يكون ذلك على حساب التلاعب بالمال العام تحت حجة استمرارية الخدمة العمومية، لاسيما وأن الإرادة السياسية حالياً في البلاد في مرحلة البحث عن كل الآليات الرقابية سواء التشريعية أو المؤسساتية لضمان الشفافية في تسيير الحياة الإدارية، لذلك هناك قواعد قانونية قد تجاوزها الزمن وأصبحت منفذاً مباشراً نحو الفساد بكل أشكاله، بدلاً من أن تكون مانعة لحدوثه وراعدة له، فكان بالأحرى على المشرع أن يعكس القاعدة، ويكرس الأصل الذي مفاده عدم امتثال المحاسب العمومي لتسخير الأمر بالصرف، ويضع استثناء مفاده هو امتثال المحاسب العمومي لهذا التسخير في حالات جد ضيقة تتعلق فقط بالاستعجال الملح، أو بحالات الاستعجال القصوى، لكن الغريب في الأمر أن المشرع جعل الأصل استثناء، وجعل الاستثناء أصل، مخالفاً المنطق القانوني السليم، لذلك نحن نلح بشدة على المشرع ونلتمس منه أن يجعل امتثال المحاسب العمومي لتسخير الأمر بالصرف هو استثناء في حالات جد محدودة، وأن يجعل القاعدة هي عدم الامتثال، وذلك حتى لا نفرغ الدور الرقابي المهم للمحاسب العمومي من محتواه.

ولم يقف الأمر عند المشرع فقط، بل حتى المنظم⁽¹⁾ تناول هذا الإجراء الخطير. بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-314، المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين⁽²⁾، حيث جاء

¹ - وإن كنا نُقرُّ بأن المرسوم التنفيذي ما هو إلا مجرد تطبيق للقانون في مجاله التنظيمي فقط.

² - مرسوم تنفيذي رقم 91-314، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، ج ر عدد (43)، الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر 1991.

في المادة الأولى من هذا المرسوم: "يمكن الأمرين بالصرف إذا ما قام المحاسبون العموميون، وفقا لأحكام المادة 47 من القانون رقم 90-21 بالمتعلق بالحاسبة العمومية بإيقاف عملية دفع نفقة، أن يطلبوا منهم كتابيا وتحت مسؤوليتهم دفعها"، وأضافت المادة 2 من المرسوم التنفيذي بأنه يجب أن يتضمن الأمر بالتسخير عبارة "يطلب من المحاسب أن يدفع"، وهذه العبارة لا بد أن تكون في كل عملية إنفاق مرفوض دفعها، كما ألزمت المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي المحاسبين العموميين الذين يمثلون لعملية التسخير، بأن يقدموا تقريرا بذلك إلى الوزير المكلف بالمالية خلال خمسة عشر (15) يوما، مع وجوب إرفاق التقرير بنسخة من الوثائق المحاسبية، وضرورة ذكر الأسباب الداعية إلى رفض الدفع، أما المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي منحت الوزير المكلف بالمالية بأن يطلب عند الحاجة معلومات مكملة من الأمر بالصرف.

وطبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-312، المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين، وإجراءات مراجعة باقي الحسابات، وكيفيات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين⁽¹⁾، فإنه يتعين على المحاسب العمومي المأخوذ بمسؤوليته المالية، أن يسدد وجوبا من أمواله الخاصة مبلغا يساوي البواقي الحسابية المكلف بها، إلا إذا حصل على إعفاء جزئي من طرف مجلس المحاسبة، أو إبراء إرجائي من طرف وزير المالية حسب الحالة، طبقا للمواد 8 و9 و10 و11 من المرسوم التنفيذي رقم 91-312 أعلاه.

ثانيا: الرقابة المالية البعدية في مجال الصفقات العمومية

تم الرقابة المالية اللاحقة بعد تنفيذ العمليات والتصرفات المالية واتخاذ القرار بصرف النفقات أو تحصيل الإيرادات، وبهذا تكون الرقابة لاحقة لعملية التنفيذ⁽²⁾، وتعتبر المفتشية العامة للمالية بين أهم الأجهزة المكلفة بالرقابة البعدية واللاحقة على الصفقات العمومية أو تفويضات المرفق العام في مجال النفقات والإيرادات، يأتي إحداث المفتشية العامة للمالية على مستوى الهيكل التنظيمي لوزارة المالية ضمن الإطار العام الذي تنتهجه مختلف الدوائر الوزارية في الجزائر والتي تعتمد في هياكلها التنظيمية

¹ مرسوم تنفيذي رقم 91-312، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يحدد شروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين، وإجراءات مراجعة باقي الحسابات، وكيفيات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، ج ر عدد (43)، الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر سنة 1991.

² عمر حماس، جرائم الفساد المالي وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الجنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2017، ص 231.

إحداث مفتشية عامة على مستوى إدارتها المركزية، كما يمكن القول أن إحداث هذه الهيئة كانت تأثراً بالمشروع الفرنسي الذي أنشأ هيئة بنفس التسمية⁽¹⁾، ويعود إنشاء المفتشية العامة للمالية في الجزائر أول مرة بموجب المرسوم رقم 63-127، المتضمن تنظيم مصالح وزارة المالية⁽²⁾، كهيئة من الهيئات المكونة للهيكل التنظيمي لهذه الوزارة، ثم إعادة تنظيمها بموجب المرسوم رقم 71-259، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية⁽³⁾، تحت مسمى مديرية التفتيش المالي ضمن هيكل وزارة المالية، إلى أن ظهرت من جديد تحت مسمى المفتشية العامة للمالية بواسطة المرسوم رقم 80-53، المتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية⁽⁴⁾، والذي جاء في مادته الأولى: "تُحدث هيئة للمراقبة، توضع تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، تسمى المفتشية العامة للمالية"⁽⁵⁾.

والهدف من إنشاء المفتشية العامة للمالية هو ضمان السير الأمثل والفعال للاعتمادات المالية واستعمالها استعمالاً عقلانياً، كما أنها تعتبر جهاز رقابي على المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف، مما يجعلهم يشعرون بالمسؤولية وهذا ما يقلل من ارتكاب الأخطاء، وذلك عن طريق ما يسمى بالرقابة الذاتية لدى المسيرين، بالإضافة إلى التحقق من الاستعمال الأفضل للأموال العمومية.

وتنصب رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية، والهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية⁽⁶⁾، ويمكن أن تطبق هذه الرقابة على كل شخص معنوي، يتمتع بمساعدات مالية من الدولة أو جماعة إقليمية أو هيئة عمومية، كما تشمل كل الإيرادات والنفقات، من حيث مشروعية العمليات المالية ومدى ملاءمتها، وتحدد

¹ - السعيد قاوي، مرجع سابق، ص 82.

² - غير منشور (ملغى).

³ - مرسوم رقم 71-259، مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 1971، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، ج ر عدد (90)، الصادرة بتاريخ 5 نوفمبر سنة 1971 (ملغى).

⁴ - مرسوم رقم 80-53، مؤرخ في أول مارس 1980، يتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية، ج ر عدد (10)، الصادرة بتاريخ 4 مارس 1980 (ملغى).

⁵ - حمزة خضري، مرجع سابق، ص 232.

⁶ - أحمد وليد عبد الرحمن، الرقابة على الأموال العمومية - دراسة مقارنة بين الجزائر وموريتانيا-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008/2007، ص 52.

العمليات التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية بموجب برنامج سنوي يضبطه وزير المالية، وتتولى المديرات الجهوية تطبيق هذا البرنامج على المستوى المحلي⁽¹⁾.

وبعد دستور 1989 عرفت الجزائر إصلاحات عديدة كان أهمها التخلي عن النهج الاشتراكي وتبني نظام اقتصاد السوق، الأمر الذي نتج عنه ترسانة من القوانين والتنظيمات في شتى المجالات، لاسيما المجال المالي، فكان لازما إعادة النظر في النصوص التنظيمية الخاصة بالمفتشية العامة للمالية، كي تواكب التغيرات والتطورات التي حدثت على المستويين الاقتصادي والقانوني، وقد تجلّى ذلك في صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-502، المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الاقتصاد⁽²⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 92-32، المتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية⁽³⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 92-33، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية وتحديد اختصاصاتها⁽⁴⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 92-78، المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية⁽⁵⁾، والذي بموجبه تم إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 80-53⁽⁶⁾.

وفي سنة 2007 صدر المرسوم التنفيذي رقم 07-364، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية⁽⁷⁾، والذي جاء في المادة الأولى منه: "تتضمن الإدارة المركزية في وزارة المالية، تحت سلطة وزير المالية، على ما يأتي: 1-...-2...-3...-الهياكل الآتية: -...- المفتشية العامة للمالية، ويحكمها نص خاص"، وتطبيقا لهذه المادة صدرت عدة نصوص تنظيمية تتعلق بتنظيم المفتشية العامة للمالية، منها المرسوم

¹ - وسيلة بن بشير، مرجع سابق، ص 184.

² - مرسوم تنفيذي رقم 91-502، مؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الاقتصاد، ج ر عدد (67)، الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1991.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 92-32، مؤرخ في 20 يناير سنة 1992، يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (6)، الصادرة بتاريخ 26 يناير سنة 1992 (ملغى).

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 92-33، مؤرخ في 20 يناير 1992، يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج ر عدد (6)، الصادرة بتاريخ 26 يناير 1992 (ملغى).

⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير سنة 1992، يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (15)، الصادرة بتاريخ 24 فبراير سنة 1992 (ملغى).

⁶ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 311، 312.

⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 07-364، مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2007، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر عدد (75)، الصادرة بتاريخ 2 ديسمبر سنة 2007.

التنفيذي رقم 08-272، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية⁽¹⁾، والذي أُلغى المرسوم التنفيذي رقم 92-78، كذلك المرسوم التنفيذي رقم 08-273، المتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية⁽²⁾، والذي أُلغى المرسوم التنفيذي رقم 92-32، إضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 08-274، المتضمن تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية⁽³⁾، والذي أُلغى المرسوم التنفيذي رقم 92-33، وهكذا يتضح بأن التنظيم القانوني للمفتشية العامة للمالية جاء عبر مراحل متعاقبة تبعاً للتطور الحاصل في مفهوم الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في الدولة⁽⁴⁾، وفي سنة 2009 صدر المرسوم التنفيذي رقم 09-96، المحدد لشروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية⁽⁵⁾، هذا المرسوم الذي وسع اختصاص المفتشية ليشمل هيئات الضمان الاجتماعي وكل الأشخاص المعنوية التي تستفيد من مساعدات الدولة، كما أصبحت المفتشية تضطلع بإنجاز الدراسات والخبرات الاقتصادية أو ذات الطابع التقني والمالي لصالح الهيئات العمومية الأخرى⁽⁶⁾.

1- الجهات المعنية برقابة المفتشية العامة للمالية:

طبقاً للمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، فإن رقابة المفتشية تمارس على التسيير المالي والحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية، وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية، كما تمارس هذه الرقابة كذلك على:

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،
- هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري، وكذا كل الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة أو الهيئات العمومية،

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 6 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر سنة 2008.

² - مرسوم تنفيذي رقم 08-273، مؤرخ في 6 سبتمبر 2008، يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر سنة 2008.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 08-274، مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2008، يحدد تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر سنة 2008.

⁴ - نادبة تياب، مرجع سابق، ص 312.

⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 09-96، مؤرخ في 22 فبراير سنة 2009، يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (14)، الصادرة 4 مارس سنة 2009.

⁶ - حمزة حضري، مرجع سابق، ص 233.

- كل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها القانوني.

وكما سبق ذكره أعلاه، فإن المؤسسة العمومية الاقتصادية سقطت من مضمون المرسوم التنفيذي رقم 08-272 أعلاه، إلا أن المنظم تدارك الأمر بسرعة وذلك بإصداره للمرسوم التنفيذي رقم 09-96، المحدد لشروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية.

2- رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية:

تنصب رقابة المفتشية العامة للمالية في مجال الصفقات العمومية على الشروط الشكلية والشروط الموضوعية⁽¹⁾، ومن هنا يظهر الدور الفعّال للمفتشية في مجال إبرام العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص، فبالرجوع إلى المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 أعلاه، نجد أنها تنص: "التنفيذ المواد 2 و3 و4 أعلاه، تتمثل تدخلات المفتشية العامة للمالية في مهام الرقابة أو التدقيق أو التقييم أو التحقيق أو الخبرة والتي تقوم، حسب الحالة، على ما يأتي:

- سير الرقابة الداخلية وفعالية هياكل التدقيق الداخلي،
- شروط تطبيق التشريع المالي والمحاسبي،
- التسيير المالي والمحاسبي وتسيير الأملاك،
- إبرام الصفقات والطلبات العمومية وتنفيذها،
- دقة المحاسبات وصدقها وانتظامها،
- مستوى الانجازات مقارنة مع الأهداف،
- شروط تعبئة الموارد المالية،
- تسيير اعتمادات الميزانية واستعمال وسائل السير،
- شروط منح واستعمال المساعدات والإعانات التي تقدمها الدولة والجماعات الإقليمية والهيئات والمؤسسات العمومية،
- تطابق النفقات المسددة مع الأهداف المتبعة".

¹ - منال حلبي، مرجع سابق، ص 113.

ومن خلال المادة 5 أعلاه، يتضح بأن المفتشية العامة تقوم بفحص إجراءات إبرام الصفقات العمومية:

أ- فحص الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقة:

تقوم المفتشية بفحص الصفقة العمومية من الناحية الشكلية، وذلك عن طريق التأكد من مدى إحترام الإجراءات التالية:

- البحث والاستفسار عن الطريقة التي حددت بها احتياجات المؤسسة العمومية،
- البحث عن طريقة إبرام الصفقة، فإذا كان الإجراء المتبع في الإبرام هو إجراء التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، فتقوم المفتشية بالتأكد من مدى وجود الحالات التي تبرر لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء الاستثنائي،
- البحث في الأهداف التي ترمي الصفقة إلى تحقيقها، وذلك تفاديا لأي تلاعب بالمال العام،
- التأكد من مدى إحترام المبادئ التي تقوم عليها إجراءات الإبرام،
- فحص سجل العروض، والتأكد من أنه مرقم ومؤشر، والتأكد من أن العروض قد سجلت في السجل الخاص بها،
- الإطلاع على دفتر الشروط، والتأكد من أنه لا يحتوي على معايير تمييزية قد تكون محلة بالمنافسة.

ب- فحص الإجراءات الموضوعية لإبرام الصفقة:

تقوم المفتشية بفحص الصفقة العمومية من الناحية الموضوعية، وذلك عن طريق التأكد من مدى إحترام الإجراءات التالية:

- مراقبة مراحل إبرام الصفقة العمومية، بدءا باجتماع لجنة فتح الأظرفة إلى غاية إرساء الصفقة العمومية، وتكون هذه الرقابة من خلال معرفة مدى إحترام النصوص التنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية،
- التأكد من مدى مطابقة العروض لدفتر الشروط، والتأكد من أن اختيار المتعامل المتعاقد قد تم وفقا للتنظيم المعمول به في مجال إبرام الصفقات العمومية،

- فحص محضر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾، والتأكد من شفافية أعمالها، بالإضافة إلى البحث عن حالات التنافي وتعارض المصالح، والتأكد من وجود مقرر تعيين هذه اللجنة،
- التأكد من مدى تمكين المتعاملين المتعاقدين الذين لم ينالوا الصفقة من تسجيل طعونهم.

ويمكن للمفتشين في إطار تأديتهم لمهامهم أن يطلبوا أي وثيقة مهمة متعلقة بالصفقة، كما يمكنهم أن يطلبوا كتابيا أو شفويا أي معلومات حول الصفقة، أو أي توضيح متعلق بها، وعليه يجب على مسؤولي المصالح والهيئات المعنية بالرقابة أن يقدموا كل التسهيلات للمفتشين، لاسيما الإجابة عن الأسئلة وتقديم التوضيحات اللازمة، ولا يمكن لهؤلاء المسؤولين التحجج بالسر المهني أو الطابع السري للوثائق في مواجهة المفتشين⁽²⁾.

3- النتائج المترتبة عن رقابة المفتشية العامة للمالية:

بالرجوع إلى المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 أعلاه، نجد أنها تنص: "عند معاينة ثغرات أو تأخيرات هامة في محاسبة الهيئة المراقبة، يطلب مسؤولو الوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية من المسيرين المعنيين القيام، دون تأخير، بأعمال تحيين هذه المحاسبة أو إعادة ترتيبها. وفي حالة عدم وجود هذه المحاسبة، أو كونها تعرف تأخيرا أو اختلالا يجعل فحصها العادي مستحيلا، يحرر المسؤولون المذكورون في الفقرة أعلاه، محضر قصور يرسل إلى السلطة السلمية أو الوصية المختصة. وفي هذه الحالة الأخيرة على السلطة السلمية أو الوصية أن تأمر بإعادة إعداد المحاسبة المقصودة أو تحيينها، أو اللجوء إلى خبرة، عند الاقتضاء. ويجب إعلام المفتشية العامة للمالية بالتدابير والإجراءات المتخذة في هذا الصدد".

وأهم قاعدة تقوم عليها إجراءات التحقيق الذي تقوم به المفتشية العامة للمالية، هي قاعدة الفجائية المنصوص عليها في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 أعلاه، والتي نصت: "تتم تدخلات المفتشية العامة للمالية في عين المكان وعلى الوثائق. وتكون الفحوص والتحقيقات فجائية. تكون مهمات الدراسات أو التقييمات أو الخبرات موضوع تبليغ مسبق".

والجدير بالذكر أن المادتين 17 و18 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 أعلاه، قد نصتا على إجراءات بموجبها يتم تمكين الوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية من القيام بالمهام الموكلة إليها، ومن

¹ - وسيلة بن بشير، مرجع سابق، ص 185، 186.

² - المرجع نفسه، ص 186، 187.

أهم هذه الإجراءات، قيام مسؤولي المصالح والهيئات المراقبة بتقديم الأموال والقيم التي بحوزتهم، وتسهيل الإطلاع على كل الدفاتر أو الوثائق أو التبريرات أو المستندات المطلوبة، الإجابة على كل الاستفسارات والأسئلة، تسهيل الإطلاع على كل المستندات أو المعلومات المتعلقة بالهيئة موضوع التحقيق.

وإن كل رفض لطلبات التقديم أو الإطلاع المنصوص عليها في المادتين 17 و 18 أعلاه، يمكن أن يكون موضوع إعدار يُعلم به الرئيس السلمي للعون المعني، وعند عدم الرد بعد ثمانية (8) أيام من الإعدار، يحرر المسؤول المختص للوحدة العملية للمفتشية العامة للمالية محضر قصور ضد العون المعني أو رئيسه السلمي، ويرسل المحضر إلى السلطة السلمية أو الوصية التي عليها متابعة الإجراء اللازم⁽¹⁾.

وعند انتهاء مهام الرقابة، يُعد تقرير أساسي يبرز المعايينات والتقديرات حول التسيير المالي والمحاسبي للمؤسسة أو الهيئة المراقبة، وكذا حول فاعلية التسيير بصفة عامة، يتضمن هذا التقرير اقتراحات التدابير التي من شأنها أن تحسن تنظيم وتسيير وكذا نتائج المؤسسات والهيئات المراقبة، ويمكن أن يتضمن هذا التقرير أيضا كل اقتراح كفيل بتحسين الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكمها⁽²⁾، ويتم تبليغ مُسِير المؤسسة أو الهيئة المراقبة وكذا وصاياته بالتقرير الأساسي الذي أعدته المفتشية العامة للمالية، ولا يصبح هذا التقرير نهائيا إلا بعد تأكيد وتثبيت المعايينات التي يتضمنها⁽³⁾.

ويجب على مسيري المصالح والهيئات المرسله إليهم التقارير المذكورة أعلاه، أن يجيبوا لزوما في أجل أقصاه شهرين (2) على المعايينات والملاحظات التي تحتويها هذه التقارير، ويمكن تمديد هذا الأجل استثنائيا بشهرين (2) من طرف رئيس المفتشية العامة للمالية، بعد موافقة الوزير المكلف بالمالية، وعند انقضاء هذا الأجل تصبح التقارير الأساسية التي لم يتم الرد عليها نهائية⁽⁴⁾.

كما تقوم المفتشية العامة للمالية بإعداد تقرير سنوي يتضمن حصيلة نشاطها، وملخص معايناتها والأجوبة المتعلقة بها، وكذا الاقتراحات ذات الأهمية العامة التي اقتبستها من ذلك، خصوصا بغرض تكييف أو تحسين التشريع والتنظيم الذين يحكمان النشاطات الخاضعة لرقابتها، ويسلم التقرير السنوي إلى الوزير المكلف بالمالية خلال الثلاثي الأول من السنة الموالية للسنة التي أعد بخصوصها، وعلاوة على

¹ - المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، سالف الذكر.

² - المادة 21 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ - المادة 22 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ - المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، سالف الذكر.

هذا التقرير السنوي، تقوم المفتشية العامة للمالية خلال نفس الآجال، بإعداد تقرير يرسل إلى السلطات المؤهلة، يتعلق بالاستجابة التي لقيتها المعايير والتوصيات⁽¹⁾.

4- تقييم الدور الرقابي للمفتشية العامة للمالية:

رغم أن المشرع أعطى للمفتشية العامة للمالية اختصاصات مهمة، تسمح لها بالتدخل عن طريق التفتيش والرقابة، إلا أنه ما يمكن ملاحظته أن نتائج تدخلاتها ليست ردية، بل لا تعدو أن تكون مجرد ملاحظات وتوصيات غير ملزمة للهيئات المعنية بالرقابة، وبالتالي تكون المفتشية العامة للمالية هيئة رقابية مجردة من أي وسيلة من وسائل التأثير⁽²⁾، كذلك في حالة معاينة تجاوزات أثناء عمليات التفتيش، فنجد أن دور المفتشية لا يتعدى سوى الإعلام الفوري للسلطة السلمية أو الوصية للهيئات المعنية بالرقابة، من أجل اتخاذ التدابير الضرورية⁽³⁾.

كذلك لا يحق للمفتشين اتخاذ المبادرة بإجراء المهام التفتيشية إلا بعد حصولهم على أمر بالتفتيش موقع من السلطة السلمية، والذي يتضمن تحديد المهام بدقة، وبعد ذلك يمكنهم القيام بالتفتيش والرقابة عن طريق تحرير تقارير ترفع للمفتش العام، والذي بدوره يرفعها إلى وزير المالية، وبالتالي فدور المفتشين ينحصر في إعداد التقارير فقط، دون أن يكون لهم صلاحية توقيع جزاءات، وعليه فليس لهم دور ردي⁽⁴⁾.

وبذلك فإن المرسوم التنفيذي رقم 08-272، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، قد قلص من صلاحيات المفتشية، إذ أن الرقابة في ظل المرسوم رقم 80-53، المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية، الذي منح المفتشين صلاحيات واسعة، وليس مجرد الاكتفاء بتحرير محاضر فقط وتبليغها إلى السلطات السلمية أو الوصائية للهيئات المراقبة⁽⁵⁾.

¹ - المادة 26 من نفس المرسوم التنفيذي.

² - بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق نظام ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص 219.

- عمر حماس، مرجع سابق، ص 234.

³ - المرجع نفسه، ص 234، 235.

⁴ - بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 220.

⁵ - عمر حماس، مرجع سابق، ص 235.

المطلب الثاني

دور مجلس المنافسة في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية

تبدو قواعد المنافسة كوسيلة وأداة تتدخل أحيانا لقيادة وتوجيه مسائل وحاجات عجز تنظيم الصفقات العمومية عن تحقيقها، على عكس قوانين السوق التي تكون مرنة حسب المستجدات⁽¹⁾، وبذلك يظهر قانون المنافسة كجسر بين تنظيم الصفقات العمومية والتأثيرات المباشرة التي عرفها نتيجة للأنظمة الاقتصادية والسياسية السائدة في فرنسا⁽²⁾.

اعتبرت العلاقة بين قانون المنافسة والطلبات العمومية في فرنسا علاقة ملتبسة وغامضة، فعلى الرغم من الإقرار بأهمية المنافسة كركن أساسي في عملية إبرام الصفقات العمومية⁽³⁾، إلا أن مفهوم الدعوة للمنافسة المكرس في تنظيم الصفقات العمومية يختلف حسب بعض الفقه عن مفهوم المنافسة المكرس في قانون المنافسة، والذي يدور حسبهم حول حرية المنافسة والسير الحر للمصالح الخاصة *libre jeu* *intérêts privés*، كفكرة مستمدة من التحليل الاقتصادي، وهو ما يتعارض مع أي تحديد مسبق لقواعد سير السوق مهما كانت طبيعة الأطراف الفاعلة فيه⁽⁴⁾.

¹- تيور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة الثانية 2015، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 294.

²- Catherine Prebissy-Shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002, p39.

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرافي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي-، مرجع سابق، ص 23.

³- Bernard Stirn, « L'idée de concurrence dans le contentieux administratif : pluralité des sources », actes de l'atelier de la concurrence Le juge administratif et le droit de la concurrence du 29 Mars 2000, disponibles sur le site de la DGCCRF: www.economie.gouv.fr/dgccrf: "La concurrence est une exigence traditionnelle pour le juge administratif. Je dirais même que c'est en droit administratif que l'idée de concurrence est apparue. Je vais illustrer cela autour de deux points: d'un côté, les exigences anciennes du Code des Marchés publics..."

- لتفصيل أكثر، يراجع: محمد زكرياء رقرافي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي-، مرجع سابق، ص 24.

⁴- Elias Berkani, droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple, Concurrence-revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n°01, 2007, p 59.

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرافي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي-، مرجع سابق، ص 24.

من ناحية أخرى، لا تعبر فكرة المنافسة التي يتضمنها تنظيم الصفقات العمومية، عن توازن اللعبة التنافسية *l'équilibre du jeu concurrentiel*، في إطار مفاهيم وأساليب التحليل الاقتصادي، بحيث أن مصطلح المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا وجود له إلا عبر مفهوم "الدعوة إلى المنافسة"⁽¹⁾.

غير أن تدخل مجلس المنافسة في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية يثير العديد من الإشكالات القانونية، جعلت الفقه يختلف بخصوص هذه المسألة، لاسيما وأن غالبية المصالح المتعاقدة هي من أشخاص القانون العام الخاضعة لاختصاص القاضي الإداري، ومن أجل توضيح هذه الإشكالية التي نراها جد معقدة وتحتاج إلى تفسير مختلف النصوص القانونية، سواء المتعلقة بمدى تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، أو تلك المتعلقة بالجهة المختصة بالفصل في النزاعات، سوف نتطرق إلى حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ثم نبين اختصاص مجلس المنافسة بالفصل في منازعات إبرام الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

تبقى الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها تنظيم الصفقات العمومية من خلال المبادئ والإجراءات المنظمة للدعوة للمنافسة مشابهة لتلك التي يسعى إليها قانون المنافسة، بمعنى أن هذه المبادئ ليست غريبة عن المبادئ العامة لقانون المنافسة، الذي يسعى لتحقيق سير سليم وفعال للمنافسة في السوق، من خلال منح المتعاملين الاقتصاديين فرصا متساوية لدخول السوق والمساواة في المعاملة والشفافية وعدم التمييز⁽²⁾.

وهناك من يرى أن المبادئ الخاصة بالدعوة للمنافسة، وتلك المكرّسة في قانون المنافسة تختلف عن بعضها من حيث الأهداف، بحيث أن قانون المنافسة هو قانون شبه قمعي *quasi-répressif*، يتدخل بشكل بعدي *a posteriori* لردع الممارسات التي تؤثر سلبا على المنافسة في السوق، في حين أن إجراءات الدعوة للمنافسة، سواء في عقود الصفقات العمومية أو في عقود تفويضات المرفق العام، تسعى لتنظيم منافسة نزيهة وعادلة بصفة مسبقة *a priori*، وذلك بشكل وقائي في إطار ضمان فعالية الطلبات

¹ - Michel Bazex, Le Conseil de la concurrence et les marchés publique, AJDA, n° spécial, juillet-août 1994, p 101.

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، ص 24، 25.

² - تامر محمد الصالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة "دراسة مقارنة"، دون طبعة، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، 2016، ص 25-30.

العمومية وحماية المال العام⁽¹⁾، فهي تشكل قواعد ملزمة لسير المرفق العام الذي يسعى لاختيار صاحب العرض الأفضل، في حين يُنظر إلى معنى المنافسة في القانون المتعلق بها، من زاوية حرية الدخول إلى السوق لكل المؤسسات وممارسة نشاطها الاقتصادي فيه دون تقييد، مما يقتضي رفع الحواجز والقيود التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة وتزييف قاعدة العرض والطلب بواسطة الممارسات التي تنافي المنافسة⁽²⁾، لكن نحن من جهتنا لدينا تحفظ حول هذا التحليل، لكون أنه حتى قانون المنافسة وإن كان قانون قمعي يتدخل بعد وقوع الخروقات المنافية للمنافسة، إلا أنه في نفس الوقت يتضمن قواعد قانونية وقائية تنظم كفاءات التنافس التريه، وبالتالي نحن لا نوافق هذا الطرح الذي أنكر على قانون المنافسة صفة الوقائية، هذا من جهة، ومن جهة ثانية حتى تنظيم الصفقات العمومية، وإن كنا نتفق بأنه قانون وقائي ينظم حرية المنافسة، لكن في نفس الوقت لا يمكن أن ننكر عنه صفة الردع والقمع، فالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن عدة أحكام قانونية لم تمنعنا التدقيق في مضمونها لوجدناها قواعد ردعية قمعية في حق كل متعامل متعاقد قد أُخلَّ بجزية المنافسة.

ويصل هذا الرأي أعلاه، إلى أن قانون المنافسة له منطق مختلف لا يقبل تحديد قواعد سير السوق بشكل مسبق، وهو الأمر غير المتوفر في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي يضمن إجراءات من شأنها وضع قواعد توطر بشكل مسبق كيفية سير سوق الطلب العمومي، وهو ما من شأنه المساهمة في تسهيل وقوع ممارسات منافية للمنافسة⁽³⁾، لكن كما سبق ذكره أعلاه، لا يمكن إنكار صفة

¹ - Elise Langelier, L'office du juge administratif et le contra administratif, LGDJ, Paris, 2012, p 384: "La publicité et la concurrence sont présentes ici mais comme des moyens de réalisation des deux objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers que les trois principes précités visaient déjà à assurer".

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 28.

² - Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDG, Paris, 2004, p 36.

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 27، 28.

³ - Gregory Kalfèche, «Secteur public et concurrence: la convergence des droits», AJDA, 2007, p. 2420: "Le droit de la commande publique, en tant qu'il est un droit des contrats, est soumis au droit de la concurrence. D'un côté, la passation et l'exécution de ces contrats sont l'occasion de pratiques anticoncurrentielles de la part des personnes privées ou publiques répondant aux marchés. D'un autre, l'acte administratif contractuel ou ses éléments détachables doivent respecter le droit de la concurrence, alors même que les procédures de passation favorisent parfois les illégalités".

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 28.

الوقائية عن قانون المنافسة، ويضيف هذا الرأي قائلا بوجود صعوبة في التكامل بين قانون المنافسة والدعوى للمنافسة، لاسيما في ظل وجود عدة فوارق جوهرية أخرى، على غرار تمييز قانون المنافسة بالتركيز على الممارسات المحظورة وردعها إذا ارتكبت من طرف المتعاملين الاقتصاديين، أي المؤسسات في مفهوم اجتهادات هيئات المنافسة بفرنسا، فيما نجد المسؤولية عن الإخلال بقواعد الدعوة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية يتحملها المسير العمومي Le décideur public بدرجة أولى.

وفي إطار هذا التصور، يرى هذا الرأي أنه يمكن القول أن قانون المنافسة الذي يهدف إلى ضمان توازن السوق، لا يمكن أن يجتمع مع قواعد الدعوة للمنافسة التي تهدف للسماح للشخص العام بتلبية حاجاته باعتباره مستهلك من نوع خاص، على الرغم من توفيرها ل ضمانات مرضية لمبدأ المنافسة، ولكن من أجل تحقيق شراء فعّال، وليس من أجل تحقيق نفس الأهداف التي يسعى إليها قانون المنافسة⁽¹⁾، ونحن بدورنا لا نتفق مع هذا الطرح لكون أن كل من قانون المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإن اختلفا في نقاط مُعيّنة، لكن اتفقا من حيث المبادئ والأهداف المتمثلة في ضمان المنافسة الحرة والتزيهة داخل سوق العرض والطلب، لذلك لا يمكن أن ننكر عليهما صفة التكامل في العديد من النقاط التي سنوضحها أدناه.

وخير دليل على ذلك أن المادة 2 من قانون الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدّل والمتمم، نصت صراحة على أن أحكام هذا القانون يطبق على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، وهذا خير دليل على أن حرية المنافسة هي واحدة سواء في الأمر رقم 03-03، أو في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وإلا لماذا أخضع المشرع الجزائري إبرام الصفقات العمومية لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدّل والمتمم، إذا كانت المنافسة في الأمر رقم 03-03 ليست هي نفسها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247؟، وبالتالي إن دلت هذه الإحالة على شيء، فإنما تدل على وحدة حرية المنافسة مهما اختلفت أطرافها وموضوعها وإجراءاتها.

يرى الأستاذ محمد الشريف كتو بأنه رغم أن المشرع الجزائري نصّ على ألا يكون خضوع الصفقات العمومية لقانون المنافسة متعارضا مع مهام أداء المرفق العام وممارسة امتيازات السلطة العامة، فإنّ تطبيق قانون المنافسة وما ينتج عنه من تدخل مجلس المنافسة لمراقبة مدى توفر حرية المنافسة في الصفقات العمومية، سيطرح إشكالا قانونيا لأنه كما نعلم يعتبر القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص

¹ - محمد زكرياء رقرافي، مرجع سابق، ص 28، 29.

في مراقبة أعمال وتصرفات الأشخاص العامة، ومنها الصفقات العمومية لذلك لا بد من إيجاد معيار فاصل لمعرفة متى يتدخل مجلس المنافسة في الصفقات عندما تتعرض المنافسة للإخلال من طرف الشخص العام، وذلك دون النيل من مهامه في تسيير المرفق العام، ودون المساس بامتيازاته في ممارسة السلطة العامة، تحقيقاً للصالح العام⁽¹⁾.

لكن نحن من جهتنا لا نوافق الأستاذ محمد الشريف كـتو فيما توصل إليه أعلاه، لأن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية ليس معناه تدخل مجلس منافسة لتطبيق هذا القانون على منازعات الإبرام، وهنا يقع الخلط لأن القانون رقم 08-12 الذي أضاف مطة جديدة للفقرة الأولى من المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي مفادها بأن قانون المنافسة يطبق كذلك على الصفقات العمومية، ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة⁽²⁾، وهذا ليس معناه أبداً أن مجلس المنافسة هو المختص.

لقد تمّ استبعاد تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام لفترة معينة، بحجة أن قانون المنافسة يتحدّد مجال تطبيقه في نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات أي يتحدّد بالنشاط الاقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام.

ورغم أنّه لا يمكن إنكار ما للنشاط الإداري للشخص العام من مساس بالمنافسة في السوق من خلال قراراته وتصرفاته، فإنّ الاعتقاد السائد كان يرى أنّ تصرفات وقرارات السلطة العامة لا تؤثر في السوق، حيث أنّها سلطة تنظيمية تهتم في المقام الأول بتنظيم المرافق العامة، وأنّ مركزها لا يتجاوز حدود الطلب على الأموال والأشياء والخدمات، وبالتالي لا يُتصوّر أنّ تُخلّ السلطة العامة بقواعد اللعبة في السوق لكونها طالبة وليست عارضة للأموال والخدمات، وبالرغم من أنّ هذا الطرح مُنتقد لكون قرارات السلطة العامة يمكن أن تؤثر في مجريات الأمور في السوق، وبالتالي التأثير في المنافسة، فقد ظل الأمر على ما هو عليه في عدم الاهتمام بتأثيرات تلك القرارات في الأسواق رغم مجافاة ذلك للواقع وإنكاره للعدالة⁽³⁾.

¹ - محمد الشريف كـتو، مرجع سابق، ص75، 87.

² - بموجب القانون رقم 10-05 أصبحت الصياغة كالتالي: "...الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...".

³ - محمد الشريف كـتو، مرجع سابق، ص75، 87.

والواقع أنَّ عوامل كثيرة تدخلت وساهمت في إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، *Inclusion des règles de la concurrence dans le bloc de la l'égalité*، منها ما كان سائداً في الماضي من عدم اهتمام الإدارة بقواعد المنافسة، واقتصار دور القاضي الإداري بمنازعات المرفق العام، بتغليب الجوانب التي تُهْم مستعملي المرفق دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يُفرض عليه تنظيم هذا المرفق من آثار تنعكس على المحيط الاقتصادي.

ولذا كان لابد من أخذ هذه المعطيات بعين الاعتبار وإعادة النظر في علاقات المرفق العام بمحيطه التنافسي، *Repenser les relations du service public et son environnement concurrentiel* (1).

وفي هذا السياق فقد جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "مليون وماريس" *Million et Marais* لوضع حد لمرحلة اتسمت بتجاهل الشخص العام لما يمكن أن يترتب على أعماله من انعكاسات سلبية على قواعد السوق، ومَهَّد هذا القرار لبداية مرحلة جديدة⁽²⁾، أحدثت تغييراً جذرياً في الاجتهاد القضائي المتعلق بتطبيق قانون المنافسة على ممارسات السلطة العامة، ذلك أنَّه و بعد أن كان القضاء ينفي تطبيق قانون المنافسة على قرارات الشخص العام، فإنَّ القضاء الإداري من خلال هذا القرار يُقرُّ بخضوع تصرفات الأشخاص العمومية إلى قانون المنافسة، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأنَّ تقدير شرعية تصرف إداري ما، يُمكن أن تتم بالرجوع إلى أحكام الأمر الصادر في سنة 1986 والمتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، ومن الواضح أنَّ الجهة القضائية التي تتولى تطبيق هذا القانون على الشخص العام هو القضاء الإداري، الذي له صلاحيات الفصل في المنازعات التي تثيرها هذه القرارات وتمس بالمنافسة الحرة.

وقد أفضى تدخل القضاء الإداري لمراقبة نشاط الإدارة من زاوية قانون المنافسة إلى ظهور فرع جديد في قانون المنافسة يُعرف بالقانون العام للمنافسة *Droit public de la concurrence*، في مقابل القانون الخاص للمنافسة *Droit privé de la concurrence* الذي يطبق فقط على الأعوان الاقتصاديين

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 88.

² - C.E, Million et Marais, 3 Nov 1997, GAJA, n°107.

- أشار إليه: محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 88 ، 89.

عموميين كانوا أم خواصاً، ويختص مجلس المنافسة والمحاكم العادية بالفصل في النزاعات التي تثيرها الممارسات المرتكبة من قبل هؤلاء الأعوان⁽¹⁾.

إنّ تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يثير الآن أي إشكال بعد إدخال قواعد قانون المنافسة في الشرعية الإدارية كما رأينا سابقاً، وقد أدخل المشرع الجزائري التعديلات الضرورية في تنظيم الصفقات العمومية من أجل حماية مبدأ المنافسة الحرة في تلك الصفقات، وأنّ أي إخلال بحرية المنافسة في الصفقات من طرف الإدارة المتعاقدة يتولى القضاء الإداري الفصل فيه، ولا يكون لمجلس المنافسة صلاحية متابعة هذا الإخلال⁽²⁾.

إنّ المتمعن في التعديلات التي مست المادة 2 أعلاه، بموجب القانونين رقم 08-12، 10-05، سيلاحظ أن المشرع قد تخلّى عن عبارة: "إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام"، لأنها عبارة تحمل الكثير من الغموض والتأويل، وبالتالي تخضع لقانون المنافسة كل نشاطات الإنتاج، ونشاطات التوزيع، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها، كما تخضع لقانون المنافسة الصفقات العمومية، **بداءً** بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

وقام المشرع بتعديل الفقرة الأخيرة من المادة 2 من الأمر رقم 03-03، وذلك باستبدال عبارة "إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام"، بعبارة "غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"، لأن العبارة الأولى تفيد بأنه مجرد تعاقد الشخص العام (المصلحة المتعاقدة) عن طريق الإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، يعني استبعاد قانون المنافسة من التطبيق، لأن المصلحة المتعاقدة تتمتع بامتيازات السلطة العامة في مجال الصفقات العمومية، لكون التنظيم المتعلق بها يحمل في طياته قواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽³⁾، ومن جهة ثانية فإن الصفقات العمومية ترتبط ارتباط وثيق

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 81.

² - المرجع نفسه، ص 81، 88، 89.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 77... =

بأداء المرفق العام للخدمات العمومية وسييره بانتظام واطراد، أما العبارة الثانية -وهي العبارة التي نراها مناسبة- تفيد بأنه يمكن أن تخضع الصفقات العمومية لقانون المنافسة بشرط أن لا يعيق هذا الأخير أداء مهام المرفق العام، وممارسة صلاحيات السلطة العامة، وهنا يقوم القاضي الإداري بالموازنة بين قواعد قانون المنافسة ومقتضيات سيرورة المرفق العام، وأي قاعدة قانونية في قانون المنافسة يؤدي تطبيقها إلى عرقلة المرفق العام، يقوم القاضي الإداري إما بمواءمتها وتفسيرها بما يتماشى مع المرفق العام، وإن تعذر ذلك يقوم باستبعادها من التطبيق على النزاع، دون استبعاد القواعد القانونية الأخرى التي تتماشى مع أداء المرفق العام واستمراره.

غير أن الأستاذ محمد الشريف كتو يرى أن عبارة "لا يعيق"، تعني لا تطبق قواعد قانون المنافسة⁽¹⁾، في حين يرى الأستاذ رشيد زوايمية أن عبارة "لا يعيق"، ليس معناها لا تطبق وإنما معناها أن القاضي يوازن أولاً بين قواعد قانون المنافسة وبين مقتضيات المرفق العام، والاستبعاد لا يكون إلا في حالة استحالة إجراء الموازنة والمواءمة بينهما، ونحن بدورنا نميل إلى ترجيح هذا الرأي الأخير⁽²⁾.

وهكذا أصبحت كل الصفقات العمومية خاضعة لأحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، والجدير بالذكر هنا أنه حتى ولو لم يتجاوز المبلغ التقديري للصفقة العمومية العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلا أن هذه الصفقة تبقى خاضعة لإجراءات إبرام داخلية تُعدّها المصلحة المتعاقدة، وبالتالي تبقى هذه الصفقة خاضعة لمبادئ إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وبالتالي تبقى هذه الصفقة خاضعة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، المتمثل في مبدأ حرية المنافسة، وهكذا تبقى هذه

=...= عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص15.

يراجع كذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي:

C.E. 10 juin 1988, sté comptoir d'électricité franco-belge C.ville de paris, R.D.A, 27 A Année, N°7, juillet 1988, p.3: "Un contrat qui n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public...et qui ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun, qu'ils' agissait donc d'un contrat de droit privé".

أشار إليه: مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري والبيمني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص18.

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص85.

² - عن طريق محادثة عن بعد مع الأستاذ رشيد زوايمية، بتاريخ 2019/12/10 على الساعة 20:00.

الصفقة خاضعة أيضاً للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سواء تجاوز مبلغها التقديري للعبء المالية أو لم يتجاوز، لأنها في الحالتين تخضع لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (حرية المنافسة).

وهكذا نصل إلى نتيجة مفادها أن الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة، تخضع لإجراءات إبرامها للمبادئ والقواعد التي تضمنها الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، لاسيما قواعد المنافسة الحرة والترتيبه، وقواعد شفافية الممارسات التجارية، المنصوص عليها في المادة 4 من الأمر رقم 03-03، وكذلك القواعد المتعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة والمنصوص عليها في المواد 6 وما يليها من الأمر رقم 03-03 أعلاه، بشرط أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام، أو ممارسات صلاحيات السلطة العمومية، كما سبق ذكره أعلاه.

وهنا نحن نرى أن المشرع لم يوفق عند صياغته للمادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، لاسيما عند تعديلها بموجب القانون رقم 08-12، والقانون رقم 10-05، وذلك لان المشرع حصر تطبيق قانون المنافسة على إبرام الصفقات العمومية فقط في إجراء المناقصة -والتي أصبحت تسمى طلب العروض Appel d'offre بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247-، وإن كان المشرع محققاً في استثناء إجراء التراضي البسيط، لأنه بطبيعته لا يقوم على المنافسة لأن حالاته هي خصوصية ولا تنسجم مع المنافسة، لكنه (المشرع) جانب الصواب عندما استثنى إجراء التراضي بعد الاستشارة من الخضوع للقواعد المنصوص عليها في قانون المنافسة، وذلك لأن هذا الإجراء (التراضي بعد الاستشارة) قائم على مبدأ حرية المنافسة، وفي حالة قيام المصلحة المتعاقدة باستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽¹⁾، لكن من جهة ثانية نتساءل هل المشرع عندما نصّ في المادة 2 من الأمر رقم 03-03 على أن أحكام هذا الأمر تطبق على الصفقات العمومية بداية من نشر الإعلان عن المناقصة، كان يقصد كافة إجراءات الإبرام المتمثلة في طلب العروض والتراضي؟، هذا ما جعل البعض إلى القول بهذا التفسير، حينما قالوا أنه من الطبيعي بما يتفق والمبادئ العامة والمنطق القانوني، أن يقتصر نص المادة 2 من الأمر رقم 03-03 على ذكر القاعدة العامة دون جزئياتها، حيث يرى هذا الرأي أنه من باب أولى أن يُحمل النص على إجماله، طالما أنه لم يتضمن تعبيراً صريحاً يتضمن استثناء إجراء التراضي - لاسيما التراضي بعد الاستشارة الذي يقوم على مبدأ حرية المنافسة - من مجال تطبيق أحكام قانون المنافسة،

¹ - الفقرة 2 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

ويستأنس هذا الرأي بالمادة 5 من القانون رقم 08-12 التي تتمم أحكام المادة 6 من الأمر رقم 03-03، المتعلقة بالممارسات المُقيّدة للمنافسة، حيث وضمن محطة أخيرة عُددَ السماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مُقيّدة للمنافسة، عمل محظور، ويضيف هذا الرأي بأن النص على هذا الحكم مقترن بالصفقة العمومية دون تحديد الإجراء الذي تمّ به الإبرام، فيستوي أن يكون عبر إجراء طلب العروض، أو إجراء التراضي، حيث أن قانون المنافسة يستند على ممارسة النشاط، فإن انطباق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، ينصرف إلى الممارسات التي تساعد على منح الصفقة، دونما البحث عن طريقة الإبرام لأنها شأن ينظمه تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾.

ونحن من جهتنا، نرى بأن هذا التحليل هو منطقي لكون المشرع من خلال المادة 2 من الأمر رقم 03-03 قد خاتته المصطلحات لا غير، لأنه كان يقصد أن إجراءات إبرام الصفقات العمومية تخضع لقانون المنافسة، بغض النظر عن طريقة الإبرام، سواء كان عن طريق طلب العروض أو التراضي، لأن الذي يهم هو خضوع إجراءات الإبرام لقانون المنافسة، وليس طريقة الإبرام في حد ذاتها هي التي تم، لأن المشرع عاد مرة أخرى من خلال المطة الأخيرة من المادة 6 من الأمر رقم 03-03، المُعدّلة بموجب القانون رقم 08-12، لينص: "تخطر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى: -...السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المُقيّدة"¹، وهكذا اعتبر المشرع أن منح صفقة عمومية لأصحاب ممارسات مُقيّدة للمنافسة هو بمثابة عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، ولم يشر المشرع هنا إلى طريقة وإجراء منح الصفقة العمومية لهؤلاء المتعاملين، وإنما اكتفى فقط بالنص على منح الصفقة، وهذا ما يمكن الاستناد عليه للقول بأن المشرع عندما نص على إجراء المناقصة -والذي أصبح يسمى طلب العروض- من خلال المادة 2 من الأمر رقم 03-03، لم يكن على سبيل التخصيص، وإنما وقع في سهو لغوي فقط، لكون أن إجراء التراضي بعد الاستشارة يقوم أيضا على مبدأ حرية المنافسة ولو بشكل محدود، على خلاف التراضي البسيط الذي تنعدم فيه المنافسة، ممّا قد يُفهم أن قواعد قانون المنافسة الموضوعية منها والإجرائية، تُطبق على إجراءات إبرام الصفقات من الإعلان عن طلب العروض إلى غاية

¹ - محمد ديب، قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية (دراسة في القانون الجزائري)، Reading in the limits of applying competition Law to public transactions (Research in Algerian Law)، مجلة العلوم السياسية والقانون، تصدر عن المركز الديمقراطي

العربي، برلين، ألمانيا، المجلد 02، العدد 07، فبراير 2018، ص 215، 216.

المنح النهائي للصفقة، لكن على الرغم من ذلك وتجنباً للغموض، فمن الأحسن أن يتدخل المشرع ويقوم بتعديل نص المادة 2 من الأمر رقم 03-03، فيحذف عبارة "الإعلان عن طلب العروض"، ويعوضها بعبارة: "الإعلان عن الطلب العمومي"، وهي العبارة التي تشمل كافة إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾.

لكن الجدير بالذكر هنا، أن التعديل الحاصل لقانون المنافسة بموجب القانون رقم 08-12 والذي أضاف فقرة 2 للمادة 2 من الأمر رقم 03-03، والتي جاءت على النحو التالي: "...غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهم المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة"، وهنا بهذه الفقرة المستحدثة عاد المشرع مرة ثانية ليعطي للأشخاص العمومية حرية التنصل من الخضوع لأحكام الأمر رقم 03-03 سواء بخصوص النشاطات المذكورة في المطة الأولى من الفقرة الأولى من المادة 2، أو بخصوص الصفقات العمومية المذكورة في المطة 2 من نفس الفقرة، وذلك بمجرد أن تتحجج هذه الأشخاص العمومية بأن تطبيق الأمر 03-03 على نشاطاتها أو على صفقاتها، يعيق أداء مرافقها العامة أو يعيق ممارسة صلاحيات سلطاتها العمومية، لكن هنا المشرع لم يضع معيار يمكن للقاضي الإداري الاعتماد عليه عند النزاع، وإنما أعطى سلطة تقديرية كبيرة للمصلحة المتعاقدة في خضوعها أو عدم خضوعها لقانون المنافسة، وذلك في غياب معيار واضح، لذلك كان على المشرع عند استحداثه للفقرة 2 من المادة 2 من الأمر رقم 03-03 بموجب القانون رقم 08-12، أن يضع معايير واضحة يمكن من خلالها تحديد الحالات التي تكون فيها صفقات المصالح المتعاقدة خاضعة للأمر رقم 03-03، والحالات التي تكون هذه الصفقات غير خاضعة لهذا الأمر، وكان على المشرع تجنب العبارات التي تحتمل كثرة التفسيرات والتأويلات لاسيما عند حدوث النزاع الذي يدور حول خرق مبدأ حرية المنافسة.

وبالتالي يشترط لخضوع أي نشاط لمجال تطبيق قانون المنافسة أن يتوفر فيه المعيار الاقتصادي، وقانون المنافسة هو من يحدد النشاطات الاقتصادية، وبالتالي مدى خضوع الصفقة العمومية لقانون المنافسة، وذلك لكون أن الصفقة العمومية هي عبارة عن عقد إداري يكون أحد طرفيه إدارة ممثلة في الشخص العمومي، وهو ما يُخيّل ولأول لحظة بالقول بعدم خضوع الصفقة العمومية لقانون المنافسة نظراً للشخص العمومي الذي يكوّنهما، والذي لا طالما تميّز بخصائص تُبعده عن مجال المنافسة، غير أن

¹ - نحن نقصد هنا فقط إجراءات الإبرام القائمة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (مبدأ حرية المنافسة)، دون إجراءات الإبرام التي لا تقوم على مبدأ حرية المنافسة، ومنها إجراء التراضي البسيط.

تطور قانون المنافسة نظرا لتطور وظائف الشخص العام نفسه عبر السنوات أدى إلى توسيع مجال تطبيق قانون المنافسة ليشمل كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وبالرجوع إلى المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، نجدها تنص: "يقصد في مفهوم هذا الأمر بما يأتي: أ- المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد..."⁽¹⁾.

وهكذا طبقا للمعيار العضوي فإن الممارسات المنافسة للمنافسة يمكن أن تصدر من المؤسسات التنافسية المتقدمة لنيل الطلبات العمومية، أو تصدر من الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، غير أن المادة 3 أعلاه لا تكتفي بالمعيار العضوي، بل تضيف معيار موضوعي مادي المتمثل في النشاط الاقتصادي، والذي يجب أن يكون ضمن النشاطات المتعلقة بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد، ومنه كل شخص بغض النظر عن طبيعته ونظامه القانوني يخضع لأحكام قانون المنافسة، بمجرد ممارسته لنشاط اقتصادي⁽²⁾.

ويبدو أن المعيار المعمول به في فرنسا، والذي به يمكن تحديد ما إذا كان قانون المنافسة يطبق على المشتري العمومي أم لا، يكمن كما سبق ذكره أعلاه في معرفة هل هذا المشتري العمومي يتصرف بوصفه طالبا اقتصاديا وسيطا *demandeur intermédiaire* أو طالبا اقتصاديا نهائيا *demandeur économique final*، فقانون المنافسة يطبق على الطالب الوسيط⁽³⁾، لكن في الجزائر طبقا للأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، فإن هذا الأخير يطبق على صفقات المصالح المتعاقدة سواء كانت طالبة اقتصادية وسيطة للسلع والخدمات، أو كانت طالبة اقتصادية نهائية لهذه السلع والخدمات، فقط على الجهة المختصة بنظر المنازعة سواء مجلس المنافسة أو القضاء الإداري (المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة)، أن يوازن بين قانون المنافسة وبين أداء المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة، و فقط في حالة استحالة الموازنة - وهي حالات جد نادرة- يتم استبعاد قانون المنافسة من التطبيق على الصفقات العمومية.

¹ - راضية رحمان، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017/2016، ص 82، 83.

² - المرجع نفسه، ص 83.

³ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 93.

الفرع الثاني

اختصاص مجلس المنافسة بالفصل في منازعات إبرام الصفقات العمومية

هنا لا بد من تحديد المرحلة التي يطبق فيها قانون المنافسة على الصفقات العمومية (أولاً)، ثم نبين معيار اختصاص مجلس المنافسة بمنازعات إبرام الصفقات العمومية (ثانياً).

أولاً: تحديد المرحلة التي يطبق فيها قانون المنافسة على الصفقات العمومية

حتى نستطيع معه تحديد الفترة الزمنية التي يكون خلالها مجلس المنافسة مختص بمنازعات إبرام الصفقات العمومية، ذلك أن المشرع الجزائري لم يُخضع كافة مراحل الصفقات العمومية لقانون المنافسة، وإنما أخضع فقط مرحلة الإبرام لقانون المنافسة، وحسناً فعل المشرع لأن هذه المرحلة هي التي تظهر فيها الممارسات المُقيّدة للمنافسة، فمرحلة الإبرام هي مرحلة جد حساسة، لهذا نجد مختلف القوانين والتنظيمات المتعلقة بالعقود الإدارية عموماً والصفقات العمومية خصوصاً تنظم إجراءات الإبرام بدقة، من أجل ضمان أكبر قدر من الشفافية والمنافسة التريهة والشريفة، لأنه بمجرد إرساء العقد الإداري على أحد المتعاملين الاقتصاديين، يزول التنافس ويدخل المتعاقد في مرحلة جديدة تسمى مرحلة التنفيذ.

لهذه الأسباب المذكورة أعلاه، نصت المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، على أن أحكام هذا الأمر تطبق على الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة⁽¹⁾ إلى غاية المنح النهائي للصفقة، وهكذا استبعد المشرع الجزائري مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية من تطبيق قانون المنافسة، وهذا أمر يتماشى مع المنطق القانوني السليم، لأن هذه المرحلة (مرحلة التنفيذ) لا يوجد فيها تنافس وإنما تكون الصفقة قد مُنحت إلى أحد المتعاقدين، وتدخل الصفقة حيز التنفيذ وأي منازعة تتعلق بهذه المرحلة لا يمكن إطلاقاً أن تتعلق بالمنافسة، وإنما تتعلق بآثار الصفقة العمومية والمتمثلة في السعر وكيفية التنفيذ وأجاله، وسلطات المصلحة المتعاقدة، والفسخ والتعويض... الخ.

كذلك من جهة أخرى، فإن عدم تطبيق قانون المنافسة ومعه رقابة مجلس المنافسة، على مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، يعود إلى أن مرحلة التنفيذ تمتاز بإظهار المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها العامة،

¹ - هنا لا بد على المشرع تحيين المصطلحات الواردة في الأمر رقم 03-03، حتى تتماشى وتنسجم مع المصطلحات الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك باستبدال مصطلح "المناقصة" بمصطلح "طلب العروض".

ولهذا فإن قانون المنافسة وحتى مجلس المنافسة يُستثنى من هذه المرحلة ليس فقط لانعدام المنافسة فيها واستقرارها في متعامل واحد، بل يتعداه إلى فكرة ظهور المصلحة المتعاقدة بمظهر السلطة العامة، وبالتالي فقانون المنافسة لا يطبق على المرحلة التي تكون فيه الإدارة في موضع سلطة عامة، وزيادة على ذلك هناك من يرى أن عدم اختصاص مجلس المنافسة بمرحلة إعداد دفتر الشروط ناجم عن علاقة هذا الأخير بالسلطة العامة⁽¹⁾، وبخصوص هذه النقطة الأخيرة فنحن لا نوافق هذا الرأي، لأنه حتى ولو كنا نتفق بأن المصلحة المتعاقدة تضع دفتر الشروط بوصفها سلطة عامة، لكن هذا لا يعني أنها تخرق مبدأ المنافسة تحت غطاء السلطة العامة، لذلك حتى وإن لم تخضع المصلحة المتعاقدة خلال هذه المرحلة (إعداد دفتر الشروط) لرقابة مجلس المنافسة، إلا أنها تخضع لرقابة القاضي الإداري.

وبالتالي فإن تطبيق أحكام الأمر رقم 03-03 على الصفقات العمومية بدءاً بنشر الإعلان عن الطلب العمومي إلى غاية المنح النهائي للصفقة، يرسخ مفهوم المشروعية الإدارية وفقاً لأحكام قانون المنافسة، حيث تخضع المصالح المتعاقدة (الشخص العام)، حال إبرامها لصفقة عمومية لقيد مزدوج من المشروعية المستمدة من أسس القانون الإداري، وتنظيم الصفقات العمومية والمستنبطة من أحكام قانون المنافسة⁽²⁾، حيث أن المصالح المتعاقدة ليست بمنأى عن ضرورة احترامها لقانون المنافسة، فتخضع لأحكامه في حدود ما يضمن عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة⁽³⁾.

ومن المظاهر المكرسة للتنافس في مرحلة الإبرام نجد علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية على طول المدة التي تمر بها إجراءات إبرام الصفقة العمومية، بداية من الإشهار مروراً بفتح الأظرفة إلى غاية اختيار المتعامل المتعاقد، ومن المعلوم أن عملية إبرام الصفقات العمومية تمر عبر عدة مراحل تتمثل في:

- إعداد دفتر الشروط،
- إحالة دفتر الشروط على لجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه،
- مرحلة الإعلان في عن الصفقة،

¹ - راضية رحمان، مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، مجلد 29، عدد 2، 20 جون 2016، ص 253، 254.

² - إهام بوحلايس، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005/2004، ص 97، 98.

³ - نصر الدين الأخضر، القانون الجزائري بين مثالية المساواة وواقعية التمييز الإيجابي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد 51، عدد 01، مارس 2014، ص 14، 15.

- مرحلة إيداع العروض،
- مرحلة فتح الأظرفة ودراسة العطاءات،
- مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة،
- مرحلة المنح النهائي للصفقة.

غير أن المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، حدّدت مجال تدخل تطبيق قانون المنافسة وبالتالي تدخل مجلس المنافسة، بداية من الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها، وهنا نطرح السؤال التالي: لماذا لم يشمل تطبيق قانون المنافسة معه رقابة مجلس المنافسة مرحلة إعداد دفتر الشروط على اعتبار أن هذه المرحلة لها صلة وثيقة بمبدأ المنافسة؟، ذلك أنه في بعض الصفقات تستطيع الإدارة أن تفرض بعض الشروط التي من شأنها أن تقصي متعاملين متعاقدين خدمة لمعامل متعاقد آخر، وهو ما أكدته المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حينما ألزمت المصلحة المتعاقدة أن تضع معايير غير تمييزية لاختيار المتعامل المتعاقد، وطبقاً للمادة 27 من نفس المرسوم الرئاسي فيجب على المصلحة المتعاقدة حين تحديدها لحاجاتها أن لا تكون المواصفات موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدّد، ومن هنا كان على المشرع إخضاع مرحلة إعداد دفتر الشروط لقانون المنافسة تكريساً للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾، وذلك لأن بداية المنافسة الحقيقية تبدأ من مرحلة إعداد دفتر الشروط، وليس من الإعلان عن الطلب العمومي، وبودي هنا أن أوضح نقطة أراها في غاية الأهمية، والتي مفادها أن عدم تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية إذا كان يعيق أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، فهنا المشرع قد افترض أن المرفق العام يكون حيادي ويجسد مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية وحرية المنافسة والمساواة والشفافية، كما افترض المشرع أن ممارسة صلاحيات السلطة العامة هدفها فقط المصلحة العامة، لذلك سهل على المصلحة المتعاقدة أداء هذه المهام، وذلك بإعفائها من قانون المنافسة، لكن قد يحدث وأن يخرج المرفق العام عن حياديه في معاملة المرشحين لنيل الصفقة، كما قد تتعسف المصلحة المتعاقدة في ممارسة صلاحيات السلطة العامة، وهنا تنتفي الغاية التي من أجلها تم استثناء قانون المنافسة من التطبيق على الصفقات العمومية، لذلك كما سبق ذكره، كان على المشرع إما أن يحدّد بدقة الحالات التي تعفى منها المصلحة المتعاقدة من تطبيق

¹ - راضية رحمان، مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 250.

قانون المنافسة، أو أن يسمح بتطبيقه في كل الحالات - باستثناء مرحلة التنفيذ طبعاً-، وبالتالي تفادي المصطلحات الفضفاضة والمرنة التي قد تستعملها المصلحة المتعاقدة لصالحها بهدف التهرب من تطبيق قانون المنافسة على صفقاتها العمومية، لأن المصلحة المتعاقدة قد تستبعد مرحلة إعداد دفتر الشروط من تطبيق قانون المنافسة تحت حجة أنه من صلاحيات ممارسة السلطة العامة، وحتى وإن كان المشرع لم يخضع صراحة مرحلة إعداد دفتر الشروط لقانون المنافسة، وهذا فيه مساس كبير بشفافية إبرام الصفقات العمومية.

ثانياً: معيار اختصاص مجلس المنافسة بمنازعات إبرام الصفقات العمومية

طبقاً للمادة 23 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، فمجلس المنافسة هو عبارة عن سلطة إدارية مستقلة، حيث نصت المادة 23 على ما يلي: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة" تتمتع بالشخصية القانونية⁽¹⁾ والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة. يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر"، وطبقاً للمادة 24 من نفس الأمر، فإن مجلس المنافسة يتكون من اثني (12) عشر عضواً ينتمون إلى الفئات الآتية:

- ستة (6) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل على شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ماثلة، وخبرة مهنية مدة ثماني (8) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي، والتي لها مؤهلات في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك وفي مجال الملكية الفكرية،
- أربعة (4) أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية مدة خمس (5) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة،

- عضوان (2) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين،

يمكن أعضاء مجلس المنافسة ممارسة وظائفهم بصفة دائمة.

وطبقاً للمادة 25 من الأمر رقم 03-03 أعلاه، فإن تعيين رئيس مجلس المنافسة ونائبه والأعضاء الآخرون يكون بموجب مرسوم رئاسي، كما تُنهي مهامهم بنفس الأشكال، كما يتم تجديد عهدة

¹ - وقع المشرع في خطأ، لأن المصطلح الصحيح هو "الشخصية المعنوية"، وليس "الشخصية القانونية".

أعضاء مجلس المنافسة كل أربع (4) سنوات، في حدود نصف أعضاء كل فئة من الفئات المذكورة في المادة 24 أعلاه.

وطبقا للمادة 28 من نفس الأمر، فإن أعمال مجلس المنافسة يشرف عليها الرئيس أو نائب الرئيس الذي يخلفه في حالة غيابه أو حدوث مانع له، كما لا تصح جلسات مجلس المنافسة إلا بحضور ثمانية (8) أعضاء على الأقل، وجلساته ليست علنية، كما تُتخذ قرارات مجلس المنافسة بالأغلبية البسيطة، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، أما المادة 29 من نفس الأمر، منعت أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثَّلَ أو يُمثِّلُ أحد الأطراف المعنية، ويقع على أعضاء مجلس المنافسة الالتزام بالسرية المهني، كما تتنافى وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني آخر.

ويستمع مجلس المنافسة حضوريا إلى الأطراف المعنية في القضايا المرفوعة إليه والتي يجب عليها تقديم مذكرة بذلك، ويمكن أن تعيَّن هذه الأطراف ممثلا عنها، أو تحضر مع محاميها أو مع أي شخص تختاره، وللأطراف المعنية وممثل الوزير المكلف بالتجارة حق الإطلاع على الملف والحصول على نسخة منه، غير أنه يمكن للرئيس بمبادرة منه أو بطلب من الأطراف المعنية، رفض تسليم المستندات أو الوثائق التي تمس بسرية المهنة، وفي هذه الحالة، تسحب هذه المستندات أو الوثائق من الملف، ولا يمكن أن يكون قرار مجلس المنافسة مؤسسا على المستندات أو الوثائق المسحوبة من الملف⁽¹⁾.

أما بخصوص مسألة اختصاص مجلس المنافسة، بداية نقول أن المعيار المعتمد لمنح الاختصاص للجهات القضائية الإدارية طبقا للقانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو نفسه المعيار المعتمد في توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة وبين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة حسب الحالة⁽²⁾، والمتمثل في المعيار العضوي كقاعدة عامة، ومعيار التمويل (معيار المال العام) كاستثناء.

المعيار العضوي منصوص عليه في المادتين 800 و801 و901 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك المادة الأولى من القانون رقم 98-02، المتعلق بالمحاكم الإدارية⁽³⁾، وكذلك المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة

¹ - المادة 30 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - لأن الأمر لا يتعلق هنا بدعوى القضاء الكامل، وإنما يتعلق الأمر بدعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

³ - قانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أول يونيو سنة 1998

وتنظيمه وعمله⁽¹⁾، بمعنى أنه إذا كانت المصلحة المتعاقدة هي شخص من أشخاص القانون العام الواردة في المواد المذكورة أعلاه، أو كانت من صنف المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، طبقا لمعيار التمويل من المال العام المنصوص عليه في المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وهكذا فإنه إذا كانت المصالح المتعاقدة المذكورة أعلاه، طرفا في المنازعة المتعلقة بالإخلال بالمنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، فهنا يكون مجلس المنافسة غير مختص نوعيا للفصل في النزاع طبقا للمعيار العضوي وطبقا لمعيار التمويل، ويكون الاختصاص للقضاء الإداري سواء للمحاكم الإدارية⁽²⁾ أو مجلس الدولة حسب طبيعة المصلحة المتعاقدة إذا كانت على المستوى المحلي أو على المستوى المركزي، والملاحظة المهمة التي ينبغي الإشارة إليها أن استبعاد مجلس المنافسة من منازعات هذه الهيئات لا يعني استبعاد قانون المنافسة من التطبيق، حيث يقوم القاضي الإداري بتطبيق قانون المنافسة مع ضرورة الموازنة بينه وبين مقتضيات المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة، أما مجلس المنافسة يكون مختص في الحالات التي تكون فيها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري طرفا في النزاع، بشرط ألا تكون هذه المؤسسات العمومية مموّلة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، لكن في نفس الوقت قد ارتأت هذه المؤسسات العمومية الخضوع طواعية لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فهنا مجلس المنافسة هو المختص بالنظر في النزاع وهو من يقوم كذلك بالموازنة بين ضرورة أداء المرفق العام لمهامه وممارسة صلاحيات السلطة العامة وبين الأحكام الواردة في قانون المنافسة.

إن القانون رقم 08-12 المعدّل والمتّم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، قد وسع مجال اختصاص مجلس المنافسة في مجال الصفقات العمومية التي يمكن أن تكون مصدرا للممارسات المنافية

¹ - قانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أوّل يونيو سنة 1998، المعدّل والمتّم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43) الصادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2011، المعدّل والمتّم بالقانون العضوي رقم 18-02، المؤرخ في 4 مارس سنة 2018، ج ر عدد (15)، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2018.

² - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص -، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009، ص 9.

للمنافسة، الشيء الذي سوف يؤدي بهذه الهيئة للعب دورها عن طريق توقيع العقاب على المخالفين لقواعد المنافسة في مادة الصفقات العمومية⁽¹⁾.

لضبط المنافسة في شتى الميادين الاقتصادية، ينظر مجلس المنافسة الجزائري، على غرار سلطة المنافسة الفرنسية⁽²⁾، في الممارسات والأعمال المدبّرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة والضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه⁽³⁾، كما ينظر مجلس المنافسة في الممارسات التي تشكل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها⁽⁴⁾، كما ينظر كذلك في الممارسات التي تشكل تعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبوناً أو مموناً إذا كان ذلك يُخل بقواعد المنافسة⁽⁵⁾، كما ينظر في الممارسات المتعلقة بعرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق⁽⁶⁾.

والجدير بالذكر هنا، أن الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية قد تكون صادرة عن المؤسسات العارضة، كم قد تكون هذه الممارسات صادرة عن المصلحة المتعاقدة، حيث يختص مجلس المنافسة بنظر الصنف الأول من الممارسات دون الصنف الثاني، أي تلك الممارسات الصادرة عن المؤسسات العارضة، لاسيما الاتفاقات، والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة⁽⁷⁾.

أما بخصوص استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، فلا يتصور قيامها في مجال الصفقات العمومية، على أساس أن صفة الموزع أو الممون التي تشترطها المادة 11 من قانون المنافسة الجزائري، والمادة 2-L.420 من القانون التجاري الفرنسي، لا تشمل المشتريين العموميين المشار إليهم في المادة 6 من المرسوم الرئاسي

¹ - راضية رحمان، مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 243.

² - Articles L.420-1 à L.420-7 du Code de commerce.

- لتفصيل أكثر: يراجع محمد زكرياء رقراقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 312 وما بعدها.

³ - المادة 6 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

⁴ - المادة 7 من نفس الأمر.

⁵ - المادة 11 من نفس الأمر.

⁶ - المادة 12 من نفس الأمر.

⁷ - محمد زكرياء رقراقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق،

ص 313.

رقم 15-247، حيث تقتصر فقط على فئة المشتريين العموميين الممثلين في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تقوم هذه الأخيرة بإبرام صفقة عمومية مموّلة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية (لكن الاختصاص هنا لا يعود لمجلس المنافسة)، وبالتالي يصعب تصور قيام ممارسة تعسف في استغلال وضعيتها تبعية اقتصادية، يكون أحد أطرافها باقي الهيئات الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية، نظراً لعدم سعيها لتحقيق أهداف اقتصادية ترتبط بالتوزيع أو التمويل⁽¹⁾، وهذا أمر منطقي لأن الصفقة مموّلة من الخزينة العامة، وبالتالي فإن المشروع محل الصفقة ليس ذو طابع اقتصادي وإنما ذو نفع عام.

وهناك من يذهب إلى القول بأن الممارسات المقيّدة للمنافسة في الصفقات العمومية والتي يختص مجلس المنافسة بنظرها هي تلك الممارسات التي يقوم بها المتعاملين الاقتصاديين فقط، دون الممارسات المنافية للمنافسة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة، أما خارج نطاق الصفقات العمومية فيختص مجلس المنافسة برقابة الممارسات المقيّدة للمنافسة الصادرة عن الشخص العام بوصفه عون اقتصادي يباشر نشاط اقتصادي المتمثل في نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والصناعة، لا بوصفه سلطة عامة⁽²⁾، لكن نحن من جهتنا لا نؤيد هذا الطرح إطلاقاً لكون مجلس المنافسة يعاين كل المخالفات الماسة للمنافسة سواء كانت صادرة عن المتعاملين الاقتصاديين، أو تلك الصادرة عن الجهات المتعاقدة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فمجلس المنافسة لا ييسر رقابته على النشاط الاقتصادي للشخص العام، لأن هذا من اختصاص القاضي الإداري، وفي الجزائر المعيار المعتمد كأصل عام هو المعيار العضوي في توزيع الاختصاص، سواء كان العمل الصادر عن الإدارة من أعمال التسيير العادية أو كان من أعمال السلطة.

من جهة أخرى، ينظر مجلس المنافسة في طلبات التجميع التي تقدم له من طرف أصحابها طبقاً للمادة 17 من الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم، بهدف نيل المؤسسات للصفقات العمومية في شكل تجمع مؤقت، ويتمتع مجلس المنافسة بسلطة قبول التجميع أو رفضه بقرار معلّل، ويمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة طبقاً للمادة 19 من الأمر رقم 03-03 أعلاه.

¹ - محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي -، مرجع سابق، ص 313، 314.

² - محمد ديب، مرجع سابق ص 222.

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن مسألة توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة وبين القضاء الإداري بصفة عامة، هي من أكثر المسائل التي اختلفت فيها الرؤى كثيرا، فيذهب الدكتور محمد الشريف كتو إلى أن رقابة مجلس المنافسة تكون بخصوص الممارسات المناهضة للمنافسة والمنفصلة عن امتيازات السلطة العامة، وبالتالي فإن الممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة تكون موضوع للاحتجاج عن طريق إخطار مجلس المنافسة، ويكمن انفصال هذه الممارسات عن قرارات السلطة العامة إما لكونها قد صدرت عن مؤسسات متنافسة، وإما لكونها قد صدرت عن الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، دون مراعاة ما يترتب عنها من إخلال بالمنافسة، مما يؤدي إلى نزاع ما كان تتمتع به من حصانة، باعتبارها قرارات صادرة عن السلطة العامة، ولذلك يتدخل فيها مجلس المنافسة⁽¹⁾، لكن بالرجوع إلى القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما المواد المتعلقة باختصاص القضاء الإداري، نجد مجلس المنافسة غير مختص بمتابعة الإخلالات بالمنافسة الصادرة عن أشخاص القانون العام في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة، حتى ولو تعلق الأمر بالنشاط الاقتصادي للشخص العام..

وكذلك يختص مجلس المنافسة بمتابعة الممارسات المقيّدة للمنافسة بالنسبة للمؤسسات (المتعاملين الاقتصاديين)، وكذلك بالنسبة للمؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري إذا كانت غير مموّلة من طرف الدولة أو من طرف الجماعات الإقليمية، وتُعاقب إذا ثبت في حقها إبرام اتفاقيات محظورة فيما بينها أو بتواطؤ مع المصالح المتعاقدة، أو في حالة أي إخلال بقواعد المنافسة، وهي الممارسات المحظورة بموجب المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، التي حظرت كل الممارسات والأعمال المُدبّرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية، عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها، أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيّدة للمنافسة.

وفيما يتعلق بممارسات المشتري العمومي أو الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع والمنفصلة عن قرارات السلطة العامة، فيتعلق الأمر بالأعمال التي تكون خاضعة لقانون المنافسة، رغم اعتماد نظام الصفقات

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 92.

العمومية في إنجازها، وذلك باعتبارها أنشطة اقتصادية⁽¹⁾، إلا أنها تخرج حسب نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عن اختصاص مجلس المنافسة.

في الحقيقة فإنه من الصعب تحديد النشاط الاقتصادي في حالة ما إذا صدر عن المصلحة المتعاقدة التي تستخدم تنظيم الصفقات العمومية، ولهذا يرى مجلس المنافسة الفرنسي بأن المعيار المعتمد لخضوع الصفقات العمومية لمجلس المنافسة يتحدد بصفة المصلحة المتعاقدة إذا ما تصرف بوصفها طالب اقتصادي وسيط، أو طالب اقتصادي نهائي، فقانون المنافسة يطبق على الطالب الوسيط فقط، دون الطالب النهائي⁽²⁾، لكن في الجزائر لم يتم الأخذ بهذا المعيار، وكل أشخاص القانون العام المشكّلة للمعيار العضوي تخضع لاختصاص القاضي الإداري في مجال منازعات إبرام العقود الإدارية، سواء كانت طالب اقتصادي وسيط للسلع والخدمات أو كانت طالب اقتصادي نهائي لها.

وهكذا ينتفي الطابع التجاري لأعمال الشخص العام في فرنسا -حتى لو كانت في نطاق الصفقات العمومية- على أساس الاستعمال النهائي للأشغال والتوريد والخدمات موضوع الصفقات، فإذا أعيد عرض هذه المشتريات على المستهلكين وفق أغراض تجارية، فإن قانون المنافسة يكون قابلاً للتطبيق ويكون مجلس المنافسة مختصاً بالفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات صاحب المشروع بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة-هذا المعيار معمول به في فرنسا-، وذلك بسبب الغرض التجاري الذي صاحبها.

ومن صلاحيات مجلس المنافسة، بناءً على طلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، أن يقوم باتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيّدة للمنافسة، وذلك لتفادي ضرر محقق لا يمكن إصلاحه، وذلك لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء الممارسات المنافية للمنافسة، أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة⁽³⁾.

ومن خلال هذه المهام الأساسية المعترف بها لمجلس المنافسة، والتي من شأنها تحقيق أكبر قدر من الشفافية في ميدان الممارسات المنافية للمنافسة، أراد المشرع أن يجعل من مجلس المنافسة الضابط الأساسي والخبير الرسمي في ميدان المنافسة، بعدما أظهرت سلطة القضاء محدوديتها، فمن جهة هذه القطاعات جد

¹ - محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 93.

² - المرجع نفسه، ص 84.

³ - المادة 46 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

تقنية، ومن جهة أخرى أظهرت العدالة بطورها وتأخرها في معالجة النزاعات المعروضة عليها، فمبدأ إزالة التجريم من شأنه أن يسمح لمجلس المنافسة بالتدخل في مجالات مهمة لا يمكن ضبطها بالقنوات التقليدية، بالموازاة مع تبني فكرة السلطة القمعية لمجلس المنافسة في المجال الاقتصادي⁽¹⁾.

والجدير بالذكر هنا أنه لا بد من توضيح المفاهيم من أجل إزالة الغموض الذي يعتري مسألة توزيع الاختصاص بين مجلس المنافسة وبين القضاء الإداري، حيث أن وفي رحلة بحثنا هذه المتواضعة قد وجدنا جل الدراسات إن لم نقل أغلبها، قد ذهبت إلى أن النشاط الإداري للشخص العام لا يخضع لاختصاص مجلس المنافسة، أما النشاط الاقتصادي لهذا الشخص العام يخص اختصاص مجلس المنافسة، وإنا كنا قد نوافق هذا الرأي من الجانب النظري الأكاديمي، لكن من جهة أخرى لا ند التبرير والأساس القانوني لهذا الرأي، لأن النصوص القانونية المتعلقة باختصاص الجهات القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم تفرق بين النشاط الإداري والنشاط الاقتصادي لأشخاص القانون العام، وعندما قررت هذه النصوص القانونية بعض الاستثناءات عن الاختصاص تم النص عليها صراحة.

وهناك من يعتقد -خطأ- بأن الفقرة 2 من المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، حينما نصت على أنه يكون لمجلس المنافسة مختصا إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق المواد 6 و7 و10 و11 و12، وأنه بالرجوع إلى المادة 6 نجدها تنص على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى: -...- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"، من خلال هذه الإحالة من الفقرة 2 من المادة 44 إلى المادة 6، اعتقد البعض -إن لم نقل الكثير- بأن مجلس المنافسة يختص بنظر الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية التي يبرمها أشخاص القانون العام، إذا كانت هذه الصفقات تندرج ضمن النشاط الاقتصادي لهذه الأشخاص العامة ولا تندرج ضمن نشاطها الإداري.

لكن نحن بدورنا نرى بأن هذا التفسير والتحليل المذكور أعلاه قد جانب الصواب، لأن المادة 44 أعلاه حينما منحت الاختصاص لمجلس المنافسة بشأن الممارسات التي تدخل ضمن المادة 6 أعلاه، وأن

¹ - محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي-، مرجع سابق، ص 215.

هذه الأخيرة تضمنت الممارسات التي تسمح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هؤلاء الممارسات المقيدة للمنافسة، هذا ليس معناه أن الصفقة العمومية تكون مبرمة من طرف أشخاص القانون العام المشكّلة للمعيار العضوي -وهنا وقع الرأي أعلاه في خلط بين المفاهيم-، وإنما المادة 44 التي أحالت على المادة 6 بخصوص اختصاص مجلس المنافسة، وأن هذه الأخيرة تضمنت الصفقات العمومية، هنا يوجد ثلاثة احتمالات لا رابع لهما، يختص بموجبها مجلس المنافسة بنظر الممارسات المحلة بالمنافسة في إطار الصفقات العمومية، أما الاحتمال الأول فيتمثل في اختصاص مجلس المنافسة بنظر هذه الممارسات المرتكبة من طرف المتعاملين الاقتصاديين المتنافسين على الصفقة العمومية، أما الاحتمال الثاني فيتمثل في صلاحية مجلس المنافسة في متابعة الممارسات المنافية للمنافسة في إطار الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري (المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري) في الحالة الذي لم تكن فيها العملية مموّلة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية (غياب معيار التمويل)، أما الاحتمال الثالث والأخير فيتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية والتي حتى وإن كانت غير معنية بتطبيق أحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك طبقاً للمادة 9 من نفس المرسوم الرئاسي، ومع ذلك يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها، قائمة على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين، وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية، وبالتالي فإن أي ممارسة محلة بالمنافسة من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية فتخضع لمتابعة ورقابة مجلس المنافسة، وهكذا نصل إلى نتيجة جد مهمة مفادها أن أشخاص القانون العام المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تخضع لرقابة مجلس المنافسة، سواء كان نشاطها إداري أو كان نشاط اقتصادي، لأنه في النظام القانوني الجزائري -على خلاف النظام القانوني الفرنسي- لا يوجد التفرقة بين أعمال التسيير وأعمال السلطة، وبالتالي كل أنشطة أشخاص القانون العام كأصل عام -مع بعض الاستثناءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونصوص قانونية متفرقة- تخضع لاختصاص القاضي الإداري الذي يقوم بتطبيق قانون المنافسة، لذلك سبق وأن قلنا ملاحظة في غاية الأهمية والتي مفادها وجوب التفرقة بين عدم خضوع أشخاص القانون العام لقانون لرقابة مجلس المنافسة من جهة، وبين خضوعهم لقانون المنافسة من جهة أخرى، لذلك نحن نقول أن عدم خضوع أشخاص القانون العام لرقابة مجلس المنافسة لا يعني أبداً عدم خضوعهم لقانون المنافسة، فهذا الأخير قد يطبقه القاضي الإداري على الجهات الإدارية التي تدخل في نطاق اختصاصه

النوعي، لأنه طبقاً للفقرة 3 من المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، فإنه يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصاته، أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية.

وكذلك من أهم الصلاحيات التي يتمتع بها مجلس المنافسة، ما نصت عليه المادة 34 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، والتي نصت: "يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف معني، بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعّال للسوق، بأية وسيلة ملائمة، أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية، أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية. في هذا الإطار، يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 49 من هذا الأمر. يمكن أن يستعين مجلس المنافسة بأي خبير أو يستمع إلى شخص بإمكانه تقديم معلومات له. كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، لاسيما تلك التابعة للوزارة المكلفة بالتجارة، إجراء كل تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تدرج ضمن اختصاصاته".

كذلك يتمتع مجلس المنافسة بدور استشاري في مجال المنافسة، فييدي رأيه في كل الوسائل المرتبطة بها إذا طلبت منه الحكومة ذلك، وييدي كل اقتراح في مجالات المنافسة، ويمكن أن تستشيريه أيضا الجماعات الإقليمية، والهيئات الاقتصادية والمالية، والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية، وكذا جمعيات المستهلكين، في كل المواضيع المتعلقة بالمنافسة⁽¹⁾.

كما يُستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة⁽²⁾، وإذا أثبتت التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، بأن تطبيق هذه النصوص يترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يتخذ كل إجراء مناسب لوضع حد لهذه القيود⁽³⁾، كما يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة، ولا ييدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضور، إلا إذا كان المجلس

¹ - المادة 35 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - المادة 36 من نفس الأمر.

³ - الفقرة 3 من المادة 37 من نفس الأمر.

قد درس القضية المعنية بطلب الرأي، وتبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه، المحاضر أو تقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه⁽¹⁾.

وقد ترفع قضية أمام مجلس المنافسة تتعلق بنشاط يدخل ضمن اختصاص سلطة ضبط، فإن المجلس يرسل فوراً نسخة من الملف إلى سلطة الضبط المعنية لإبداء الرأي في مدة أقصاها ثلاثون (30) يوماً، كما يقوم مجلس المنافسة في إطار مهامه، بتوطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط⁽²⁾.

مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، يمكن لمجلس المنافسة في حدود اختصاصاته وبالتواصل مع السلطات المختصة، إرسال معلومات أو وثائق يجوزها أو يمكن له جمعها، إلى السلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة التي لها نفس الاختصاصات، إذا طلبت منه ذلك، بشرط ضمان السر المهني، كما يمكن لمجلس المنافسة بناء على طلب السلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة، أن يقوم بنفسه أو بتكليف منه، بالتحقيقات في الممارسات المقيدة للمنافسة، ويتم التحقيق ضمن نفس الشروط والإجراءات المنصوص عليها في صلاحيات مجلس المنافسة، غير أنه لا تطبق كل هذه الأحكام المذكورة أعلاه والمتعلقة بالتعاون مع السلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة، إذا كانت المعلومات أو الوثائق أو التحقيقات المطلوبة تمس بالسيادة الوطنية أو بالمصالح الاقتصادية للجزائر أو بالنظام العام الداخلي⁽³⁾.

أما بخصوص إجراءات التحقيق فنصت المادة 50 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، على ما يلي: "يحقق المقرر العام والمقررون في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة. إذا ارتأوا عدم قبولها طبقاً لأحكام المادة 44 من هذا الأمر، فإنهم يعلموا بذلك رئيس مجلس المنافسة برأي معلل. يقوم المقرر العام بالتنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقررين. يتم التحقيق في القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت رقابة سلطة ضبط بالتنسيق مع مصالح السلطة المعنية".

والجدير بالذكر أنه طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، فإنه لا يمكن أن ترفع إلى مجلس المنافسة الدعاوى التي تجاوزت مدتها ثلاث (3) سنوات،

¹ - المادة 38 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - المادة 39 من نفس الأمر.

³ - المواد 40 و41 و42 من نفس الأمر.

إذا لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة، كما يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعاينة المقيّدة للمنافسة، وذلك عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه، كما يمكن أن يقرر مجلس المنافسة عقوبات مالية إما نافذة فورا، وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق أوامره، كما يمكن لمجلس المنافسة كذلك، بناء على طلب المدعي أو بناء على طلب من الوزير المكلف بالتجارة، أن يتخذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيّدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة، بغية تفادي وقوع أضرار محدقة بالحق ولا يمكن إصلاحها فيما بعد، وذلك لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات، أو عند الإضرار بالمصلحة العامة الاقتصادية، كما تبلغ القرارات التي يتخذها مجلس المنافسة إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي، وترسل أيضا إلى الوزير المكلف بالتجارة، مع وجوب أن تتضمن هذه القرارات، تحت طائلة البطلان، أجل الطعن وكذلك أسماء وصفات وعناوين الأطراف التي بلغت إليها⁽¹⁾.

أما بخصوص الطعن في قرارات مجلس المنافسة فلا بد من التمييز بين نوعين من القرارات، النوع الأول تلك القرارات المتعلقة برفض الترخيص بالتجميع، فهنا نكون أمام قرار إداري يتم الطعن فيه أمام مجلس الدولة، وذلك طبقا للفقرة 3 من المادة 19 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، والطعن يكون أمام مجلس الدولة بصفته قاضي إلغاء كدرجة أولى وأخيرة، لكون مجلس المنافسة عبارة عن هيئة عمومية وطنية، طبقا للقانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم⁽²⁾، وبما أن الفقرة 3 من المادة 19 أعلاه لم تحدد آجال الطعن أمام مجلس الدولة، فيتم الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بآجال الطعون، أما النوع الثاني من القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، فهي القرارات التي لا ترتقي إلى مرتبة القرارات الإدارية ولا تتوفر على عناصر القرار الإداري، وبالتالي هي قرارات متعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة، وهذا النوع من القرارات يتم الطعن فيه أمام الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر، وهذا طبقا للمادة 63 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، والتي جاء فيها: "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيّدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء

¹ - المواد 45 و46 و47 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - القانون العضوي رقم 98-01، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، والقانون العضوي رقم 18-02، سالف الذكر.

الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ استلام القرار. يرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 من هذا الأمر، في أجل عشرين (20) يوما. لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقوف لقرارات مجلس المنافسة. غير أنه يمكن رئيس مجلس قضاء الجزائر، في أجل لا يتجاوز خمسة عشر (15) يوما، أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و46 أعلاه، الصادرة عن مجلس المنافسة عندما تقتضي ذلك الظروف أو الوقائع الخطيرة¹، وطبقا للمادة 64 من الأمر رقم 03-03 أعلاه، فإن الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر يرفع من قبل أطراف القضية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يقوم مجلس المنافسة برفع تقرير سنوي عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية وإلى رئيس الحكومة وإلى الوزير المكلف بالتجارة، ويُنشر تقرير النشاط في النشرة الرسمية للمنافسة، كما يمكن نشره كليا أو مستخرجات منه في أي وسيلة إعلامية أخرى ملائمة⁽¹⁾.

والمعروف في المجال القانوني بكل أقسامه وفروعه، أنه لا يعترف بشيء اسمه المطلق، فلكل قاعدة استثناء تعزز الأصل، فالمعروف في مجال القانون الجزائي بأسباب الإباحة كاستثناء عن الاستثناء المتمثل في التجريم، والذي بموجبه نرجع لأصل الأفعال وهو الإباحة، فكذلك يطبق الأمر نفسه في مجال المنافسة، فالأصل أن تكون هذه الأخيرة نزيهة وشفافة، لكن المشرع ولاعتبارات معينة أجاز بعض الممارسات والتي قد تقيّد من المنافسة الحرة، وهذا ما يمكن تسميته بأسباب الإباحة في مجال المنافسة، وهو ما جاء في المادة 9 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي نصت: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي اتخذ تطبيقا له. يرخّص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة"، وهكذا يمكن لمجلس المنافسة أن يرخّص ببعض الممارسات والاتفاقات والتي تعد في الأصل ماسة بمبدأ المنافسة -لاسيما في مجال إبرام العقود الإدارية-، وذلك تحقيق تحقيقا للأسباب المنصوص عليها في المادة 9 أعلاه.

¹ - المادة 27 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

ولا يمكن أن نختتم حديثنا عن مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة، يختص بتوقيع العقوبات الإدارية على كل من خالف أحكام المنافسة التريهة، دون التطرق إلى فلسفة إنشائه، حيث تعود فلسفة إنشاء مجلس المنافسة لأول مرة بموجب المادة 16 من الأمر رقم 95-06، المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، إلى فكرة أو نظرية الحد من العقاب « La dépenalisation »، وهناك من يؤسس فلسفة إنشاء مجلس المنافسة بصفة خاصة والسلطات الإدارية المستقلة بصفة عامة، إلى فكرة الحد من التجريم « La décriminalisation »، وذلك لأن البعض يعترف بأن اتساع العلاقات القائمة بين الإدارة والأفراد، قد فرض اللجوء إلى قواعد القانون الجزائي، من أجل فرض احترام الأنظمة والقرارات الصادرة عن هذه الإدارة، لكن من جهة أخرى يرون بأنه قد بدأت تظهر بوادر قسوة القانون الجزائي، والتي في الكثير من المرات ظهرت عدم نجاعتها على المستوى العملي⁽²⁾، لذلك هناك من ذهب هذا الرأي قائلاً بأن فكرة الجزاء الجنائي هو الوسيلة الأخيرة التي لا بد على السلطات أن تلجأ إليها⁽³⁾، وهذا ما أدى إلى ظهور أفكار جديدة مفادها توقيع الجزاء من طرف الإدارة أو من طرف السلطات الإدارية المستقلة في مجالات محددة، وهذا عن طريق نصوص تشريعية⁽⁴⁾، وهذا بهدف التخفيف من حدة وصرامة القانون الجزائي⁽⁵⁾، ونظراً لأهمية هاتين النظريتين (الحد من العقاب والحد من التجريم)، تم عقد عدة مؤتمرات دولية تناقش هذا التحول في القانون الجزائي لصالح القانون الإداري⁽⁶⁾.

¹ - أمر رقم 95-06، مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد (9)، الصادرة بتاريخ 22 فبراير 1995 (ملغى).

² - نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012/2011، ص 11.

³ - محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري - ظاهرة الحد من العقاب -، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص 11.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 5.

⁵ - أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري - ظاهرة الحد من العقاب -، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 15.

- خالد موسى توي، التحول للقانون الجنائي الإداري وأثره على الضمانات الموضوعية والإجرائية للمحاكمة الجنائية العادلة، د ط، د د ن، مصر، 2017، ص 45.

⁶ - من بين أهم المؤتمرات التي تناولت النظريتين:

- Colloque international sur la décriminalisation Bellagio, 1973 centres nationaux de prévention et défense sociale.

- 5eme congrès des nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève 1975.

- les colloques, congrès et journées d'études de la société internationale de défense sociale Caracas 1976.

- Conseil de l'Europe, rapport sur la décriminalisation Strasbourg, 1980.

- journées franco-italio, lux espagnoles de politique criminelle d'Aix-en-Provence, septembre 1982...=

واختلف الفقه بشأن العقوبات الإدارية التي تطبقها السلطات الإدارية المستقلة، لاسيما مجلس المنافسة، فهناك من يرى هذا التحول على أنه حد من التجريم، وهناك من يقول على أنه حد من العقاب، لكن نحن بدورنا لنا رأي مهم في هذه المسألة، لأن البحث العلمي يحتاج جرأة علمية للباحث أكثر مما يحتاج إلى التوقف والاستسلام لما قاله كبار الفقهاء، لأن المسألة مسألة تسبب وإقناع من جهة، ومسألة منطق قانوني من جهة ثانية، لأن الفقه الذي قال بأن أن العقوبة الإدارية هي حد من العقاب، وكأنه يقول بأن الجريمة بقيت قائمة وتم الاحتفاظ بها، فقط تم التخفيف من العقوبة وتحويلها إلى جهة إدارية، وبالرغم من أن فقهاء كبار قالوا بهذا التحليل لكن نحن لا نتفق معهم في ما ذهبوا إليه، ونظم صوتنا إلى صوت الفقيه الأستاذ الدكتور **عليان بوزيان** الذي يرى أن العقوبة الإدارية هي عبارة عن حد من التجريم، ونحن نرى أن هذا الرأي هو الذي يتطابق مع المنطق القانوني، لأن سلب توقيع العقوبة من القاضي الجزائي ومنحها إلى جهة إدارية، يعني أننا نكون بصدد الحد من التجريم الجزئي كما يرى الأستاذ "G.LEVASSEUR"، حيث قال أن الحد من التجريم قد يكون كلياً فلا يخضع الفعل لجزاء جنائي ويصبح مباحاً، وقد يكون الحد من التجريم جزئياً بحيث يبقى تجريم السلوك ولكن يتقرر له بدائل أخرى غير عقوبة الحبس قصيرة المدة، وهذا الشكل الأخير للحد من التجريم هو حداً من العقاب⁽¹⁾، والمقصود بالحد من التجريم الجزئي هو إعدام الجريمة جزئياً مع إحيائها إدارياً، بمعنى تسقط الجريمة جزئياً من القانون الجزائي، لكنها تبقى إدارياً في عدة فروع من القانون لاسيما في قانون المنافسة، ونحن نطلق عليها تسمية جديدة لم تكن معروفة من قبل وهي تسمية "الجريمة الإدارية"، وهكذا يكون الحد من التجريم جزئياً، والحد من العقاب كذلك جزئياً عن طريق تخفيف العقوبات وتحويلها إلى جهات إدارية ونقلها من القانون الجزائي إلى القانون الإداري، وهو ما يعرف بالتحول الإجرائي، وهو ما كان معمول به سابقاً في القانون الجزائري حيث كانت المخالفات -أقصد هنا المخالفة بالمفهوم الموسع ولا أقصد وصف المخالفة بالمفهوم الضيق- المتعلقة بالمنافسة ينظر فيها القاضي الجزائي، ومع التحول الإجرائي وإنشاء مجلس المنافسة، تم الحد من التجريم جزئياً بحيث خرج الفعل من نطاق التجريم الجزائي ودخل في

=... لتفصيل أكثر يراجع: بن بوعبد الله فريد، العقوبات الإدارية الجزائية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه طور ثالث في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، 2017/2018، ص 11 وما يليها.

- كذلك يراجع: عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 35.

- كذلك يراجع: عماد صوالحية، دستورية العقوبات الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 26، 27.

¹ -G.LEVASSEUR, le problème de la dépenalisation, AKCH.POL.crime 1983,N°06,P56.

نطاق التجريم الإداري، وكذلك الحد من العقاب جزئياً عن طريق تخفيف العقوبات ونقلها من نطاق القانون الجزائي. بمختلف صورته وإدراجها في العقوبات الإدارية.

وهكذا فإن مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة تُعنى بضبط مجال المنافسة عموماً، والمنافسة في مجال إبرام العقود الإدارية خصوصاً، عن طريق العقوبات الإدارية التي توقعها هذه السلطة الإدارية المستقلة في مجال الإخلال بقواعد المنافسة الشريفة والتزيهة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، وبغض النظر عن تكييف فلسفة هذه العقوبة الإدارية هل هي حد من التجريم أو حد من العقاب، نحن نرى بأن هذا التحول الإجرائي في مجال العقوبات الإدارية لمجلس المنافسة في مجال إبرام العقود الإدارية، هو يندرج حسب نظرنا وحسب تحليلنا، في إطار ما يسمى بـ: "عقلنة القانون الجزائي"، جريمةً وعقوبةً، لصالح ما يسمى بـ: "عولمة القانون الإداري"، مرفقاً وضبطاً.

وبعد أن تطرقنا إلى في هذا الفصل إلى الآليات المؤسساتية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، سنحاول في الفصل الثاني التطرق إلى الآليات القضائية، وذلك بالتطرق إلى الدور الذي يقوم به القاضي سواء الإداري أو الجزائي، في تجسيد الشفافية أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية.

الفصل الثاني

الآليات القضائية لتجسيد الشفافية

في إبرام العقود الإدارية

الفصل الثاني

الآليات القضائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

كل الآليات التي سبق التطرق إليها بخصوص تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية، مهما كانت درجة أهميتها سواء تلك الآليات الوقائية الدولية أو الوطنية سواء القانونية أو التنظيمية، أو تلك الرقابة المؤسساتية التي تقوم بها هيئات متخصصة والتي سبق ذكرها أعلاه، إلا أنه تبقى الرقابة القضائية بمختلف أشكالها أهم ضمانة لشفافية ونزاهة إجراءات إبرام ومنح العقود الإدارية بدون منازع، وهذا ما يعرف بالأمن القضائي في مجال إبرام العقود الإدارية، وذلك من خلال الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري الاستعجالي عن طريق الدعوى الاستعجالية، أو من خلال الرقابة التي يمارسها زميله القاضي الجزائي في حالة ارتقاء الفعل الماس بالمنافسة إلى مصف أفعال التجريم المنصوص عليها في القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وذلك بعد تحريك النيابة العامة للدعوى العمومية، فيعتبر مرفق القضاء الحل الأخير لكل مرشح يرى بأنه هو أحق بنيل الصفقة العمومية، والحماية القضائية للحقوق والحريات هي مدسرة، فبالرجوع لنص المادة 157 من الدستور الجزائري نجدتها تنص: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

ومن خلال هذا الفصل سوف نتطرق إلى الآليات القضائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية، وذلك بالتطرق إلى دور القاضي الإداري الاستعجالي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية (المبحث الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى دور القاضي الجزائي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دور القاضي الإداري الاستعجالي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية

Le référé précontractuel

تنص المادة 161 من الدستور الجزائري: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، في البداية يجدر التنبيه هنا بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد أخطأ في ترجمة عبارة "des actes des autorités administratives"، لأن الترجمة الصحيحة لها هي "أعمال السلطات الإدارية"، وليس قرارات السلطات الإدارية، لأن هذه الأخيرة هي ترجمة للمصطلح الفرنسي "Décisions"⁽¹⁾، وكما هو معلوم فإن الآثار القانونية تختلف باختلاف المصطلحين، والمادة 161 من الدستور في نصها الفرنسي تفي بالغرض، لأنها تعطي للقضاء الصلاحية الكاملة للنظر في الطعون في كل أعمال السلطات الإدارية أي كل الأعمال الإدارية على اختلاف أنواعها، سواء تلك الأعمال المادية أو القانونية، وفيما يتعلق بالأعمال الإدارية القانونية سواء كانت انفرادية بمعنى صادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، وهو ما يعرف بالقرارات الإدارية، أو كانت أعمال قانونية رضائية والمتمثلة في العقود الإدارية.

أما صياغة المادة 161 من الدستور بالنص العربي، لا تفي إطلاقاً بالغرض المطلوب، لأنه لو وقفنا عند حروفها، فإن القضاء يكون مختصاً فقط بالنظر في الطعون في قرارات السلطات الإدارية، دون باقي الأعمال الإدارية الأخرى، ومن أهمها الأعمال القانونية الرضائية المتمثلة في العقود الإدارية، لذلك فإن مصطلح الأعمال الإدارية أشمل وأوسع من مصطلح القرارات الإدارية، لهذا السبب نلتمس من اللجنة المكلفة بإعداد وصياغة مسودة التعديل الدستوري، أن تأخذ بعين الاعتبار هذا الخطأ الفادح في الترجمة، وأن تعتمد مصطلح الأعمال الإدارية والذي يعتبر هو المصطلح المناسب، وللأسف الشديد تضمنت المادة 174 من مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020 نفس الخطأ.

¹ - هنا وقع المؤسس الدستوري الجزائري في خطأ فادح أثناء الترجمة، لأن المادة 161 من الدستور بصياغتها الفرنسية جاءت على النحو التالي: "La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives"، وعند اعتماد الترجمة الصحيحة تصبح الصياغة السليمة للمادة 161 من الدستور كالتالي: "ينظر القضاء في الطعن في أعمال السلطات الإدارية"، لأن مصطلح "des actes" هو ترجمة لمصطلح "الأعمال الإدارية"، وليس القرارات الإدارية والتي تقابلها في اللغة الفرنسية "Décisions".

ويكون القاضي الإداري عموماً مختصاً بالنظر في المنازعات المتعلقة بإجراءات إبرام العقود الإدارية (دعوى القضاء الكامل)⁽¹⁾، وفقاً للمعيار العضوي المنصوص عليه في المواد 800 و 801 و 901 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو طبقاً للمادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم، ويكون كذلك القاضي الإداري مختصاً بمنازعات إبرام الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وذلك طبقاً للمادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضها المرفق العام، وذلك طبقاً لمعيار التمويل من المال العام، وهو ما أطلقنا عليها بالمعيار المادي المانح لاختصاص القاضي الإداري⁽²⁾ - وذلك بالرغم من أن النزاع يتعلق بصفقة عمومية مبرمة من طرف مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري-.

والمنازعات المتعلقة بإجراءات إبرام العقود الإدارية قد تكون منازعات استعجالية، كما قد تكون منازعات موضوعية، لذلك فإن القاضي الإداري المختص بنظر هذا النوع من المنازعات الإدارية، قد يكون القاضي الاستعجالي، كما قد يكون قاضي الموضوع في حالات معينة.

والجدير بالذكر هنا أنه يمكن لصاحب المصلحة أن يقوم برفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، وذلك طبقاً للقواد العامة لدعوى الإلغاء، وهناك الكثير من الكتابات التي أدرجت دعوى الإلغاء ضمن منازعات العقود الإدارية على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، لكن نحن من جهتنا ارتأينا التطرق إلى الدعوى القضائية المخصصة لمنازعات إبرام العقود الإدارية، والتي استحدثها المشرع الجزائري سنة 2008 بمناسبة إصدار القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك سيكون تحليلنا بنوع من التعمق حول النظام القانوني للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية المستحدثة بموجب المادتين 946 و 947 من القانون رقم 08-09 أعلاه،

¹ عبد الله نواف العتري، النظام القانوني للإجراءات في العقود الإدارية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 237.

² وفي مقابل ذلك يوجد ما يعرف بالمعيار المادي السالب للاختصاص، والذي مفاده وجود هيئات المعيار العضوي وبالرغم من ذلك لا يكون القاضي الإداري مختصاً بالنظر في النزاع، ولذلك أطلقنا عليه تسمية المعيار المادي السالب للاختصاص، كمثال ما جاءت به المادة 801 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حين أن المعيار المادي المانح للاختصاص يقصد به غياب هيئات المعيار العضوي وبالرغم من ذلك يكون القاضي الإداري هو المختص، لذلك أطلقنا عليه المعيار المادي المانح للاختصاص، كمثال ما جاءت به المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وذلك لأن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي قد أخضع منازعات إبرام العقود والصفقات العمومية لاختصاص القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد.

وسوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى الإطار الموضوعي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى الإطار الإجرائي لهذه الدعوى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإطار الموضوعي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

يُعدُّ الاستعجال قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية من المسائل التي قنَّها المشرع الجزائري لأول مرة في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 946 منه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية..."، ورغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرَّس الاستعجالي ما قبل التعاقد منذ سنة 1992، بمقتضى القانونين 92-10 الصادر في 04-01-1992، والقانون 93-1416 المؤرخ في 29-12-1993، وذلك في إطار إضفاء الطابع الأخلاقي على الحياة العمومية عمل المشرع الفرنسي على عصره طرق ومناهج عمل القضاء الإداري تحت التأثير الإيجابي للقانون الأوربي Droit Européen⁽¹⁾، إلاَّ أنه يُعدُّ اتجاهًا محمودًا يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية، ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال العقود الإدارية⁽²⁾.

وهكذا فقد استحدث المشرع الجزائري بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قواعد إجرائية جديدة تتعلق بالقضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، كما هو الشأن في القوانين المقارنة التي اعتمدت نظام القضاء الإداري، الذي أوكل له المشرع صلاحية النظر والفصل في المنازعات

¹ محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، يومي 24 و25 أبريل 2013، ص 5.

² سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، 2012، ص 29.

التي تكون الإدارة طرفاً فيها⁽¹⁾، حيث تم إنشاء على مستوى المحاكم الإدارية نظام قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد Référé précontractuel الذي يجيز لصاحب المصلحة الذي أصابه ضرر من جراء الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة إخطار قاضي الاستعجال قبل إبرام العقد، من أجل فرض احترام مبادئ الشفافية والتزاهة في إطار المنافسة⁽²⁾.

وبإمكان القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد تأجيل الإمضاء على الصفقة أو العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً وهو ما يعرف بنظام قاضي استعجال الوقف Le juge référé suspension، وهو أكثر فعالية من نظام وقف التنفيذ المعروف في القواعد العامة تحت تسمية sursis à l'exécution de droit commun⁽³⁾. وذلك رغم تقرير حق المرشحين في رفع دعوى الإلغاء على أساس القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، والذي يتميز بتعقيد إجراءاته وطول آجال الفصل⁽⁴⁾، مما أدى إلى استحداث قضاء تتسم إجراءاته بالسرعة، يدعى قضاء الاستعجال سداً لمنافذ الفساد وتكريساً لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية، وتحقيق المساواة بين المرشحين وحماية المال العام.

لذلك خصص المشرع الجزائري الفصل الخامس بعنوان: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، من الباب الثالث بعنوان: "الاستعجال"، من الكتاب الرابع بعنوان: "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية"، حيث كرّس المادتين 946 و947 لتنظيمه وبيان أحكامه، هذا النوع من منازعات إبرام العقود الإدارية يؤول إلى اختصاص القضاء الاستعجالي الإداري بنص القانون، حتى ولو لم تتوفر شروط الاستعجال (عنصر الاستعجال)، وحتى لو مسّ التدبير المطلوب اتخاذه بأصل الحق.

¹ - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة -، طبعة ثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 499.

² - محمد بودالي، مرجع سابق، ص 5، 6.

³ - المرجع نفسه، ص 6.

⁴ - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى 2014، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 40.

أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذا النوع من المنازعة الإدارية - المتعلقة بإبرام العقد الإداري - التي آلت إليه بنص القانون، فإنه لا ينظر إلى مدى توافر عنصر الاستعجال من عدمه، وإنما يتحقق من مدى دخول الحالة المعروضة عليه ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً⁽¹⁾.

والجدير بالذكر هنا أن بعض الكتابات الفقهية عندما عاجلت موضوع الاستعجال في العقود الإدارية، تطرقت إلى شروط قبول دعوى الاستعجال الإداري قبل التعاقد، وحددتها في شرطي توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، وهو تحليل قد جانب الصواب، لكون أن الاستعجال وفقاً للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينقسم إلى نوعين، أما النوع الأول فيتمثل في الاستعجال بالطبيعة أو ما يعرف بالدعاوى الاستعجالية المبنية على ظرف الاستعجال، وفيها يتأكد القاضي من مدى توافر عنصر الاستعجال، كما ينبغي ألاّ يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق، ولا يجوز هذا الأمر حجية الشيء المقضي فيه، وإنما يتضمن مجرد تدابير تحفظية⁽²⁾؛ أما النوع الثاني من الاستعجال فيتمثل في الاستعجال بنص القانون أو ما يعرف بالدعاوى المنتمية للاستعجال بنص القانون⁽³⁾، وهنا يكون القاضي الاستعجالي مختصاً في المواد التي ينص القانون صراحة أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يجوز الأمر الصادر حجية الشيء المقضي فيه⁽⁴⁾، وبالتالي يمس الأمر الاستعجالي بأصل الحق لكونه لا يتضمن مجرد تدابير تحفظية - على خلاف الاستعجال بالطبيعة -، وإنما يفصل القاضي الاستعجالي في الموضوع (يمس بأصل الحق) طبقاً لآجال قصيرة، وهكذا عندما يُخطر القاضي الاستعجالي بموضوع يدخل في اختصاص القضاء الاستعجالي بنص القانون، فلا يبحث القاضي هنا في الشروط التي تمنحه الاختصاص، لأنه مُختص بالنظر في هذا الموضوع بصريح النص، ويختلف منطوق الأمر الاستعجالي - في حالة رفض الطلب - حسب اختلاف نوع الاستعجال المعروض على القاضي، بمعنى أنه إذا كان الموضوع المعروض على القاضي يدخل في نطاق الاستعجال بالطبيعة ولم تتوفر شروطه يأمر القاضي الاستعجالي هنا بعدم الاختصاص النوعي، أما إذا كان الموضوع المعروض على القاضي يدخل ضمن الدعاوى المنتمية للاستعجال بنص القانون، وكان الطلب غير مؤسس قانوناً يأمر القاضي

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص 261، 262.

² - يراجع على سبيل المثال المادتين 299، 303، من القانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ.، سالف الذكر.

³ - يراجع على سبيل المثال المواد 305، 308، 308، 4، 613، 2، 717، من القانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ.، سالف الذكر.

- سلام حمزة، الدليل العلمي لرئيس المحكمة، الجزء الثالث - الدعاوى الاستعجالية -، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 75.

⁴ - يراجع المادة 300 من القانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ.، سالف الذكر.

الاستعجالي هنا برفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني، ولا يبحث في مدى اختصاصه لكونه مختص بقوة القانون، وذلك بعد أن يتأكد القاضي الاستعجالي أن القضية المعروضة عليه تدخل في نطاق الدعوى الاستعجالية المنصوص عليها قانوناً⁽¹⁾.

فشرط الاستعجال هو شرط جوهري، وهو الذي يُبرر اتخاذ تدابير استعجالية ذات طابع مؤقت، والذي نصت عليه المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلقة بالاستعجال توقيف، كما نصت عليه المادة 920 من نفس القانون الخاصة بالاستعجال حرية، وأيضاً المادة 921 المتعلقة بالاستعجال التَّحْفُظِي، هذه المواد استعملت على التوالي عبارات: "متى كانت ظروف الاستعجال تُبرر ذلك...، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة...، في حالة الاستعجال القُصُوى..."، وبالمقابل لم يشترط المشرع استيفاء شرط الاستعجال في نوازل الاستعجال الأخرى والمتمثلة في: "الاستعجال معاينة، الاستعجال تحقيق، الاستعجال تسبيق مالي، الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، الاستعجال في المادة الجبائية"⁽²⁾.

وهكذا يتضح لنا أن الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام، والعقود الإدارية بصفة عامة هو استعجال قانوني، أي بنص القانون، والقاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدي يكون مختص بقوة القانون، وبالتالي عند إخطاره فلا ينظر في مدى توافر عنصر الاستعجال، لأن الاستعجال مفترض من المشرع، ويقوم القاضي -بعد التأكد من شروط قبول الدعوى- بالتحقيق في الطلب القضائي مباشرة، وإذا وجده غير مؤسس فيرفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني، وليس لعدم الاختصاص، كما يذهب إليه الكثير من القضاة، لأن رفض الدعوى لعدم الاختصاص تتعلق بالاستعجال بطبيعته، وإذا رأى القاضي أن عنصر الاستعجال غير قائم يرفض الدعوى لعدم الاختصاص.

والدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية هي ضمانات لمبادئ إبرام العقود الإدارية، لاسيما مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وهي المبادئ المنصوص

¹ - لمزيد من التفصيل يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 130، 131.

² - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الأول - في الاستعجالات الفورية (الاستعجال توقيف، الاستعجال حرية، الاستعجال التحفظي) - بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 11.

عليها في المادتين 5 و209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، وأضافت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التزامات الإشهار والمنافسة⁽¹⁾.

ونظراً للأهمية الخاصة لهذه الدعوى في حماية حقوق المرشحين للتعاقد مع الإدارة من جهة، وفي حماية المال العام من جهة أخرى، نجد أن المشرع الجزائري قد حوّل حق إخطار القاضي الإداري الاستعجالي⁽²⁾ من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد الإداري والذي قد يتضرر من إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة⁽³⁾.

وستتطرق إلى الإطار الموضوعي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية من خلال ماهيتها (الفرع الأول)، أسباب تكريسها (الفرع الثاني)، علاقتها باستعجال وقف التنفيذ القرارات الإدارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ماهية الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إذا كان السبب المباشر لظهور نظام الدعوى المستعجلة الموضوعية ما قبل التعاقدية يتمثل في رغبة المشرع الأوربي في تأمين أعلى قدر من شفافية المنافسة عند إبرام عقود الشراء العام، إلا أن هناك أسباباً خاصة بالبيئة القانونية الفرنسية التي قد فرضت على المشرع الفرنسي الاستقطاب السريع لهذا النمط من الإجراءات القضائية، فقد ثبت أن هناك فراغاً تشريعياً فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد، فدعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة عن العقد، ظهرت لفترة طويلة من الزمن غير ذات فعالية وعقيمة، حيث أن القاضي يبت فيها غالباً بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه وبعد تصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وذلك فضلاً عن عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، ممّا

¹ - عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 05 فيفري 2015، ص 226.

² - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 287.

³ - آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012/2011، ص 407.

يعني عدم وجود أي مصلحة عملية يُحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير، الذي هُدِرَتْ حقوقه بسبب مخالفات مرتكبة عند تبادل الإيجاب والقبول التعاقديين⁽¹⁾.

سنتطرق إلى مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقد (أولاً)، ثم التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقد (ثانياً)، ثم مجال تطبيق الاستعجال ما قبل التعاقد (ثالثاً)، وأخيراً خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (رابعاً).

أولاً: مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقد:

بالموازاة مع الاستعجال الإداري المنصوص عليه في القواعد العامة المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للجزائر، والقانون 2000-597⁽²⁾ بالنسبة لفرنسا والمدرج في قانون العدالة الإدارية (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، نجد استعجال إداري ذو طابع خاص يحتوي على آليات مُعيَّنة الهدف منها هو اتخاذ تدابير ذات طابع نهائي⁽³⁾.

القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال العقود الإدارية *Référé précontractuel*، عرّفه الدكتور مهند مختار نوح بقوله: "القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد هو إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروبي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعّال قبل إتمام إبرام العقد، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية"⁽⁴⁾.

إنّ منازعات العقود الإدارية التي خصّها المشرع بالقضاء الاستعجالي القانوني هي منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام، على أن يتم الفصل فيها بسرعة، وذلك لاعتبارات أهمها المحافظة على المال العام، وعلى مشروعية العقد الإداري، والفصل في أقرب الآجال، لأنّ هناك الكثير من المشاريع ذات النفع العام تمّ إتباع إجراءات إبرامها في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق ففقدت أهميتها الاقتصادية، وزادت تكاليفها المالية بسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة دعوى

¹ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 844.

² - Loi N° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administrative, JORF n°151 du 1 juillet 2000.

³ - حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، الطبعة الثالثة 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 255.

⁴ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 841.

الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام -القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية- أمام قاضي الموضوع⁽¹⁾.

وهكذا يتضح لنا أنَّ المشرع الجزائري استحدث بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سلطات أخرى لقاضي الاستعجال الإداري، في مجال إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، تُسمى بالتدابير الاستعجالية في المجالات الخاصة، وذلك حماية لمبدأي الإشهار والمنافسة اللتان تقوم عليهما عملية إبرام العقود الإدارية⁽²⁾ والصفقات العمومية، تجسيدا لتزاهة وشفافية ومشروعية النشاط الإداري⁽³⁾.

ثانيا: التطور التاريخي للاستعجال ما قبل التعاقد

قد رأى المشرع الأوربي بأنه لا توجد في تشريعات الدول الأعضاء في الاتحاد دعوى قضائية فعّالة تؤمّن احترام قواعد المنافسة والعلانية في مجال إبرام عقود الشراء العام⁽⁴⁾، وبناء عليه، فقد صدر بتاريخ 1989/11/21 التوجيه رقم 665/89 المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء بشأن إيجاد دعوى قضائية تُعزّز من مشروعية العلانية والمنافسة، وتُفتح لكل شخص له مصلحة في إبرام العقد، ويمكن أن يُضار بسبب المخالفات المرتكبة في مجالي العلانية والمنافسة وقد سُمي هذا التوجيه بتوجيه الدعوى Directive de recours وقد تمَّ تحويل هذا التوجيه إلى القانون الداخلي الفرنسي مع صدور القانون رقم 92-10 بتاريخ 1992/01/04، والذي أُدخِلَت المادة الثانية منه إلى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية الفرنسية، وذلك تحت لواء المادة L.22⁽⁵⁾.

¹ - عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، بدون طبعة، دار النشر جيطلي، برج بوعريبيج، الجزائر، 2012، ص 132، 133.

² - ونقصد بالعقود الإدارية هنا عقود تفويضات المرفق العام.

³ - رضية بركايل، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014/06/12، ص 122، 123.

⁴ - المقصود بمصطلح عقود الشراء العام، هي تلك العقود التي يكون محلها الشراء العام L'achat public أي أن محلها يكون تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن Prix محدد تدفعه هذه الأخيرة باعتبارها طرفاً في العقد وتسمى مشترياً عاماً L'acheteur public ومن أبرز هذه العقود عقود الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات، وبالتالي فإن المقصود بمصطلح عقود الشراء العام هو عقود الصفقات العمومية Les contrats des marchés publics، أشار إلى هذا التعريف: مهند مختار نوح، من خلال الموقع الإلكتروني-الموسوعة القانونية المتخصصة - <http://www.arab-ency.com>، تمّ تصفح الموقع بتاريخ 2020/04/27.

⁵ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 842، 843.

وهكذا عمل المشرع الأوروبي على إيجاد دعوى قضائية فعّالة تضمن احترام الأحكام الأوروبية المتعلقة بالعلانية والمنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية⁽¹⁾، وتنفيذاً لتعليمات الاتحاد الأوروبي، كيف المشرع الفرنسي قوانينه الداخلية مع هذا التوجه الجديد من خلال إصداره لقوانين تتضمن إجراءات قضائية إستراتيجية هدفها تكريس وحماية مبادئ العلانية والمنافسة التريهة أثناء إبرام العقود الإدارية، وتزوّد المادتان L.22, L.23⁽²⁾ قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا "برقابة القضاء الكامل" على مدى احترام السلطة المسؤولة عن إبرام العقد، لالتزاماتها بشأن الإشهار والوضع تحت المنافسة، وهذا ما يحمله (القاضي) على تفحص الدوافع التي على أساسها استُبعد المرشح من منح العقد Attribution de contrat⁽³⁾.

وبناءً عليه يكون المشرع الفرنسي قد تبني هذا الإجراء القضائي بصور القانون 92-10 المؤرخ في 04 يناير 1992، والقانون 93-1416 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، ليتم إدراج أحكام قضاء الاستعجال قبل التعاقد في المادتين L.22, L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، ثم في المادتين L.551-1, L.551-2 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري الفرنسي، بموجب القانون رقم 2000-597 المتعلق بالاستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية، وكذلك بموجب الأمر رقم 2009-515، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، وبذلك كان المشرع الفرنسي سابقاً لإرساء معالم دعوى قضائية جديدة، من شأنها ضمان فعالية أحكام العلانية والمنافسة الشفافة والتريهة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽⁴⁾.

¹ - حورية بن أحمد، الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 17، 2013، ص 52.

² - وهما حالياً المادتين L.551-1, L.551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، وتمّ تعديلهما كذلك بموجب الأمر رقم 2009-515 المؤرخ في 7 ماي 2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، والذي تمّ تطبيقه على العقود التي أبرمت بداية من أوّل ديسمبر 2009.

³ - حسين بن شيخ آث ملوياً، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 269، 270.

⁴ - محمد زكرياء رقرافي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2013/2014، ص 224.

- عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص 455.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فكان يتميزّ بفراغ تشريعي انعكس سلباً على مبادئ الشفافية في مجال إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وهو ما دفع بالمشروع لإيجاد حل قضائي مستعجل من خلال القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال المادتين 946 و 947 وذلك لمواجهة أي خرق للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويضات المرفق العام⁽¹⁾.

وبالتالي يتضح لنا أنّ القضاء المستعجل الموضوعي ما قبل التعاقدية تمّ إنشاؤه باهتمام مزدوج، أوروبي بقصد تعزيز ضمانات عروض المرشحين لعقود الشراء العام وتأمين نزاهة المنافسة، وفرنسي يهدف إلى تحسين نظام شكاوى أصحاب العروض ضد المصلحة المتعاقدة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، أي بمعنى آخر فإنّ المشروع الفرنسي استمدّ نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدية من التشريع الناظم للعقود في دول الاتحاد الأوروبي، ومن ثمّ تحوّل إلى إجراء أصيل أساسي في التشريع الفرنسي⁽²⁾.

ثالثاً: مجال تطبيق الاستعجال ما قبل التعاقدية

قبل صدور الأمر رقم 2009-515 المتعلق بإجراءات الطعن المطبّقة على عقود الشراء العام في فرنسا، كان مجال تطبيق دعوى القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية مُحدداً بقائمة من العقود، ما لبثت أن ازدادت بشكل تدريجي، فإنّ مجال اختصاص القاضي الإداري اتّسع بالتتابع بعد صدور قانون 1993/01/29 ليشمل عقود المشاركة بموجب الأمر رقم 559 الصادر بتاريخ 2004/06/17، وعقود امتياز الأشغال بموجب الأمر 646 الصادر بتاريخ 2005/06/06، وأخيراً صدر الأمر رقم 2009-515 بتاريخ 2009/05/07 الذي ألغى هذه القائمة من العقود، حيث أُعيد تحديد نطاق تطبيق القضاء المستعجل في العقود الإدارية لتشمل عقود الشراء العام (عقود الصفقات العمومية) وعقود تفويض المرفق العام⁽³⁾، كما تمّ استحداث الاستعجال التعاقدية Référé contractuel.

¹ - محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015، ص 20.

² - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014، ص 328.

³ - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، ص 332.

- وذلك بموجب المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

وبالتالي فإن الأحكام الخاصة بالدعوى الجديدة (الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية) يمكن أن تثار في معرض النوعين الرئيسيين من العقود الإدارية، عقود الصفقات العمومية Les contrats des marchés publics، وعقود تفويض المرفق العام .Les contrats de délégation de service public.

كما قرّر مجلس الدولة الفرنسي حديثاً، أنه لا يكفي وجود عقد امتياز للقول بإمكانية تطبيق المادة L.22⁽¹⁾ بل يجب أن يشكل هذا الامتياز تفويض مرفق عام، ومن ثم لا يعتبر عقد استغلال أحد المطاعم المملوكة لإحدى البلديات تفويض مرفق عام مؤدياً إلى تطبيق إجراءات دعوى المادة L.22 على الرغم من مساهمته في تطوير الحركة السياحية في نطاق البلدية المذكورة⁽²⁾.

والجدير بالذكر هنا أنه بالإمكان المنازعة بجدية أمام قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدية في بخصوص إبرام عقد الشراكة، ويكون في مقدور القاضي هنا مراقبة مدى مشروعية اللجوء إلى الحوار التنافسي، وهو ما قرّره مجلس الدولة الفرنسي في قضية Sueur بتاريخ 29 أكتوبر 2004، وكذلك في قضية مجلس الغرف الفرنسية للتجارة والصناعة وتعاقدية غرف التجارة والصناعة بتاريخ 11 مارس 2013⁽³⁾.

رابعاً: خصائص الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

تتميّز الدعوى التي جاءت بها المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية (المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي حالياً)، بجملة من الخصائص أسبغت عليها أهمية خاصة في ضمان مبدأي العلانية والمنافسة عند إبرام العقود الإدارية، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1- هي تقنية قضائية قبل تعاقدية:

أي تُثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وتهدف إلى منع كل مخالفات العلانية والمنافسة المتعلقة بإبرامه، وهي بذلك ذات طابع وقائي، من خلالها يمكن تجنب الرضوخ للأمر الواقع الذي يكون نتيجة

¹ - وهي حالياً المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

² - C.E, 12/03/1999, Ville de paris /c/ sté Stella Maillot-Orée, du Bois, A.J.D.A, 1999, P443.

- أشار إليه: مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 847، 848.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية -الجزء الثاني-،...الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 193.

تدخل الدعوى القضائية بعد إبرام العقد، بل بعد تنفيذه أحياناً (في حالة دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة)، وهذا يعني كما سنرى مفصلاً أنه متى أُبرم العقد، فلا يمكن إعمال هذه الدعوى⁽¹⁾.

2- هي دعوى تُحول القاضي سلطات هامة:

فهي تُحوّل القاضي سلطات واسعة، بل غير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، فالقاضي عندما يُبْت في مثل هذه الدعوى يتمتع بسلطات الأمر Injonction والوقف Suspension⁽²⁾، وهذا ما سوف نوضحه بالتفصيل عند التطرق إلى سلطات القاضي الاستعجالي الإداري أثناء نظره الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

3- هي دعوى قضاء مُستعجل:

هي ليست دعوى استعجالية بالمفهوم العام للدعوى الاستعجالية التي لا تمس بأصل الحق، وإنما هي دعوى موضوعية بآجال استعجالية، نظراً لخصوصيتها المستمدة من العقد الإداري المرتبط بالمرفق العام والخدمات العمومية، وذلك هناك من أطلق عليها تسمية: "الدعوى الاستعجالية الموضوعية"، وهناك من أطلق عليها تسمية: "الدعوى شبه الاستعجالية"، وقد اقترح الدكتور مهند مختار نوح تعريب المصطلح الفرنسي "Référé précontractuel" إلى مصطلح: "القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدية"، ونحن بدورنا نقترح التسمية التالية "الاستعجال القانوني في مادة إبرام العقود الإدارية"، وطبقاً للمادة 947 القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المحكمة الإدارية تفصل في أجل عشرين (20) يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها.

4- يمكن للقاضي عند نظره في الدعوى أن يُبْت في الموضوع:

فالقاضي عند نظره في هذه الدعوى يُبْت في الموضوع، وذلك بالتصدي للخروقات المرتكبة بشأن مبادئ العلانية والمنافسة، وذلك على خلاف الدعوى الاستعجالية الإدارية العادية التي يأمر فيها القاضي بتدابير تحفظية لا تمس بأصل الحق ولا يجوز الأمر الصادر بشأنها حجية الشيء المقضي فيه، وهذا ما يسمى الاستعجال بالطبيعة والذي يتأكد فيه القاضي من عنصران مهمان هما عنصر الاستعجال وعنصر عدم المساس بأصل الحق، وإذا انتفى أحد العنصران يكون القاضي الاستعجالي غير مختص نوعياً للنظر في

¹ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 845.

² - المرجع نفسه، ص 845.

الدعوى الاستعجالية، أمّا القاضي وهو ينظر في الدعوى الاستعجالية الإدارية ما قبل التعاقدية فيصدر أوامر تمس بأصل الحق (ينظر في موضوع الدعوى)، وتحوز تلك الأوامر حجية الشيء المقضي فيه، ولا يبحث القاضي في عنصرا الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق حتى يكون مختص نوعيا، لأنه في هذا النوع من الدعاوى (الاستعجال ما قبل التعاقدية) يكون القاضي مختص بنص القانون، لذلك يسمى الاستعجال القانوني في مادة إبرام العقود والصفقات، ولا يُتصور أبداً في هذه الدعوى أن يصدر القاضي أمر بعدم الاختصاص النوعي، وإنما إذا كانت الدعوى غير مؤسسة يأمر القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أسباب التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدية في الجزائر

أغلب النصوص القانونية الإلزامية الصادرة قبل القانون رقم 08-09، لم تعطي الأهمية للاستعجال بصفة عامة والاستعجال الإداري بصفة خاصة⁽²⁾، فلم يكن قانون الإجراءات المدنية القديم يتناول إجراءات الاستعجال الإداري إلا في مادة وحيدة وهي المادة 171 مكرراً، والحقيقة أن هذه المادة لم تكن كافية لمعالجة جميع حالات الاستعجال⁽³⁾، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تدارك المشرع هذا النقص الذي كان موجود سابقاً والمتعلق بإجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، وتمّ أفراد الجهات القضائية الإدارية بإجراءات استعجالية خاصة بها، وبذلك يكون المشرع قد خطى خطوة هامة بشأن القضاء الإداري الاستعجالي حيث خصّص له باب كامل - الباب الثالث من الكتاب الرابع - وهكذا يكون المشرع الجزائري قد نظّم جميع التدابير الاستعجالية في المادة الإدارية⁽⁴⁾، ومن بين أهم هذه التدابير الاستعجالية المستحدثة هي: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، والتساؤل الذي قد يتبادر إلى الأذهان هنا يدور حول الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري إلى تقنين الاستعجال قبل التعاقدية في هذه

¹ - لمزيد من التفصيل يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 146.

² - خيرة هلالبي، الاستعجال في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 116.

³ - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، مرجع سابق، ص 7.

⁴ - مجيدة خالدي، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،

2011-2012، ص 11.

المرحلة بالذات؟، ويمكن تحديد الأسباب التي أدت إلى استحداث هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية فيما يلي:

أولاً: تعزيز آليات الرقابة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية

إنَّ هدف المشرع من استحداث المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هو فرض التطبيق الصارم لأحكام المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي كان سائداً آنذاك⁽¹⁾، أما حالياً فيعتبر هذا الإجراء ضماناً لتجسيد المبادئ المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذي رقم 18-199.

ثانياً: ارتباط العقد الإداري بإدارة المرفق العام وتنظيمه

للعقد الإداري ارتباط وثيق بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، Principe de continuité des services publics، وهو مبدأ جوهرى تُمليه طبيعة وفكرة المرفق العام، لذلك كان لا بد من النظر في المنازعات التي تطرأ أثناء مرحلة إبرامه، عن طريق دعوى يتم الفصل فيها وفقاً لأجل قصيرة تختلف عن القضايا الأخرى، وذلك ضماناً لسير المرفق العام بانتظام ودوام تحقيقاً للخدمات والمشاريع العامة، وهو ما يتحقق عن طريق الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

ثالثاً: انتشار ظاهرة الإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية

أغلب جرائم الفساد، إن لم نقل كلها، تتعلق بانتهاك المبادئ ذات الصلة بالصفقات العمومية كدرجة أولى، وفي درجة ثانية انتهاك المبادئ ذات الصلة بإبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام، لذلك فكر المشرع في آلية وقائية من خلالها يمكن تكريس مبادئ الإبرام، وذلك قبل أن يرتقي أن يرتقي فعل الإخلال الوصف الجزائي، وبالتالي فإن الهدف من استحداث هذا الإجراء هو تأمين وتحقيق أكبر قدر ممكن من شفافية المنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية.

¹ - أصبح هذا المرسوم الرئاسي - بعد 16 سبتمبر 2015 - يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تم لأول مرة في الجزائر تقنين الأحكام المتعلقة بتفويضات المرفق العام.

رابعاً: التأثير بالتجربة الفرنسية في مجال حماية مبادئ إبرام العقود الإدارية

تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطوراً كبيراً في مجال حماية مبادئ العلانية والمنافسة أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي⁽¹⁾.

الفرع الثالث

علاقة الاستعجال ما قبل التعاقد باستعجال وقف تنفيذ القرار الإداري المنفصل

في مرحلة تكوين وإبرام العقد تقوم الإدارة باتخاذ قرارات بعضها يسبق إبرام العقد ويُهدد له، والبعض الآخر يرافق عملية إبرام العقد، جميع هذه القرارات كانت قبل ظهور نظرية الأعمال المنفصلة *Les actes détachables* تُعتبر متصلة بالعقد الإداري وغير قابلة للانفصال عنه متى أبرم هذا العقد وأصبح نهائياً، أي أنّ هذه القرارات لا تكون قابلة للإلغاء أمام القاضي الإداري إلا إذا أمكن فصلها عن العقد، وهذا الأمر لا يمكن أن يتم إلا من خلال استعمال نظرية القرارات الإدارية المنفصلة⁽²⁾.

قد يبدو أنّ الطعن الاستعجالي الذي يكون موضوعه طلب وقف تنفيذ قرار إداري *Référé suspension* المنصوص عليه في المادة 919 أعلاه، ينافس الاستعجالي السابق للتعاقد نظراً لعدم اقتصره على المتعاقدين، ويمكن استعماله لأسباب غير مخالفة لقواعد الإشهار والمنافسة، كما أنّ البت فيه أسرع، إلا أنّ الاستعجال السابق للتعاقد يظل أوسع نطاقاً لأنّه يشمل كل إجراءات إبرام العقود والصفقات، في حين تظل القرارات القابلة للانفصال وحدها عرضة للطعن فيها لتجاوز السلطة والتي تكون محلاً للطعن الاستعجالي الموقوف والأصح استعمال عبارة "تعليق" باعتباره مؤقتاً وهي مرادفة لما جاء في النص

¹ - راشدة دهنجي، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 94.

² - فاروق محمد معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقها في المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 299.

- حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة - دراسة نظرية تطبيقية -، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2019، ص 203.

- حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تندوف، العدد الأول، مارس 2018، ص 246، 247.

- محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال - دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري -، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 94.

الفرنسي للمادة 919 أعلاه Suspension، وقد مكّن الطعن الاستعجالي الموقوف من سدّ ثغرات الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد⁽¹⁾، ودَعَمِهِ في حالة إذا تمّ إبرام العقد ولم يتم إحترام الأمر الاستعجالي القاضي بتأجيل إمضاء العقد -لأنّه بعد توقيع العقد يصبح الطعن الاستعجالي قبل التعاقد غير ذي موضوع كما سنرى-؛ وبالرغم من ذلك يبقى الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد وسيلة فعّالة تخدم مبادئ إبرام العقود الإدارية⁽²⁾.

وهكذا يتضح لنا أنّ إجراء الطعن الاستعجالي الموقوف في مجال إبرام العقود الإدارية -أثناء مرحلة الإبرام- يُمكن تصوّره في حالة رفع دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري والذي جاء مُخالفًا لقواعد الإشهار والمنافسة، ثمّ يقوم صاحب المصلحة برفع دعوى استعجالية طبقًا للمادة 919 أعلاه، طالبًا وقف تنفيذ هذا القرار، لكن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها مباشرة -دون المرور عبر هذه الإجراءات المعقدة والطويلة- عن طريق الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقد لأنّ القاضي من خلال هذه الدعوى يمكن له أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة عشرين (20)⁽³⁾.

وعليه فإنّ الطعن الاستعجالي ما قبل التعاقد أشمل وأوسع من الطعن الاستعجالي الموقوف، كون الطعن الأول هو إجراء فعّال يُتيح للقاضي الاستعجالي التدخل قبل خرق قواعد الإشهار والمنافسة⁽⁴⁾، وله أن يأمر بتأجيل إبرام العقد إلى غاية فحص الطلب المعروض عليه، وذلك كله بإجراءات بسيطة وغير معقدة.

أمّا الطعن الاستعجالي الموقوف فتظهر أهميته العمليّة في مجال منازعات العقود الإدارية، في حالة ما إذا تمّ إبرام العقد الإداري، فهنا تنتهي صلاحية الطعن الاستعجالي قبل التعاقد، ويكون أمام صاحب المصلحة إمكانية اللجوء إلى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، فاستناداً إلى هذه النظرية أجاز القضاء الإداري الطعن بإلغاء القرار المنح المنفصل عن العقد⁽⁵⁾، ثمّ يقوم بعد ذلك صاحب المصلحة برفع دعوى استعجالية يطلب من خلالها وقف تنفيذ هذا القرار المنفصل إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء.

¹ - PEISER Gustave, Contentieux administratif, 14^{ème} Édition, Dalloz, France, Paris, 2006, p 153.

² - حليلة بروك، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014، ص 303.

³ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 155، 156.

⁴ - حليلة بروك، مرجع سابق، ص 303.

⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 27.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه أنه إذا كان من المفروض أن يؤدي حكم إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد إلى بطلان ما يترتب عليه من نتائج، أي بطلان العقد الإداري، وذلك استناداً إلى قاعدة "ما بُنيَ على باطل فهو باطل"، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي منذ صدور قراره في قضية Martin بتاريخ 1905/08/04 قد سلك منحى آخر، بحيث أن إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد الإداري، لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى إلغاء العقد، ويبقى العقد صحيحاً وناظراً حتى قيام أحد أطرافه برفع دعوى أمام قاضي العقد ويطلب إبطاله، وعندئذ بإمكان قاضي العقد أن يحكم بإبطاله استناداً إلى إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال، وبذلك ليس بيد الغير أي طريقة مضمونة لجعل العقد الإداري باطلاً، طالما أن أطرافه يتمسكون به ومتفقون على تنفيذه⁽¹⁾.

وقد عارض البعض الأخر من الفقهاء في فرنسا هذا الاتجاه، ومنهم Piquignot الذي يرى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن غير منطقي، لأنه يجب على القضاء الإداري إبطال العقد المبني على قرار حُكِمَ بإلغائه، وفي حالة عدم إتباع القضاء ذلك، اقترح هذا الفقيه حلاً آخر، وهو أن يقوم القضاء بإحالة الأمر على الإدارة لتُعمِلَ حكم القانون، أي إلغاء العقد، ويتقضي ذلك الرجوع إلى نظرية الاندماج في ترتيب النتائج المنطقية لإلغاء القرار المنفصل عن العملية العقدية، والأخذ بوحدة العملية العقدية.

ويرى الفقيه Weil أن القصد من فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة هو مجرد قبول دعوى الإلغاء بشأنها، ولكن عند النظر في مشروعية العملية العقدية برمتها، يجب أن ينظر إلى تلك العملية ككل لا يتجزأ، بحيث يُبطل العقد إذا أُبطل أي قرار إداري يُبنى عليه هذا العقد⁽²⁾.

المطلب الثاني

الإطار الإجرائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

بالنسبة للقانون الجزائري، فإنَّ المشرع وهو بصدد تنظيم الاستعجال في المنازعات الإدارية، خصَّصَ الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لقاضي الاستعجال، ونصَّ في المادة 917 منه: "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في

¹ - عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 441، 442.

² - المرجع نفسه، ص 445.

- أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 156، 157، 158.

دعوى الموضوع"، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتشكيكة الجماعية المنوط بها البت في الموضوع، للفصل في الدعوى الإدارية الاستعجالية⁽¹⁾، وعلى ذلك فقاضي الموضوع هو قاضي الاستعجال⁽²⁾.

في حين القاضي المختص بالنظر في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في التشريع الفرنسي، هو قاض فرد un juge unique، وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه، وإن إسناد البت في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلى قاض فرد يرجع إلى رغبة المشرع في إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، إذ أن نظر الدعوى عن طريق قاض فرد هو أكثر تكيفاً مع مقتضيات الشؤون المستعجلة⁽³⁾.

المشرع قد خصّ هذه الدعوى بإجراءات متميزة ومنح القاضي سلطات وصلاحيات واسعة⁽⁴⁾، لعلّ الغاية الإجرائية من هذا الاهتمام بالدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، يرجع إلى استجابة المشرع للتطورات الاقتصادية العالمية، حيث أولى المشرع الإجراءي الجزائري أهمية منقطعة النظير لمنازعات العقود والصفقات العمومية لاسيما تلك الناشئة عند مرحلة الإبرام، وحسن فعل المشرع باستحداثه لهذه الإجراءات الاستعجالية التي تُكرّس وتجسد ضمانات فعّالة لحماية للمال العام⁽⁵⁾.

وسوف نتطرق للإطار الإجراءي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية من خلال التطرق إلى حالات إخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدية (الفرع الأول)، ثم شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية (الفرع الثاني)، ثم سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقدية (الفرع الثالث)، وأخيراً صدور الأمر الاستعجالي الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية (الفرع الرابع).

¹ - في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم كان الفصل في مادة الاستعجال موكول إلى قاضي فرد، ويكون في غالب الأحيان رئيس المجلس

القضائي، أو القاضي الذي يتدبه، وهو غالباً رئيس الغرفة الاستعجالية.

² - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 201.

³ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 862.

⁴ - عز الدين كلوفي، مرجع سابق، ص 140.

⁵ - راشدة دهنجي، مرجع سابق ص 90.

الفرع الأول

حالات إخطار القاضي القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدية

(أسباب تدخل القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدية)

إذا كانت المسائل التي قصد المشرع حمايتها بدعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقدية تنحصر في قواعد العلانية والمنافسة فقط، إلا أنه يلاحظ مع ذلك وجود نزعة من جانب القضاء في توسيع مفهوم القواعد المتعلقة بالمنافسة خصوصاً لتشمل حالات متعدّدة ومتنوعة، وقد توصل القضاء الإداري الفرنسي من خلال تطبيقاته لدعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقدية، إلى اعتبار الحالات التالية من قبيل خرق مشروعية العلانية والمنافسة، والتي تُحيز إمكانية إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية⁽¹⁾:

أولاً: خرق قواعد الإشهار (العلانية)

تُعتبر كل قواعد العلانية من قبيل الشكليات الجوهرية Formalités substantielles، وبالتالي فإنّ الغياب الكلي للعلانية يعيب إجراءات إبرام العقد، ويُطبخ التعبير عن إرادة الإدارة بشبهة الفساد، كما اعتبر القضاء الإداري أنّ عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات المُحدّدة بنص القانون يعتبر مخالفاً لقواعد العلانية، وكذلك الأمر فيما يتعلق بخرق القواعد المتعلقة بمُدّد استلام العروض، كذلك المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وهي المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي حالياً، التي اعتبرت أنّ عدم تضمّن العقد للبيانات الإلزامية، يعد خرقاً لقواعد العلانية.

ثانياً: اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب

حدّد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 15-، وكذلك آليات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، وفق شروط قانونية مُلزِمة لا يجوز الخروج عنها، وبالتالي فإنّ استخدام إحدى تقنيات الإبرام في غير موضعها من شأنه أن يؤدي إلى خرق التزامات المنافسة، كأن تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام صفقة عمومية مع متعامل وحيد ودون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، طبقاً لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للجوء إليه⁽²⁾.

¹ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 867، 868.

² - AOUZIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, Management des marchés publics, séminaire I.S.G.P, du 26 au 19 Septembre 2006, p85-102.

- أشارت إليه نادية تياب: مرجع سابق، ص 269.

ثالثا: وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي

يجب أن لا تنطوي المواصفات والخصوصيات التقنية على عنصر تفضيلي Discriminatoire لأحد المرشحين على حساب أقرانه المرشحين، وهنا لا بد من المساواة في معاملة المرشحين، طبقا للمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

رابعا: الإخلال بمعايير اختيار المتعامل الاقتصادي

كما مر بنا في الباب الأول من هذه الدراسة، ينبغي أن يكون اختيار المتعامل المتعاقد على معايير موضوعية وغير تمييزية، فجاءت المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247 لتُحدّد معايير الاختيار من أجل انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، كما أوجبت نفس المادة بأن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، وأن تكون هذه المعايير مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، وهو ما نصت عليه المادة 9 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية "Châlons-sur-Marne" بأنّ صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 1993/10/06 بين: SEDA, au nom du SIVOMAT, avec le cabinet Oth-Est، بأنّها صفقة باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض⁽¹⁾.

خامسا: عدم التقيّد بأحكام قانون المنافسة

كما سبقت الإشارة إليه، يمكن إخطار القاضي الاستعجالي في حالة مخالفة الأحكام الواردة في قانون المنافسة، مثل مشاركة المصلحة المتعاقدة في اتفاقات محظورة⁽²⁾، بمعنى أن القاضي الإداري يتم إخطاره كذلك في حالة مخالفة الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، طبق للشروط التي سبق التطرق إليها في الباب الأول.

¹ - BERBARI Mireille, Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence, Editions le Moniteur, Paris, France, 2001, p 79.

² - وفقا لإحدى الاجتهادات القضائية بفرنسا، يمكن تطبيق الاتفاق المحظور على إدارة عمومية لكون المادة L.420-1 من القانون التجاري، لا تحصر مجال تطبيقها على الاتفاقات بين المؤسسات، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أنّ الاتفاق حسب هذه المادة - التي تقابلها المادة 06 من قانون المنافسة الجزائري - لا تقتضي بالضرورة أن يتم بين شخصين يمارسان نشاطاً اقتصادياً في السوق.
- أشار إليه: محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص 79.

تجدر الإشارة في الأخير، إلى وجود نزعة في فرنسا نحو تضيق اللجوء للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدى بمجرد وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة في إطار تقوية الأمن القانوني لإجراءات إبرام العقود والصفقات العمومية، حيث أشار اجتهاد قضائي حديث إلى ضرورة أن يكون هذا الإخلال من شأنه أن يمنح بطريقة غير مباشرة امتيازاً لمؤسسة متنافسة⁽¹⁾، لكن لا يمكن التذرع بفكرة الأمن القانوني لانتهاك مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات.

الفرع الثاني

شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إنّ شروط قبول دعوى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدية تتعلق بعناصر أساسية ومهمة، منها الصفة والمصلحة (أولاً)، والإطار الزمني برفع الدعوى (ثانياً).

أولاً: الصفة والمصلحة

بالرجوع إلى المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في الفصل الأول تحت عنوان: "في شروط قبول الدعوى" من الكتاب الأول المتضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، نجد أنها تنص على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه...".

من المبادئ الإجرائية أنّ الدعوى لا تُقبل إلا إذا رُفعت من ذي صفة وعلى ذي صفة، فكما يشترط القانون توفر عنصر الصفة لدى المدعي وإلا رفضت دعواه، يُشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى المدعى عليه⁽²⁾.

1- La Haute juridiction administrative a en effet jugé que, désormais, pour avoir un intérêt à agir en référé, une entreprise devait non seulement avoir un intérêt à conclure le marché, mais devait aussi se prévaloir "de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente". CE, Sect., 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420. cité par: Cabinet d'avocats SEBAN & Associés, De nouvelles conditions de recevabilité du référé précontractuel pour renforcer la sécurité juridiques des procédures de passation des marchés publics, Lettre d'actualité juridique, n°05, Janvier - Février 2009, p. 03.

- أشار إليه: محمد زكرياء رقرافي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية مرجع سابق ص 233.

²- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 36.

والصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، وينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصياً بسبب عذر معين، وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، كأن يحضر شخص آخر نيابة عن المدعي بموجب وكالة خاصة، ففي هذه الحالة يتأكد القاضي من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقاً في مدى توفر عنصر الصفة لدى المدعي، فقد يصح التمثيل مع فساد الصفة في الدعوى والعكس صحيح⁽¹⁾، وهناك خلط بين الصفة والتمثيل مع أن الصفة هي شرط أساسي لممارسة الدعوى، يعني أنه يجب أن تتوفر في المدعي قبل أن يمنح للغير - سواء عن طريق القانون أو بواسطة الاتفاق - سلطة تمثيله، ومسألة التمثيل لا تُطرح في شروط قبول الدعوى بل تطرح بمناسبة شرعية الخصومة⁽²⁾.

أمّا المصلحة فيقصد بها تلك المنفعة التي يُحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تترتبها للقضاء عن الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها كالدعاوى غير المنتجة⁽³⁾.

كما يجب أن يتوفر في المصلحة الطابع الشخصي والمباشر إذ لا يمكن التقاضي عندما تكون مصلحة الغير هي التي تضررت ما عدا في حالة التمثيل التي تُقدَّر المصلحة فيها بالنسبة للشخص الذي يقع تمثيله، كتمثيل الأشخاص المعنوية مثلاً⁽⁴⁾.

تنص الفقرة الثانية من المادة 13 أعلاه، على أن القاضي يثير تلقائياً مسألة انعدام الصفة لدى المدعي والمدعى عليه، وهذا تبني لاجتهاد المحكمة العليا الذي أكد مراراً على أن الصفة يجب أن تتوفر في المدعي والمدعى عليه، كما أن قراءة هذه المادة تُبين أن انعدام الصفة يثيره القاضي تلقائياً، فهي من النظام العام، في حين سكت المشرع عن الطبيعة الإجرائية لعنصر المصلحة، وهذا ما يُفسَّر على أنها ليست من

¹ - عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 34، 35.

² - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 68.

³ - عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 38.

- علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري - مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء - دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 222.

⁴ - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 67.

النظام العام ولا يثيرها القاضي تلقائياً بل لا بد أن يدفع بانعدامها المدعى عليه في الدعوى⁽¹⁾، أو يدفع بها المدعي في حالة تقديم المدعى عليه لطلبات مقابلة، كذلك يُشترط الصفة والمصلحة أثناء التدخل في النزاع⁽²⁾.

لقد بين قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، وقانون القضاء الإداري الفرنسيين، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الطرف الأول في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وهو المدعي⁽³⁾، فقد يكون رافع هذه الدعوى مدعياً بحكم المصلحة (1)، وقد يكون مدعياً بحكم القانون (2).

1- اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة:

وهو المترشح المستبعد الذي له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ الفاضل لحسين بن شيخ آث ملويا بأنه ذلك الشخص الذي استبعد من إجراءات إبرام العقد، قائلاً بأن قبول دعوى المدعي واعتبار مصلحته متوفرة، مرتبط بمشاركته في الإجراء المنازع فيه أو منعه من تقديم عرضه⁽⁴⁾، لكن يجدر التنبيه هنا ليس شرطاً أن يمنع المترشح من دخول المنافسة حتى تقبل دعواه، فهو حقيقة شرط مهم كما ذهب إليه الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا، لكن المشرع لم يحرص قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في هذا الشرط فقط، بمعنى يمكن أن يُسمح للمترشح بالوصول للطلب العمومية ودخول المنافسة وتقديم عروضه، وبالرغم من ذلك يمكن له أن يقوم بإخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدية، وذلك لأن إجراءات المنافسة لم تكن نزيهة وشفافة.

وبالمقابل لا صفة لمعامل اقتصادي لم يقدم ملف ترشيحه للتباري حول العقد أو الصفقة، بأن يخاصم في قرار المنح، ما لم يُثبت أن عدم تقديم العرض كان بسبب الإخلالات المرتكبة من طرف المصلحة المتعاقدة، وهذا ما أمرت به المحكمة الإدارية بـ Toulouse في قضية شركة Stentofon بتاريخ 27 سبتمبر 1993⁽⁵⁾.

¹ - عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 69.

² - لمزيد من التفصيل يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 179، 180، 181.

³ - عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017/2018، ص 154.

⁴ - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 156.

⁵ - المرجع نفسه، ص 157.

وهكذا اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 25 جانفي 2006 بأن شركة La Coccinelle، والتي كانت مرشحة لنيل الصفقة المنازع فيها، والتي إضافة إلى ذلك ألما مؤهلة لإنجاز نمط الأشغال المطلوبة بموجب الصفقة La spécialité، قد تتضرر من أي إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة والتي يخضع لها إبرام العقد، وبالتبعية وبالرغم من كونه تم استبعاد ترشحها من طرف لجنة العروض، على أساس ألما لا تحوز على جميع الصفات المطلوبة في المترشحين والمذكورة في الإشهار، بألما من بين الأشخاص المؤهلين للتداعي أمام قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد بمقتضى أحكام المادة 551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، ومن ثمة يجب استبعاد الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس انعدام مصلحة شركة La Coccinelle في رفع الدعوى⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية لباريس Paris قد اعتبرت أن المقاول من الباطن لمؤسسة مرشحة، مؤهل لتقديم طلب أمام قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد، وذلك في قضية Forsup conseil بتاريخ 08 نوفمبر 2006، وهذا القضاء مطابق لموقف مجلس العدل لمجموعة الأوروبية، والذي أوجد مبدئاً عاماً للوصول إلى قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد، بتوضيحه بأنه لزاماً على الدول الأعضاء ضمان الوصول إلى إجراءات الطعن، لكل شخص له مصلحة في نيل صفقة عمومية والذي قد تضرر أو من الممكن أن يتضرر من إخلال المصلحة المتعاقدة، دون اشتراط توافر صفة المتعهد أو المترشح، وهذا طبقاً لقرار مجلس العدل للمجموعة الأوروبية بتاريخ 11 جانفي 2005، في قضية Stadt Halle⁽²⁾.

والمصلحة تكون قائمة عند تفويت الفرصة على المترشح الذي كان بإمكانه نيل العقد أو الصفقة، ويلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يكتفي بالضرر الواقع فعلاً، بل قد يكون الضرر كذلك احتمالي، وهذا ما جاء صراحة في نص المادة 946 من ق.إ.م.إ. "..." والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..."، ولقد تبني مجلس الدولة الفرنسي موقفاً جديداً بخصوص عنصر الضرر، حيث قرّر بقبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية حتى في غياب الضرر، وذلك في قضية Radiometer بتاريخ 8 أبريل 2005 وذلك وفقاً للتسبب التالي: "باستطاعة شركة مترشحة لنيل صفقة والمؤهلة بعد ذلك للتداعي أمام قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد، أن تُقجَمَ أمام هذا القاضي كل إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، والتي تخضع لها إبرام الصفقة، حتى ولو لم يرتكب ذلك الإخلال إضراراً بها، وهكذا وباستناده في رفضه لطلب

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع السابق، ص 158.

² - Aldo Sevino, Le Mémento du référé précontractuel, procédure, moyens et jurisprudence, Editions Eyrolles, 2008, p 28, 29.

- أشار إليه: لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 159.

شركة Radiometer على كون هذه الأخيرة بم تقدم الدليل على وجود إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، والتي من طبيعتها المساس بمحظوظها في إبرام العقد محل النزاع، فإن قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد بالمحكمة الإدارية بباريس يكون قد جانب الصواب، وبالتبعية ودون حاجة إلى فحص الوسائل الأخرى التي تضمنتها عريضتها، يكون طلب شركة Radiometer مؤسس قانوناً⁽¹⁾.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي تراجع بعد ذلك عن موقفه أعلاه، وذلك بتأكيد على وجوب إثبات الضرر أو على الأقل وجود ضرر محتمل، وذلك في قضية النقابة المختلطة ما بين البلديات للإنجاز والتسيير للقضاء على الفضلات المنزلية للقطاع الشرقي لمقاطعة سارث SMIRGEOMES بتاريخ 03 أكتوبر 2008، والذي اشترط من خلالها مجلس الدولة بأن تكون الإخلالات المدعى بها من شأنها أن تلحق ضرر ولو بطريقة غير مباشرة بتفضيل مؤسسة متنافسة عن مؤسسة أخرى⁽²⁾.

لكن نحن من جهتنا لا نؤيد هذا القرار الأخير لمجلس الدولة الفرنسي، لأنه مجرد الإخلال بالمنافسة التزيهة والشفافية تقوم مصلحة المتعامل الاقتصادي في إخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد، دون الحاجة إلى إثبات الضرر، وبالتالي فالقرار الأول لمجلس الدولة الفرنسي كان على صواب بخصوص قضية شركة Radiometer حينما لم يبحث في مدى توافر عنصر الضرر، وهو نفس النهج الذي سلكته المحكمة الإدارية بـ Clermont- Ferrand بتاريخ 6 فيفري 1998، في قضية Alstom Transport، والتي قرّرت بأنه ليس لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد أن يبحث فيما إذا كان العارض قد تضرّر، وهذا ما نؤيده من جهتنا لأنه يستقيم والمنطق القانوني السليم.

وبالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص على ما يلي: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتمُّ هذا الإخطار من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرّر من هذا الإخلال..."، وبالتالي يكون المشرع قد كرّس عنصر الصفة بحكم المصلحة المحتملة، وهذا ما نستنتجه من عبارة "من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرّر من هذا الإخلال"⁽³⁾.

¹ - Aldo Sevino, op-cit, p 30.

² - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 196، 197.

³ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 183.

2- اكتساب صفة المدعي بحكم القانون (الطعن المقدم من طرف ممثل الدولة):

في القانون الفرنسي منحت صلاحية رفع الدعوى إلى المحافظ Le préfet⁽¹⁾ والذي لا يستعمل تلك السلطة إلا في القليل النادر، ويُفضل اللجوء -بعد التوقيع على الصفحة- إلى قاضي الموضوع الفاصل في أعمال الجماعات الإقليمية، وعلى الخصوص بشأن الصفحات التي يرى بأنها مخالفة للمشروعية، خاصة وأن دعوى المحافظ ضد العقد أمام قاضي الموضوع توصف بأنها دعوى القضاء الكامل، وهو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 ديسمبر 2011 في قضية وزير الداخلية⁽²⁾.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص: "...يتم هذا الإخطار من قِبَل... وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سببرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية..."، وبالرجوع إلى المادة 110 من قانون الولاية⁽³⁾ نجد أنها تنص: "الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية، وهو مفوض الحكومة"، وبالتالي فإنَّ المشرع منح الوالي -باعتباره ممثل الدولة - الصفة في رفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية وإخطار المحكمة الإدارية، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، بشرط أن يكون هذا العقد الإداري سببرم من طرف جماعة إقليمية، وبالرجوع إلى المادة 16 من الدستور الجزائري⁽⁴⁾ نجد أنها تنص: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية، البلدية هي الجماعة القاعدية"، وكذلك يُخَطِرُ الوالي المحكمة الإدارية إذا كان العقد سببرم من طرف مؤسسة عمومية محلية، وتمَّ الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

وبالتالي فإنَّ الوالي له الحق -باعتباره ممثل للدولة- في استعمال الطعن وإخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدية، وفقاً للإجراءات والشروط الواردة في المادة 2/946 أعلاه، ودون أن يثبت الصفة والمصلحة عند رفع هذه الدعوى، لأنَّ الوالي هنا قد اكتسب صفة المدعي بنص القانون⁽⁵⁾، وبالتالي لا يراقب القاضي الصفة والمصلحة عندما يكون ممثل الدولة على مستوى الولاية هو المدعي - الوالي -⁽⁶⁾.

¹ - عبد الله كتناوي، أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد الأول، جانفي 2018، ص 290.

² - Olivier Le Bot, Le Guide des Référés Administratifs, janvier 2013, Dalloz, p 593.

- أشار إليه: حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية -الجزء الثاني-،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 160.

³ - قانون رقم 07-12، يتعلق بالولاية، سالف الذكر.

⁴ - يراجع المادة 16 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدلة بالقانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، سالف الذكر.

⁵ - حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، الطبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 554.

⁶ - أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 184.

ولكن يلاحظ أن القانون لم يلزم الجماعات الإقليمية بإعلام الوالي بالخطوات والإجراءات القانونية المتخذة لأجل إبرام العقود الإدارية، مما يعني مبدئياً أنه ليس للوالي من مكنة لاكتشاف مخالفات المشروع المتعلقة بالمنافسة والعلانية، إلا عن طريق شكاوى المرشحين المستبعدين.

والواقع العملي يكشف أن الولاية لا يميلون إلى استخدام دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، ولا توجد أية قضية استعجالية معروضة على المحاكم الإدارية تتعلق بمرحلة إبرام العقد الإداري، ويكون الوالي هو المدعي فيها، وذلك يرجع إلى صعوبة علم الولاية بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية⁽¹⁾.

غير أن نص المادة 2/946 أعلاه، يطرح العديد من الإشكاليات القانونية، فإن كان الوالي حارساً لشفافية العقود الإدارية والصفقات العمومية المحلية، فمن يجرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية؟ فكأنّ المشرع الجزائري يتجاهل وجود عقود وصفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها، وكيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في العقود الإدارية والصفقات العمومية المحلية في غياب الأطر القانونية التي تحدّد كفاءات تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة؟⁽²⁾.

وهو النقد نفسه الذي يواجهه نظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا، بعد أن أثبت التطبيق عدم لجوء المحافظين إلى ممارسة هذا الطعن، وذلك نظراً لعدم علمهم بالتجاوزات المرتكبة أثناء مرحلة إبرام العقد الإداري⁽³⁾.

ثانياً: الإطار الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

هذه النقطة مهمة جداً لذلك سوف نحاول توضيحها بشيء من التفصيل والتعمق، وذلك بتحليل النصوص القانونية والتطرق للأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة بالإطار الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، في فرنسا (1)، ثم في الجزائر (2).

¹ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 851.

² - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 37.

³ - المرجع نفسه، ص 37.

- أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 183، 184، 185.

1- الإطار الزمني لرفع الدعوى طبقاً للقانون والقضاء الإداري الفرنسي:

سبب الإطار الزمني لرفع الدعوى طبقاً للقانون الفرنسي (أ)، ثم تُبين موقف القضاء الإداري الفرنسي (ب).

أ- الإطار الزمني لرفع الدعوى طبقاً للقانون الفرنسي:

لم يُحدّد القانون مدة زمنية يمكن رفع الدعوى خلالها، إلا أنّ الفقرة الثانية من المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾ نصت: "...القاضي يُخطر قبل إبرام العقد..."، وقبل صدور الأمر رقم 515-2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، لم يكن هناك مجال للحديث عن ما يسمى بالاستعجال التعاقد في فرنسا، لكن مع صدور هذا الأمر بالإضافة إلى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي تحت رقم (2007/66/CE)، تمّ استحداث الاستعجال التعاقدى Référé contractuel في فرنسا، الذي قال عنه رئيس الجمهورية الفرنسي أنّه يهدف إلى تطوير فعالية الدعوى الخاصة بالعقود الإدارية قبل وبعد توقيعها، كما أنّه يهدف إلى الحد من إبرام عقود التراضي غير القانونية⁽²⁾.

وبالتالي تمّ استحداث الاستعجال التعاقد في فرنسا بموجب الأمر رقم 515-2009 أعلاه، وأصبح بالإمكان إخطار القاضي الإداري الاستعجالي بشأن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وذلك حتى بعد إبرام العقد، وتمّ إدراج الأمر رقم 515-2009، ضمن قانون العدالة الإدارية (قانون القضاء الإداري الفرنسي)، ونظّم الاستعجال التعاقد في المواد من L.551-13⁽³⁾ وما يليها من قانون العدالة الإدارية، وأصبح بإمكان قاضي الاستعجال الإداري الفرنسي أن يمارس سلطاته وصلاحياته حتى بعد

¹-Art. L. 551-1 «...Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

- هذه المادة L.551-1 عُدلت بموجب الأمر رقم 515-2009 المؤرخ في 7 ماي 2009، المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود الشراء العام، سالف الذكر، والذي تمّ إدماجه في قانون العدالة الإدارية الفرنسي.

²-أمانة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 195، 196.

- أمانة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 232، 233.

³-Art. L. 551-13 « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ».

- هذه المادة L.551-13 تمّ استحداثها بموجب الأمر رقم 515-2009، سالف الذكر.

إبرام العقد الإداري، وذلك في حالة الإحلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها إجراءات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽¹⁾.

فالمنطق الوقائي Préventive لإجراء الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية - من حيث أنها لا تهدف إلى مجازاة مخالفات المشروعية المقترفة بمقدار ما تهدف إلى إصلاح هذه المخالفات قبل إبرام العقد - هذا المنطق الوقائي قد دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير أن منطوق المادتين L.23, L.22⁽²⁾ يقتضي بأن ترفع هذه الدعوى قبل إبرام العقد على أساس أن تعبير قبل إبرام العقد Avant conclusion (passation) du contrat يُحدّد المجال الزمني الذي يمكن خلاله للقاضي المختص بدعوى المادتين L.23, L.22 أن يمارس سلطاته المعهودة إليه بفعالية، وفقاً لمنطق هذه الدعوى نفسها، وبالتالي فمن الواضح أن كل الأوامر الممكن صدورها عن القاضي الاستعجالي، تفقد كل غايتها ومحتواها وفعاليتها بعد إبرام العقد، فيؤدي التطرق إلى مشروعية القرارات المتعلقة بعملية إبرام العقد الإداري من طرف قاضي الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية بعد إبرام العقد، إلى التجاوز على اختصاص قاضي تجاوز السلطة صاحب الاختصاص العام في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة كما رأينا سابقاً، إذ نكون قد انتقلنا بذلك من نطاق رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية⁽³⁾.

ب- موقف القضاء الإداري الفرنسي من الإطار الزمني لرفع الدعوى:

غير أن القاضي الإداري الفرنسي جاء باجتهاد حديث في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها، وذلك بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 16-07-2007 في قضية société Tropic travaux signalisation والتي تتلخص وقائعها أنه على إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة ب Pointe à Pitre العرض الذي تقدمت به شركة Rugoway، فقامت شركة Tropic -باعتبارها مرشحة لنيل الصفقة- برفع دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لشركة Rugoway، وقرار إمضاء الصفقة⁽⁴⁾.

¹ - أمانة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 195، 196.

² - وهما حالياً المادتين L.551-1, L.551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

³ - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 859.

⁴ - مونية جليل، مرجع سابق، ص 183.

بتاريخ 02-03-2006 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيساً على أنه لا مجال لها، لأن العقد قد أبرم ونُفذ كلياً، استأنفت شركة Tropic الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقرَّ بأنه: "يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها، بالتبعية لهم الحق في مخاصمة العقد ذاته"⁽¹⁾.

إلا أن مجلس الدولة رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو إخلال بالعلانية و المنافسة، ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

1- إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية قبل أو بعد إبرام العقد، وهو ما جعل بعض الكتابات تقترح تسمية هذه الدعوى ب: "الدعوى شبه الاستعجالية في مجال العقود الإدارية"، بدلاً من تسمية: "الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية"⁽²⁾.

2- حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكراً على أطراف العقد وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأساً على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد⁽³⁾.

وفي قرار صادر له بتاريخ 02/04/2011، قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول دعوى المدعي، وذلك لعدم توافر شروط تطبيق المادة L.551-14⁽⁴⁾ المتعلقة بالاستعجال التعاقدية⁽⁵⁾.

2- الإطار الزمني لرفع الدعوى طبقاً للقانون والقضاء الإداري الجزائري:

سنبين الإطار الزمني لرفع الدعوى طبقاً للقانون الجزائري (أ)، ثم نبيّن موقف القضاء الإداري الجزائري (ب).

¹ - SHWARTS Rémy, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, N°4, Algérie, 2003, p72.

أشارت إليه: مونية جليل، مرجع سابق، ص 183.

² - المرجع نفسه، ص 183.

³ - POUYAUD Dominique, un nouveau recours contentieux, RFDA, N° 523, Paris, France septembre-octobre, 2007, p923

⁴ - Art. L. 551-14 «... Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision ».

- هذه المادة L.551-14 تم استحداثها بموجب الأمر رقم 2009-515، سالف الذكر.

⁵ - C.E, 2 août 2011, N° 347526, Société CLEAN GARDEN - Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

- أشار إليه: عثمان ياسين علي، مرجع سابق، ص 459.

- لمزيد من التفصيل حول الإطار الزمني لرفع الدعوى في القانون والقضاء الفرنسي يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 187، 190.

أ- الإطار الزمني لرفع الدعوى طبقاً للقانون الجزائري:

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فلم يُحدّد المشرع أجلاً أو مدة زمنية لرفع الدعوى الاستعجالية المتعلقة بمنازعات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، غير أنّه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص: "...يتمُّ هذا الإخطار من قِبَل كل من له مصلحة في إبرام العقد... إذا أُبرِمَ العقد أو سَيُبرَمُ..."، أمّا الفقرة الثالثة من نفس المادة تنص: "...يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد..."، وتقابل المادة 946 أعلاه، المادتين L.551-1، L.551-2، من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾.

يُفهم من استعمال المشرع لعبارة "إذا أُبرِمَ العقد"، إمكانية رفع دعوى الاستعجال في مادة منازعات إبرام العقود والصفقات حتى بعد توقيعها، ونفس الشيء بالنسبة لعبارة "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، فبمفهوم المخالفة هل يجوز إخطار المحكمة بعد إبرام العقد؟، كذلك كلمة "يجوز" من شأنها أن تؤدي بنا إلى التساؤل حول المقصود من هذه العبارة، هل أراد المشرع من خلالها إجازة إخطار المحكمة الإدارية قبل وبعد إبرام العقد؟ وهل المادة 946 جمعت بين نوعين من الدعاوى الاستعجالية، الاستعجال التعاقدية وقبل التعاقدية؟⁽²⁾، نحن نرى من جهتنا أن الدور الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية يقتضي بالضرورة أن يتم إخطار قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد قبل إبرام العقد.

ب- موقف القضاء الإداري الجزائري من الإطار الزمني لرفع الدعوى:

بالرجوع إلى القضاء الإداري الجزائري (سواء المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة) نجد أنه قد ساير الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وقرّر بأنّ القضاء الاستعجالي يجب أن يتم إخطاره

¹ - سلوى بزاحي، مرجع سابق، ص 39.

² - أمينة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، مرجع سابق، ص 262، 263.

- يرى الأستاذ عبد القادر عدو أنّ هذا النوع من الاستعجال مفتوح حتى ولو بعد إبرام العقد أو الصفقة، يراجع: عبد القادر عدو، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، 2013، ص 97.

قبل إبرام العقد⁽¹⁾، وذلك لأن استحداث الإجراءات الاستعجالي ما قبل التعاقدية جاء لتفادي اللجوء إلى قاضي العقد وإجراءاته الطويلة⁽²⁾.

فقد أصدرت المحكمة الإدارية بـغليزان أمر استعجالي بتاريخ 2015/03/23، بمناسبة فصلها بتراجع يتعلق بإبرام صفقة عمومية، وجاء في حيثيات هذا الأمر التسبب التالي: "...حيث أنه ومن جهة أخرى فإنه ليس من اختصاص القضاء الاستعجالي توجيه أوامر للإدارة أو الأمر بوقف الصفقات العمومية ما دام أن عقد الصفقة محل النزاع قد تم..."، كما جاء في حيثية أخرى من نفس الأمر: "...حيث أن القضاء الاستعجالي لا يكون مختصاً إلا أثناء إبرام الصفقة وفي حالة عدم التزام الإدارة بإجراءات الإشهار والمنافسة وليس بعد إبرام العقد..."⁽³⁾.

كما جاء في إحدى حيثيات أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بـوهران بتاريخ 2014/12/28: "...حيث أنه من المقرر قانوناً أن القضاء الاستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية..."⁽⁴⁾.

ونفس المحكمة الإدارية بـوهران أصدرت بتاريخ 2015/03/29 أمر استعجالي، جاء في حيثياته: "...حيث وأخيراً لم يختصر طلب المدعي على تدبير استعجالي الذي نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يتعلق بالإجراءات الأولية الخاصة بإبرام الصفقة...حيث أن طلب الحصول على نسخة من الصفقة هو من اختصاص قاضي الموضوع..."⁽⁵⁾.

¹ - أحمد عميري، دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، العدد 04، أكتوبر 2016، ص 160.

² - شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية - دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 521-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري -، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008-2009، ص 36.

³ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بـغليزان، بتاريخ 2015/03/23، قضية رقم 15/00178، فهرس رقم 15/00399، بين مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ممثلة بمسيرها (ر - م) وبين ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 1).

⁴ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بـوهران، بتاريخ 2014/12/28، قضية رقم 14/01456، فهرس رقم 14/01463، بين شركة ذات المسؤولية المحدودة FMCB ممثلة من طرف مسيرها القانوني (ق - م - م) وبين الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية FNPOS الفرع الجهوي بـوهران ممثلاً من طرف مديره الجهوي، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 2).

⁵ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بـوهران، بتاريخ 2015/03/29، قضية رقم 15/00269، فهرس رقم 15/00329، بين شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب ممثلة بالرئيس المدير العام من جهة وبين ولاية وهران ممثلة في السيد الوالي وبين مديريةية التكوين المهني لولاية وهران من جهة ثانية، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 3).

وبتاريخ 2015/07/26 أصدرت نفس المحكمة الإدارية بوهـران أمر استعجالي جاء في حيثياته: "... لكن حيث أن الأمر الذي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي إصداره في مادة الصفقات طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يكون قبل إبرام الصفقة العمومية ويتعلق فقط بحالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية..."⁽¹⁾.

وبتاريخ 2016/02/07 صدر عن نفس المحكمة الإدارية بوهـران، أمر استعجالي جاء في حيثياته: "... حيث أن المدعي يؤسس دعواه بكونه تقدم بشكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام قاضي التحقيق ضد المدير العام لوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وبعض موظفي هذه الوكالة المشرفين على لجنة الصفقات العمومية بالوكالة، وذلك نتيجة إغائها للمناقصة التي فاز بها والتي بدأ الأشغال فيها، إلا أن المدير العام لوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وعند علمه بالشكوى واستدعائه من طرف السيد عميد قضاة التحقيق لمثوله أمامه، قامت الوكالة بإعلان نفس المناقصة لنفس المشروع بالجريدة اليومية LA VOIX DE LORANIE بتاريخ 2016/01/12، بالرغم من أن الإشكال لا يزال قائم حول هذه المناقصة ولم يتم الفصل فيه نهائياً وهو محل تحقيق من طرف المحكمة... حيث أن المدعي يناقش استحقاقه للمناقصة وذلك يمس بأصل الحق⁽²⁾ ومن جهة أخرى فإن اختصاص القاضي الاستعجالي فيما يخص مادة إبرام العقود والصفقات العمومية يكون في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وهو ما لم يثبت في دعوى الحال..."⁽³⁾.

أمّا مجلس الدولة الجزائري فقد كرّس هو الآخر الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وفسّر المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن المحكمة الإدارية يتم إخطارها قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه.

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قرار صادر له بتاريخ 2012/06/21، الذي جاء في حيثياته: "... حول الدفع المتعلق بعدم اختصاص قاضي الاستعجال... حيث تنص المادة 946 من قانون

¹ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهـران، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00884، فهرس رقم 15/00805، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران الممثل من طرف مديره العام وبين مؤسسة صارل وهران موديرين بناء ممثلة من طرف مسيرها، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 4).

² - المقصود هنا أن القاضي الإداري الاستعجالي يأمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بأن يمتثل للالتزامات التي حدّدها القانون، ولا يتعدى القاضي الاستعجالي ذلك لينظر في مسألة من يستحق الصفقة، لأن هذا من اختصاص قاضي العقد (قاضي الموضوع).

³ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهـران، بتاريخ 2016/02/07، قضية رقم 16/00092، فهرس رقم 16/00143، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها العام، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 5).

الإجراءات المدنية والإدارية، أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة... حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه قد امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة، وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتاً... حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصاً في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نُفِّدَتْ، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه..."، حيث قرَّر مجلس الدولة بخصوص هذه القضية المبدأ التالي: "يجوز قبل إبرام الصفقة العمومية، وليس بعد الإنجاز والتسليم، إخطار المحكمة الإدارية، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة"⁽¹⁾.

ويترتب على مبدأ عدم جواز إثارة دعوى القضاء المستعجل ما قبل التعاقد إلا قبل إبرام العقد، أن هذه الدعوى لا يمكن أن تُوجه ضد قرار توقيع العقد ذاته، وهذا منطقي لأن قرار توقيع العقد هو الذي يؤدي إلى إبرام العقد، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قرار صادر له بتاريخ 2015/12/17 والذي جاء في حشياته: "... حيث أنه ثابت من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن اختصاص قاضي الاستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالتزامات المنافسة والإشهار فقط، في حين أن الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت، ولا يطعن في إجراءات المنافسة والإشهار... حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها بواسطة آليات الرقابة المتمثلة في اللجان الولائية واللجنة الوطنية للصفقات العمومية لفحص وتقدير المؤهلات الخاصة بكل مرشح ومدى استحقاقه لنيل الصفقة من عدمه... حيث أنه أمام هذه الحالة التي ثبت فيها أن عنصر الاستعجال غير متوفر في القضية لا بطبيعته، ولا بموجب نص قانوني يُحوّل القاضي الاستعجالي اتخاذ تدبير من التدابير المستعجلة، الأمر الذي يتعين معه تأييد الأمر المستأنف..."⁽²⁾.

وعلى العموم يجب على المدعي أن يرفع دعواه في أسرع وقت ممكن تفادياً لإبرام العقد أو الصفقة قبل أن تفصل المحكمة في طلبه، ومن الأفضل أن يكون الطعن قبل انقضاء ميعاد العشرة (10) أيام

¹ - قرار صادر عن مجلس الدولة - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2012/06/21، ملف رقم 12/074854، فهرس رقم 12/723، بين ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلاً بمديرية الري لولاية البيض وبين السيد (أ - ع) مسير مؤسسة لإنجاز المشاريع، مجلة مجلس الدولة، العدد 2014/12، ص 265، (ملحق رقم 6).

² - قرار صادر عن مجلس الدولة - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) - بتاريخ 2015/12/17، ملف رقم 15/116955، فهرس رقم 15/02890، بين مؤسسة الأشغال العمومية والبناء الممثلة من طرف مسيرها (ق - ل) وبين بلدية واد تليلات ممثلة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، قرار غير منشور، (ملحق رقم 7).

- مزيد من التفصيل بخصوص الإطار الزمني لرفع الدعوى في القانون والقضاء الإداري الجزائري يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 191، 198.

المخصصة للطعن الإداري أمام لجان الصفقات العمومية المختصة في قرار المنح المؤقت للصفقة، المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽¹⁾.

الفرع الثالث

سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد

قد منح المشرع الفرنسي لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد سلطات كثيرة بالمقارنة مع القانون الجزائري، وذلك بموجب المادتين 1-551 و 2-551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، المعدلتين بموجب القانون رقم 2011-702 المؤرخ في 22 يونيو 2011، وكذا بموجب القانون رقم 2014-744 المؤرخ في 01 يوليو 2014، والمتمثلة في إلغاء القرارات المتعلقة بالإبرام كلياً أو جزئياً⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد يتمتع بسلطة أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته (أولاً)، وسلطة الأمر بالغرامة التهديدية (ثانياً)، وسلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد (ثالثاً).

أولاً: سلطة أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته L'injonction

بالرجوع إلى الفقرة 4 من المادة 946 من نفس القانون نجد نصاً: "...يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتُحدّد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه..."، وهكذا في مقدور قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص الإشهار والمنافسة التزيهة والشفافية أثناء إبرام العقود والصفقات⁽³⁾.

ونكون أمام تنوع بصدد الأوامر التي الممكن صدورها عن القاضي، وذلك حسب المرحلة التي فيها إجراءات الإبرام، ويمكن تصور الأوامر التالية:

– أمر المصلحة المتعاقدة بوضع دفتر الشروط تحت تصرف المتعاملين الاقتصاديين؛

¹ - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجال الإداري - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 199.

² - Code des procédures Administratives Commenté, 1^{ère} édition, 2015, Dalloz, p.119 et suivantes.

– أشار إليه: حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجال الإداري - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 204، 205.

³ - حورية بن أحمد، الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 62.

- أمر المصلحة المتعاقدة بإرسال الوثائق إلى المترشح الذي طلبها، والتي أحجمت المصلحة المتعاقدة عن تمكينه منها؛

- أمر المصلحة المتعاقدة بتحرير طلب العروض بلغة أجنبية واحدة على الأقل؛

- أمر المصلحة المتعاقدة بتحديد أجل لتحضير العروض في حالة إغفالها لذلك⁽¹⁾.

ثانيا: سلطة الأمر بالغرامة التهديدية

بالرجوع إلى الفقرة 5 من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص: "...ويمكن لها أيضاً الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد..."، وبالتالي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي أن يحكم بالغرامة التهديدية ضد المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة أثناء إجراءات إبرام العقود والصفقات⁽²⁾، والأمر بالغرامة التهديدية مرتبط بالأمر بالامتنال للالتزامات المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 946 أعلاه، فعند انتهاء الأجل الذي حددته المحكمة للمتسبب في الإخلال -سواء كان المصلحة المتعاقدة أو أحد المترشحين-، يمكن للمحكمة أن تحكم بالغرامة التهديدية، والجدير بالذكر أن الحكم بما هو جوازي وهذا ما يستنتج من عبارة "يمكن"⁽³⁾.

ثالثا: سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد Suspension

بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها تنص على ما يلي: "...ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً"، ويلاحظ أن الفقرة الأخيرة من المادة 946 أعلاه، جاءت بصيغة الجواز

¹ - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني-،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 205، 206.

² -سواء كان الإخلال حاصل من طرف المصلحة المتعاقدة أو من طرف أحد المترشحين لنيل الصفقة العمومية.

³ -حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 243.

- غنية نزي، سلطات قاضي الاستعجال الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 179.

- غنای رمضان، دراسات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، 2017، ص 110.

وهذا ما يُستخلص من عبارة "يمكن" بحيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الاستعجالي.

وقد قضت المحكمة الإدارية بوهران (القسم الاستعجالي) بتاريخ 2015/07/26، برفض طلب المدعي الرامي إلى تأجيل إبرام العقد، وجاء في حيثيات الأمر الاستعجالي: "...حيث أن المدعي لم يُقدم للمحكمة ما يُفيد إخلال المدعى عليها بالتزاماتها... حيث أن المدعي لم يُقدم للمحكمة ما يفيد بوجود إجراءات تعاقدية بموجبها سيتم منح الصفقة لمعامل متعاقد آخر حتى يتسنى لها الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات وفقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية..."⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أنه بإمكان قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد النطق بالغرامة التهديدية، والأمر بتأجيل إمضاء العقد حتى ولو لم يطلب المدعي ذلك في عريضته، لأن المشرع قد أجاز للقاضي من خلال الفقرتين 5 و6 من المادة 946 أعلاه، الحكم بالغرامة التهديدية، وبتأجيل إمضاء العقد ضمنا لنجاعة التدبير الأصلي الذي سوف يحكم به، وهو الأمر بالامتنال لالتزامات الإشهار والمنافسة، وتبعا لذلك قضت المحكمة الإدارية بـ Nancy بتاريخ 12 أوت 1993، في قضية Norit France بما يلي: "يكون القاضي الإداري مختص بتأجيل إمضاء العقد المخاصم، بالرغم من غياب طلب صريح من العارض"⁽²⁾.

لكن هناك ملاحظة لا بد من الإشارة إليها، مفادها أنه يمكن للقاضي أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، لكن في نفس الوقت حدد المشرع المدة القصوى لتأجيل إمضاء العقد هي عشرين (20) يوم، وهي نفس المدة المقررة للقاضي من أجل الفصل في الدعوى، لكن الأمر الخطير لكون أن المشرع لم يرتب أي جزاء إجرائي عن عدم فصل القاضي في الدعوى خلال هذه الآجال، وبالتالي يمكن أن يتجاوزها، لكن في الجانب المقابل تكون آجال وقف الإبرام المحددة بعشرين (20) يوم قد انتهت، وهكذا تستطيع المصلحة المتعاقدة إتمام إجراءات إبرام العقد، بالرغم من عدم الفصل في الدعوى الاستعجالية المتعلقة به.

¹ - أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00886، فهرس رقم 15/00806، بين (ط.س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران، أمر استعجالي غير منشور، (ملحق رقم 8).

- لمزيد من التفصيل بخصوص سلطات القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد يراجع: أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 240، 248.

² - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 208، 209.

لذلك نجد قانون القضاء الإداري الفرنسي قد احتاط لذلك، حينما نص في المادة 4-551 على عدم إمكانية التوقيع على العقد ابتداء من رفع الدعوى إلى غاية تبليغ السلطة المتعاقدة بالمقرر القضائي⁽¹⁾، وهو الإجراء الذي نلتمس من المشرع الجزائري أن يأخذ به، وذلك بتعديل الفقرة 6 من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونقترح على المشرع الصياغة التالية: "...ويمكن لها (المحكمة الإدارية) وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية تبليغها بنسخة من الأمر الاستعجالي الفاصل في الدعوى".

وقد يقول قائل أن المشرع قد أصاب عندما حدد آجال وقف الإبرام بمدة عشرين (20) يوم، لأن العقد الإداري يتعلق باستمرارية وديمومة المرفق العام، كما يتعلق بالخدمات العمومية، نعم نحن من جهتنا قلنا ذلك، لكن لا ينبغي أن تكون هذه الحجة ذريعة لانتهاك مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، لأنه كان على المشرع أن يرتب الجزاء الإجرائي على عدم الفصل في الدعوى خلال ميعاد عشرين (20) يوم، وهكذا حتى يلتزم القاضي بهذه الآجال، ثم يربط تعليق إبرام العقد الإداري بالفصل في الدعوى وتبليغ المصلحة المتعاقدة بنسخة من الأمر الاستعجالي، وبالتالي تكون مدة وقف الإبرام مرتبطة بمدى الفصل في الدعوى وتبليغ المصلحة المتعاقدة.

وقد تم الحكم بأنه يجب النظر إلى أن السلطة المتعاقدة قد احترمت التوقيف المنصوص عليه في المادة 4-551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، عندما تبرم العقد وتكون جاهلة لوجود دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، بسبب عدم احترام المدعي لواجباته في التبليغ طبقا للمادة 1-551 من نفس القانون، قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 سبتمبر 2011، قضية بلدية Maisières-Lès-Metz⁽²⁾.

الفرع الرابع

صدور الأمر الاستعجالي الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد مُقَيّد بآجال معينة للفصل في الدعوى المعروضة عليه (أولاً)، كما يحوز الأمر الاستعجالي حجية الشيء المقضي فيه (ثانياً)، ويخضع لطرق الطعن (ثالثاً).

¹ - حسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 209.

² - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 209.

أولاً: المدة المحددة للفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد:

لقد حدّد المشرع الفرنسي من خلال المادة R.241-21 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، المدة الممنوحة للقاضي الإداري من أجل البت في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، وهي عشرين (20) يوماً⁽¹⁾، حيث نصت: "En cas de refus ou d'absence de réponse dans un délai de dix jours, l'auteur de la demande peut saisir le président du tribunal administratif ou son "délégué, qui statue dans un délai de vingt jours" إلا أن هذه المدة ما هي إلا مدة دلالية وليست مدة سقوط، ومعنى ذلك أن انقضاء هذه المدة دون البت في الدعوى، لا يعنى كفى يد القاضي عن النظر فيها⁽²⁾، إلا أن هذه المدة قصيرة بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود والصفقات، ولكن باستقراء بعض الحالات التي طبقت فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، يدل على أن المحاكم الإدارية قد نجحت عموماً في البت في الدعاوى المحكومة بالمادتين L.22 و L.23 خلال فترة ثلاثة أسابيع على الأقل⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فقد سار على نفس نهج المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبق للمادة 946 أعلاه"، وتطبيقاً لذلك فقد تم الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد من طرف المحكمة الإدارية لبسكرة في الأجل المقرّر في المادة 947 أعلاه، حيث تم إخطار القاضي بتاريخ 2015/12/02 وتم الفصل فيها بتاريخ 2015/12/14، أي في مدة 12 يوم⁽⁴⁾، والمشرع لم يرتب أي جزاء على عدم إحترام القاضي لميعاد عشرين (20) يوماً، ويمكن له الفصل حتى بعد انقضاء هذه المدة، غير أن النتيجة غير السارة يتحملها المدعي، وذلك بعدم وجود أي عائق في وجه المصلحة المتعاقدة لإمضاء العقد⁽⁵⁾.

¹ - François LICHERE, Droit des contrats publics, Dalloz, Paris, 2014, p 135.

- أشار إليه: عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 301.

² - Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, 2 édition, L.G.D.J., Paris, 2010, p 156.

- أشار إليه: عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 301.

³ - Vandermeeren RENAUD, Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A, juillet-aout 1994, n° spécial, p.99.

- أشار إليه: عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 301.

⁴ - عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص 302.

⁵ - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، مرجع سابق، ص 209.

ثانيا: حجية الأمر الفاصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد:

الأصل أن الأوامر الاستعجالية لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وذلك لأنها تتضمن تدابير تحفظية مؤقتة لا تمس بأصل الحق، إلا أنه كاستثناء توجد أوامر استعجالية تحوز حجية الشيء المقضي فيه، ومن أهم هذه الأوامر هي تلك المتعلقة بدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، لأنها أوامر تمس بالموضوع- كما سبق ذكره أعلاه-، فعندما يأمر قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد المتسبب في الإخلال بالامتثال للالتزاماته، فهذا الأمر لا ينطوي على إجراء تحفظي ومؤقت، بل هنا القاضي فصل في موضوع التراع عن طريق البحث عن الممارسات الماسة بالتزامات الإشهار والمنافسة، وأمر المتسبب فيها بأن يعيد الإجراءات من جديد، وهذا فصل في الموضوع، لذلك فإن الأمر الاستعجالي الصادر في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يحوز حجية الشيء المقضي فيه⁽¹⁾، على عكس ما ذهب إليه البعض بأنه ينطوي على تدابير تحفظية مؤقتة، وهذا فيه مجانبة للصواب، لأن هذه الدعوى تتضمن فقد تدبير واحد يمكن أن يكون مؤقت وتحفظي وهو الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوم.

ثالثا: طرق الطعن في الأمر الفاصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية:

بالرجوع إلى المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتبين لنا بأن المشرع قد سكت عن مسألة الطعن في الأمر الاستعجالي، ولا يوجد نص صريح يمنع الطعن، لأن المشرع عندما يحصن بعض القرارات أو الأحكام أو الأوامر من الطعن ينص على ذلك صراحة، كما ما نص عليه من خلال المادة 936 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كذلك المشرع في بعض المنازعات ينص على أن المحكمة تفصل في أول وآخر درجة، وهو ما لم ينص عليه من خلال المادتين 946 و 947 أعلاه، وبالتالي يصدر الأمر الاستعجالي في أول درجة، ويكون قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة، طبقا للمادتين 949 و 950 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأبعد من ذلك فالمشرع لم يستبعد المعارضة في هذه الأوامر بصريح النص، كما فعله بموجب الفقرة الأولى من المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، لذلك تبقى المعارضة ممكنة بخصوص هذا النوع من الأوامر طبقا للمادة 953 من نفس القانون، إضافة إلى الطعن بالنقض، ونحن لا نتفق مع أستاذنا الفاضل حسين بن شيخ آث ملويا

¹ - زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 182.

² - بوقندورة سليمان، الدعوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 81.

حينما فسر سكوت المشرع عن طرق الطعن في هذه الأوامر على أنه غير جائز الطعن فيها، ونحن من جهتنا نفسر هذا السكوت ليست معناه المنع، لأن المشرع في العديد من مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما كان لا يبيح الطعن في بعض القضايا نص على ذلك صراحة، وهو ما لم يفعله بخصوص هذا النوع من الأوامر، وبالتالي نعود إلى القواعد العامة الخاصة بطرق الطعن ونطبقها على هذا النوع من الأوامر، وخير دليل على أن تحليلنا فيه جانب كبير من الصواب، هو القرارين لمجلس الدولة والذي سبق ذكرهما أعلاه⁽¹⁾، قد فصل في القضيتين بصفته جهة استئناف، والجدير بالذكر بأن قانون القضاء الإداري الفرنسي نص في المادة 551-3 منه على الطابع الابتدائي والنهائي للأوامر القضائية الصادرة في مادة الاستعجال ما قبل التعاقد⁽²⁾.

بعد أن تطرقنا من خلال هذا المبحث إلى دور القاضي الإداري الاستعجالي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية، سوف نتطرق في المبحث الثاني إلى دور القاضي الجزائي في تكريس هذه الشفافية، وذلك كون أن إجراءات الدعوى الجزائية تختلف عن إجراءات الدعوى الإدارية، من حيث أن الأولى تتميز بأنها شفاهية وسريعة وأكثر بسطة⁽³⁾.

¹ - يراجع الملحقين (6) و(7).

² - حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية - الجزء الثاني -... الاستعجال ما قبل التعاقد... مرجع سابق، ص 210، 211.

³ - محمد زكرياء رقرقي، التجريم في الصفقات العمومية: بين صرامة الردع الجزائي وهشاشة الأمن القانوني للمقررين العموميين، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد السابع، ديسمبر 2017، ص 08.

المبحث الثاني

دور القاضي الجزائي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية

جرّم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، عدة ممارسات وسلوكات باعتبارها جرائم فساد، ومن بينها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية، ولم يكتفي القانون رقم 06-01 بالتجريم والعقاب فقط، بل أرسى هو الآخر جملة من القواعد والتدابير الواجب مراعاتها وتكريسها، تتعلق خصوصا بمبادئ إبرام الصفقات والعقود، والتي ينبغي أن تؤسس إجراءات إبرامها على قواعد الشفافية والتزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية⁽¹⁾.

وتظهر الحماية الجزائية للعقود الإدارية -لاسيما في مرحلة الإبرام-، كخطوة مهمة نحو تهذيب وأخلاقية الأعمال الإدارية وحتى الأعمال الاقتصادية، كون القاضي الجزائي يتدخل لتقييم أعمال الموظفين المتدخلين في إجراءات إبرام العقود الإدارية، وقد تم وصف عملية تجريم الأعمال الإدارية بأنها: "من أبرز الظواهر التي لحقت بالقانون الإداري في السنوات الأخيرة"، نظرا لسماح التجريم بضمان حسن استعمال الأموال العمومية من جهة، وكذلك تهذيب وأخلاقية الطلبات العمومية من جهة ثانية⁽²⁾، وتوفير الأمن القضائي في مجال إبرام العقود الإدارية من جهة ثالثة..

والمتمعن في القانون رقم 06-01، سيلاحظ أنه يجرم كذلك كل أشكال المتاجرة بالوظائف العامة، لذلك فالقاضي الجزائي في مجال ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية له دوران، أما الدور الأول فيتمثل في قمع الجرائم الماسة مباشرة بالعقود والصفقات العمومية، وهو ما يعرف بجرائم العقود الإدارية⁽³⁾، أما الدور الثاني للقاضي الجزائي في مجال شفافية إبرام العقود الإدارية، فيتعلق بالتركيز على الموظف المختص بإبرامها، بمعنى قمع كل أشكال الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالوظائف العامة، وهنا تكون

¹ - سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 13.
- خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الطبعة 2017، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 19.

² - محمد زكرياء رقرقي، التجريم في الصفقات العمومية: بين صرامة الردع الجزائي وهشاشة الأمن القانوني للمقررين العموميين، مرجع سابق، ص 08، 09.

³ - تعمدت تسمية جرائم العقود الإدارية بدل جرائم الصفقات العمومية، لأن الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، لا تتعلق فقط بالصفقات العمومية، بل تتعلق كذلك ببعض العقود الإدارية الأخرى، ومن أهمها اتفاقيات تفويض المرفق العام.

رقابة القاضي الجزائي رقابة غير مباشرة على إبرام العقود الإدارية، لكون هذه الجرائم هي عبارة عن إحلال بالتزامات الوظيفية للموظف في مجال إبرام العقود الإدارية.

وبالتالي فالقاضي الجزائي له دور في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية من زاويتين، تتمثل الأولى، في قمع الجرائم ذات الصلة المباشرة بإبرام العقود الإدارية (المطلب الأول)، أما الزاوية الثانية، فينظر من خلالها القاضي الجزائي إلى الجرائم ذات الصلة غير المباشرة بإبرام العقود الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي الجزائي في قمع الجرائم ذات الصلة المباشرة بإبرام العقود الإدارية

أصبحت الجرائم المتعلقة بالمال العام تهدد الأمن الاقتصادي للدول، هذه الجرائم التي أصبحت هاجسا دولياً عجزت الحكومات عن احتوائها ومواجهتها⁽¹⁾، وهذه الجرائم الاقتصادية هي عبارة عن جرائم الفساد والذي غالباً تكون عن طريق سوء استغلال الوظائف العامة لتحقيق مكاسب شخصية أو للغير⁽²⁾، وتعتبر العقود الإدارية عموماً والصفقات العمومية خصوصاً الأكثر تعرضاً للفساد بشتى أشكاله⁽³⁾، لذلك قام المشرع بتجريم كل أشكال الممارسات الماسة بالمنافسة التزيهة والشفافية في مجال إبرام العقود الإدارية، وذلك لأن الإرادة السياسية ومعها الإرادة التشريعية داخل الدولة كانت في بحث

¹-Jean de maillard "L'avenir du crime" (Flammarion), France, 1997, p.11

- أشار إليه: مختار شبلي، الإجرام الاقتصادي والمالي والدولي وسبل مكافحته، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 11.

²- مولاي ملياني بغدادي، آليات مكافحة الفساد، د ط، دار القدس العربي، وهران، الجزائر، 2017، ص 08.

- عبد العال خراشي، آليات مكافحة الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريع المصري والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، شركة ناس للطباعة، القاهرة، مصر، 2015، ص 06.

³- كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، فرع القانون الجنائي كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012/2013، ص 04.

- نريد التذكير هنا، بأنه قد سبق لنا وأن أشرنا بأنه ليس فقط العقود الإدارية هي التي تكون محلاً لجرائم الفساد، بل حتى العقود الخاصة للهيئات والمؤسسات العمومية قد تكون عرضة لهذه الجرائم، لكن نحن تطرقنا للعقود الإدارية دون عقود الإدارة الخاصة، تماشياً مع موضوع أطروحتنا المتعلقة بالعقود الإدارية دون العقود الخاصة للإدارة.

- سماعيل بوغازي، جريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 12.

مستمر عن أفضل السبل والآليات لحماية المال العام لاسيما في مجال العقود والصفقات، التي كانت ولا تزال إلى يومنا هذا المجال الخصب لتفشي ظاهرة الفساد بكل أشكاله.

والجدير بالذكر هنا أن المشرع قد وقع في خطأ فادح خلال صياغته لعناوين بعض الجنح ضمن القانون رقم 06-01، فبالرجوع مثلا للمادة 26 منه نجد أنها جاءت تحت عنوان: "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، كذلك نفس الشيء بخصوص المادة 27 التي جاءت تحت عنوان: "الرشوة في مجال الصفقات العمومية"، فلاحظ أن المشرع استعمل في المادتين مصطلح الصفقات العمومية، وكأن الجنحتين المنصوص عليهما في المادتين 26 و 27 تتعلقان فقط بجرائم الصفقات العمومية!، لذلك نحن نرى أن الصياغة الصحيحة بخصوص جنحتي المادة 26 أعلاه، تتمثل فيما يلي: "الامتيازات غير المبررة في مجال عقود الهيئات والمؤسسات العمومية"، أما بخصوص الجنحة المنصوص عليها في المادة 27 أعلاه، فتتمثل صياغتها الصحيحة فيما يلي: "الرشوة في مجال عقود الهيئات والمؤسسات العمومية"، وهي الصياغة الصحيحة التي نقتربها على المشرع، لكون مصطلح "العقد" هو مصطلح شامل وواسع، يتضمن جميع عقود الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، سواء كانت صفقات عمومية، أو اتفاقيات تفويض المرفق العام، أو حتى العقود الخاصة لهذه الإدارات والمؤسسات العمومية.

وهكذا في حالة الإخلال بقواعد ومبادئ الطلب العمومي، فإن القاضي الجزائري مثل القاضي الإداري، مدعو للفصل في مسائل جوهرية ومهمة، كالمنافسة والمساواة والشفافية... الخ، فتكون سلطة القاضي الجزائري منصبة على البحث في مشروعية إبرام العقد، أما فيما يتعلق بمدى ونطاق هذه السلطة، فلا يوجد أي غموض بشأن اتساعها سواء في فرنسا أو في الجزائر⁽¹⁾، وهذا أمر منطقي لأن القاضي الجزائري وهو بصدد التحقيق في جرائم العقود الإدارية أثناء مرحلة الإبرام، لا بد عليه أن يبحث أولا في مشروعية إجراءات الإبرام.

وهكذا فإن الجرائم المتعلقة بالعقود الإدارية، أشكال عديدة، منها جنحة المحاباة المنصوص عليها بموجب الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وحنحة استغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، المنصوص عليها بموجب الفقرة 2 من المادة 26 أعلاه، وقد جمع المشرع الجنحتين الأولى والثانية

¹ - بشير فطحية تيجاني، سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية إبرام الصفقات العمومية والقرارات المنفصلة عنها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 03، ديسمبر 2018، ص 159، 161.

في مادة واحدة، وهي المادة 26 تحت عنوان: "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"⁽¹⁾ (الفرع الأول)، كذلك جنحتي قبض العمولات من الصفقات العمومية، والمتمثلة في جنحة الرشوة في الصفقات العمومية⁽²⁾، المنصوص عليها بموجب المادة 27 من القانون رقم 06-01، وجنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، المنصوص عليها بموجب المادة 35 من القانون رقم 06-01 (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الامتيازات غير المبررة في مجال العقود الإدارية

بالرجوع إلى المادة 26 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والتي جاءت تحت عنوان: "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، يتبين لنا بأن المشرع أدرج ضمن هذه المادة جنحتين، تتمثل الأولى في جنحة المحاباة، المنصوص والمعاقب عليها بموجب الفقرة الأولى من المادة 26 أعلاه (أولاً)، أما الثانية فتتمثل في جنحة استغلال نفوذ أعوان الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، المنصوص والمعاقب عليها بموجب الفقرة 2 من المادة 26 أعلاه (ثانياً).

أولاً: جنحة المحاباة Délit de favoritisme

في البداية يجدر بنا التنبيه بأن جنحة المحاباة كان منصوص عليها بموجب المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، ثم تم إلغاء هذه المادة ونقل مضمونها حرفياً إلى نص الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، وبعد تعديل الفقرة الأولى من المادة 26 أعلاه، بموجب القانون رقم 11-15، أصبحت صياغتها كما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 1- كل موظف عمومي يمنح عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات...".

¹ - نحن سنستبدل مصطلح الصفقات العمومية، بمصطلح العقود الإدارية.

² - هنا كذلك قد وقع المشرع في خطأ، لأن المادة 27 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، جاءت تحت عنوان: "الرشوة في مجال الصفقات العمومية"، في حين مضمونها يتضمن الصفقة والعقد والملحق، ولنفس الأسباب المذكورة في التهميش السابق أعلاه، نقترح على المشرع الصياغة التالية: "الرشوة في مجال عقود الهيئات والمؤسسات العمومية"،

وهذا التعديل في صياغته الجديدة مقتبس من المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي، وإذا كان هذا التعديل الجديد يبدو للوهلة الأولى شكليا يهدف إلى تحسين الصياغة وإضفاء عليها مزيدا من الوضوح والدقة، من منطلق أن الصياغة القديمة يكتنفها شيء من الغموض، فإن المتمعن في الصياغة الجديدة سيكتشف أن المشرع قد أعاد ترتيب أركان جنحة المحاباة⁽¹⁾، وستتطرق إلى هذه الجنحة، من خلال التطرق إلى أركان الجريمة (1)، ثم قمع الجريمة (2).

1- أركان الجريمة:

تعرف جنحة المحاباة على أنه جريمة تتشكل من سلوك محدد يتمثل في منح أفضلية لأحد المتنافسين على حساب المتنافسين الآخرين، وذلك بشكل مخالف للقوانين والتنظيمات الناظمة لعملية إبرام عقود الشراء العام أو عقود تفويض المرفق العام⁽²⁾، لذا عمد المشرع إلى إيجاد جنحة خاصة بالمخالفات المرتكبة أثناء إبرام هذه العقود، لتمارس دوراً تهديدياً ووقائياً في مواجهة القائمين على إبرام هذه العقود⁽³⁾.

تقوم جنحة المحاباة على توافر صفة الجاني (أ)، والركن المادي (ب)، والركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

أول ملاحظة يمكن أن نسجلها على الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، هو الخطأ في ترجمة مصطلح "Agent public" والذي يقابله في اللغة العربية مصطلح "العون العمومي"، لكن المشرع وقع في خطأ وترجم مصطلح "Agent public" إلى مصطلح "موظف عمومي"، لكن علينا أن لا نفهم من ذلك أن المشرع كان يقصد المفهوم الإداري للموظف العام (المفهوم الضيق للموظف العام) المنصوص عليه في المادة 4 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، بل المشرع كان يقصد هنا هو المفهوم الجزائري للموظف العام (المفهوم الموسع للموظف العام) طبقاً للمادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، أي العون العمومي Agent public، وليس Fonctionnaire public.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 140.

² - مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 923.

³ - Laguerre A, «concurrency, favoritisme pénal dans marchés publics», R.M.P. N° 271, 1993, p.26.

- أشارت إليه: سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 17.

حيث أنه وبالرجوع إلى المادة 2 من القانون رقم 06-01، المتممة بموجب المادة 2 من الأمر رقم 10-05، نجد أنها تنص: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: ...ب) "موظف عمومي": 1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية الحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، 2- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، 3- كل شخص آخر مُعرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، أول ملاحظة نسجلها على الفقرة ب من المادة 2 أعلاه، أن المشرع قد أخطأ مرة أخرى في ترجمة المصطلح الفرنسي: "Agent public" الذي يقابله في اللغة العربية مصطلح: "العون العمومي"، وليس مصطلح: "الموظف العمومي"، لأن هذا المصطلح الأخير يقابله في النص الفرنسي مصطلح: "Fonctionnaire public".

وهكذا قد عرفت صفة الجاني، التي تشكل الركن المفترض في جرائم الفساد، عدة تعديلات مرّت بمراحل تعكس في مجملها التطورات التي شهدتها الجزائر على الصعيدين الاقتصادي والسياسي، وتعريف الموظف العمومي الذي جاءت به المادة 2 فقرة ب أعلاه، هو تعريف مستمد من المادة 2 الفقرة أ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهو تعريف يختلف تماما عن التعريف الإداري للموظف العام الذي جاءت به المادة 4 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ويشمل مصطلح "الموظف العمومي" طبقا للمادة 2 فقرة ب أعلاه، أربع (4) فئات على النحو الآتي⁽¹⁾:

أ-1: ذوو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية:

طبقا للمادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، يعد موظفا عموميا كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا، ويستوي في ذلك أن يكون معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، وبصرف النظر عن رتبته وأقدميته.

¹- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 11، 12.

- إلهام زاير، جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، العدد 2 جانفي 2020، ص 169.

أ-1-1: الشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا:

أول شخص جعله الدستور على رأس السلطة التنفيذية هو رئيس الجمهورية، وهذا الأخير لا يسأل جزائيا عن الجنايات والجنح التي يرتكبها. بمناسبة تأدية مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى، ونحن نرى بأن جرائم الفساد الذي يرتكبها رئيس الجمهورية - رغم الثقة التي وضعها فيه الشعب - هي جرائم توصف وتُكَيَّف على أنها خيانة عظمى، لكن في كل الأحوال فإن مساءلته تظل معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة، وذلك طبقا للمادة 177 من الدستور الجزائري، والتي جاء فيها: "تؤسس محكمة عليا للدولة، تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، والوزير الأول عن الجنايات والجنح، التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامهما. يُحدِّد قانون عضوي تشكيلة المحكمة العليا للدولة وتنظيمها وسيورها وكذلك الإجراءات المطبقة"، وهكذا قد أحالت المادة 177 من الدستور إلى قانون عضوي يُحدِّد تشكيلة المحكمة العليا وتنظيمها، وكذلك إجراءات المحاكمة أمامها، وهو القانون الذي لم يرى النور رغم مرور 24 سنة عن صدور دستور 1996⁽¹⁾.

ثاني شخصية مهمة على مستوى السلطة التنفيذية - بعد رئيس الجمهورية - تتمثل في الوزير الأول، الذي جعله الدستور منسقا لعمل الحكومة، فإذا كان جائزا مساءلة الوزير الأول عن الجنايات والجنح التي قد يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه، بما فيها جرائم الفساد، فإن محاكمته تظل هي الأخرى معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة المختصة وحدها دون سواها. بمحاكمة الوزير الأول طبقا للمادة 177 من الدستور.

في حين يجوز مساءلة أعضاء الحكومة عن جرائم الفساد أمام المحاكم العادية، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 573 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية، وذلك في نطاق امتياز التقاضي⁽²⁾.

¹ - دون الدخول في جدلية ما إذا كان دستور 1996 هو دستور جديد أو مجرد تعديل دستوري، وذلك رغم صدوره في الجريدة الرسمية على أنه تعديل دستوري، لكن في فحواه ومضمونه تضمن مستجدات وتغييرات كبيرة ومهمة، ممَّا أدى بجانب كبير من الفقه الدستوري، وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور عليان بوزيان، إلى القول بأنه دستور جديد طبقا للمعيار الموضوعي، دون الالتفات إلى المعيار الشكلي، ونحن من جهتنا نظم صوتنا إلى صوته.

² - أحسن بوسقبة، مرجع سابق، ص 12، 13.

وما آثار استغرابنا أن كل الكتابات ذات الصلة بصفة الجاني في جرائم الفساد، لم تتطرق إطلاقاً إلى بعض المناصب الأخرى والتي لا تقل أهمية عن الشخصيات والصفات المذكورة أعلاه، لاسيما الولاة، المدراء التنفيذيين، رؤساء الدوائر، وذلك ربما لأن هذه الكتابات تكون قد وجدت صعوبات في إدراج هذه المناصب ضمن إحدى الفئات الأربعة المذكورة أعلاه، لذلك ربما ستكون هذه الدراسة أول من سوف تتطرق لهذه الشخصيات عن طريق تصنيفها ضمن إحدى الفئات الأربعة المذكورة أعلاه، لذلك نحن نرى بأن منصب الوالي والمدير التنفيذي ورئيس الدائرة، لا يمكن إدراجهم ضمن المناصب الإدارية والتي قد تكون مناصب دائمة أو مؤقتة، وغالبا ما تتصف بالاستقرار الوظيفي، وبالتالي يصنفون ضمن الفئة الأولى وبالضبط ضمن فئة ذوو المناصب التنفيذية، لأنها مناصب سياسية بالدرجة الأولى وليست مناصب إدارية لكونها لا تتصف بالاستقرار الوظيفي.

أ-1-2: الشخص الذي يشغل منصبا إداريا:

ويقصد به كل من يمارس مهامه في إدارة عمومية، سواء كان دائما في وظيفته أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته وأقدميته، فبالنسبة للموظفين الذين يشغلون منصبهم بصفة دائمة فهم الموظفون Fonctionnaires بالمفهوم الإداري، طبقا للمادة 4 من الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، والذين يمارسون مهامهم في المؤسسات والإدارات العمومية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 2 من الأمر رقم 03-06 أعلاه، أما بالنسبة للمتعاقدين الذين يشغلون مناصبهم بصفة مؤقتة، فهم الأعوان المنصوص عليهم طبقا للمواد 19 وما يليها من الأمر رقم 03-06 أعلاه.

أ-1-3: الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا:

والمقصود به القاضي juge بالمفهوم الضيق، وليس المفهوم الموسع magistrat، كما كان الحال في ظل المادة 119 من قانون العقوبات الملغاة، ويشغل منصبا قضائيا كل من ينتمي إلى سلك القضاء، طبقا للقانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، سواء القضاة التابعين لنظام القضاء العادي، قضاة حكم أو قضاة نيابة، أو القضاة التابعين لنظام القضاء الإداري، أو القضاة المنتدبين في الإدارة المركزية لوزارة العدل، وباقي المصالح التابعة لها، كذلك يشغل منصبا قضائيا المساعدون الشعبيون كالمحلفين في محكمة الجنايات، والمساعدين في قسم الأحداث والقسم الاجتماعي والقسم

التجاري، وفي المقابل لا يشغلون منصبا قضائيا قضاة مجلس المحاسبة⁽¹⁾، ولا يشغلون كذلك منصب قضائي قضاة المحاكم العسكرية.

أ-2: ذور الوكالة النيابة:

ويتعلق الأمر بالشخص الذي يشغل منصبا تشريعيًا، أو المنتخب في المجالس الشعبية المحلية، ويتعلق الأمر بنواب المجلس الشعبي الوطني، وأعضاء مجلس الأمة سواء كانوا منتخبتين أو معينين في إطار الثلث الرئاسي، كذلك أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية.

أ-3: من يتولون وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة ذات رأس مال مختلط:

ويتعلق الأمر بالعاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية أو في المؤسسات ذات رأس المال المختلط، أو في المؤسسات الخاصة، التي تقدم خدمة عمومية، ويقصد بالمؤسسات العمومية هنا ذات الطابع الصناعي والتجاري EBIC، والمؤسسات العمومية الاقتصادية EPE، وهيئات الضمان الاجتماعي، وكذلك المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمات عمومية في إطار عقود تفويضات المرفق العام⁽²⁾.

أ-4: من في حكم الموظف:

وهو كل شخص معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعول بهما، وينطبق هذا المفهوم على المستخدمين العسكريين، والمدنيين للدفاع الوطني، والضبط العموميين، لاسيما الموثقين والمحضرين القضائيين، وكذلك يدخل في حكم الموظف محافظي البيع بالمزايدة⁽³⁾.

ب- الركن المادي:

يقتضي الركن المادي جنحة الخباياة قيام الجاني بمنح امتياز غير مبرر للغير، وذلك عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، وذلك عن طريق مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 17، 18.

² - المرجع نفسه، ص 19، 20، 21.

³ - المرجع نفسه، ص 24، 25.

ب-1: منح امتياز غير مبرر للغير *procurer un avantage injustifié à autrui*:

يتحقق الامتياز غير المبرر للغير عندما يستفيد أحد المترشحين من العقد دون المرور على إجراء الوضع في المنافسة، كذلك يتحقق هذا العنصر بحصول أحد المترشحين على معلومات امتيازية، ويشترط أن يكون المستفيد من الامتياز هو الغير وليس الجاني، لأنه لو كان الجاني هو المستفيد من الامتياز غير المبرر لتحول الفعل إلى جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو رشوة حسب الحالة⁽¹⁾.

ب-2: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بجرية الترشح والمساواة والشفافية:

الأحكام التشريعية يقصد بها النصوص التي تصدر في شكل قوانين أو أوامر، أما النصوص التنظيمية فهي تلك التي تصدر في شكل مراسيم رئاسية أو مراسيم تنفيذية، أو قرارات وزارية، في حين لا تعتبر أحكام تنظيمية تلك الأنظمة والإجراءات الداخلية التي تضعها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الاقتصادية، مع العلم أن جنحة المحاباة لا تقوم إلا إذا خالف الموظف حكما تشريعا أو تنظيميا يتعلق بجرية الترشح أو المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما لا تكون خاضعة لأحكام تنظيم الصفقات العمومية -عند غياب معيار التمويل- تكون ملزمة بتكليف إجراءاتها الخاصة للإبرام طبقا لتنظيم الصفقات العمومية واعتماده من طرف هيئاتها المؤهلة، وهذه الإجراءات التي تصاغ في شكل أنظمة داخلية خاصة بهذا النوع من المؤسسات العمومية (ذات الطابع الصناعي والتجاري) ليست تنظيميا بمفهوم القانون الإداري، ومن ثم فإن خرقها لا يشكل مخالفة لأحكام تنظيمية، وبالتالي فإن مخالفة تلك الأنظمة لا تترتب عليها الآثار الجزائية المقررة في المادة 26-1 من القانون رقم 06-01، ما لم يُشكل هذا الفعل إخلالاً بأحكام تشريعية أو تنظيمية متعلقة بجرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات منصوصا عليها في نصوص أخرى غير تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾، وهنا نعيد التذكير بالنقد الذي وجهناه للمشرع حينما وقع في خطأ جسيم أثناء صياغته للمادة 9 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والتي جاءت تحت عنوان: "إبرام الصفقات العمومية" حيث نصت: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية..."، وبالتالي كان المشرع حريص فقط على مبادئ الإبرام

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 142.

² - المرجع نفسه، ص 142، 145، 146.

المتعلقة بالصفقات العمومية فقط، دون غيرها من العقود الإدارية الأخرى، وكأن الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، تعتمد فقط على الصفقات العمومية في تسيير مرافقها، فما ما مصير باقي العقود الإدارية الأخرى ومن أهمها اتفاقيات تفويض المرفق العام؟، وأبعد من ذلك ما مصير الطلبات العمومية التي لم تتجاوز العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي تكون معفاة من الخضوع لأحكام هذا المرسوم؟، وأبعد بكثير من ذلك ما مصير عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري -عند غياب معيار التمويل-، وعقود المؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث أن هذه العقود غير خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾؟، هل المشرع كان يقصد من خلال المادة 9 أعلاه أن كل هذا الأنواع من العقود المذكورة أعلاه غير معنية بقواعد الشفافية والمنافسة الشريفة والعلانية والمعايير الموضوعية؟، وذلك لأن المشرع من خلال المادة 9 أعلاه، قد حصر هذه القواعد والمبادئ فقط في إبرام الصفقات العمومية دون سواها من العقود الأخرى للإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، لذلك نحن نرى بأن المشرع لم يكن منطقي إلى حد كبير من خلال هندسته للمادة 9 من القانون رقم 06-01، وقد يتساءل القارئ قائلاً ما علاقة المادة 9 أعلاه بالمادة 26-1؟، سرعان ما قد يزول هذا التساؤل لدى القارئ بمجرد أن يدرك بأننا نضع أنفسنا مكان قاضي النيابة (وكيل الجمهورية) أثناء تحريك الدعوى العمومية، أو نضع أنفسنا مكان قاضي التحقيق أثناء التحقيق القضائي الابتدائي، أو نضع أنفسنا مكان القاضي الحكم (قاضي الجرح) أثناء التحقيق النهائي بجلسة المحاكمة، فلو افترضنا مثلاً أن جنحة المحاباة قد مرت عبر كامل هذه المراحل القضائية ووصلت إلى مرحلة المحاكمة، وكانت المؤسسة العمومية المعنية بإبرام هذه الصفقة هي ذات طابع صناعي وتجاري، في حين هذه الصفقة غير مُمَوَّلَة، بمعنى أنها لا تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽²⁾، ممَّا جعلها تضع إجراءات إبرام خاصة مُكَيَّفَة مع تنظيم الصفقات العمومية واعتمدها من هيئاتها المؤهلة، لكن قد تم منح هذا العقد خرقاً لهذه الإجراءات الخاصة، فهنا قاضي الحكم (قاضي الجرح) يُكَيِّف بأن هذا الخرق لا يعد خرقاً لحكم تنظيمي، لأن هذه الإجراءات الخاصة التي تم خرقها لا ترقى لقيمة ودرجة الحكم التنظيمي، ولا يمكن للقاضي أن يؤسس الإدانة على أساس خرق الحكم التنظيمي المتمثل في المرسوم

¹ - حتى وإن كانت هذه المؤسسات ملزمة بإعداد إجراءات إبرام خاصة، تُكَيِّف مع تنظيم الصفقات العمومية، وتقوم على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، وذلك طبقاً للمادتين 8 و9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - نفس المثال ينطبق على المؤسسات العمومية الاقتصادية، لأن عقودها مستثناة من الخضوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لكن هي الأخرى ملزمة بإعداد إجراءات إبرام عقودها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب العمومي والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية، وذلك طبقاً للمادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الرئاسي رقم 15-247، لأن العقد الذي أبرمته هذه المؤسسة غير خاضع لتنظيم الصفقات العمومية - غياب معيار التمويل-، فيكون القاضي ملزماً بالبحث عن حكم تشريعي ينص على مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة، والشفافية، والتزاهة، والمعايير الموضوعية، عندها يلجأ القاضي إلى القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، لاسيما المادة 9 منه التي نصت على هذه المبادئ، لكن سرعان ما يتفاجأ القاضي بأن المادة 9 أعلاه قد حصرت هذه المبادئ فقط في الصفقات العمومية دون سواها من العقود الأخرى للإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، في حين أن القضية المعروضة عليه ليست صفقة عمومية، فيريد القاضي أن يجتهد ويبحث عن تأسيس قانون لحكم الإدانة، فيذهب إلى حكم تشريعي آخر يتضمن مبادئ حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة، والشفافية، والتزاهة، والمعايير الموضوعية، فيعتمد على الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، لاسيما المادة 2 منه⁽¹⁾، لكن سرعان ما يتفاجأ القاضي مرة أخرى بأن الفقرة 3 من هذه المادة نصت: "...تطبق أحكام هذا الأمر على:.... الصفقات العمومية، بدءاً من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة..."، في حين أن القضية المعروضة عليه لا تتعلق بصفقة عمومية، وبالتالي بالرغم من أن العقد قد تم منحه خرقاً للإجراءات الخاصة بالموضوع من طرف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلا أنه لا يعتبر خرقاً لحكم تشريعي، لأن المادة 9 من القانون رقم 06-01، والمادة 2 من الأمر رقم 03-03، تتعلقان فقط بالصفقات العمومية، دون باقي العقود الأخرى من جهة، ومن جهة ثانية فجنحة المحاباة المعروضة على القاضي تتعلق بعقد غير خاضع للحكم التنظيمي المتعلق بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247، ومن جهة ثالثة فتلك الإجراءات الخاصة لا ترتقي لدرجة وقيمة الحكم التنظيمي، فتكون المادة 26-1 من القانون رقم 06-01 المتعلقة بجنحة المحاباة غير قابلة للتطبيق، مما يؤدي بالقاضي الجزائري إلى التصريح بالبراءة⁽²⁾.

هذه الفراغ التشريعي أو بالأحرى أسميه الخلل التشريعي، قد أحدثه المشرع لأنه لم يعتمد على هندسة قانونية قائمة على منطق سليم، ومن خلال هذه الدراسة نوجه رسالة للمشرع بأن يحذف

¹ - وإن كانت المادة 2 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، لا تشير إلى هذه المبادئ صراحة، وإنما تشير فقط إلى أن هذا الأمر يطبق فقط على الصفقات العمومية، بدءاً من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

² - لكن ينبغي التنويه بأن جنحة المحاباة في هذا المثال الافتراضي الذي قدمناه، لو كانت تتعلق بأحد عقود تفويضات المرفق العام، فلا يوجد أي إشكال، لأن القاضي سيطبق المادة 26-1 من القانون رقم 06-01، على أساس مخالفة الحكم التنظيمي المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والذي نص على حرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، المذكورة في المادة 3 منه عن طريق الإحالة، حيث جرمت وعاقبت المادة 26-1 أعلاه على كل الأفعال المنافية لهذه المبادئ.

مصطلح: "الصفقات العمومية" من كل القوانين والتنظيمات، ويستبدلها بمصطلح أشمل وأوسع وفي نفس الوقت أدق، ونقترح على المشرع البديل لهذه التسمية والمتمثل في: "عقود الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية"، وهكذا تدرج ضمن هذه التسمية كل العقود الإدارية سواء الصفقات العمومية، أو الطلبات العمومية التي لم تتجاوز العتبة المالية، أو تفويضات المرفق العام، أو حتى العقود الخاصة لهذه الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، وفي نفس الوقت نوجه رسالة ثانية للمشرع بأن يحتفظ بمصطلح "الصفقات العمومية" فقط في مكانه الطبيعي والأصلي وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لأن استعماله (مصطلح الصفقات العمومية) خارج مكانه الطبيعي، يُشوّه الهندسة القانونية وحتى الهندسة التنظيمية، ويخلق إشكالات أثناء المحاكمات، مما يجد القضاة أنفسهم ملزمين بالتصريح بالبراءة، لأن المشرع قد تلاعب بالمصطلحات دون توقع الآثار الوخيمة الناتجة عن عدم وضع كل مصطلح في مكانه الأصلي والطبيعي.

ومن جهة أخرى يعاب على المشرع بعد تعديله للفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 06-01 بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15، هو تضيقه إلى حد كبير لمجال الخروقات في مجال منح الامتيازات غير المبررة (المحاباة)، فبموجب هذا التعديل أصبح التجريم منحصرا فقط بمخالفة النصوص التشريعية واللوائح التنظيمية المرتبط فقط بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، دون أن تمتد إلى باقي الإجراءات الأخرى، وهذا ما يعتبر تساهلا غير مبرر مع المتلاعبين بالمال العام، الأمر الذي لا يخدم سياسة المشرع في مكافحته لجرائم الفساد⁽¹⁾، وإن كنا نعترف بأن أي مخالفة في إجراءات الإبرام لا تخرج عن نطاق حرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، لكن من الأحسن استعمال المصطلحات الدقيقة، والغريب في الأمر أن المادة 1-26 قبل تعديلها بموجب القانون رقم 11-15، كانت صياغتها مضبوطة بطريقة أحسن، لأن جنحة المحاباة كانت تقوم بمجرد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال إبرام العقود الإدارية، دون الحاجة إلى التفصيل في مبادئ الإبرام، لذلك نحن نرى أن المشرع لم يوفق في هذا التعديل، لأن تعديل أي نص قانوني يكون بهدف عصرنة القاعدة القانونية وجودتها لمواجهة المستجدات، وأي تعديل لا يصب في هذا المبتغى يُحكم عليه بالفشل.

¹ - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 39.

ب-3: المناسبة:

المقصود أن مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بجرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، تكون أثناء مرحلة إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، وهنا يتعلق الأمر بطرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية التي تطرقنا إليها بالتفصيل في الباب الأول من هذه الأطروحة.

ج- الركن المعنوي:

يرى الدكتور أحسن بوسقيعة، بأن المادة 26-1 من القانون رقم 06-01، قبل تعديلها بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15، كانت تشترط القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، إضافة إلى القصد الجنائي الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية وهو إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، كما يرى فضيلة الدكتور أنه بعد تعديل المادة 26-1 بموجب القانون رقم 11-15، أصبحت جنحة المحاباة تتطلب توافر القصد الجنائي العام فقط، المتمثل في العلم والإرادة⁽¹⁾.

لكن عند إجراء مقارنة بين نصي الفقرة الأولى من المادة 26 قبل وبعد التعديل، نجد أن المشرع قد حذف مصطلح: "بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير"، واستبدله بمصطلح: "كل موظف عمومي يمنح عمدا امتياز غير مبرر"، يتضح لنا بأن المشرع غير في المصطلحات فقط، ولم يتخلى عن القصد الخاص في جنحة المحاباة، وبالتالي فهذه الأخيرة تتطلب القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بالسلوك الإجرامي، مع توجه إرادته للقيام به، في حين يتمثل القصد الجنائي الخاص في تمييز أحد المتنافسين وتفضيله على غيره، وأن يكون زيادة على ذلك هذا الامتياز غير مبرر، فلا تقوم جنحة المحاباة بمجرد خرق الأحكام القانونية والتنظيمية الذي لا يعدو أن يكون مجرد خطأ إداري يسأل عنه مرتكبه تأديباً.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 159.

2- قمع الجريمة:

أ- العقوبات:

تعاقب المادة 26-1 على جنحة المحاباة بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، وذلك طبقاً للمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون، كما تشدد العقوبة إذا كان الجاني أحد الموظفين المنصوص عليهم في المادة 48 من القانون رقم 06-01، كما يستفيد من الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها طبقاً للمادة 49 من نفس القانون.

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي (الموظف المحكوم عليه)، فيمكن أن تتمثل في العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف العمومية التي لها علاقة بالجريمة، طبقاً للمادة 50 من القانون رقم 06-01، والمادة 9 مكرر من قانون العقوبات، كذلك يوجد عقوبات تكميلية أخرى نصت عليها المادتين 9 و9 مكرر أعلاه، أما بالنسبة للعقوبات التكميلية الخاصة بالشخص المعنوي، فنصت عليها المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، كما يعاقب على المشاركة والشروع في ارتكاب هذه الجنحة، وذلك طبقاً للمادة 52 من القانون رقم 06-01.

وطبقاً للمادة 55 من القانون رقم 06-01 التي جاءت تحت عنوان آثار الفساد، فإن كل عقد أو صفقة متحصل عليها من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يمكن التصريح ببطلانها وانعدام آثارها من طرف الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

ب- التقادم:

بالنسبة للتقادم تنص المادة 54 من القانون رقم 06-01 على ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن. وفي غير ذلك من الحالات، تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية..."، وبالتالي لا تتقادم الدعوى العمومية إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وإذا لم يتم تحويل العائدات إلى خارج الوطن، تطبق المادة 8 من قانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي تتقادم الدعوى العمومية بمرور ثلاث (3)

سنوات من يوم ارتكاب الجريمة، ونفس الشيء بالنسبة لتقادم العقوبة، فلا تتقادم في حالة تحويل العائدات إلى الخارج، وفي غير ذلك من الحالات تطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية، وتتقادم العقوبة بمرور خمس (5) سنوات ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً، غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المقضي بها تزيد عن خمس (5) سنوات، فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة، وذلك طبقاً للمادة 614 من قانون الإجراءات الجزائية.

ثانياً: استغلال نفوذ الأعدان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة:

إن ظاهرة استغلال النفوذ الوظيفي لها تأثير كبير على المجتمعات التي تنتشر فيها، لكونها مبينة على عدم المساواة مع الشعور بأن القانون لا يطبق على الجميع، لكون أصحاب النفوذ مستثنين من الخضوع له، وهذا ما أدى بمختلف التشريعات المقارنة إلى تجريم استغلال النفوذ ومن بينها التشريع الجزائري، لأن تجريم أفعال استغلال النفوذ شكل ضماناً لتزاهة الوظائف العامة، لاسيما حماية المال العام في مجال العقود الإدارية⁽¹⁾، وستتطرق إلى جنحة استغلال نفوذ الأعدان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، من خلال التطرق إلى أركان الجريمة (1)، ثم قمع الجريمة (2).

1- أركان الجريمة:

جنحة استغلال نفوذ الأعدان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، المنصوص والمعاقب عليها بنص الفقرة 2 من المادة 26 من القانون رقم 06-01، التي حلت محل نص الفقرة 2 من المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، الملغاة بموجب المادة 71 من القانون رقم 06-06.

حيث نصت الفقرة 2 من المادة 26 أعلاه: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج...: 2- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعدان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة، أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل"، وهكذا تقتضي جنحة

¹ - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 41، 42.

استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، توافر صفة الجاني (أ)، والركن المادي (ب)، والركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

اشتترت الفقرة 2 من المادة 26 أعلاه، أن يكون الجاني تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولاً من القطاع الخاص، غير أن هذه الفقرة أضافت عبارة: "أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي"، وبهذه الإضافة يكون المشرع قد عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني، فالمطلوب أن يكون عوناً اقتصادياً خاصاً، ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، يعمل لحسابه أو لحساب غيره، وهنا يرى الدكتور أحسن بوسقيعة بأنه في كل الأحوال لا بد أن يكون الجاني بائعاً وليس مشترياً⁽¹⁾، لكن نحن لا نوافق أستاذنا الفاضل فيما توصل إليه، لأنه وإن كان الجاني يمكن أن يكون في مركز البائع بالنسبة لعقود الصفقات العمومية، إلا أنه يعتبر في مركز المشتري بالنسبة لعقود تفويضات المرفق العام، لذلك نحن نرى بأن الجاني هو نفسه لكن قد يتغير مركزه، فتارةً يكون في مركز البائع بالنسبة للصفقات العمومية، وقد يكون هذا الجاني نفسه في مركز المشتري بالنسبة لاتفاقيات تفويضات المرفق العام، بمعنى أن الجاني دائماً هو المتعامل الاقتصادي سواء كان بائعاً أو مشترياً، ولا يتصور في هذه الجنحة أن يكون الجاني هو أحد أعوان الدولة.

وهنا خطر لدينا تساؤل نراه غي غاية الأهمية، والذي يتمثل في أنه ماذا لو استفاد التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص، من سلطة أو تأثير أعوان المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمات عمومية في إطار تفويض المرفق العام -عقد الامتياز مثلاً-، مع العلم أن الفقرة 2 من المادة 26 أعلاه، لم تنص على هذه المؤسسات، وذلك بالرغم من أن المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01 قد نصت عليها، هل في هذه الحالة الافتراضية التي قدمناها، يعني عدم خضوع أعوان هذه المؤسسات لأحكام الفقرة 2 من المادة 26 المتعلقة جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة؟، لذلك نحن نرى بأن المشرع قد جانب الصواب، ونقترح عليه إعادة صياغة الفقرة 2 من المادة 26 أعلاه، وإدراج ضمنها المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمات عمومية، وهكذا حتى تكون منسجمة مع الهيئات والمؤسسات الواردة في المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 168.

ب- الركن المادي:

بادئ ذي بدء لابد من الإشارة إلى اللبس الذي أحدثته الصياغة غير الدقيقة للفقرة 2 من المادة 26 من القانون رقم 06-01، في نسخته العربية والفرنسية، حيث ورد فيهما: "كل تاجر أو...يقوم... بإبرام... صفقة مع الدولة أو... ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"، لكن الصياغة الصحيحة من المفروض تكون كالتالي: "كل تاجر أو...يقوم... بإبرام... صفقة مع الدولة أو... ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"، فلهذا هنا تعود على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي، وليس على أعوان الدولة والهيئات التابعة لها⁽¹⁾.

ويتكون الركن المادي لجنحة نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، من عنصرين أساسيين هما:

ب-1: النشاط الإجرامي:

ويتمثل في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة والمؤسسات والهيئات التابعة لها، بمناسبة إبرام عقد أو صفقة⁽²⁾، ومدلول أعوان الدولة والهيئات التابعة لها، كما ورد في الفقرة 2 من المادة 26، يختلف عن مدلول الموظف العمومي، كما هو وارد في الفقرة ب من المادة 2 من القانون رقم 06-01، إذ أشارت الفقرة 2 من المادة 26 إلى أعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، والمؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مستبعدة بذلك المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية، ويشترط أن يكون عون الدولة صاحب سلطة في الهيئات المعنية، وله تأثير عليها، وبالتالي فيتعلق الأمر إما برئيس أو مدير الهيئة أو المسؤول المختص بإبرام العقود الإدارية⁽³⁾.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 169.

² - Christophe Lajoye, Droit des marches publics, Berti éditions, Alger, 2007, p.223.

- أشارت إليه: سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 46.

³ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 169، 170.

ب-2: الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

تتشرط الفقرة 2 من المادة 26 لتحقق الركن المادي، أن يستغل الجاني سلطة الأعوان العموميين أو تأثيرهم من أجل الزيادة في الأسعار، وهذا كامتياز أو تفضيل يحصل عليه المتعامل المتعاقد في العقد، كما لو أبرم متعامل اقتصادي صفقة مع البلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر، وكان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة، في حين فرض هذا المتعامل الاقتصادي على البلدية سعر 70.000 دج، مستغلاً بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية⁽¹⁾، كذلك يمكن أن يستغل الجاني سلطة الأعوان العموميين أو تأثيرهم من أجل التعديل في نوعية المواد، أو أن يعدل في آجال التسليم أو التموين، مستغلاً علاقته مع رئيس أو مدير المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

ج- الركن المعنوي:

تتطلب جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، توافر القصد الجنائي العام، المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة، وإرادة استغلال هذا النفوذ لفائدته، وكذا القصد الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة⁽³⁾.

2- قمع الجريمة:

تطبق على جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين نفس الأحكام المقررة لجنحة المحاباة، سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة أو بالعقوبات، وهكذا تعاقب المادة 26 على هذه الجنحة بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، طبقاً للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على هذه الجنحة بعض الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة، لاسيما الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، كما تطبق عليها الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة بخصوص

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ص 170.

² - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 49، 50.

³ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 171.

إبطال العقود والصفقات، وتقدم الدعوى العمومية وتقدم العقوبة، ويعاقب كذلك على المشاركة والشروع في ارتكاب هذه الجنحة على غرار جنحة المحاباة، طبقاً للمادة 52 من القانون رقم 06-01.

وبالنسبة للعقوبات التكميلية، فالمادة 50 من القانون رقم 06-01 تحيل إلى قانون العقوبات، فبالنسبة للشخص الطبيعي يمكن إقصائه من الصفقات العمومية⁽¹⁾ طبقاً للمادة 9 من قانون العقوبات، بالإضافة إلى عدة عقوبات تكميلية أخرى منصوص عليها في هذه المادة، إضافة إلى المادة 9 مكرر 1 من نفس القانون، أما بالنسبة للعقوبات التكميلية الخاصة بالشخص المعنوي، فنصت عليها المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، ومنها الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، بالإضافة إلى عدة عقوبات تكميلية أخرى منصوص عليها في هذه المادة.

كما تنص الفقرة الأولى المادة 51 من القانون رقم 06-01، التي جاءت تحت عنوان: "التجميد والحجز والمصادرة"، بأنه يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من جرائم الفساد، وذلك بواسطة قرار قضائي، أو بأمر من السلطة المختصة، وتضيف الفقرة 2 من نفس المادة (المادة 51)، بأنه في حالة الإدانة بجريمة من جرائم الفساد، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية، أما طبقاً للفقرة 3 من نفس المادة (المادة 51)، تحكم الجهة القضائية أيضاً برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه، أو فروعه، أو إخوته، أو زوجته، أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى⁽²⁾.

¹ - دائماً يقع المشرع في خطأ، ويستعمل مصطلح الصفقات العمومية خارج إطاره ونطاقه التنظيمي وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لذلك كنا قد سبق لنا وأن اقترحنا على المشرع أن لا يستعمل هذا المصطلح خارج نطاق هذا المرسوم الرئاسي، وذلك تفادياً لأي إشكال، لأنه في المادة 9 من قانون العقوبات من المفروض أن يستعمل المشرع مصطلح العقود الإدارية، لأن القاضي لو كان يصدد استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، بخصوص اتفاقية تفويض مرفق عام، فإنه لا يمكن تطبيق العقوبة التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات، لأنها تنص فقط على الإقصاء من الصفقات العمومية، دون باقي العقود التي ترمها الهيئات والمؤسسات العمومية، ومن أهمها اتفاقيات تفويض المرفق العام، لذلك على المشرع أن يتدخل ويقوم بتعديل هذه المادة، وذلك باستبدال مصطلح: "الإقصاء من الصفقات العمومية"، بمصطلح: "الإقصاء من عقود الهيئات والمؤسسات العمومية".

² - المادة 51 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

الفرع الثاني

قبض العمولات من العقود الإدارية

PERCEPTION DE COMMISSIONS

يعتبر سلوك دفع المزايا والعمولات من طرف المتعاملين مع المرفق العام، وقبضتها من طرف المسيرين، من السلوكات غير التزيهة التي تمس بشفافية الحياة الإدارية، وتنعكس بالسلب على الدولة وإداراتها العامة، كما يفقد المواطن الثقة بإدارته، وهو ما دفع بالمشرع بإدراج هذه التصرفات والأفعال ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وباعتبار أن العقود الإدارية التي تبرمها مرافق الدولة، وحتى العقود الخاصة لهذه المرافق، تحتاج إلى نفقات ضخمة -إذا كنا بصدد عقود الصفقات العمومية-، كما أنها تعود بإيرادات كبيرة للحزينة العامة -إذا كنا بصدد عقود تفويضات المرفق العام-، الأمر الذي جعل عقود الهيئات والمؤسسات العمومية بُؤرة لهذا النوع من جرائم الفساد (قبض العمولات من العقود الإدارية)، لذلك لم يتوان المشرع في تجريم هذا السلوك الذي أفسد علاقة المرفق بمرتفقيه، وذلك من خلال نص المادة 27 من القانون رقم 06-01، التي جاءت تحت عنوان: "الرشوة في مجال الصفقات العمومية"⁽¹⁾، وبما أن المشرع لم يوفق في استعمال مصطلح: "الصفقات العمومية"، لأنها تسمية في غير مكانها الطبيعي والأصلي -وهو المرسوم الرئاسي رقم 15-247-، وحيث أن المصطلح الصحيح يتمثل في: "الرشوة في مجال عقود الهيئات والمؤسسات العمومية"، وبما أن موضوع أطروحتنا يتعلق فقط بالعقود الإدارية، دون العقود الخاصة للهيئات والمؤسسات العمومية، لذلك سنعمد التسمية التي تتلاءم وموضوع دراستنا، وبالتالي سنتطرق لجنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية⁽²⁾ (أولاً)، ولم يتوقف المشرع عند هذا الحد في مجال تجريم قبض العمولات من العقود الإدارية، بل أضاف جنحة ثانية من خلال المادة 35 من القانون رقم 06-01، والتي جاءت تحت عنوان: "أخذ فوائد بصفة غير قانونية" (ثانياً).

أولاً: جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية (الرشوة السلبية):

تقوم الرشوة على فكرة المتاجرة بالوظائف العامة، وتتمثل في قيام الموظف بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من أعمال الوظيفة، وذلك مقابل منفعة خاصة له أو لغيره، حيث استوحيت التشريعات

¹ - قد سبق لنا وأن انتقدنا مصطلح: "الصفقات العمومية"، واقترحنا على المشرع أن يستبدله بمصطلح: "عقود الهيئات والمؤسسات العمومية".

² - وهي إحدى صور الرشوة السلبية.

جريمة الرشوة من فكرة الانحراف بالوظيفة عن الطريق السوي الذي ترسمه وتضع حدوده القوانين والتنظيمات، فتقع هذه الجريمة من موظف عمومي (المعنى الموسع للموظف العام) يتعدى ويتجاوز أعمال وظيفته، والتي تكون فقط تهدف إلى الصالح العام، دون الصالح الخاص لهذا الموظف⁽¹⁾.

والحكمة من تجريم الرشوة تكمن في كونها اتجار مذموم بالوظيفة العامة، لأن الواجب الوظيفي يقتضي تغليب مبدأ النزاهة والشفافية والمساواة بين المرتفقين، وهو ما يستوجب أن يتمتع الموظف عن تلقي أي مقابل غير مشروع نظير أدائه لمهامه، وإلا فسدت الإدارة وتعطلت الخدمة العامة⁽²⁾، وغدا سلطان المال هو الحاكم، وفي ذلك شيوع للفساد ومجلبة للاضطراب⁽³⁾.

وبالتالي فإن جنحة الرشوة في القطاع العام تعتبر إحدى أخطر صور المتاجرة بالوظائف العامة، لاسيما في مجال العقود الإدارية، حيث كانت المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات تُجرّم وتعاقب على هذا الفعل، وذلك قبل إلغائها بموجب المادة 71 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وأصبحت جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية منصوص ومعاقد عليها بموجب المادة 27 من القانون رقم 06-01 أعلاه، والتي نصت: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفة أو عقد أو ملحق باسم الدولة، أو الجماعات المحلية، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية".

¹ - Yves Jeanclos, Dictionnaire De Droit Criminel et Pénal -Dimension Historique-, Ed Economica, Paris, 2011, p.41.

- أشار إليه: عبد الكريم تبون، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص 87.

² - Jean Pradel, Mechal danty, Manuel de droit pénal spécial, 3^{ème} Edition, Edition Cajus, Pris, France 2004, P.768.

- أشار إليه: عبد الله بنحاز، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017، ص 101.

³ - أحمد صبحي العطار، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة -دراسة في القسم الخاص من قانون العقوبات المصري-، د ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1993، ص 194.

- أشار إليه: عبد الكريم تبون، مرجع سابق، ص 87، 88.

وستتطرق إلى جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية من خلال التطرق إلى أركان الجريمة (1)، ثم قمع الجريمة (2).

1- أركان الجريمة:

تقتضي جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية، توافر صفة الجاني (أ)، والركن المادي (ب)، والركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

حصرت المادة 27⁽¹⁾ من القانون رقم 01-06، صفة الجاني في الموظف العمومي كما هو مُعرّف في المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 01-06، لكن هنا نلاحظ بأن المادة 27 من نفس القانون قد ضيقت من صفة الجاني، وذلك عندما اشترطت أن يكون الموظف بصدد إجراءات إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد باسم الدولة، أو الجماعات المحلية، أو المؤسسات العمومية بمختلف أصنافها، وبالتالي فالمادة 27 أعلاه قد استبعدت الهيئات العمومية - في حين أن الفقرة 2 من المادة 26 قد ذكرتها-، لذلك نطرح التساؤل ما مصير الموظف الذي يرتكب جنحة الرشوة في مجال عقود المجلس الشعبي الوطني، أو مجلس الأمة، أو مجلس المنافسة، أو مجلس الدولة، أو المجلس الدستوري، أو السلطات الإدارية المستقلة؟، فهذه الجهات المذكورة لا تدخل في تصنيف الجهات المذكورة في المادة 27 أعلاه، وإنما هي عبارة عن هيئات عمومية، فلو سائرنا المشرع في هندسته للمادة 27 أعلاه، يعني أن جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية تنطبق فقط على موظفي الهيئات المذكورة حصراً في المادة 27 أعلاه، وخارج هذه الهيئات لا يمكن تطبيق المادة 27، وهذا لا يستقيم إطلاقاً مع المنطق القانوني السليم.

كذلك المشرع أسقط من المادة 27 أعلاه، كل المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمات عمومية في إطار عقود تفويض المرفق العام - كما أسقطها كذلك من الفقرة 2 من المادة 26-، وكأن المشرع يستثني أعوان هذه المؤسسات التي تقدم خدمات عمومية - في إطار عقود الامتياز مثلاً-، من الخضوع لأحكام المادة 27 أعلاه، المتعلقة بالرشوة في مجال العقود الإدارية، وهذا بالرغم من أن هذه المؤسسات الخاصة المكلفة بخدمة عامة تبرم عقود إدارية، وهنا وقع المشرع في خطأ جسيم، وجانب المنطق القانوني،

¹ - وهي المادة المتعلقة بجنحة الرشوة السلبية المرتكبة من طرف الموظف المرتشي، أما جنحة الرشوة الإيجابية المرتكبة من طرف الراشي فنصت عليها الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 01-06.

لذلك نحن نلح عليه بأن يُعيد مراجعة صياغة المادة 27 أعلاه، حتى تكون الهيئات والمؤسسات الواردة فيها منسجمة مع تلك الواردة في المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01.

إذا كانت متابعة الموظف المرشحي في مجال العقود الإدارية تكون على أساس المادة 27 من القانون رقم 06-01، وهو ما يعرف بـ: "الرشوة السلبية"، أي الموظف المرشحي الذي يطلب أو يقبل أجرة أو منفعة، لكن السؤال المطروح هنا: ما مصير المتعامل الاقتصادي (المتعامل المتعاقد) الذي عرض على الموظف الأجرة أو المنفعة؟، هنا النيابة العامة لا يمكن لها متابعته على أساس المادة 27 من القانون رقم 06-01، هذه المادة التي نصت على جنحة الرشوة السلبية المرتكبة من طرف الموظف المرشحي فقط، وإنما متابعة المتعامل الاقتصادي (المتعامل المتعاقد) تكون على أساس الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 06-01، التي نصت: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 1- كل من وعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته..."، وهذا ما يعرف بالرشوة الإيجابية المُقدّمة من طرف المرتفق الراشي، والذي قد يكون المتعامل الاقتصادي (المتعامل المتعاقد).

ب- الركن المادي:

يتحقق بقبض أو محاولة قبض عمولة (أجرة أو فائدة) بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق باسم الدولة، أو الجماعات المحلية، أو إحدى المؤسسات العمومية بمختلف أصنافها، وبالتالي ينقسم الركن المعنوي إلى عنصرين:

ب-1: النشاط الإجرامي:

يتمثل النشاط الإجرامي في قبض أو محاولة قبض عمولة، وقد عبر عنها المشرع بعبارتي: "أجرة" أو "فائدة"، وهي عموماً لا تختلف عن المنفعة أو الفائدة التي يقبضها المرشحي لقاء أدائه عملاً أو الامتناع عن أدائه، وقد تكون الأجرة أو الفائدة ذات طبيعة مادية أو معنوية، والأصل أن تكون الأجرة أو الفائدة مادية وأمثلتها عديدة، فقد تكون مالاً عينياً كمصوغ من الذهب، أو سيارة، وقد تكون نقوداً، أو

شيكاً، وقد تكون الأجرة أو الفائدة ذات طبيعة معنوية، كحصول الجاني على ترقية، أو السعي في ترقيته⁽¹⁾.

وقد تكون الأجرة أو المنفعة مشروعة كما قد تكون غير مشروعة، فيجوز أن كون مواد مخدرة أو أشياء مسروقة أو شيكا بدون رصيد، وقد اختلف الفقه حول الواقعة الجنسية ومدى اعتبارها من قبيل المنفعة بالمعنى الذي يحقق جنحة الرشوة - لاسيما جنحة الرشوة السلبية في مجال العقود الإدارية-، لأن النص على المنفعة باعتبارها كأحد أهم عناصر هذه الجريمة، جاء عاماً بغير تخصيص، وهكذا قضي في فرنسا بأن عرض الموظف واقعة امرأة مقابل قضاء حاجاتها يحقق جريمة الرشوة⁽²⁾.

والأصل أن تقدم المنفعة أو الأجرة إلى الجاني نفسه نظير قيامه بأداء الخدمة المطلوبة منه، وقد يُعيّن شخصاً آخر يقدم إليه الأجرة أو الفائدة، حتى وإن لم يكن ثمة اتفاق سابق بين الشخص المُعيّن والجاني، وقد يقوم المتعامل المتعاقد -الذي يكون في موضع الراشي- بتسليم المنفعة إلى شخص لم يُعيّنه الجاني، ولكن توجد صلة ما بينهما، ففي هذه الصورة تتحقق الفائدة إذا علم الجاني بالأجرة أو المنفعة المقدمة إلى هذا الشخص ووافق عليها نظير قيامه بالعمل لمصلحة الراشي⁽³⁾.

ب-2: المناسبة:

يكتمل الركن المادي لجنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية، بقبض أو محاولة قبض الموظف الجاني لأجرة أو فائدة، بمناسبة تحضير، أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق، باسم الدولة، أو الجماعات المحلية، إحدى المؤسسات العمومية. بمختلف تصنيفاتها⁽⁴⁾، وهنا يجدر التنبيه بأنه يجب أن يكون الموظف مختص بالعمل المطلوب أدائه⁽⁵⁾.

¹-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 172، 173.

²-Tribunal, Sarreguemines, 11-05-1967, JCP 1968.II.15359.

- أشار إليه: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 78.

³- المرجع نفسه، ص 173.

⁴- وهنا كما سبق لنا الإشارة، فإن المشرع وقع في خطأ عندما استثنى عقود الهيئات العمومية، وهي كثيرة ومتنوعة، ومنها المجلس الشعبي الوطني، مجلس الأمة، السلطات الإدارية المستقلة، المجلس الدستوري... الخ، كما استثنى عقود المؤسسات الخاصة المكلفة بتقديم خدمات عمومية في إطار تفويض المرفق العام، وهي عبارة عن عقود إدارية.

⁵- ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 47.

- أشارت إليه: سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 59.

ج- الركن المعنوي:

جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية، تعد جريمة عمدية شأنها شأن جنحة الرشوة بصفة عامة، ولذلك لا بد من توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني، المتمثل في توجه إرادته لقبض الأجرة أو الفائدة، مع العلم بأنها غير مبررة وغير مشروعة، لكونها تعد إخلالاً بالواجبات الوظيفية، وبالتالي فجنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية تتطلب القصد الجنائي العام، لا القصد الجنائي الخاص، وهكذا تقوم الجريمة بمجرد علم الموظف بأن هناك فائدة أو أجرة قدمت له، أو لغيره بتوصية منه أو بقبوله وعدم اعتراضه، في مقابل قيامه بعمل أو امتناع عن عمل، مخالفةً لواجباته والتزاماته الوظيفية، مع توجه إرادته في أن يحصل على هذه الفائدة أو الأجرة⁽¹⁾.

2- قمع الجريمة:

تعاقب المادة 27 من القانون رقم 06-01، على جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية، بالحبس من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة، وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج، طبقاً للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية بعض الأحكام المطبقة على جنحتي الامتيازات غير المبررة (المحاباة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين)، لاسيما العقوبات التكميلية، والظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد.

ولا تتقدم الدعوى العمومية ولا العقوبة المتعلقة بجنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية، إذا تم تحويل عائدات إلى خارج الوطن، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 54 من القانون رقم 06-01، وفي غير ذلك من الحالات، قد أحالت الفقرة 2 من المادة 54 إلى قانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي في حالة عدم تحويل عائدات جريمة الرشوة إلى خارج الوطن، فيتم تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية بخصوص التقدّم، وبالرجوع إلى المادة 8 مكرر منه المستحدثة بموجب القانون رقم 04-14، نجد أنها تنص: "لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقدم في الجنايات والجنح الموصوفة... أو الرشوة..."، وبالرجوع إلى المادة 612

¹ - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 72.

مكرر من نفس القانون نجدتها تنص: "لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجرح الموصوفة...والرشوة"، وهكذا فإننا نصل إلى نتيجة مهمة مفادها أنه لا تتقادم الدعوى العمومية ولا تتقادم العقوبة المتعلقة بجنحة الرشوة عموماً، وجنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية خصوصاً، سواء تم تحويل عائداتها إلى خارج الوطن، أو لم يتم تحويلها، ففي كلتا الحالتين فجنحة الرشوة لا يشملها التقادم، سواء تقادم الدعوى العمومية أو تقادم العقوبة.

وتجدر الإشارة إلى أن جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية كانت في ظل المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات (الملغاة)، كانت جنائية يعاقب عليها بالسجن المؤقت من 5 إلى 20 سنة، وبغرامة من 100.000 دج إلى 5.000.000 دج.

ثانياً: جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية:

في البداية نجد بنا التنبيه بأن هذه الجنحة تلتقي مع جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية (الرشوة السلبية المرتكبة من طرف الموظف المرتشي)، وهذا من حيث طبيعتها وغاية المشرع من تجريمها، ففي كلتا الجريمتين يحصل الموظف بطريقة غير مشروعة بسبب وظيفته التي تاجر بها، لذا استلزم الأمر تدخل المشرع من أجل حماية نزاهة وشفافية الوظيفة العمومية التي تهدف فقط إلى تحقيق الصالح العام، دون أن تكون مصدراً للشراء غير المشروع⁽¹⁾.

والفرق بين الجنحتين يكمن في أن هدف الجاني من خلال جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية، هو الحصول على أجر أو منفعة بمناسبة إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة، لكن هذه الأجر أو المنفعة تكون مستقلة تماماً عن هذا العقد أو الصفقة، بمعنى لا تتمثل في نسبة من الفوائد مثلاً، بينما جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال إبرام العقود الإدارية، فهذه الجاني يتمثل في أخذ فوائد من هذه العقود والصفقات، بمعنى أن هذه الفوائد ليست مستقلة عن العقد أو الصفقة بل مرتبطة بها مباشرة، وبالتالي وإن كانتا الجنحتين يتشابهان إلى حد كبير، إلا أن المتمعن في النصوص القانونية سيجد أن الفرق جدياً دقيق بينهما، وهناك من يضيف بأن الموظف قد يلجأ إلى جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية حتى لا يقع تحت طائلة النصوص المجرمة للرشوة⁽²⁾.

¹ - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 77.

² - فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الأول، جرائم العدوان على المصلحة العامة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 277.

وبالرجوع إلى المادة 35 من القانون رقم 06-01، نجد أنها تنص: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري، وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات⁽¹⁾ أو المقاولات أو المؤسسات⁽²⁾ التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك كل من يكون مكلفاً بأن يُصدر إذناً بالدفع في عملية ما، أو مكلفاً بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أياً كانت"، ومن خلال هذه المادة سنتطرق إلى أركان الجريمة (1)، ثم قمع الجريمة (2).

1- أركان الجريمة:

تقتضي جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية توافر صفة الجاني (أ)، والركن المادي (ب)، ثم الركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

هذه الجريمة يرتكبها موظف عمومي طبقاً لما هو مُعرّف من خلال المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01، لكن من خلال المهام المنوطة بهذا الموظف العمومي في مجال العقود الإدارية، يمكن أن يكون هذا الموظف ينتمي إلى إحدى الفئتين طبقاً للمادة 35 من القانون رقم 06-01:

أ-1: الفئة الأولى:

وتشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإدارة في مجال العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات وقت ارتكاب الفعل، سواء في مجال الإبرام أو التنفيذ، ولا يشترط أن يكون الموظف مختصاً لوحده بكل العمل الذي تريح منه، وإنما يكفي أن يكون مختصاً بجزء منه مهما كان قدره، وتكون العبرة بتقدير صفة الموظف واختصاصه بتلك العمليات، بوقت ارتكاب الأفعال⁽³⁾.

¹ - أصبحت تسميتها "طلب العروض"، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

² - وقع المشرع في خطأ عندما أدرج مصطلح "المؤسسات"، لأنه لا معنى له هنا، لأن الأمر يتعلق بأخذ فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات، وليس من المؤسسات، وبالرجوع إلى نص المادة 35 بصيغته الفرنسية لا نجد مصطلح "المؤسسات".

³ - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 80، 81، 82.

أ-2: الفئة الثانية:

وتشمل كل موظف يكون مكلفاً بأن يُصدر إذناً بالدفع في عملية ما، أو مكلفاً بتصفية أمر ما، ويأخذ منه فوائد أياً كانت، هنا لا بد من التنبيه إلى فكرة جوهرية ومهمة قد غفلت عنها الكثير من الكتابات، مفادها أن المادة 35 من القانون رقم 06-01، عندما أشارت إلى أخذ فوائد بمناسبة إصدار إذن بالدفع في عملية ما، أو بمناسبة تصفية أمر ما، فلم تُشر إطلاقاً إلى أن هذا الإذن أو الأمر مرتبط بالعقود والصفقات، وإنما جاءت بصفة عامة، بمعنى أي أريد أن أصحح المفاهيم، لأن هناك الكثير من الكتابات التي وقعت في خلط، حينما ربطت بالضرورة تراخيص الدفع والتصفية بالعقود والصفقات، وهذا في مُجانبة للصواب، لأن المادة 35 أعلاه في شقها الأخير جاءت واضحة ولا تحتاج إلى أي تفسير، بمعنى تقوم كذلك جنحة التربح (أخذ فوائد بصفة غير قانونية) حتى ولو كان أخذ الفائدة بموجب تراخيص الدفع والتصفية في عمليات أخرى لا تتعلق بالصفقات والعقود⁽¹⁾، لكن هذا لا يمنع أن تكون تراخيص والتصفية مرتبطة بالعقود الإدارية.

ب- الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لجنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية، في السلك الإجرامي، والمناسبة.

ب-1: السلوك الإجرامي:

تتمثل الصورة الأولى للركن المادي في تلقي الجاني، إما مباشرة أو عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو طلب العروض أو المقاولات، والتي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية، أما الصورة الثانية للركن المادي فتتمثل في أخذ الجاني لفوائد أياً كانت وذلك بمناسبة إصداره إذناً بالدفع، أو بمناسبة تصفية عملية ما، وتجدد الإشارة في هذا الصدد أن جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية، لا يشترط لقيامها أن يتحقق ضرر لجهة الإدارة التي يعمل بها الموظف، فتقوم الجريمة متى توافرت أركانها، أي متى حصل الموظف عمداً أو حاول

¹ - فقد يكون الأمر بالدفع مثلاً لصالح شخص دائن للإدارة بمبلغ مالي، نتيجة نزاع الملكية للمنفعة العامة.

الحصول على فائدة، ولو كان العقد الذي أشرف عليه قد عاد بالنفع على المصلحة المتعاقدة التي يعمل بها هذا الموظف⁽¹⁾.

وجنحة التربح هي جريمة وقتية تتم بمجرد حصول أو محاولة حصول الموظف على فائدة من عمل يشرف عليه أو يديره، لاسيما في مجال إبرام العقود الإدارية، ومفاد ذلك أن تكرار حصول الموظف على الفائدة يشكل جريمة مستقلة، وتم تعدد الجرائم بتعدد الأفعال⁽²⁾، والقاضي ملزم أن يُبين في حكمه الفائدة التي تحصل عليها الموظف في كل مرة، لأن هذا الأخير قد يأخذ عدة فوائد من صفقة واحدة، فهنا تتجدد الجريمة في كل مرة⁽³⁾.

ب-2: المناسبة:

طبقا للمادة 35 من القانون رقم 06-01، فإن جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية، تقوم بمناسبة عمليتين، أما العملية الأولى تلك المتعلقة بإبرام أو تنفيذ العقود أو الصفقات، بشرط أن يكون الجاني مشرفاً أو مديراً على هذه العمليات، أما العملية الثانية تلك المتعلقة بإصدار إذن بالدفع، أو تصفية أمر ما، وقد يكون لهذا الإذن أو التصفية علاقة بالعقود الإدارية، بشرط أن يكون الجاني مكلف بهذه العمليات وتدخل في نطاق اختصاصه الوظيفي.

ج- الركن المعنوي:

إن جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية هي من الجرائم العمدية التي يشترط فيها توافر القصد الجنائي، وهو تعمد تلقي الفوائد مع العلم بأنها غير مشروعة، وبالتالي لا يمكن تصور بأنه الجنحة وقعت عن طريق خطأ من الموظف⁽⁴⁾، وبناء على ذلك فإن القصد اللازم والكافي لقيام جنحة التربح هو القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، بمعنى أن يكون عالماً بأن هذه الفوائد غير مشروعة وهي عبارة عن أرباح بالوظيفة المسندة إليه، وأن تتجه إرادته إلى تلقي هذه الفوائد، أي إرادة

¹ - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 89.

² - محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 66.

³ - كريمة علة، مرجع سابق، ص 96.

⁴ - مليكة هنان، جرائم الفساد - الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري مقارنة ببعض التشريعات العربية- د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2020، ص 150.

الجاني في الحصول على ربح لنفسه أو لغيره مستغلا في ذلك أعمال وظيفته، باعتبار أن ذلك عنصرا من عناصر القصد العام، وبالتالي فلا حاجة لقصد جنائي خاص⁽¹⁾.

2- قمع الجريمة:

تطبق على جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية نفس الأحكام المقررة لجنحة الامتيازات غير المبررة في مجال العقود الإدارية بصورتها، سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة أو بالعقوبات، وهكذا تعاقب المادة 35 على هذه الجنحة بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، طبقا للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية، كل الأحكام المطبقة على جنحتي الامتيازات غير المبررة (المحاباة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين)، لاسيما العقوبات التكميلية، والظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد، وتقادم الدعوى العمومية، وتقادم العقوبة.

وبعد أن تطرقنا من خلال هذا المطلب إلى دور القاضي الجزائي في قمع الجرائم ذات الصلة المباشرة بإبرام العقود الإدارية، سنتطرق من خلال المطلب الثاني إلى دور القاضي الجزائي في قمع الجرائم ذات الصلة غير المباشرة بإبرام العقود الإدارية.

المطلب الثاني

دور القاضي الجزائي في قمع الجرائم ذات الصلة غير المباشرة بإبرام العقود الإدارية

قد سبق لنا وأن وضعنا بأن القاضي الجزائي له دور كبير في تجسيد الشفافية أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية، وذلك لأنه دور في قمع الجرائم ذات الصلة المباشرة بالإبرام - وهي الجرائم التي سبق التطرق إليها بالتفصيل في المطلب الأول-، كما له دور كبير (القاضي الجزائي) كذلك في قمع الجرائم

¹ - سلوى توفيق بكير، جريمة التربح من أعمال الوظيفة -دراسة مقارنة-، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 119.

ذات الصلة غير المباشرة بإبرام هذه العقود، ونقصد بهذه الجرائم تلك المتعلقة بالتجارة بالوظيفة العامة في مختلف الأعمال الإدارية، وقد تكون من بينها العقود الإدارية، ولتقريب المفاهيم أكثر للقارئ، نقول بأن المشرع من خلال القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، قد جرم كل أفعال وأشكال التجارة بالوظائف العامة⁽¹⁾، هذا كأصل عام، لكن المشرع قسم التحريم إلى قسمين أساسيين، القسم الأول يتعلق بمختلف أنواع وأشكال الأعمال الإدارية دون تمييز بينها، أما القسم الثاني فيتعلق ببعض الأعمال الإدارية فقط، والتي حددها المشرع على سبيل الحصر، ومن بينها مثلاً التجارة بالوظائف العامة في مجال إبرام العقود الإدارية، والتي تطرقنا إليها بشيء من التفصيل في المطلب الأول أعلاه، ومن خلال هذا المطلب الثاني سنتطرق إلى جرائم التجارة بالوظائف العامة المتعلقة بمختلف أنواع وأشكال الأعمال الإدارية، ونحاول ربطها بمجال إبرام العقود الإدارية، ولذلك أطلقنا على هذا المبحث تسمية: "دور القاضي الجزائري في قمع الجرائم ذات الصلة غير المباشرة بإبرام العقود الإدارية"، وهذه الجرائم المتعلقة بمختلف أنواع وأشكال الأعمال الإدارية -والتي سنحاول ربطها بمجال إبرام العقود الإدارية- تتمثل في صور الرشوة المستحدثة (الفرع الأول)، وجنحة استغلال النفوذ (الفرع الثاني)، وأخيراً عدم مراعاة الموظف العمومي للالتزامات التي فرضها عليه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الصور المستحدثة للرشوة

تضمن القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، أشكالاً جديدة لرشوة الموظف العمومي لم تكن معروفة من قبل في النظام القانوني الجزائري، والمتمثلة في جنحة استغلال الوظيفة، المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 33 من القانون رقم 06-01 أعلاه (أولاً)، وجنحة الإثراء غير المشروع، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 37 من نفس القانون (ثانياً)، وجنحة تلقي الهدايا، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 38 من نفس القانون (ثالثاً).

¹ - كما تضمن القانون رقم 06-01، كذلك بعض الجرائم المتعلقة بالقطاع الخاص، ومن بينها الرشوة في القطاع الخاص، واختلاس الممتلكات في القطاع الخاص.

أولاً: جنحة إساءة استغلال الوظيفة

بالرجوع إلى المادة 33 من القانون رقم 06-01، نجد أنها تنص: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمداً من أجل أداء عمل في إطار ممارسة وظائفه، على نحو يخرق القوانين والتنظيمات، وذلك بغرض الحصول على منافع غير مستحقة لنفسه أو لشخص أو كيان آخر"، سوف نتطرق لهذه الجنحة من خلال توضيح أركانها (1)، ثم قمعها (2).

1- أركان الجريمة:

من خلال المادة 33 أعلاه، يمكن تحديد أركان جنحة استغلال الوظيفة في صفة الجاني (أ)، الركن المادي (ب)، الركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

كباقي جرائم الفساد التي سبق التطرق إليها، حصرت المادة 33 من القانون رقم 06-01، صفة الجاني في الموظف العمومي كما هو مُعرَّف في المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01، والذي سبق التطرق إليه أعلاه.

ب- الركن المادي:

ينقسم الركن المادي إلى ثلاثة عناصر:

ب-1: أداء عمل أو الامتناع عن أدائه على نحو يخرق القوانين والتنظيمات:

تقتضي هذه الجريمة سلوكاً إيجابياً من الموظف العمومي يتمثل في أدائه عملاً مخالفاً للقانون أو التنظيم، أو سلوكاً سلبياً يتمثل في امتناعه عن أداء عمل يأمره القانون أو التنظيم بأدائه، وهذا الركن هو أساس الجريمة التي تتطلب أن يقوم الموظف بسلوك - سواء كان السلوك إيجابياً أو سلبياً - مخالف للقانون أو التنظيم. بمفهومه الواسع الذي يشمل النصوص التنظيمية كالمراسيم والقرارات وكذلك التعليمات والأنظمة الداخلية.

وقد يكون هذا السلوك إيجابياً⁽¹⁾ كالموظف الذي يمنح الصفقة لمعامل اقتصادي لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومخالفة القرارات الوزارية المطبقة له، وقد يكون سلوك هذا الموظف سلبياً كأن يرفض منح الصفقة أو العقد للمعامل الاقتصادي بالرغم من أنه يستوفي كل الشروط المطلوبة لنيل الصفقة أو العقد.

ب-2: المناسبة:

تقتضي هذه الجريمة أن يقوم الموظف بأداء عمل أو الامتناع عنه مخالفاً للقوانين والتنظيمات، وذلك أثناء ممارسة وظيفته أو بمناسبتها، ولا بد أن يكون العمل الذي أداه الموظف أو امتنع عن أدائه يدخل في نطاق اختصاصه الوظيفي.

ب-3: الغرض:

تقتضي هذه الجريمة أن يكون الغرض والهدف من القيام بعمل أو الامتناع عنه هو الحصول على منافع أو مزايا غير مستحقة، أي كان المستفيد منها سواء كان الموظف نفسه أو غيره كزوجه أو أحد أبنائه، وعنصر الغرض - الذي يصعب إثباته في غياب الطلب والقبول - هو ما يميز جنحة إساءة استغلال الوظيفة عن جنحتي استغلال النفوذ والرشوة السلبية، إذ لا يشترط في الجريمة الأولى أن يطلب الجاني أو يقبل مزية، بل تقوم الجريمة بمجرد أداء عمل أو الامتناع عن أدائه على نحو يخرق القوانين والتنظيمات بغرض الحصول على مزية غير مستحقة، ولو لجأ الموظف إلى طلب مزية أو قبولها يتحول الفعل إلى رشوة سلبية، وعلى ذلك يمكن وصف جنحة إساءة استغلال الوظيفة بجريمة "الطماع"، وقد تتحقق المزية المنتظرة وقد لا تتحقق، وفي الحالتين تقوم الجريمة غير أنه من الصعب إثباتها في حالة عدم تحقق المزية⁽²⁾.

وهنا نحن لا نتفق مع ما توصل إليه فضيلة الدكتور الفاضل أحسن بوسقيعة بخصوص مسألة الهدف من الجريمة، إذ أنه ذكر في مؤلفه أن الغرض من السلوك المادي للموظف العمومي هو الحصول على منافع غير مستحقة، لأن عبارة السلوك المادي يتجه معناها حصراً إلى السلوك الإيجابي للموظف العام،

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 108، 109.

² - المرجع نفسه، ص 110، 111.

والمتمثل في القيام بعمل يخالف القوانين والتنظيمات، في حين أن جنحة إساءة استعمال السلطة قد تتمثل في سلوك سلبى وهو الامتناع.

ج- الركن المعنوي (تعمد إساءة استغلال الوظيفة):

تقتضي جنحة إساءة استغلال الوظيفة توفر القصد الجنائي، أي تعمد إساءة استغلال الوظيفة، بمعنى توفر العلم والإرادة، وذلك أن يعلم الجاني بتوفر جميع عناصر وأركان الجريمة، وأن تتجه إرادته إلى أداء عمل أو الامتناع عن عمل يشكل حرق القوانين واللوائح التنظيمية، فعلى القاضي في هذه الجنحة توجيه أسئلة بدقة حول إساءة استغلال الوظيفة، وليس الاكتفاء بذكر لفظ الاستغلال الذي يعتبر فعل غير مجرم ما لم تضاف إليه عبارة "الإساءة" في استغلال الوظيفة، وإلا تعرض قراره للنقض⁽¹⁾، وهكذا تتطلب جنحة إساءة استغلال الوظيفة القصد الجنائي العام، أما القصد الخاص فهو غير مطلوب ذلك أن نية الاتجار بالوظيفة أو استغلالها تدخل في عنصر العلم الذي هو أحد عناصر القصد الجنائي العام⁽²⁾.

2- قمع الجريمة:

بخصوص قمع الجريمة، تعاقب المادة 33 من القانون رقم 06-01 على إساءة استغلال الوظيفة بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، طبقاً للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على جنحة إساءة استغلال الوظيفة، كل الأحكام المطبقة على جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية - التي سبق التطرق إليها أعلاه-، لاسيما العقوبات التكميلية،

¹ - ينظر في ذلك القرار المؤرخ في 20/03/2014، الخاص بالملف رقم 0922816 في قضية النيابة العامة ضد (م ن)، المتعلق بموضوعه بقرار الإحالة على محكمة الجنايات بخصوص إساءة استغلال الوظيفة، فسؤال محكمة الجنايات، المستند إلى قرار الإحالة والمنصب على استغلال وظيفته، سؤال منصب على فعل غير مجرم، كان يجب على محكمة الجنايات تصحيح الخطأ الوارد بمنطوق قرار الإحالة، بإضافة ركن الإساءة في صياغة السؤال المتعلق بجريمة إساءة استغلال الوظيفة، وما تجدر الإشارة إليه في هذه القضية أن التهمة تكون جنحة معاقب عليها بنص المادة 33 من القانون رقم 06-01، لكنها كانت مرتبطة بجناية التزوير في المحررات الرسمية بتقرير وقائع يعلم أنها كاذبة في صورة وقائع صحيحة كون الجاني محضر قضائي، فقضت محكمة الجنايات بمجلس قضاء سكيكدة ببراءة المتهم، فقام النائب العام بالطعن بالنقض في القرار، فصدر قرار عن المحكمة العليا يقضي بإبطال القرار المطعون فيه للسبب المذكور أعلاه، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2014، ص 429.

- أشارت إليه: بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 157.

² - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 83.

الظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد، وتقادم الدعوى العمومية، وتقادم العقوبة.

ثانياً: جنحة الإثراء غير المشروع

ألزم المشرع الموظف العام بتقديم تبرير معقول عن كل زيادة معتبرة طرأت في ذمته المالية مقارنة بمدائمه المشروعة، وذهب المشرع إلى أبعد نقطة ممكنة في حماية الأموال العامة وذلك حينما اعتبر أن عدم تقديم التبرير هو فعل مجرم يجرم الموظف إلى المتابعة الجزائية.

وهو ما نصت عليه المادة 37 من القانون رقم 06-01، والتي جاءت تحت عنوان: "الإثراء غير المشروع"، حيث جاء فيها: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتمدة التي طرأت في ذمته المالية مقارنة بمدائمه المشروعة....".

والإثراء غير المشروع هو فعل لم يكن يدخل في نطاق دائرة التحريم قبل صدور القانون رقم 06-01، وبعد انتهاج الإرادة السياسية في الدولة لقاعدة: "من أين لك هذا؟"، تم إدخال هذا الفعل في نطاق التحريم⁽¹⁾، وستتطرق إلى هذه الجنحة من خلال توضيح أركانها (1)، ثم قمعها (2).

1- أركان الجريمة:

لقيام جنحة الإثراء غير المشروع لا بد أن تتوفر صفة الجاني (أ)، والركن المادي (ب)، والركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

وهي نفس الصفة التي تطرقنا إليها سابقاً بخصوص الامتيازات غير المبررة، وقبض العمولات من العقود الإدارية، وإذا أردنا أن نربط جنحة الإثراء غير المشروع بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يمكن القول أن صفة الجاني ترتبط بكل الموظفين المتدخلين في إجراءات إبرام الصفقات العمومية

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 106.

وتفويضات المرفق العام، لاسيما الموظفين المختصين بإعداد دفتر الشروط، والموظفين أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁽¹⁾.

ب- الركن المادي:

العنصر الأساسي في جريمة الإثراء غير المشروع يتمثل في حدوث زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العام مقارنة بمداخيله المشروعة (ب-1)، مع عدم إمكانية هذا الأخير تبرير هذه الزيادة المعتبرة (ب-2).

ب-1: حصول زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف مقارنة بمداخيله المشروعة

تعتبر الزيادة المعتبرة التي تطرأ في الذمة المالية للموظف العام مقارنة بمداخيله المشروعة عنصراً أساسياً مكوناً للركن المادي لجريمة الإثراء غير المشروع، وينبغي أن تكون هذه الزيادة معتبرة بمعنى أن تكون ذات أهمية وملفتة للنظر، والغالب أن تكون هذه الزيادة ظاهرة من خلال تغيير نمط عيش الموظف العام (الجاني) كسواء عقارات في أماكن راقية وشراء سيارة فاخرة والإكثار من السفر إلى الخارج... الخ، وقد لا يحدث أي تغيير في نمط عيش الموظف العم (الجاني)، فتقوم الجريمة بمجرد ما تطرأ زيادة معتبرة في رصيده البنكي⁽²⁾، لاسيما وأن البنك ملزم بإخبار الجهات المختصة في حالة وجود شبهة حول هذه الأموال وذلك عند تجاوزها لقيمة محددة.

وهذه الزيادة المعتبرة في الذمة المالية للموظف يمكن معرفتها مقارنة مع مداخيله المشروعة، كالأموال والأموال التي آلت إليه عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية، بمعنى أن لا تكون الذمة المالية للموظف العام قد طرأت عليها زيادة معتبرة بسبب أفعال مجرمة كتنبييض الأموال مثلاً⁽³⁾.

ب-2: عدم إمكانية الموظف تقديم تبرير معقول عن الزيادة المعتبرة في ذمته المالية:

يتمثل العنصر الثاني للركن المادي في جنحة الإثراء غير المشروع، في عجز الموظف العام وعدم استطاعته تقديم تبرير معقول للسلطات المختصة، يبرر من خلاله هذه الزيادة المعتبرة في ذمته المالية مقارنة بمداخيله المشروعة، وهكذا فإن الزيادة المعتبرة في الذمة المالية للموظف العام مقارنة بمداخيله المشروعة لا

¹ - عبد الكريم تبون، مرجع سابق، ص 372.

² - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 107.

³ - عبد الكريم تبون، مرجع سابق، ص 107.

تشكل لوحدها الركن المادي لجنحة الإثراء غير المشروع، بل لا بد من العنصر الثاني والمتمثل في عدم إمكانية تقديم التبرير المعقول عن هذه الزيادة المعتبرة⁽¹⁾.

ج- الركن المعنوي:

باعتبار جريمة الإثراء غير المشروع جريمة عمدية، فهي تتطلب توافر عنصري العلم والإرادة، أي علم الجاني بأنه موظف عام طبقاً للمفهوم الموسع حسب المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وعلمه بتحقيق الزيادة المعتبرة في ذمته المالية مقارنة بمداخيله المشروعة، وبالتالي لا تقوم الجريمة إذا حصلت الزيادة في الذمة المالية للموظف دون علمه، كما يجب أن تتجه إرادة الموظف إلى تلقي هذه الزيادة المعتبرة في ذمته المالية⁽²⁾، وبالتالي تشترط هذه الجنحة القصد الجنائي العام وليس الخاص.

2- قمع الجريمة:

تعاقب المادة 37 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، على ارتكاب جنحة الإثراء غير المشروع بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كما تنص الفقرة 2 من المادة 37 أعلاه، على ما يلي: "...يعاقب بنفس عقوبة الإخفاء المنصوص عليها في هذا القانون، كل شخص ساهم عمداً في التستر على المصدر غير المشروع للأموال المذكورة في الفقرة السابقة بأية طريقة كانت..."، وهكذا يعاقب المشرع كل شخص قد تستر عمداً عن المصدر غير المشروع للأموال التي تكون قد طرأت في الذمة المالية للموظف العمومي، بنفس عقوبة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 43 من القانون رقم 06-01 أعلاه، والتي نصت: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل شخص أخفى عمداً كلاً أو جزءاً من العائدات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، طبقاً للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 107.

² - بدر الدين الحاج علي، مرجع سابق، ص 175.

كما تطبق على جنحة الإثراء غير المشروع، كل الأحكام المطبقة على جنحة إساءة استغلال الوظيفة- التي سبق التطرق إليها أعلاه-، لاسيما العقوبات التكميلية، الظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد، وتقدم الدعوى العمومية، وتقدم العقوبة، وتصدر الإشارة إلى أن جنحة الإثراء غي المشروع من الجرائم المستمرة، تستمر بجيازة الممتلكات غير المشروعة، وذلك طبقا للفقرة 3 من المادة 37 أعلاه.

ويجدر التنبيه بأن جنحة الإثراء غير المشروع لها أساس دستوري، وهو الفقرة الأولى من المادة 23 من الدستور الجزائري لسنة 1996⁽¹⁾، والتي نصت: "لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات⁽²⁾ في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة...". ونلاحظ هنا أن المؤسس الدستوري أضاف مصطلح "العهدات" لهذه الفقرة، وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، أصبحت الفقرة 3 من المادة 23 بموجب مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020.

ثالثا: جنحة تلقي الهدايا

هي جنحة مستحدثة بموجب المادة 38 من القانون رقم 06-01، وهي تشترك مع جنحة الرشوة السلبية في بعض الأحكام، وتختلف معها في البعض الآخر، والغاية من تجريم هذا الفعل هو درأ كل الشبهات التي تحوم حول الموظف العام، بخصوص المتاجرة بالوظيفة العامة، والتي قد تكون في مجال إبرام العقود الإدارية.

وبالرجوع إلى نص المادة 38 أعلاه، نجد أنها تنص: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج، كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير

¹ - الفقرة الأولى من المادة 23 من الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم، سالف الذكر، والتي عدلت بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، سالف الذكر.

² - حسناً فعل المؤسس الدستوري الجزائري عندما أضاف مصطلح "العهدات" للفقرة الأولى من المادة 23 من الدستور الجزائري، وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، وذلك لأن هذه الفقرة كانت تتضمن فقط مصطلح "الوظائف"، ولذلك تدخل المؤسس الدستوري سنة 2016 وأضاف مصطلح "العهدات"، وذلك حتى تتماشى المادة 23 من الدستور مع مضمون القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والذي يعاقب على جنحة الإثراء غير المشروع المحصّل سواء عن طريق الوظائف العمومية أو عن طريق العهدات الانتخابية، وإن كان المؤسس الدستوري قد تأخر كثيرا في إضافة مصطلح "العهدات" للفقرة الأولى من المادة 23 من الدستور، وذلك لأن هذا الأخير تم تعديله سنة 2008، أي بعد سنتين من صدور القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه. يعاقب الشخص مُقدّم الهدية بنفس العقوبة المذكورة في الفقرة السابقة"، سنتطرق إلى هذه الجنحة من خلال توضيح أركانها (1)، ثم نتطرق قمعها (2).

1- أركان الجريمة:

من خلال المادة 38 أعلاه، يتضح بأن قيام جنحة تلقي الهدايا تقتضي توافر صفة الجاني (أ)، والركن المادي (ب)، والركن المعنوي (ج).

أ- صفة الجاني:

يشترط أن يكون الجاني موظف عمومي على النحو الذي سبق بيانه، والملاحظ أن الفقرة 2 من المادة 38 أعلاه، نصت على أنه تطبق نفس العقوبة على الشخص مُقدّم الهدية، وإذا ربطنا هذه الجنحة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فيعاقب كل موظف تلقى هدية أو مزية غير مستحقة، بهدف التأثير في إجراءات الإبرام لصالح متعامل اقتصادي ما، وفي نفس الوقت يعاقب هذا المتعامل الاقتصادي كذلك، وهكذا يتضح لنا بأنه على غرار جنحة الرشوة، تنقسم جنحة تلقي الهدايا إلى قسمين، القسم الأول يمكن أن نطلق عليه: "تلقي الهدايا في جانبها السلبي"، وذلك في مواجهة الموظف الذي قبلها، أما القسم الثاني فيمكن أن نطلق عليه: "تلقي الهدايا في جانبها الإيجابي"، وذلك في مواجهة الشخص الذي قدمها.

ب- الركن المادي:

جاءت المادة 38 أعلاه، تحت عنوان: "تلقي الهدايا"، وهي العبارة التي تفيد استلام الهدية، أي وضع الجاني يده عليها، لكن بالرجوع إلى نص المادة 38 نجد أن المشرع استعمل مصطلح "قبول" accepter، التي لا تعني بالضرورة أن الجاني استلم الهدية فعلا، ويفهم من سياق النص أن المقصود هو تلقي الهدايا، أي استلامها، وليس مجرد قبولها، كما في جريمة الرشوة السلبية⁽¹⁾.

¹-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 104، 105.

والفرق بين جنحة تلقي الهدايا في جانبها السلبي⁽¹⁾ و جنحة الرشوة السلبية، تكمن في مناسبة قبول الهدايا، ففي الرشوة السلبية فإن طلب أو قبول المزية غير المستحقة أو الهدية تكون مقابل قضاء مصلحة الراشي، في حين أن قبول الهدية في جنحة تلقي الهدايا لا يشترط فيها قضاء مصلحة الهادي، لأن المادة 38 أعلاه، نصت على الهدية أو المزية غير المستحقة التي من شأنها التأثير في إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهام الموظف (التأثير في معالجة ملف)، وهنا المادة 38 أعلاه، لم تربط بين الهدية وبين قيام الموظف بأداء عمل أو الامتناع عنه، بمعنى أن التأثير يكون داخلي في نفسية الموظف من جراء الهدية، ولم يكن مشروط عليه بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، وقد تكون الهدية أو المزية ذات طبيعة مادية أو معنوية، مشروعة كانت أم غير مشروعة⁽²⁾، على النحو الذي سبق بيانه بخصوص جنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية.

ج- الركن المعنوي:

جنحة تلقي الهدايا هي من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجنائي العام، المتمثل في علم الموظف العمومي بأن مُقدّم الهدية أو المزية غير المستحقة له مصلحة من وراء ذلك، مع العلم بعدم مشروعية قبولها وتلقيها، إلا أن إرادته تنصرف إلى ذلك، هذا بالنسبة للموظف المتلقي للهدية أو المزية غير المستحقة (جنحة تلقي الهدايا في جانبها السلبي)، أما بالنسبة للشخص المُقدّم للهدية أو المزية غير المستحقة (جنحة تلقي الهدايا في جانبها الإيجابي) فتقوم كذلك الجنحة على القصد الجنائي العام، المتمثل في العلم بعدم مشروعية تقديم الهدية أو المزية غير المستحقة، ومع ذلك تنصرف إرادته لتقديمها.

2- قمع الجريمة:

بخصوص قمع الجريمة، تعاقب المادة 38 من القانون رقم 06-01 على جنحة تلقي الهدايا بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، طبقاً للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على جنحة تلقي الهدايا، كل الأحكام المطبقة على جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال العقود الإدارية - التي سبق التطرق إليها أعلاه-، لاسيما العقوبات التكميلية، الظروف

¹-نقصد بجنحة تلقي الهدايا في جانبها السلبي، تلك التي قبلها الموظف العمومي، أما في مواجهة الشخص الذي قدمها، فقد أطلقنا عليها جنحة تلقي الهدايا في جانبها الإيجابي.

²-أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 105.

المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد، وتقدم الدعوى العمومية، وتقدم العقوبة.

الفرع الثاني

استغلال النفوذ

Trafic d'influence

قد تبدوا للوهلة الأولى من خلال هذه التسمية: "استغلال النفوذ"، بأن هذه الجنحة يرتكبها فقط من يحوز على صفة الموظف العمومي، غير أنه بالرجوع إلى المادة 32 من القانون رقم 06-01، في فقرتها، يتضح لنا بأن جنحة استغلال النفوذ قد يرتكبها موظف عمومي، كما قد يرتكبها أي شخص آخر، لأن النفوذ لا يتعلق بالموظف العمومي فقط، فيمكن لأي شخص ولا اعتبارات معينة - لاسيما الاعتبار المالية-، أن يكون ذو نفوذ عالي، الأمر الذي يجعل حتى أصحاب المناصب السامية والمناصب العليا في خدمته، يأتمرون بأوامره ويتتهون بنواحيه، وهي حقيقة نعيشها، لذلك أردت أن أصل إلى فكرة مهمة مفادها أن النفوذ لا يرتبط بالضرورة بالوظائف العامة، بقدر ما أصبح في وقتنا الحالي يرتبط بأصحاب المال.

والجدير بالذكر أن جنحة استغلال النفوذ لها صورتين، الصورة الأولى تتمثل في استغلال النفوذ السلبي، المنصوص والمعاقب عليها بموجب الفقرة 2 من المادة 32 من القانون رقم 06-01 (أولاً)، أما الصورة الثانية فتتمثل في استغلال النفوذ الإيجابي، المنصوص والمعاقب عليها بموجب الفقرة الأولى من المادة 32 أعلاه (ثانياً)، وتخضع جنحة استغلال النفوذ بصورتها لإجراءات رديعية صارمة بهدف قمعها (ثالثاً).

أولاً: جنحة استغلال النفوذ السلبي:

تنص الفقرة 2 من المادة 32 من القانون رقم 06-01: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 2...- كل موظف عمومي أو أي شخص آخر يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر، بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر، لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض، بهدف الحصول

من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة"، من خلال هذه الفقرة يتضح بنا أركان جنحة استغلال النفوذ السلبي لا تقتضي صفة معينة في الجاني (1)، لكنها تقتضي الركن المادي (2)، كما تقتضي الركن المعنوي (3).

1- صفة الجاني:

كما سبق ذكره أعلاه، قد ترتكب جنحة استغلال النفوذ السلبي من طرف موظف عمومي كما هو مُعرَّف من خلال المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01، كما قد ترتكب من أي شخص آخر، وبالتالي فهذه الجنحة لا تشترط صفة معينة في الجاني، على عكس جنحة الرشوة السلبية التي تقتضي أن يكون الجاني موظف عمومي.

2- الركن المادي:

يقوم الركن المادي لجنحة استغلال النفوذ السلبي على ثلاثة عناصر:

أ- طلب أو قبول مزية غير مستحقة بهدف الحصول على منافع غير مستحقة:

والمقصود بذلك أن يقوم الجاني بطلب أو قبول أي مزية مهما كانت طبيعتها، بشرط أن تكون غير مستحقة - كما سبق توضيحه بالنسبة لجنحة الرشوة في مجال العقود الإدارية-، سواء كان هذا الطلب مباشر من طرف الجاني، أو كان عن طريق وسيط، وقد يكون المستفيد من هذه المنفعة هو الجاني نفسه، أو قد يكون شخص آخر يُعيَّنهُ الجاني، كأن يطلب الجاني من متعامل اقتصادي ما، سكن مقابل توسطه لدى لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، من أجل منحه الصفقة عن طريق مخالفة الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ب- التعسف في استعمال النفوذ:

والمقصود بذلك أن يربط الجاني بين طلب أو قبول المزية غير المستحقة، وبين نفوذه الحقيقي أو المفترض، لقضاء مصلحة شخص ما، والمقصود بالنفوذ الحقيقي هو إساءة استعمال الوظيفة أو الصفة،

أما النفوذ المفترض أو المزعوم فالمقصود به أن يجمع الجاني بين الغش - الذي لا يرقى لجريمة النصب-، وبين الإضرار بالثقة الواجبة في الوظائف العامة⁽¹⁾.

ج- الغرض من استغلال النفوذ:

عُرفت جريمة استغلال النفوذ في فرنسا بأنها جريمة الوسيط intermédiaire⁽²⁾، كأن يتوسط الجاني للمتعامل الاقتصادي لدى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وذلك لأن الفقرة 2 من المادة 32 أعلاه، قد نصت على أن الجاني يتحصل على منافع غير مستحقة من إدارة أو سلطة عمومية، وبالتالي فإن الجاني هنا هو عبارة عن وسيط، وهذا ما يُميّز جنحة استغلال النفوذ السلبي عن جنحة الرشوة السلبية⁽³⁾، حيث أن هذه الأخيرة لا يعتبر الجاني فيها وسيطاً، وهكذا يتمثل الغرض من استغلال النفوذ هو حصول الجاني على مزية غير مستحقة له أو لغيره.

3- الركن المعنوي:

جنحة استغلال النفوذ السلبي هي جنحة عمدية تتطلب القصد الجنائي العام لدى الجاني، المتمثل في توجه إرادته لقبض مزية غير مستحقة، مع العلم بأنها غير مبررة وغير مشروعة، لكونها تمس بتراهة الوظائف العمومية، عن طريق استغلال النفوذ، وبالتالي لا تشترط هذه الجنحة القصد الجنائي الخاص، وذلك على غرار جنحة الرشوة السلبية في مجال إبرام العقود الإدارية، والجدير بالذكر أن جنحة استغلال النفوذ السلبي تقابل جنحة الرشوة السلبية.

¹- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 99.

²- المرجع نفسه، ص 100.

³- في هذه النقطة نحن لا نتفق مع أستاذنا الفاضل الدكتور أحسن بوسقيعة، الذي يرى بأنه يشترط لقيام الجريمة أن يمارس الجاني نفوذه من أجل الحصول على منفعة لفائدة غيره، وليس من أجل حصول الجاني نفسه على تلك المنفعة، مضيفاً بأن هذا ما يميز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة الرشوة السلبية، لكن نحن نرى عكس ذلك، حيث أن الاختلاف بين جنحة الرشوة السلبية وبين جنحة استغلال النفوذ يكمن في الجاني الوسيط، بمعنى أنه في هذه الجنحة الأخيرة فالجاني يتوسط لصاحب المصلحة لدى الإدارة أو السلطة العمومية، بهدف حصول هذا الأخير على منافع غير مستحقة، بينما في جنحة الرشوة السلبية لا يكون جاني وسيطاً، هذا من جهة، ون جهة ثانية فنحن لا نتفق كذلك مع فضيلة الدكتور أحسن بوسقيعة حينما فرّق بين جنحة الرشوة السلبية، وبين جنحة استغلال النفوذ، على أساس أنه في هذه الجنحة الأخيرة يتحصل الجاني على منفعة لغيره وليس لنفسه، لكن حتى في جنحة الرشوة السلبية تكون المنفعة دائماً للغير الذي هو صاحب المصلحة، أما الجاني ففي كلتا الجنحتين يتحصل على مزية غير مستحقة، سواء لنفسه أو لغيره كأحد أفراد عائلته أو أصدقائه.

ثانيا: جنحة استغلال النفوذ الإيجابي:

تنص الفقرة الأولى من المادة 32 من القانون رقم 06-01: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 1- كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض، بهدف الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة، لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل، أو لصالح أي شخص آخر..."، من خلال هذه الفقرة يتضح بنا أركان جنحة استغلال النفوذ الإيجابي لا تقتضي صفة معينة في الجاني (1)، لكنها تقتضي الركن المادي (2)، كما تقتضي الركن المعنوي (3).

1- صفة جاني:

على غرار جنحة استغلال النفوذ السلبي، لا تشترط جنحة استغلال النفوذ الإيجابي صفة معينة في الجاني، وتشارك في ذلك أيضا مع جنحة الرشوة الإيجابية، وذلك لأن الفقرة الأولى من المادة 32 أعلاه، تضمنت عبارة: "كل من وعد..."، وبالتالي قد يتابع بجنحة استغلال النفوذ الإيجابي كل من قام بالسلوك المجرّم، الوارد في نص الفقرة الأولى من نص المادة 32 أعلاه، ومهما كانت صفته.

2- الركن المادي:

يتكون الركن المادي لجنحة استغلال النفوذ الإيجابي من أربعة عناصر:

أ- السلوك المجرّم:

حددت الفقرة الأولى من المادة 32 أعلاه، السلوك المجرّم فيوعد الموظف العمومي أو أي شخص آخر، بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر.

ب- الشخص المقصود (المحرّض على استغلال النفوذ):

على غرار الجاني، لا يشترط صفة معينة في الشخص المحرّض -بفتح الراء- على استغلال النفوذ، فقد يكون موظف عمومي أو أي شخص آخر، المهم أن يكون صاحب نفوذ فعلي أو مفترض، كرئيس مصلحة في الإدارة المتعاقدة، والذي قد يستغل نفوذه لدى لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض مثلا.

ج- الغرض من المزية غير المستحقة المقدّمة للمُحرّض:

يتمثل الغرض من المزية غير المستحقة المقدّمة للمُحرّض -بفتح الراء- في تحريض موظف عمومي أو أي شخص آخر، بهدف استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض، بهدف الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على منفعة غير مستحقة، والتي قد تتمثل في الحصول على الصفقة العمومية مخالفةً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

د- المستفيد من المنفعة غير المستحقة:

على غرار جنحة استغلال النفوذ السلبي، قد يكون المستفيد من المنفعة في جنحة استغلال النفوذ الإيجابي، هو الجاني نفسه أي المُحرّض -بكسر الراء-، وقد يكون المستفيد من هذه المنفعة غير المستحقة هو شخص آخر يُحدده الجاني المُحرّض، كأحد أفراد عائلته أو أحد أصدقائه.

3- الركن المعنوي:

وهو نفس القصد الجنائي الذي تطرقنا إليه بخصوص جنحة استغلال النفوذ السلبي، حيث تقتضي جنحة استغلال النفوذ الإيجابي القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة.

ثالثاً: قمع جريمة استغلال النفوذ -بصورتها السلبية والإيجابية-:

بخصوص قمع الجريمة، تعاقب المادة 32 من القانون رقم 06-01 على جنحة استغلال النفوذ بصورتها، بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، طبقاً للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على جنحة استغلال النفوذ بصورتها، كل الأحكام المطبقة على جنحة إساءة استغلال الوظيفة- التي سبق التطرق إليها أعلاه-، لاسيما العقوبات التكميلية، الظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد، وتقدم الدعوى العمومية، وتقدم العقوبة.

والجدير بالذكر أن مسودة تعديل الدستور قد تضمنت مقترح يمنع ويعاقب على استغلال النفوذ، وذلك بموجب المادة 25 من مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وبالتالي في حالة الموافقة على هذا الاقتراح بصفة رسمية، ستصبح جنحة استغلال النفوذ لها أساس دستوري.

الفرع الثالث

عدم مراعاة الموظف للالتزامات التي فرضها عليه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

(عدم إبلاغ الموظف العمومي لسلطته الرئاسية بوجود تعارض في المصالح)

في إطار التدابير الوقائية في القطاع العام، فرض القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، على الموظف العمومي واجبات والتزامات أساسية والتي تتمثل أساسا في التصريح بالامتلاكات، المنصوص عليه بموجب المواد 4 و5 و6 من القانون رقم 06-01، وجرم المشرع الفعل السلبي للموظف العمومي والمتمثل في عدم التصريح بالامتلاكات، كما جرم كذلك الفعل الإيجابي لهذا الموظف العمومي والمتمثل في التصريح الكاذب بهذه الامتلاكات، وذلك بموجب المادة 36 من نفس القانون، هذا الالتزام المتعلق بالتصريح بالامتلاكات كنا قد تطرقنا إليه بالتفصيل في الباب الأول أثناء تطرقنا لضمانات نزاهة الموظفين العموميين القائمين بعملية إبرام العقود الإدارية.

ثاني التزام يقع على الموظف العمومي في إطار التدابير الوقائية في القطاع العام، يتمثل في إخبار السلطة الرئاسية التي يخضع لها بوجود تعارض بين مصالحه الخاصة والمصلحة العامة، ويكون ذلك من شأنه التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد، وذلك حسب نص المادة 8 من القانون رقم 06-01، وجرم المشرع الفعل السلبي للموظف العمومي الذي لم يقيم بإخبار سلطته الرئاسية بوجود تعارض بين للمصالح، وذلك بموجب المادة 34 من نفس القانون.

وبالرجوع كذلك إلى المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁽¹⁾، والتي جاءت في القسم الثامن تحت عنوان: "مكافحة الفساد"، نجدتها تنص: "عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتنحى عن هذه المهمة"، وهكذا فإن إلزام الموظف المتدخل في جميع مراحل إبرام العقود بتبليغ سلطته السلمية عن وجود تعارض

¹ - مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سالف الذكر.

بين مصلحته الخاصة والمصلحة العامة، يعد من أهم الضمانات المكرّسة والمجسدة للشفافية والمنافسة التزيهة أثناء إبرام عقود الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وبما أنه قد سبق لنا وأن تطرقنا إلى التزام التصريح بالملكيات في الباب الأول من هذه الأطروحة، سنخصص هذا الفرع لجنحة عدم إبلاغ الموظف العمومي لسلطته الرئاسية بوجود تعارض في المصالح، من خلال التطرق إلى أركانها (أولاً)، ثم قمعها (ثانياً).

أولاً: أركان الجريمة:

قبل التفصيل في أركان جريمة عدم الإبلاغ بتعارض المصالح، لا بد من توضيح بعض المفاهيم، وتصحيح بعض الأخطاء التي وقع فيها المشرع أثناء وضعه لشروط وعناصر هذه الجنحة، فبالرجوع إلى المادة 34 من القانون رقم 06-01، نجد أنها تنص: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2)، وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون"، لكن من المفروض العقاب يكون في حالة خرق أحكام المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لكونها المادة التي ألزمت الموظف بالتصريح بتعارض المصالح، وليس المادة 9 المتعلقة بتكريس مبادئ الشفافية والمنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية أثناء إبرام الصفقات العمومية، وإن كانت المادة 34 أعلاه قد أشارت خطأ إلى نص المادة 9 من القانون رقم 06-03.

وبالرجوع إلى نص المادة 8 من القانون رقم 06-01 -والتي يُشكل خرقها جنحة عدم الإبلاغ بتعارض المصالح-، نجد أنها تنص: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد".

ومن خلال المادتين 8 و34 من القانون رقم 06-01، يتضح بأن أركان جريمة عدم الإبلاغ عن تعارض المصالح تقتضي صفة الجاني (1)، والركن المادي (2)، والركن المعنوي (3).

1- صفة الجاني:

كباقي جرائم الفساد التي سبق التطرق إليها، حصرت المادتين 8 و34 من القانون رقم 06-01، صفة الجاني في الموظف العمومي كما هو مُعرّف في المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01، والذي سبق التطرق إليه.

2- الركن المادي:

يتكون الركن المادي لجريمة عدم الإبلاغ عن تعارض المصالح، من عنصرين:

أ- تعارض المصالح الخاصة للموظف العمومي مع المصلحة العامة:

والأمثلة كثيرة جدا لا يمكن حصرها، كأن يكون لعضو لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض شركة تتنافس على الصفقة، فهنا يكون هذا الموظف في وضعية تعارض المصالح، وبالتالي يكون يقع عليه واجب إبلاغ سلطته الرئاسية بهذا التعارض، وذلك من أجل أخذ الاحتياطات والإجراءات اللازمة من أجل ضمان الشفافية والمنافسة الشريفة خلال مرحلة الإبرام، فيمكن للمصلحة المتعاقدة مثلا أن تعفي هذا الموظف من عضوية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بخصوص ملف الصفقة التي تتنافس عليها شركته أو شركة زوجه أو ابنه.

ب- عدم إبلاغ الموظف لسلطته الرئاسية بوجود تعارض في المصالح:

ومعنى ذلك أن يُخل الموظف بالالتزام المنصوص عليه في المادة 8 من القانون رقم 06-01، التي أوجبت عليه بأن يخطر سلطته الرئاسية في حالة وجوده في وضعية تعارض المصالح أثناء أو بمناسبة تأديته لمهامه، والملاحظ أن النص الفرنسي استعمل مصطلح: "autorité hiérarchique" أي السلطة الهرمية، أما النص العربي استعمل مصطلح: "السلطة الرئاسية"، وفي هذا المجال فإن الدكتور الفاضل أحسن بوسقيعة يرى بأن الأصل أن يخبر الموظف العمومي سلطته الرئاسية المباشرة، ولكن لا حرج عليه إذا أخبر سلطة أعلى⁽¹⁾، لكن نحن نرى عكس ذلك لأن مبادئ وأصول القانون الإداري تقتضي احترام السلم الإداري، لذلك فالصياغة الفرنسية كانت جد دقيقة حينما استعملت مصطلح: "autorité hiérarchique"، أي تبليغ السلطة الهرمية (السلمية)، أما الصياغة العربية فجاءت غير دقيقة، لأن مصطلح: "السلطة الرئاسية" يحتمل أكثر من تفسير وأكثر من تأويل، فقد تكون السلطة الرئاسية المباشرة، أو قد تكون السلطة الرئاسية الأعلى درجة، وتفاديا لهذا الغموض كان على المشرع إما أن يستعمل مصطلح: "السلطة السلمية أو الهرمية"، أو أن يستعمل مصطلح: "السلطة الرئاسية المباشرة"، وهكذا تكون المصطلحات دقيقة ومتناسبة مع أصول ومبادئ وقواعد القانون الإداري.

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 188.

3- الركن المعنوي:

جنحة عدم الإبلاغ عن تعارض المصالح هي من الجنح العمدية التي تتطلب القصد الجنائي العام بعنصره، يتمثل العنصر الأول في علم الموظف بأنه في حالة تعارض المصالح وأنه ملزم بالتبليغ عن هذا التعارض، أم العنصر الثاني فيتمثل في اتجاه إرادة الجاني عن عدم التبليغ.

ثانيا: قمع الجريمة:

تنص المادة 34 من القانون رقم 06-01: "يعاقب بالحبس من ستة (6) إلى سنتين (2)، وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، كل موظف عمومي يخالف أحكام المادة 9⁽¹⁾ من هذا القانون"، وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، طبقا للمادة 53 من القانون رقم 06-01، والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، مع مراعاة المادة 51 مكرر من نفس القانون.

كما تطبق على جنحة عدم الإبلاغ عن تعارض المصالح، كل الأحكام المطبقة على جنحة إساءة استغلال الوظيفة - التي سبق التطرق إليها أعلاه-، لاسيما العقوبات التكميلية، الظروف المشددة، والإعفاء من العقوبة أو تخفيفها، ومسؤولية الشخص المعنوي، وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع، وكذلك التجميد والحجز والمصادرة والرد، وتقدم الدعوى العمومية، وتقدم العقوبة.

والجدير بالذكر أن مسودة تعديل الدستور قد تضمنت مقترح مفاده بأنه يجب على كل عون عمومي في إطار ممارسة مهامه، تفادي حالات تضارب المصالح، وذلك بموجب الفقرة 4 من المادة 23 من مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وبالتالي في حالة الموافقة على هذا المقترح سيصبح لجنحة تضارب المصالح أساس دستوري.

وبالرجوع إلى المادة 24 مكرر 1 من القانون رقم 06-01، المستحدثة بموجب المادة 3 من الأمر رقم 10-05، نجد أنها تنص: "تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية. يمارس ضباط الشرطة القضائية التابعون للديوان مهامهم وفقا لقانون الإجراءات الجزائية وأحكام هذا القانون. ويمتد اختصاصهم المحلي في جرائم

¹تمت الإحالة خطأ إلى نص المادة 9، لأنه من المفروض الإحالة تكون للمادة 8 كما سلف الذكر.

الفساد والجرائم المرتبطة بها إلى كامل الإقليم الوطني"، والمقصود هنا بالجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع الأقطاب الجزائرية المتخصصة.

وما يحسب للمشرع في إطار السياسة الجنائية الحديثة في محاربة ظاهرة الفساد، هو إلغاء المادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، والتي لطالما نادينا بإلغائها كونها كانت تعتبر وسمة عار في جبين الشفافية والتزاهة، وذلك لأن طائفة معينة قد وضعت هذه المادة بمثابة صمام أمان لجرائم الفساد المرتكبة من طرفها، حتى لا يمكن تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الاجتماعية للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري، في التشريع المعمول به، وذلك تحت حجة وذريعة رفع التجريم عن أعمال التسيير، لكن السبب الخفي من وراء هذه المادة الخطيرة التي تم استحداثها بموجب الأمر رقم 02-15، المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، يكمن في رفع التجريم عن جرائم الفساد بخصوص فئة معينة دون سواها.

وبصدور القانون رقم 19-10 المضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، تم إلغاء المادة 6 مكرر وأصبح بإمكان النيابة العامة أن تحرك الدعوى العمومية تلقائيا دون شكوى، وهذا ما يبين نية الإرادة السياسية في إطار الجمهورية الثانية في محاربة كل أشكال الفساد، بوضع سياسة جنائية عصرية تهدف إلى نوعية القاعدة القانونية الجزائرية الموضوعية والإجرائية.

وبالتالي عند ختامنا لهذا الباب يتبين لنا بأن الرقابة المؤسساتية سواء المؤسسات الدستورية أو المؤسسات القانونية لها دور كبير في ضمان منافسة نزيهة وشفافة أثناء مرحلة التباري على الطلب العمومي، كما أن الرقابة القضائية هي الأخرى لا تقل أهمية، سواء رقابة القاضي الإداري الاستعجالي من خلال الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، أو من خلال رقابة القاضي الجزائري بخصوص جرائم العقود الإدارية.

حائمه

خاتمة:

بعد الدراسة والتأصيل والتحليل والمناقشة لمضمون هذه الأطروحة التي عاجلت موضوع الشفافية في إبرام العقود الإدارية واستهدفت بيان مدى نجاعة التنافس على الطلبات العمومية في ضوء تلك الإجراءات العديدة المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذي رقم 18-199، فإن الباحث قد توصل إلى إرجاع أصول السياسة التشريعية الوقائية والعلاجية إلى جملة مبادئ حاول المشرع والمنظم تجسيدها من خلال العديد من الإجراءات المتنوعة والتي تجسد من جهة أولى الحماية القانونية والقضائية للحقوق والحريات الأساسية للمتعاملين الاقتصاديين، لاسيما الحق في المساواة وحياد الإدارة بصفة خاصة والمرافق العامة بصفة عامة، وحرية التجارة والاستثمار، ومن جهة أخرى تعتبر هذه المبادئ وما تفرع عنها من إجراءات ضمانات فعالة لحماية المال العام في مجال الطلبات العمومية، وصمام أمان لتزاهة الوظائف العمومية وعدم المتاجرة بها، كما أنها تعتبر من جهة أخرى ضمانات مهمة لنجاعة الطلب العمومي سواء من حيث السعر أو من حيث الجودة.

وبالتالي فإن المبادئ التي يجب أن تؤسس عليها إجراءات إبرام العقود الإدارية، لها سلاح ذو حدين، فهي من جهة تعتبر ضمانات لحقوق وحرريات المتعامل الاقتصادي، ومن جهة ثانية تعتبر ضمانات لنجاعة الطلب العمومي بصفة خاصة، ونزاهة الوظيفة العمومية بصفة عامة، وهذه المبادئ أغلبها مكرّسة بموجب نصوص الدستور، ومع الإعلان عن قيام جمهورية ثانية قوامها إدارة قائمة على المؤسسات تم الإعلان عن دسترة مبادئ أخرى ذات الصلة المباشرة بالحقوق والحريات الأساسية، ومن أهمها الإعلان عن سلطة عليا للشفافية والوقاية من الفساد، ومهما تعددت وتنوعت مبادئ إبرام العقود الإدارية فيمكن حصرها في ثلاث (3) مبادئ أساسية وهي حرية الوصول للطلب العمومي، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات.

وعندما تكون إجراءات الإبرام مؤسسة على تلك المبادئ تكون المنافسة شريفة ونزيهة، وبالتالي نكون قد وصلنا إلى مرحلة الشفافية والتزاهة الإدارية، هذا المبدأ الذي سخر له المؤسس والمشرع والمنظم آليات وقائية وآليات ردعية، بهدف أخلاقية إجراءات إبرام العقود الإدارية وضمن شفافتها.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها:

1- المؤسس الدستوري من خلال المادة 161 من الدستور أخضع القرارات الإدارية لرقابة القضاء وأغفل العقود الإدارية، وهو نفس الخطأ وقعت فيه لجنة الخبراء المكلفة بإعداد مسودة تعديل الدستور، بموجب المادة 174 من مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020.

2- لم يرقم المؤسس الدستوري بدسترة الديوان المركزي لقمع الفساد بالرغم من دوره المهم.

3- أحال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بخصوص إجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام إلى مرسوم تنفيذي، وهذا تنازل من رئيس الجمهورية عن سلطته التنظيمية المستقلة إلى الوزير الأول المكلف بتطبيق القوانين في المجال التنظيمي فقط، وهذا التنازل فيه نوع من المخاطرة، لأن المرسوم التنفيذي تضمن مبادئ تحتوي على حقوق وحرريات، لاسيما حرية التجارة والاستثمار، ومبادئ المساواة والشفافية والمنافسة.. الخ، بمعنى الحقوق والحريات المتعلقة بالإبرام.

4- المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، استثنت كل المؤسسات العمومية من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، باستثناء المؤسسات العمومية ذات الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري في حالة توفر معيار التمويل والمساهمة، وهذه مخاطرة كبيرة نحو الفساد.

5- التنظيمات المتعلقة بالعقود الإدارية المتمثلة في المراسيم الرئاسية، لا يتم عرضها على مجلس الدولة بصفته الاستشارية والذي يتكون من قضاة ذات خبرة وكفاءة، خلافا للقوانين والأوامر، وهذا ما يؤثر على جودة القاعدة التنظيمية ذات الصلة بالعقود الإدارية.

6- المؤسس الدستوري من خلال المادة 188 والفقرة 2 من المادة 191 من الدستور، لم يمنح للأفراد الدفع بعدم دستورية التنظيمات، وحصر الدفع بعدم الدستورية في الحكم التشريعي فقط، في حين أن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام منظمة بموجب مراسيم رئاسية ومراسيم تنفيذية، وبالتالي لا يستطيع المتعامل الاقتصادي أن يدفع بعدم دستورية حكم تنظيمي أثناء النزاع المتعلقة بصفقة عمومية، أو النزاع المتعلق بعقد تفويض المرفق العام، وهذا ما يشكل انتهاك للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، إلا أن لجنة الخبراء قد تداركت هذا الخطأ بموجب المادة 202 من مشروع تعديل الدستور الصادر في ماي 2020، التي منحت إمكانية الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي أو التنظيمي

الذي يتوقف عليه مآل النزاع، والذي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، والجديد أن الدفع بعدم الدستورية يكون أمام المحكمة الدستورية.

7- نص قانون المنافسة على شمول أحكامه للصفقات العمومية، لكنه عاد مرة أخرى واشترط أن لا يعيق هذا التطبيق أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، وهذا ما قد يساعد تمرب المصلحة المتعاقدة من تطبيق قانون المنافسة على صفقاتها وعقودها تحت هذه الذريعة وتحت هذه الحجة.

8- أصبح قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية الإدارية، بموجب تعديل قانون المنافسة سنة 2008 بموجب القانون رقم 08-12، والقاضي الإداري عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالصفقة العمومية يجب عليه كذلك الرجوع لقانون المنافسة لأنه من مكونات المشروعية الإدارية.

9- وقع المشرع في ثغرة قانونية حينما نص على تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، وأغفل اتفاقيات تفويضات المرفق العام، وكان من الأجدر بالمشرع أن يستعمل مصطلح "العقود الإدارية".

10- المرسوم التنفيذي رقم 18-199 يبيّن فقط كفاءات وشروط تفويض مرافق الجماعات المحلية، دون باقي المرافق الأخرى، وهذا ما يعتبر مخالف للمادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وهذا ما يشكل انحراف تنظمي الصالح الجماعات الإقليمية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري من جهة، ويشكل من جهة ثانية إغفال تنظيمي بخصوص باقي الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، والمنصوص عليها في المادة 207 أعلاه (السلطات المفوضّة).

11- المشرع والمنظم قد ألزم الموظفين الذين يشغلون مناصب عليا وسامية في الدولة بالتصريح بممتلكاتهم، لكن تم إهمال الموظفين الذين يشاركون في إبرام العقود الإدارية، وهذه مخاطرة كبيرة نحو الفساد.

12- المادة 6 من القانون رقم 06-01 أعلاه، نجدها قد حولت الرئيس الأول للمحكمة العليا لتلقي التصريح بالممتلكات الخاص بالموظفين أصحاب المناصب القيادية والسامية، دون إعطائه صلاحية التحقيق في هذه التصريحات، لأن دوره يكمن فقط في تلقي التصريحات بالممتلكات، وكأنه عبارة عن صندوق بريد.

13- إن عدم إلزام الموظفين السامين الذين يشغلون مناصب عليا في الدولة باكتتاب ممتلكات أزواجهم ولا حتى ممتلكات أبنائهم البالغين، لا يضمن المكافحة الفعّالة للفساد الإداري والمالي، إذ يمكن للموظف أن يسجل ممتلكات له باسم زوجه أو أبنائه البالغين، فما الفائدة من التصريح بالممتلكات هنا؟.

14- تكون عقود المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، خاضعة للمنافسة ومبادئ الإبرام حتى في حالة عدم خضوعها لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أما المؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي الأخرى بالرغم من عدم خضوعها للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلا أنها تخضع لمبادئ الإبرام.

15- حتى العقود الخاصة للمصالح المتعاقدة، تخضع لمبادئ الإبرام المنصوص عليها في المادة 9 من القانون رقم 06-01، والمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

16- المادة 9 من القانون رقم 06-01 نصت على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة في مجال الصفقات العمومية، وأغفلت اتفاقيات تفويضات المرفق العام.

17- ركز القانون رقم 06-01 على مصطلح "الصفقات العمومية"، في حين لم ينص على اتفاقيات تفويض المرفق العام.

18- جرائم العقود الإدارية كلها عبارة عن جنح، وهذا لا يستقيم والسياسة الجنائية الحديثة في مجال محاربة الفساد.

19- باستثناء جريمة الرشوة في مجال العقود الإدارية، كل الجرائم ذات الصلة بالعقود الإدارية تتقدم إذا لم يتم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وهذا يتنافى مع سياسة الدولة في محاربة الفساد، فمن الأجدر أن لا تتقدم هذه الجرائم سواء تم تحويل العائدات إلى الخارج أم لم يتم تحويلها.

20- يمكن إخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة في مجال العقود الإدارية.

21- القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد يكون مختصا فقط قبل إبرام العقد وليس بعده.

22- يمكن للوالي إخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد إذا كان العقد مبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

23- لم يوزع المشرع الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة بخصوص منازعات العقود الإدارية، بل جعلها من اختصاص المحاكم الإدارية، سواء كانت المصالح المتعاقدة عبارة عن سلطات إدارية مركزية أو محلية، وذلك طبقاً للفقرة 2 من المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دعوى القضاء الكامل)، باستثناء دعوى إلغاء أو تفسير أو تقدير مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، فهنا لا بد من توزيع الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، حسب طبيعة المصلحة المتعاقدة، إذا كانت سلطات إدارية محلية أو مركزية طبقاً للمادتين 801 و901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم.

كما خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات والاقتراحات تتمثل أهمها:

1- نقترح على المشرع بأن يقوم بتوسيع التصريح بالامتلاكات لكل الموظفين الذين يشغلون مناصب قد تكون عرضة لظاهرة الفساد بنسبة كبيرة، مع التبسيط في إجراءات اكتتاب التصريح، وهذا حتى يغلق المشرع المنفذ أمام طائفة كبيرة من الموظفين من الإفلات من تطبيق المادة 37 من القانون رقم 06-01، بحجة أنهم غير معينين بإجراء اكتتاب التصريح بالامتلاكات.

2- نقترح على المنظم إعادة إدراج باقي أنواع المؤسسات العمومية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لكونه لم يُبرر سبب تراجعه عن ذكرها، لذلك يجب إعادة النظر في المادة 6 من هذا المرسوم وهي مادة جد مهمة لكونها تتعلق بمجال ونطاق التطبيق Champ d'application، ومن جهة أخرى فإن عدم تعديل هذه المادة المهمة سوف يثير إشكالات في التطبيقات القضائية لاسيما مسألة اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي.

3- نقترح على المشرع أن يتدخل ويقوم بتعديل نص المادة 2 من الأمر رقم 03-03، فيحذف عبارة "الإعلان عن طلب العروض"، ويعوضها بعبارة "الإعلان عن الطلب العمومي"، وهي العبارة التي تشمل كافة إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية -نحن نقصد هنا فقط إجراءات الإبرام القائمة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية -.

4- نقترح على المشرع تحيين المصطلحات الواردة في الأمر رقم 03-03، حتى تتماشى وتنسجم مع المصطلحات الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك باستبدال مصطلح "المنافسة" بمصطلح "طلب العروض".

- 5- نقترح على المشرع من إخضاع مرحلة إعداد دفتر الشروط لقانون المنافسة، ولرقابة مجلس المنافسة، تكريساً للمبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 6- نقترح على المشرع بل نُلحُّ عليه بقوة من أجل تعديل المادة 9 من القانون رقم 06-01، وذلك بحذف عبارة "الصفقات العمومية" واستبدالها بعبارة "العقود الإدارية"، لأنها العبارة الأشمل والأعم، لكونها تضم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهكذا تنسجم المادة 9 من القانون رقم 06-01 مع المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199.
- 07- نقترح على المشرع استبدال مصطلح: "الصفقات العمومية" الوارد في مواد القانون رقم 06-01، بمصطلح: "العقود الإدارية"، وهكذا حتى لا يتم استثناء أي عقد من الخضوع لجرائم الفساد المنصوص عليها في هذا القانون.
- 08- نقترح على المشرع في إطار السياسة الجنائية الحديثة لمحاربة جرائم الفساد، أن يعيد تكييف جرائم الفساد من جنح إلى جنایات، لأن الحد الأقصى للعقوبة المقررة لجرائم الفساد حالياً هي عشرين (20) سنة وغرامة تقدر بـ: 1.000.000 دج، بمعنى جنح بعقوبات مشددة، وبالرغم من ذلك نقترح إعادة تكييفها إلى جنایات، حتى تصبح العقوبة أكثر شدة.
- 09- نقترح على المشرع بأن يجعل جرائم الفساد لا تتقادم (دعوى عمومية وعقوبة) سواء تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج أو لم يتم تحويلها، على غرار جنحة الرشوة.
- 10- نقترح على المشرع تعديل المادة 9 من قانون العقوبات ونقترح الصياغة التالية: "العقوبات التكميلية هي: -...الإقصاء من العقود الإدارية..."، بدلا من: "الإقصاء من الصفقات العمومية"، وذلك حتى تشمل هذه المادة اتفاقيات تفويضات المرفق العام.
- 11- نقترح على المشرع تعديل المادة 18 مكرر من قانون العقوبات ونقترح الصياغة التالية: "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مادة الجنایات والجنح هي: ...الإقصاء من العقود الإدارية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات..."، بدلا من: "الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات"، وذلك حتى تشمل هذه المادة اتفاقيات تفويضات المرفق العام.
- 12- نقترح على المنظم عند تنظيم مسألة تأهيل المترشحين لنيل عقود تفويضات المرافق العامة أن يقوم بالموازنة بين إعطاء الأولوية للمؤسسات الوطنية وبين المصلحة العامة المتمثلة في نوعية الخدمات التي ستقدمها المؤسسات التي قد تفوز بعقد التفويض، بمعنى أن إعطاء الأولوية للمؤسسات الوطنية كان

المفروض أن لا يكون على حساب جودة الخدمات ونوعيتها، لذلك كان على المنظم أن لا يقصي المؤسسات الأجنبية، من الدخول للمنافسة في مجال عقود تفويضات المرفق العام.

13- نقتراح على المنظم تعديل المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام، وأن يجعل نشر الطلب على المنافسة وطني وعبر وسائل مقروءة ومسموعة.

14- نقتراح على المشرع اعتماد الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية في مجال اتفاقيات تفويض المرفق العام، لأنه بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، والرسوم التنفيذية رقم 18-199، لا نجد أي مادة تتعلق بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بخصوص اتفاقية تفويض المرفق العام، على عكس المعمول به في مجال الصفقات العمومية، لذلك نلتمس من المنظم تدارك هذا الإغفال التنظيمي، واعتماد بوابة الكترونية لتفويضات المرفق العام مثل البوابة الالكترونية المتعلقة بالصفقات العمومية، تكريسا للمنافسة الالكترونية.

15- نقتراح على المنظم أن يحذف عبارة "دون الدعوى الشكلية للمنافسة" من المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لأنه عند قراءة المواد التي بعدها، يتضح لنا بأنه في الحقيقة يوجد منافسة، ولو كانت في نطاق ضيق ومحدود، لأن هذه المادة قد توحي بأن إجراء التراضي لا يقوم على المنافسة، لكن بمجرد قراءة المادتين 50 و 52، سنلاحظ بأن المنظم قد كرس كل مبادئ الإبرام من خلال إجراء التراضي بشكليته، لاسيما مبدأ المنافسة، غير أن هذه المبادئ لا تكون بنفس الحجم المعمول به في طلب العروض، وهذا أمر منطقي، لأن الأمر يتعلق بحالات خصوصية واستثنائية، ذلك لا بد من مواجهتها بإجراءات استثنائية، بشرط المحافظة على الحد الأدنى من مبادئ الإبرام.

16- نقتراح على المشرع تعديل الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة وإدخال عقود تفويضات المرفق العام ضمن الرقابة.

17- نقتراح بل نلح بشدة كبيرة على إلغاء مقرر التجاوز ومقرر التغاضي، واسترجاع المراقب المالي لكامل صلاحياته في الرقابة المالية بصفة عامة، وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، وعدم تقييده بتأشيرة لجنة الصفقات، إذ ما الفائدة من منح المراقب المالي صلاحية كشف التجاوزات المالية، ثم نجبره على منح تأشيرة سميت بتأشيرة "الأخذ بالحسبان"، وتقيده بتأشيرة لجنة الصفقات من جهة أخرى؟.

18- نقتراح على المشرع ونلتمس منه أن يجعل امتثال المحاسب العمومي لتسخير الأمر بالصرف هو استثناء في حالات جد محدودة، وأن يجعل القاعدة هي عدم الامتثال، وذلك حتى لا نفرغ الدور الرقابي المهم للمحاسب العمومي من محتواه.

19- نقتراح على المشرع إعادة صياغة المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بشكل يتناسب والطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وذلك من أجل إزالة كل التأويلات والتفسيرات المختلفة التي أعطيت للمادة 946 أعلاه، ونقتراح حذف عبارة: "إذا أبرم العقد" الواردة في الفقرة 2، والإبقاء على عبارة: "سيبرم"، واستبدال عبارة "يجوز" الواردة في الفقرة 3 من عبارة "يجب".

20- نقتراح على المشرع تعديل المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بما يسمح إعلام الوالي بكل عقود الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها، وذلك حتى يستطيع الوالي ممارسة صلاحية إخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدية، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

21- نقتراح على المشرع تعديل المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومنح الوزير المعني أو ممثله على المستوى المحلي، بإخطار القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالنسبة لعقود المؤسسات العمومية الوطنية.

22- نقتراح على المشرع تعديل الفقرة 6 من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وربط وقف تنفيذ إبرام العقد الإداري بمدى الفصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية، وإلغاء آجال الوقف المحددة بمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوم.

23- نقتراح على المشرع تعديل المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترتيب جزاء إجرائي في حالة عدم فصل القاضي في الدعوى الاستعجالية في آجال عشرين (20) يوم.

24- نلتمس من لجنة الخبراء التي أعدت المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وفي إطار إثراء هذا المشروع، أن يدرجوا إلى قاعدة دستورية جد مهمة قد غابت عن كل الدساتير الجزائرية وهي قاعدة: "الجزء الدستوري"، لأن مسألة الجزاء الدستوري هي مسألة مهمة، فنحن نرى أن القاعدة الدستورية غير المقترنة بالجزاء الدستوري، هي قاعدة شكلية فقط، فعلى سبيل المثال لا الحصر، الفقرة 3 من المادة 192 من الدستور لم ترتب أي جزاء دستوري في حالة عدم إعداد مجلس

المحاسب لتقريره السنوي ورفعته إلى الهيئات المختصة، لأن وضع القاعدة الدستورية وإقرارها بجزء دستوري تكون الهندسة الدستورية في أبهى وأجمل صورها ورونقها الدستوري.

25- نلتمس من لجنة الخبراء التي أعدت المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وفي إطار إثراء هذا المشروع، الالتفات لمسألة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لكون المادة 161 من الدستور نصت على أنه ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية، وهي ترجمة خاطئة لعبارة: "des actes des autorités administratives"، وهذا ما يجعل العقود الإدارية خارجة عن نطاق الرقابة القضائية، لذلك فالترجمة الصحيحة: "ينظر القضاء في الطعن في أعمال السلطات الإدارية"، لكون المادة 174 من مشروع التعديل الدستوري الصادر في ماي 2020، قد تضمنت نفس الخطأ.

26- نلتمس من لجنة الخبراء التي أعدت المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وفي إطار إثراء هذا المشروع، بأن يقترحوا رفع وصاية رئيس الجمهورية عن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ونلتمس بأن يكون أعضاء الهيئة منتخبين وليس معينين، حتى نضمن القطيعة والاستقلالية التامة بين الهيئة و بين السلطة التنفيذية، ونفس الشيء يطبق على السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، المنصوص عليها بموجب المادة 215 من مشروع تعديل الدستور، وذلك في حالة حلولها محل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

27- نلتمس من لجنة الخبراء التي أعدت المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وفي إطار إثراء هذا المشروع، تفعيل دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، عن طريق تغيير مهمتها من الدور الاستشاري والتحسيبي إلى الدور الرقابي، وذلك عن طريق تغيير هندستها الدستورية بإخراجها من المؤسسات الدستورية الاستشارية، وإدراجها ضمن المؤسسات الدستورية الرقابية، وإن كنا نتمن كثيرا عمل لجنة الخبراء حينما أدرجت السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، المنصوص عليها بموجب المادة 215 من مشروع تعديل الدستور، في الباب الرابع المتعلق بمؤسسات الرقابة، ولم تدرجها في الباب الخامس المتعلق بالمؤسسات الاستشارية، لذلك من الأفضل أن تحل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته محل الهيئة الوطنية.

28- نلتمس من لجنة الخبراء التي أعدت المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وفي إطار إثراء هذا المشروع، أن يقترحوا دسترة الديوان المركزي لقمع الفساد وإدراجه ضمن الباب الرابع المتعلق بالمؤسسات الدستورية الرقابية.

29- نلتمس من لجنة الخبراء التي أعدت المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الصادر في ماي 2020، وفي إطار إثراء هذا المشروع، أن يقترحوا إحالة المراسيم الرئاسية التنظيمية والمراسيم التنفيذية قبل إصدارها، على مجلس الدولة لينظر فيها بصلاحياته واختصاصاته الاستشارية، نظرا للكفاءات التي يتشكل منها مجلس الدولة، وذلك نظرا لتسجيل الكثير من الانحرافات التنظيمية، وخروج هذه المراسيم عن المجالات المحددة لها دستوريا، وهو ما بيناه بالتفصيل في هذه الدراسة، آخذين العقود الإدارية كعينة.

30- نقترح على المشرع وضع مدونة لأخلاقيات المهنة مشتركة وموحدة لجميع الموظفين العموميين

31- نقترح على المشرع وضع قواعد قانونية واضحة وصريحة تعفي الرؤوس من تطبيق أوامر رئيسه الإداري غير المشروعة، عندما تكون عدم المشروعية واضحة، وحتى ولو كانت هذه الأوامر مكتوبة، وهذا ما يجسد أحلقة العمل الإداري، لاسيما في مجال إبرام العقود الإدارية.

32- آخر توصية جد مهمة نختتم بها، نقترح أن يقوم البرلمان بالتشريع بموجب قانون نطلق عليه تسمية: "القانون الإطار المتعلق بالعقود الإدارية" La loi-cadre relative aux contrats administratifs، هذا القانون يتضمن فقط المبادئ التي لا تتغير، كمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، أما الإجراءات التي تحتاج إلى التعديل والتحيين المستمر، والتي ليس لها علاقة بحقوق وحرريات الأشخاص، تبقى من اختصاص التنظيم بواسطة المراسيم الرئاسية، وذلك بهدف تحقيق مبدأ: "العقد الإداري بين ضرورة الثبات والاستقرار التشريعي ومتطلبات التجديد والتغيير التنظيمي، تحقيقا للأمن القانوني التعاقدية"، وهو الأمر الذي انتبهت له لجنة الخبراء المكلفة بإعداد، مسودة تعديل الدستور، حيث أن المادة 144 فقرة 10 من المشروع التمهيدي لتعديل الدستور، الصادر في ماي 2020، أعطى للبرلمان صلاحية التشريع بقوانين في مجال القواعد العامة المتعلقة بالطلبات العمومية، وهذا تعديل نثمنه كثيراً.

وتم بحمد الله

الملاحق

الوقائع والاجراءات :

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية بـغليزان بتاريخ 12-23-2015 تحت رقم 15-178 أقامت مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ممثلة بواسطة مديرها..... عن طريق الأستاذ مصطفى بوحجلة دعوى قضائية ضد المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي جاء فيها : أنه و على اثر إعلان بمناقصة وطنية من طرف المدعى عليه تقدمت مؤسسة العارض أمام مديرية التجهيزات العمومية بولاية غليزان من اجل المشاركة في مناقصة وطنية حاملة لرقم 111 خاصة بمشروع إنجاز فرقة متنقلة للشرطة القضائية بالمكان الرئيسي للولاية و انه و بعد العروض من طرف المدعى عليها تحصلت مؤسسة العارض على اقل عرض في حصة vrd + جدار إحاطة + مرآب للسيارات الا انه و بعد الإعلان على المنح المؤقت للصفقة بتاريخ 16/12/2014 بجريدة الوصل ' تفاجأ العارض بفوز متعهد آخر رغم تقديم العارض لاقل عرض مالي و ملف تقني يستجيب لمكونات العرض التقني المطلوبة في موضوع المناقصة محل النزاع و ان مصلحة الصفقات العمومية بمديرية التجهيزات العمومية بولاية غليزان بررت اقصائها للعرض المقدم من طرف العارض بعدم تاهيلها تقنيا و حصولها على 48 نقطة علما ان النقطة الاقصائية في دفتر الشروط للمناقصة السالفة الذكر هي 50 نقطة و ان سبب اقصاء مؤسسة العارض هو رفض المدعى عليها لشهادة المهندس المقدمة و المرفقة بجدول التصريح السنوي للإجراء لدى صندوق الضمان الاجتماعي ' و حصولها على نقطة 00 من اصل 10 نقاط الخاصة بالمهندس و انه و خلافا لما تذرعت به المدعى عليها ' فان ملف المناقصة المقدم من طرف العارض يحتوي على صورة طبق الأصل لشهادة مهندس في الهندسة المدنية مرفوقة بصورة طبق الأصل لجدول التصريح السنوي للإجراء المؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي و الذي يثبت انتساب المهندس السالف ذكره منذ سنة 2010 و أن المدعى عليها أقصت العارض بسبب تفسيرها الخاطئ لنص المادة 122 من المرسوم 10/236 و ان الوثيقة المتمثلة في شهادة انتساب المهندس لدى صندوق التأمينات الاجتماعية ، و التي ارتأت المدعى عليها اعتبارها ناقصة و تم بسببها إقصائه لا تدخل ضمن العرض التقني المقصود في نص المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10/236 ، و ذلك ما استقر عليه عليه القضاء و هو من خلال النص الفرنسي لنفس المرسوم و أن توقيف عملية منح هذه الصفقة هو تدبير تحفظي ضروري و ذلك الى غاية الفصل النهائي في النزاع المطروح على قضاة الموضوع و لهذا فهو يلتمس في الشكل قبول الدعوى شكلا و في الموضوع: أمر المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي ممثلا في رئيس اللجنة الولائية للصفقات العمومية لولاية غليزان بوقف تنفيذ عملية منح الصفقة العمومية المتمثلة بـإنجاز الفرقة المتنقلة للشرطة القضائية بالمكان الرئيسي للولاية ، حصة vrd + جدار إحاطة + مرآب للسيارات وذلك الى غاية الفصل في دعوى الموضوع المجدولة لجلسة 09/03/2015 تحت رقم 177/15

..... بتاريخ 2-3-2015 أجابت المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي بمذكرة جوابية جاء فيها :حول طلب رفض الدعوى شكلا :فان المشروع كان لمصلحة مديرية التجهيزات العمومية لولاية غليزان ، هذه المديرية التي لها أهلية التقاضي و الذمة المالية المستقلة ، و التي هي تابعة لوزارة السكن و العمران و المدينة و بالتالي كان للمدعى أن يرفع دعواه مباشرة ضد المستفيد من الصفقة او على الأقل إدخاله في النزاع و هو الأمر الذي لم يحدث و بالتالي يتعين رفض الدعوى الحالية شكلا و حول طلب رفض الدعوى لعدم التأسيس :انه و بعيدا عن تصريحات المدعى التي لا تستند إلى أي أساس قانوني فان المدعى عليه يصرح بان المدعى سبق و ان قدم طعنا في قرار المنح المؤقت للصفقة و الذي تمت دراسته أمام اللجنة الولائية للصفقات العمومية بتاريخ 29/01/2015 و قد تبين انه المدعى لم يقدم قائمة العمال المصرح بهم لسنة 2014 و هو تاريخ فتح الاظرفة بل قدم قائمة العمال المصرح بهم لسنة 2013 و استنادا الى ذلك ران اللجنة ان النقطة الممنوحة من طرف لجنة تقييم العروض التقنية هي 00 نقطة فيما يخص التاطير التقني و استخلصت في الأخير ان طعن المدعى لم يكن مؤسسا مضمونا لعدم تجاوزه النقطة الاقصائية المحددة في دفتر الشروط ب 50 نقطة و أن المدعى راح

يحاول ان يفسر نص المادة 122 من مرسوم 10/236 حسب رغباته لا حسب القانون و هو بذلك يريد من القضاء الاستعجالي ان يناقش موضوع الصفقات العمومية و الذي هو ليس من اختصاصه و ان الصفقة منحت لمتعهد آخر توفرت فيه الشروط القانونية و الذي بدا العمل و ان طلب المدعي بتوقيف منح الصفقة من شأنه ان يعرض المدعى عليه لخسائر مادية فادحة لا يمكن تداركها خاصة و ان القضية التي يدعي المدعي بأنه رفعها في الموضوع قد تستغرق وقتا طويلا و في هذه المدة المشروع يكون قد تم الانتهاء منه و أن طلب المدعى لا يدخل في نطاق اختصاصات القاضي الاستعجالي لان المدعى لم يبين دواعي الاستعجال ، كما ان القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق عكس دعوى المدعي الحالية التي هدفها الأساسي الباطن هو إلغاء منح الصفقة حتى و ان كان ظاهرها هو وقف المنح المؤقت و لهذا فهو يلتمس اصالة الحكم برفض الدعوى شكلا و احتياطيا: الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس .

- و عملا بأحكام المادة 884 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تم تحرير هذا التقرير الذي تمت تلاوته بجلسة المرافعات من طرف القاضي المقرر بتاريخ 2015-03-23 و أبدى الخصوم بملاحظاتهم الشفوية دعما لمذكراتهم الكتابية ، و تم تأكيد التماسات السيد محافظ الدولة ، ثم أدخلت القضية في المداولة بنفس الجلسة و في هذا التاريخ و بنفس الأعضاء الذين شكلوا جلسة المرافعات أصدرت المحكمة الإدارية الحكم التالي :

**** وعليه فإن المحكمة ****

- بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية و المذكرات الجوابية .
- بعد الاطلاع على التماسات السيد محافظ الدولة المؤرخة في 15-03-2015 الرامية إلى رفض الدعوى لعدم التأسيس .
- بعد الاطلاع على وثائق المدعية و هي نسخة من عريضة الطعن - نسخة من رد الوالي - نسخة من عريضة افتتاحية لدعوى الموضوع - نسخة من إعلان عن منح مؤقت .
- بعد الاطلاع على المواد 815-816-844-845-846-884-889-919-923-924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- " بعد المداولة طبقا للقانونون .
- من حيث الشكل :
- حيث يرافع المدعي بواسطة محاميه المدعى عليها ملتصقا بقبول الدعوى شكلا و في الموضوع أمرها بوقف تنفيذ عملية منح الصفقة العمومية المتضمنة إنجاز الفرقة المتنقلة للشرطة القضائية بالمكان الرئيس للولاية و ذلك إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع .
- حيث أجابت المدعى عليها ولاية غليزان ممثلة بوالي الولاية و بواسطة محاميها ملتصقة أصلا الحكم برفض الدعوى شكلا و احتياطيا الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس.
- حيث أن موضوع الدعوى يتمثل في طلب وقف تنفيذ عملية منح الصفقة .
- حيث تبين للمحكمة أن المدعي يزعم أنه شارك في مناقصة وطنية خاصة بمشروع إنجاز فرقة متنقلة للشرطة القضائية و تحصلت مؤسسة على أقل عرض بعد فتح العروض إلا أنه تفاجأ بيفوز متعهد آخر بعد الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة بتاريخ 2014-12-16 و هذا بحجة عدم تأهيله تقنيا و حصوله على 48 نقطة من أصل 100 نقطة مع العلم أن النقطة الاقصائية في دفتر الشروط للمناقشة هي 50 نقطة التي لم يتجاوزها المدعي.
- حيث أن المدعي قدم طعنا أمام لجنة الصفقات للولاية و تم رفض طعنه و بلغ به بتاريخ 7-2-2015 .
- حيث أن المدعي يركز من خلال هذه الدعوى على دفع موضوعية باعتبار أنه تتوفر فيه شروط منح الصفقة و أن المدعى عليه لم تقم بمراسلته من أجل استكمال العرض التقني طبقا لأحكام المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 10-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
- حيث أن الدفوع الموضوعية تمس بأصل الحق و بالتالي فإن الدعوى الحالية لا تتوفر على ركن الاستعجال .
- حيث أنه و من جهة أخرى فإنه ليس من اختصاص القضاء الاستعجالي توجيه أوامر للإدارة

- أو الأمر يوقف الصفقات العمومية ما دام أن عقد الصفقة محل النزاع قد تم .
- حيث أن القضاء الاستعجالي لا يكون مختصا إلا أثناء إبرام الصفقة و في حالة عدم التزام الإدارة بإجراءات الإشهار و ليس بعد إبرام العقد.
- حيث أنه - و الحالة هذه - يتعين الحكم برفض الطلب لعدم التأسيس.
- حيث من خسر دعواه يتحمل مصاريفها .

**** لهذه الأسباب ****

تقرر المحكمة الادارية الغرفة الاستعجالية علنيا ابتدائيا حضوريا:
في الشكل: قبول الطلب.

في الموضوع: رفض الطلب لعدم التأسيس.

المصاريف القضائية تتحملها المدعية والمقدرة ب 1000 دج.

- بذا صدر هذا الحكم وأفصح عنه جهارا بالجلسة العلنية وأمضي أصله من طرف الرئيس
والمستشار المقرر وأمين الضبط.

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس(ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 14/01456
رقم الفهرس: 14/01463
جلسة يوم: 14/12/28

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في الثامن والعشرون من شهر ديسمبر سنة ألفين و أربعة عشر
برئاسة السيد (ة): طيبي رشيدة
بعضوية السيد (ة): قارة تركي نسيمة
وبعضوية السيد (ة): خالد خيرة
وبمحضر السيد (ة): خدام منير
وبمساعدة السيد (ة): بوحجر فريدة

رئيسا
مستشارا
مستشارا مقرر
محافظ الدولة
أمين الضبط

المدعي:

شركة ذات المسؤولية المحدودة
آف ، أم ، سي، بي FMCB
الممثلة من قبل مسيرها
القانوني

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 14/01456

بين:

1 () شركة ذات المسؤولية المحدودة آف ، أم ، سي، بي المدعي
FMCB الممثلة من قبل مسيرها القانوني

المدعي عليه:

الصندوق الوطني لمعادلة
الخدمات الاجتماعية FNPOS
الفرع الجهوي بوهران الممثلة
من قبل مديرها الجهوي

العنوان: مقرها 28 نهج الامير عبد القادر عين الترك وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): بن صالح امين محامي لدى المجلس

من جهة

وبين

1 () الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية
FNPOS الفرع الجهوي بوهران الممثلة من قبل
مديرها الجهوي
العنوان: مقرها بحي العقيد لطفى حي خميستي وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): دوسن محمد محامي لدى المجلس

من جهة ثانية

إن المحكمة الإدارية بوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2014/12/28

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة). خالد خيرة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

محافظ الدولة

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيدة(ة) خدام منير

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

صفحة 1 من 3

رقم الجدول: 14/01456

رقم الفهرس: 14/01463

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

بموجب طلب مسجل لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية بتاريخ 04-12-2014 تحت رقم 1456-14 تلتمس شركة ذات المسؤولية المحدودة آف أم FMCB الممثلة بمسيرها القانوني من المحكمة الإدارية بواسطة وكيلها الأستاذ بن صالح أمين أمر
الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية FNPOS وقف تنفيذ المقررين للفسخ رقم BIS 1357 / 1358 ص و م خ / ف ج و / 2014 الى حين الفصل نهائيا في دعوى الإلغاء المطروحة أمام نفس الجهة القضائية تحت رقم 1455/14 مفاد هذا الطلب أنه بموجب مناقصة وطنية للصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية تحصلت على صفقة عمومية بتاريخ 26-05-2011 تحت رقم FMPOS/CCM/90/11 الممثلة في اتمام مشروع 74 مسكن من بين 120 (74/120) بمد معسكر خلال مهلة محددة لاجال التسليم و ان الشركة شرعت في التنفيذ وفقا لأمر بالخدمة المؤرخ في 24-08-2011 تحت رقم 33/2011 و بموجب مناقصة لاحقة تحصلت الشركة على اتمام مشروع انجاز 10 مسكن على 120 (10/120) بتاريخ 21-04-2012 رقم FMPOS/CCM/99/12 اتماما لنفس المشروع الواقع بنفس المقر خلال مدة محددة الاجال و شرعت في الخدمة بموجب امر بالخدمة المؤرخ في 08-07-2012 و بموجب المناقصة الأخيرة تحصلت الشركة على المشروع المتبقي المتمثل في انجاز 36/120 بتاريخ 04-07-2012 تحت رقم FMPOS/CCM/99/12 اتماما للمشروع الاجمالي خلال مهلة محددة لاجال التسليم أين شرعت في المهام بموجب أمر بمهة مؤرخ في 28-08-2012 و أنه مباشرة بعد الشروع في الاعمال موضوع الصفقة تدخل مصالح ctC (المراقبة التقنية للبناءات الاسمنت المسلح بموجب مختلف اوامر الوقف للبناءات ثم باضافة ملحقات المشروع الأصلي اين مدد اجال تسليم المساكن موضوع الصفقة وفقا للبطاقة التقني للمشروع الاتي ذكرها:
1-اجال تسليم 74 مسكن / 120 الى حين 02-08-2015.
2-اجال تسليم 36 مسكن / 120 الى حين 02-07-2016
3-اجال تسليم 10 مسكن / 120 الى حين 07-06-2015 .
وانها لما اصبحت على وجه اتمام المشروع تأكد لها عبر الجرائد و الانترنت انها مضوع فسخ منذ تاريخ 06-11-2014 دون اي سبب جدي و لذلك التمس وقف تنفيذ الفسخ.
و بجلسة 21-12-2014 اجاب المدعى عليه بواسطة وكيله الأستاذ دوسن محمد في الشكل ان المدعية ترفع دعاواها ضد الفرع الجهوي ممثلا بمديره الجهوي الا ان الصندوق الوطني يمثله مديره العم و مقره الاجتماعي بالجزائر العاصمة و بالتالي تنعدم فيه الصفة و فيما يخص مبدا تفريد الدعوى القضائية اذ ان موضوع الدعوى يتضمن طلبين يتعلق بوقف تنفيذ مقرر فسخ الصفقة رقم 130 و الطلب الثاني متعلق بوقف تنفيذ الصفقة رقم 99 و لذلك فانه لم يحترم مبدا تفريد الدعوى القضائية و عليه التمس عدم قبول الدعوى شكلا و في الموضوع : فان طلب وقف تنفيذ مقرر الفسخ امام القضاء الاداري الاستعجالي الا انها لم تبين الخط المحقق او الخسارة المحتملة التي لا يمكن تداركها و بالتالي لا يوجد ظرف الاستعجال ، كما ان المدعى عليه لجا الى فسخ الصفقتين بعد اتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة من اعداد المدعية كما لاحظ تقاعس من طرف المدعية في الانجاز و هذا من خلال محاضر الزيارات للورش و كذا تقرير مكتب الدراسات المعتمد ، ثم التمس اصلا رفض الدعوى شكلا لانعدام الصفة و احتياطيا رفضها لعدم تفريد الدعوى القضائية و احتياطيا جدا رفضها لعدم التأسيس القانوني.
و بجلسة المرافعة المحددة ليوم 21-12-2014 حضر الطرفان و تمسك كل واحد بطلباته و وضعت القضية للمداولة لجلسة 28-12-2014 .

**** وعليه فإن المحكمة ****

- بعد الإطلاع على ملف القضية والوثائق المرفقة به .

- بعد الاستماع إلى التماسات محافظ الدولة.
- بعد الإطلاع على المواد 917 - 918 - 923 - 924 - 931 - 932 - 933 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد المداولة قانونا .
- حيث أن المدعية تلتزم وقف تنفيذ المقررين للفسخ رقم BIS 1357 / BIS 1358 ص و م خ / ف ج و / 2014 الى حين الفصل نهائيا في دعوى الإلغاء المطروحة أمام نفس الجهة القضائية تحت رقم 1455/14 .
- حيث دفع المدعى عليه برفض الدعوى لعدم التأسيس.
- حيث ثبت للمحكمة أن الأمر يتعلق بوقف تنفيذ صفقة.
- حيث انه من المقرر قانونا ان القضاء الاستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقا لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- حيث أنه لوقف تنفيذ مقرر فسخ الصفقة يتعين مناقشة أسباب الفسخ و مناقشة الصفقة في حد ذاتها مما يعتبر مساس بأصل الحق.
- حيث أنه إضافة إلى أن الطلب يمس بموضوع الدعوى فلا يتوفر فيه عنصر الاستعجال.
- حيث أنه بناء على ما تقدم يتعين التصريح برفض طلب المدعية.
- حيث أن المصاريف القضائية على عاتق خاسر دعواه طبقا لأحكام المادة 896 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

**** لهذه الأسباب ****

- بتاريخ 2014/12/28 أمرت المحكمة الإدارية علنيا حضوريا ابتدائيا برفض الطلب .
- إبقاء المصاريف القضائية المقدرة بخمسة آلاف (5000) دج على عاتق المدعية .
- بدا صدر هذا الأمر وأفصح به جهازا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس (ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 15/00269
رقم الفهرس: 15/00329
جلسة يوم: 15/03/29

مبلغ الرسم / 1000 دج

المدعى:

شركة المساهمة للاشغال
البحرية للغرب ، (صوگرامو)
(شركة ذات اموال الدولة)
ممثلة برئيس مديرها العام

المدعى عليه:

والي ولاية وهران
مدير التكوين المهني لولاية
وهران

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في التاسع و العشرون من شهر مارس سنة ألفين و خمسة عشر
برئاسة السيد (ع): طيبي رشيدة
بعضوية السيد (ع): قارة تركي نسيمة
وبعضوية السيد (ع): خالدي خيرة
وبمحضر السيد (ع): خدام منير
وبمساعدة السيد (ع): ظاهر محمد

رئيسا مقرا
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00269

بين:

1 (شركة المساهمة للاشغال البحرية للغرب ، (صوگرامو) المدعى
(شركة ذات اموال الدولة) ممثلة برئيس مديرها العام
العنوان: مقرها برقم 27 اسطو وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ع): عيساني عبد الكريم محامي دى المجلس

من جهة

وبين

1 (والي ولاية وهران
المباشر للخصام بنفسه
المدعى عليه
2 (مدير التكوين المهني لولاية وهران
المباشر للخصام بنفسه
المدعى عليه

من جهة ثانية

وبحضور:

1 (مؤسسة ***** للاشغال والبناء ETB ، باسمها مالکها
العنوان : الكائنة برقم 14 شارع اول ماي ببطيوة
2 (مؤسسة و***** م للاشغال والبناء ETB باسمها مالکها
3 (السيد محافظ الدولة

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/03/29

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق
لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما المواد 876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) طيبي رشيدة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) خدام منير محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد مداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

حيث وبعريضة مسجلة بتاريخ 2015/03/02 قامت شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب "صوگرامو" بمديرها وبواسطة الأستاذ عيساني عبد الكريم بمرافعة ولاية وهران بممثلها ومديرية التكوين المهني لولاية وهران ومؤسسةة للأشغال والبناء E.T.B بمثلها من أجل أمر المدعى عليهما استعجاليا والي ولاية وهران ومدير التكوين المهني لولاية وهران بتسليم المدعية شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب، (صوگرامو) أو الصفقتين رقم 14/32 المتحدث عنهما بالقضيتين 14/1475 و 14/1476 والتي تمت بين مدير التكوين المهني لولاية وهران بتفويض من والي ولاية وهران مع مؤسسة الأشغال والبناء ولد قادة المؤسسة للأشغال والبناء ولد قادة بلقاسم .

حيث تعرض المدعية شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب "صوگرامو" ذات أموال الدولة تتقدم باسمها رئيس مديرها العام، ممثلة بوكيلها بدعواها ضد المدعى عليهما السيد والي ولاية وهران ومدير التكوين المهني لولاية وهران بحضور مؤسسة ولد قادة الأشغال والبناء E.T.B باسمها مالكة، وكذا مؤسسة الأشغال والبناء ولد قادة بلقاسم وذلك تحت الأسباب الآتية .

أن شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب " صوگرامو" شركة ذات أموال الدولة مالكة لقطعة أرضية بلدية بطبقة بمساحة 06 هكتار 55 آر و 88 سنتييار بموجب عقد إداري للملكية بتاريخ 1977/12/19 محرر من مديرية أملاك الدولة لولاية وهران مشهر بالمحافظة العقارية لولاية وهران بتاريخ 04 جانفي 1978 (وثيقة رقم 01) الترجمة باللغة العربية (وثيقة رقم 02) (وثيقة رقم 03) عقد توثيقي بتغيير اسم المدعية التي أصبحت باسمها الحالي .

أن المدعية التمسست من خبير عقاري معاينة ملكيتها بموجب الوثائق، وعلى الأرضية حيث حرر خبرة عقارية بين من خلالها مساحة ملكية المدعية الأرضية الكاملة حسب عقد ملكيتها ب06 هكتار 55 آر و 88 سنتييار والمساحة المشغولة حاليا من قبلها بنات وورش عمل 05 هكتار 02 آر و 73 سنتييار والمساحة المعتدى عليها حيث يقام بها مركز تكوين مهني، وهي بمقدار 01 هكتار 28 آر و 59 سنتييار (خبرة الخبير وثيقة رقم 04) .

أن المدعية مالكة للقطعة الأرضية المذكورة وضعت عليها لآفة تبين ملكيتها لها، وكذا معالم للقيام بأشغال البناء عليها كما يثبت محضر المعاينة المرفوق (وثيقة رقم 05) .

حيث أن المدعية فوجئت عند قيام مديرها العام يقوم بدورية عمل بالأمكنة بأن وجد مجموعة من الأشخاص باليات وعتاد يقومون بأعمال الحفر والتهينة للقطعة الأرضية بغرض البناء عليها . أنه على اثر ذلك تقدمت المدعية باسم مديرها العام بطاب الى السيد رئيس المحكمة لاستصدار أمر على ذيل عريضة طلب من خلالها تعيين محضر قضائي للانتقال الى قطعها الأرضية المذكورة من أجل المعاينة واثبات حالة على الأشغال التي يقوم بها الأشخاص المذكورين وكذا استجواب المكلفين بالأشغال عن هويتهم وعن السنن القانوني الذي بحوزتهم للقيام بهذه الأشغال .

أن السيد رئيس المحكمة أصدر أمرا على ذيل عريضة بتاريخ 2014/09/30 (وثيقة رقم 06) يقضي بتعيين محضر قضائي للقيام بالمهمة المشار إليها أعلاه .
 وأن المحضر القضائي انتقل الى عين المكان وحرر محضرا بالمعينة والاستجواب بتاريخ 2014/10/01 (وثيقة رقم 07 ثبت من خلالها " وجود أشغال حفر ووجود معالم الجير على العقار كما وجد شاحنة وآلة حفر " .
 وأن المحضر القضائي قابل شخص بالأمكنة يدعى درها ابراهيم الذي أجاب بأن مؤسسة ولد قادة بلقاسم هي التي تقوم بالأشغال وبحوزتها الأمر للقيام بها .
 وأن المحضر القضائي عاين أيضا وجود لآفة على حافة العقار بها كتابة متمثلة في وزارة التكوين والتعليم المهني مديرية التكوين المهني لولاية وهران مؤسسة
 وانه تبين للمدعية بأن السيد مدير التكوين المهني لولاية وهران وبتفويض من السيد والي ولاية وهران قام بتنصيب المؤسسة الخاصة؛ بالأمكنة للقيام بأشغال بناء معهد تكوين مهني .
 - بمحضر تنصيب الشركة الخاصة المذكورة بتاريخ 2014/09/14 (وثيقة رقم 08) .
 - وأمر بالخدمة مسلم للمؤسسة الخاصةم غير مؤرخ وبدون رقم (وثيقة رقم 09) وأن المدعية أقامت دعوى أمام المحكمة الإدارية ضد السيد والي ولاية وهران ومدير التكوين المهني لولاية وهران ومؤسسة البناء الخاصة طالبة استعجالا بوقف تنفيذ محضر التنصيب المؤرخ فيلا 2014/09/14، والأمر بالخدمة الغير مؤرخ والغير مرقم الاثنين من مدير التكوين المهني لولاية وهران بتفويض من السيد والي ولاية وهران .
 وأن المدعية أقامت أيضا دعويين في الموضوع أمام القضاء الاداري طالبة بإلغاء محضر التنصيب والأمر بالخدمة المذكورين، دعوى مسجلة تحت رقم 14/1283 و 14/1284 .
 وأنه أثناء سريان الدعويين أمام المحكمة الإدارية ذكر المدعى عليهم كلاهما بأنه تمت صفقة عمومية بين مدير التكوين المهني لولاية وهران بتفويض من السيد والي ولاية وهران ومؤسسة البناءة للبناء وم . وهذه الصفقة أو الصفقتين تحملان رقم 2014/32 دون تقديمها للمحكمة الإدارية الامر الذي جعل هذه الأخيرة تقضي بأمر استعجالي بتاريخ 2015/01/11 رقم 14/1475 (وثيقة رقم 10) ورقم 14/1476 (وثيقة رقم 11) يقضيان برفض الطلب على أساس تسبب مفاده :
 أن الأمر يتعلق بصفقة عمومية بين مديرية التكوين المهني لولاية وهران تحت رقم 2014/32 من أجل انجاز وتجهيز معهد مهني متخصص في التكوين المهني .
 وأنه من المقرر قانونا أن القضاء الاستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل ابرام الصفقة طبقا لأحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .
 وأن المدعية والتعدي حاصل على ملكيتها والصفقة المذكورة تمت بصفة غير قانونية، تعديا على ملكيتها للقطعة الأرضية . لهذا تلتزم وبغرض إلغاء الصفقة رقم 14/32 تطلب أمر المدعى عليهما بتسليم المدعية الصفقة كما ورد أعلاه .
 حيث أجابت ولاية وهران بممثلها أن طلب المدعية استدعى أحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وأن هذه المادة تتعلق بالاستعجال في مادة ابرام صفقات عمومية بين المتعهدين مع الادارة وأن طلب المدعية غير مؤسس لأن المدعية لم تكن طرفا في الصفقة حتى تتمسك بأحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .
 ومن جهة أخرى لم تقم الولاية بإبرام الصفقة مع أي شخص وانما مديرية التكوين المهني لولاية وهران خلال التفويض الذي بحوزتها وهي التي أبرمت الصفقة ومن ثم يكون لا يمكن الزام الولاية بتقديم الصفقة على أساس أنه ليست بحوزتها وولاية وهران لا علاقة لها بالنزاع . لهذا يلتزم اخر اجها من النزاع مع رفض الطلب لعدم التأسيس .
 حيث أجابت مديرية التكوين المهني لولاية وهران بممثلها وبواسطة الأستاذ فراح ادريس بوحفص أن المدعية صرحت احدى عشرة وثيقة (11) . وأن الوثائق المرقمة من 01 - 02 - 03 - 05 - 06 - 07 - 08 و 09 تتعلق بعقود ووثائق سبق وأن طرحتها المدعية أمام المحكمة

الإدارية الفاصلة في القضايا الاستعجالية تحت رقم 14/1475 - 14/1476 (وثائق 10 و11) و14/1536 (وثائق رقم 01 و02 و03) والتي تم الفصل فيهم برفض الطلب والاكتسب قوة الشيء المقضى فيه .

وأن الوثيقة رقم 04 (خبرة الخبير) لا قيمة لها لأنها أنجزت بطلب من المدعية وحدها في غياب الأطراف المدخلة في الخصام أو الأطراف المعنية بالأمر وأن كل الاجراءات التي تتم غيابيا لا قيمة لها طبقا للمواد 49 - 50 - 60 - 61 و63 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

ومن جهة أخرى أن المدعية تطلب تسليمها نسخة من الصفقة رقم 14/32 المتحدت عنها ضمن القضية رقم 14/1475 و14/1476 التي تمت بين مديرية التكوين المهني ومؤسسة الأشغال والبناء ■■■■■■ وهذا بغرض القيام بدعوى قضائية بإلغاء الصفقة رقم 14/32 . وتتساءل العارضة على اي اساس قانوني أو أي مبدأ واستنادا على أي أحكام تشريعية أو اجتهادات قضائية أو على أي مفهوم منطقي تريد اللجوء الى العدالة لإلغاء صفقة لا دخل لها فيها .

وأن الطلب يرفض طبقا للمواد 67 - 68 - 69 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية إلا أنه لا يسند على أي حق مهما كان نوعه ويتعين رفض الطلب لأن اختصاص القاضي الاستعجالي في مادة ابرام الصفقات يكون قبل ابرامها . لهذا يلتزم أصلا الحكم برفض طلبات المدعية طبقا للمواد 496 - 50 - 60 - 61 - 63 - 67 - 68 - 69 - 924 و946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية واحتياطيا في الموضوع رفض الطلب لعدم التأسيس .

الرد على مذكرة السيد والي ولاية وهران حول مفهوم نص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية :

حيث أن المدعى عليه السيد والي ولاية وهران يدفع على أن المدعية لم تكن طرفا في الصفقة ويتمسك بنص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

حيث أن المدعية فعلا لم تكن طرفا في الصفقة التي تمت بغير وجه حق على ملكيتها وقامت المدعية بدعوى في الموضوع بغرض إلغاء التصرف أو بالأحرى التعدي الذي قام به مدير التكوين المهني مفوضا من والي ولاية وهران وقبل ذلك أقامت المدعية دعويين استعجاليين ضد المدعى عليهم ترمي الى وقف تنفيذ التصرفات الغير قانونية التي تمت على ملكيتها .

وحيث أنه لتذكير المدع عليهم السيد والي ولاية وهران والسيد مدير التكوين المهني لولاية وهران أنه أثناء الدعويين الاستعجاليين احتج المذكورين بوجود صفقة أو صفقتين تمت بين مدير التكوين المهني لولاية وهران دائما بتفويض من السيد الوالي مع المؤسستين التجاريين الخاصتين ببناء معهد تكوين مهني على أرضية المدعية .

حيث أنه كان على المدعى عليهما أثناء سريان الدعويين تقديم وثيقة الصفقة أو الصفقتين لتطلع عليهما المدعية للقيام بالاجراءات القانونية في موضوعها لكن لم يتم المدعى عليهما بذلك والمحكمة الادارية لم تطلب منهما أيضا تقديم الوثيقة المذكورة وقضت بعدم قبول دعوى المدعية على أساس وجود صفقة بين الطرفين .

أنه من حق المدعية قانونا طلب تسليم وثيقة الصفقة التي تمكت تعديا على ملكية المدعية . حيث أن نظرق المدعي عليه لنص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، في غير محله ، ذلك أن المادة القانونية المذكورة تتعلق بإخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع إليها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات . وتضيف المادة القانونية المذكورة أن هذا الإخطار يكون من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقود والذي قديتضر من هذا الإخلال وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية ويجوز إطار المحكمة قبل إبرام الصفقة إلى آخره من نص المادة .

أن مغزى نص المادة القانونية السالفة الذكر هو أنها جعلت للإنصاف في المنافسة بين المتعاملين مع الإدارية بصفة عامة في مجال الصفقات العمومية ، وكذلك وهو الأهم الحفاظ على أموال الدولة في هذه الصفقات في إبرام الصفقات، يذكر المادة أيضا لممثل الدولة الحق كذلك بإخطار المحكمة الإدارية في هذا المجال .

أنه بناء على ما سبق ذكره ونص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الصريح ، فإنه لا علاقة للمدعية بموضوع نص هذه المادة ، فهي ليست بمتعامل مع الإدارة في إبرام

الصفقة ، ولا هي من الغير المنافس على إبرام الصفقة .
 أن دعوى المدعية مؤسسا قانونا على أنه تم التصرف في ملكيتها للقطعة الأرضية بدون وجه حق ، فهي علمت بوجود هذه الصفقة (أو الصفقتين) برقمها عند قيامها بدعويها الإستعجاليين دون أن يقدم المدعيين هذه الوثيقة للمحكمة الإدارية حتى تطلع عليها المدعية ، وبالرغم من ذلك قضت المحكمة في الدعويين الإستعجاليين بعدم القبول لوجود هذه الصفقة .
 حول دفع المدعى عليه السيد والي ولاية وهران " أن لا علاقة له بالنزاع " بعد دفعه الأول في الموضوع على أساس المادة 946 السالفة الذكر .
 أن المدعى عليه السيد والي ولاية وهران ، يدفع بأن لا علاقة له بالنزاع بعد دفع في الموضوع بطرحه لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
 أن المدعى عليه يتحدث بنفسه عن تفويض من والي ولاية وهران إلى مدير التكوين المهني لولاية وهران في موضوع الصفقة ، ثم بعد ذلك يذكر عن نفسه صفته القانونية في الدعوى .
 حيث أن للمدعى عليه السيد والي ولاية وهران الصفة القانونية في دعوى الحال عهلى أساس التفويض ذاته ، إذ أن المتعاقد القانونية في الصفقة المذكورة هو السيد والي ولاية وهران مفوضا للسيد مدير التكوين لولاية وهران ، هذا الأخير الذي هو وكيل فقط عن السيد والي ولاية وهران وبالتالي ، فهو معني بالدرجة الأولى في هذه الدعوى .
 ومن ثم ، فتان دعوى المدعية موجهة توجيها صحيحا ضد كل من السيد والي ولاية وهران بصفته مفوضا (بعلامة الكسرة على الواو) ، والسيد مدير التكوين المهني بصفته مفوضا (بالواو مجرورة) (أي وكيل) .
 الرد على مضمون مذكرة مدير التكوين المهني لولاية وهران حول طرح المدعى عليه الخاطي لقوة حجية الشيء المقضى فيه في المادة الاستعجالية :
 حيث أن المدعى عليه مدير التكوين المهني لولاية وهران يعتبر خطأ أن الأمر الاستعجالي قوة حجية الشيء المقضى فيه .
 أنه بخلاف ما ذكره المدعى عليه فإن الأوامر الاستعجالية سواء كانت في دعاوى القضاء العادي أو القضاء الاستعجالي ، فهي لا تكسب لا حجية الشيء المقضى فيه لكون الأمر الاستعجالي لا يقضى في الموضوع وإنه يتخذ تدابير مؤقتة يمكن مراجعتها عند الحاجة الى ذلك .
 وعليه فإن طرح المدعى عليه جانب القانون وبالتالي فهو غير مؤسس .
 حول تساؤل المدعى عليه لماذا تطلب المدعية صورة للصفقة (أو صفقتين) :
 حيث أنه للرد على المدعى عليه في هذا الوجه هو بتساؤل آخر من المدعية كيف أن المدى عليه بتعويض من المدعى عليه السيد والي ولاية وهران يبرم صفقة مع مؤسسة تجارية خاصة بدون وجه حق بالتعدي على ملكية المدعية للقطعة الأرضية .
 وسؤال ثاني : كيف أنه بعد التعدي على ملكيتها لا تقوم المدعية بالاجراءات القانونية التي تسمح لها بالظعن في كل الاجراءات القانونية والعملية التي قان بها المدعى عليهما على ملكيتها وتترك لهما السبيل ليفعلا ما يشاء .
 ان الدفع الذي جعل المدعية تقيم هذه الدعوى ضد المدعى عليهما بحضور باقي الطرفين الآخرين هو تعدي المدعى عليهما على ملكيتها بالتصرف فيها عمليا وقانونيا بإبرام صفقة حولها وذكر المدعى عليهما لهذه الصفقة خلال الدعويين الاستعجاليين التي أقامت المدعية ضدتهما ، ولم يقدمتا لا نسخة ولا صورة لهذه الصفقة والمحكمة قضت بعدم قبول دعوي المدعية بسبب وجود هذه الصفقة برقمها .
 عن طرح المدعى عليه لنص المادة 924 و946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية :
 حيث أن طلب المدعية لصورة أو نسخة من الصفقة المبرمة تعديا على ملكيتها يتوفر على عنصر الاستعجال يخص به القاضي الاداري الاستعجالي كون المدعى عليهما وباقي الأطراف يقومون بالتعدي على ملكيتها بالحفر والبناء عليها هذا من جهة .
 ثم من جهة ثانية للمدعية الحق للظعن في وثيقة الصفقة المبرمة تعديا على ملكيتها وهي تملك نسخة أو صورة منها لنقضها قانونا ولطرحها على قاضي دعاوى الالغاء .
 وعليه فإن طلبها مؤسسا قانونا .

وأنة في موضوع نص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ومغزاها القانوني فإن المدعية توجه المدعى عليه مدير التكوين المهني لولاية وهران الى الفقرة السابقة الخاصة بالرد على والي ولاية وهران . وتلتبس العارضة الأشهاد لها أن كل دفع المدعى عليهما تفتقد للجدية وغير مؤسسة قانونا يجب رفضها وأن المدعية تتمسك بمضمون عريضتها الافتتاحية والحالية ..

**** وعليه فإن المحكمة ****

بعد الاطلاع على الطلب والمذكرات الجوابية .

بعد الاطلاع على الوثائق :

- عقد إداري بتاريخ 1977/12/19 مشهر في 1978/01/04 .

- عقد توثيقي بتغيير اسم .

- خبرة .

- محضر معاينة + نسخ من صور فوتوغرافية + محضر اثبات حالة وانذار باستجواب في

2014/10/01 .

- محضر تنصيب بالورشة في 2014/09/14 .

- أمر بالخدمة .

- أمر استعجالي رقم 14/1475 بتاريخ 2015/01/11 .

- أمر استعجالي رقم 11/1476 بتاريخ 2015/01/11 .

بعد الاطلاع على المواد 917 - 918 - 923 - 924 - 925 - 931 - 932 - 934 - 935

و 946 .

- حيث تلتبس المدعية شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب (صوگرامو) بمديرها العام أمر

المدعى عليهما والي ولاية وهران مفوض ومدير التكوين المهني لولاية وهران بتسليم المدعية

شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب (صوگرامو) الصفقة (أو الصفقتين) رقم 14/32

المتحدت عنها ضمن القضية رقم 14/1475 و 14/1476 والتي تمت بين مدير التكوين المهني

لولاية وهران بتفويض من والي ولاية وهران مع مؤسسة الأشغال والبناء ولد قادة بلقاسم .

- حيث أن ما يطالبه المدعي لا يؤسس تدبيرا من التدابير المتعلقة بآثبات وقائع مادية محضة فإن

طلب المدعي لا يتوفر على عنصر الاستعجال .

- حيث وأخيرا لم يختصر طلب المدعي على تدبير استعجالي مؤقت الذي نصت عليه المادة

946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية والذي يتعلق باجراءات الأولية الخاصة بإبرام

الصفقة .

- حيث أن طلب نسخة من الصفقة يفصل فيه قاضي الموضوع الذي يطرح نزاع بين المتعاملين

المتعاقدين في اطار الصفقة .

- حيث وللأسباب السالفة الذكر يتعين رفض الطلب لعدم تأسيسه قانونا .

- حيث من خسر الدعوى يتحمل مصاريفها عملا بالمادة 896 من قانون الاجراءات المدنية

والإدارية ..

**** هذه الأسباب ****

- بتاريخ 2015/03/29 أمرت المحكمة الإدارية برفض الطلب .

- إبقاء المصاريف القضائية المقدرة بألف (1000) دج على عاتق المدعية ..

بدا صدر هذا الأمر وأفصح به جهازا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 15/00884
رقم الفهرس: 15/00805
جلسة يوم: 15/07/26

مبلغ الرسم/ 5000 دج

المدعى:

ديوان الترقية والتسيير العقاري
لولاية وهران الممثل من طرف
مديره العام

المدعى عليه:

مؤسسة صازل وهران موديرين
بناء ممثلة من طرف مسيرها

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في السادس والعشرون من شهر جويلية سنة ألفين وخمسة عشر

رئيسا
مستشارا مقررا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

برئاسة السيد (ة):
عضوية السيد (ة):
وعضوية السيد (ة):
والمحضر السيد (ة):
وبمساعدة السيد (ة):

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00884

بين:

1 (ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران الممثل المدعى
من طرف مديره العام

العنوان: 08 ساحة بودالي حسني سيدي الهواري وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة):
مشري المشري المحامي لدى المجلس

من جهة

وبين

1 (مؤسسة صازل وهران موديرين بناء ممثلة من طرف المدعى عليه
مسيرها

العنوان: مقره 52 شارع مارسيل سان جيرمان شويو وهران
المباشر للخصام بنفسه

من جهة ثانية

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/07/26

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) رضوان مليكة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

محافظ الدولة

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) بخالد فاطمة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

صفحة 1 من 3

رقم الجدول: 15/00884
رقم الفهرس: 15/00805

الوقائع والاجراءات :

بموجب عريضة مسجلة بتاريخ 2015/6/28 تحت رقم 2015/884 بأمانة ضبط المحكمة الإدارية -القسم الاستعجالي -تقدم ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلا في مديره العام بواسطة محاميه الأستاذ مشري المشري ممثلا في مديره العام بواسطة محاميه بطلب تعيين خبير للانتقال إلى مكان تواجد السكنات المنجزة من طرف المدعى عليها مؤسسة صارل وهران موديرن بناء ممثلة في مسيرها والاطلاع على وثائق المشروع والصفقة المبرمة بينهما وتحديد الأشغال الواجب إنجازها لاستدراك النقائص التي شابته المنشآت المنجزة من طرف المدعى عليها لجعلها متطابقة مع المعمول به حسب المواصفات المتفق عليها في الصفقة المبرمة بينهما .

دافعا :

أنه تعاقد مع المدعى عليه بموجب الصفقة العمومية رقم 2011/33 بتاريخ 2011/08/07 من أجل إنجاز سكنات إيجارية .

أن المنشآت التي أنجزتها المدعى عليها غير مطابقة للمواصفات التقنية المطلوبة إذ تظهر عليها عيوب كثيرة حالت دون استيلاء هذه المنشآت بصفة قانونية .

-أنه وجه عدة إعدارات للمدعى عليه من أجل استدراك تلك العيوب دون جدوى فاضطر إلى القيام ببعض الترميمات وبقي الكثير منها .

عن المدعى عليها مؤسسة صارل وهران موديرن بناء ممثلة في مسيرها تعذر على المحضر القضائي تبليغ لها عريضة افتتاح الدعوى فأرسلت لها برسالة موصى عليها لم يرجع وصل يفيد تبليغها بها.

-بعد سماع السيدة : رضوان مليكة المقرر في تلاوة تقريره.

-بعد سماع السيدة بخالد فاطمة محافظ الدولة في طلباته الرامية إلى تطبيق القانون .

-بعد الاطلاع على أوراق الملف .

-بعد الاطلاع على أحكام المواد 917-918-923-930-931-932-933-946-924-1/

896 و 1/419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

بعد المداولة قانونا .

وعليه فإن المحكمة

-حيث أن طلب المدعي ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلا في مديره العام يرمي إلى إصدار أمر بتعيين خبير في مادة الصفقات

-لكن حيث أن الأمر الذي يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي إصداره في مادة الصفقات طبقا

لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يكون قبل إبرام الصفقة العمومية ويتعلق فقط بحالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المناقصة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وعليه متى كان كذلك .

تعين اعتبار طلب المدعي الرامي إلى تعيين خبير بعد الصفقة العمومية التي أبرمها مع الشركة المدعى عليها غير مؤسس .

ومنه وجب طبقا لأحكام المادة 1/924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رفضه .

-حيث أن المصاريف القضائية تبقى حينئذ عملا بأحكام المادتين 896 و 1/419 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية على عاتق الديوان المدعي ممثلا في مديره العام .

**** هذه الأسباب ****

أمرت المحكمة الإدارية بتاريخ 2015/07/26 برفض الطلب .
إبقاء المصاريف القضائية على عاتق المدعي والمقدرة ب5000 دج .
بذا صدر هذا الأمر وأفصح به جهارا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من :

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس (ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 16/00092

رقم الفهرس: 16/00143

جلسة يوم: 16/02/07

مبلغ الرسم/ 1500 دج

المدعي:

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في السابع من شهر فيفري سنة ألفين و ستة عشر

رئيسا مقرا
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

برئاسة السيد(ة): بن جريو كريمة
بعضوية السيد(ة): خالد خيرة
وبعضوية السيد(ة): بلملاتي خيرة
وبمضمر السيد(ة): خدام منير
وبمساعدة السيد(ة): طاهر محمد

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 16/00092

بين:

1 (:

المدعي
العنوان: الساكن بحي 106 تجزئة المستقبل رقم 03 بنر الجير وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ(ة): بو عيط مصطفى المحامي

من جهة

المدعي عليه:
الوكالة للتنظيم والتسيير
العقاري لولاية وهران ممثلة
من طرف مديرها العام

وبين

1 (:

الوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة المدعي عليه
من طرف مديرها العام
العنوان: مقرها شارع باهي امر السانيا وهران
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ(ة): فريد بن زوارة المحامي .

من جهة ثانية

و بحضور:

1 (:

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2016/02/07

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) بن جريو كريمة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) خدام منير

محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

الوقائع والاجراءات :

بموجب عريضة افتتاح دعوى مسجلة بأمانة ضبط المحكمة الإدارية بوهران القسم الإستعجالي رافع المدعي ***** بواسطة محاميه الأستاذ بو عيط مصطفى محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة المدعى عليها الوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها العام الكائن مقرها شارع باهي عمر السانبا وهران، بحضور السيد محافظ الدولة جاء فيها أنه سبق وأن طرح شكوى مصحوبة بإدعاء مدني ضد المدير العام للوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران المدعى عليها وبعض موظفوا نفس الوكالة المشرفة على لجنة الصفقات العمومية وتم تحديد مبلغ كفالة لذلك والتي تم دفعها من طرفه أمام أمانة كتابة الضبط وتم تحريك الدعوى العمومية وإجراء تحقيق ضد المشتكى منهم .

أن السيد عميد قضاة التحقيق فتح تحقيق تبعا للشكوى مطروحة من قبله وتم تحديد أول جلسة لسماعه أمامه بصفته ضحية ليؤكد شكواه يوم 2016/01/17 حسب الإخطار الموجه له .

وقد وصل إلى علمه على أن المناقصة التي تم الفوز بها من طرفه والتي بدأ الأشغال فيها من طرف مؤسسته وتم إلغائها من طرف الوكالة من تلقاء نفسها ودون علمه وبالمناورات التي كان بسببها قيامه بطرح شكوى مصحوبة بإدعاء مدني حسب الوقائع التي تم شرحها بصلب الشكوى المرفقة والمطروحة أمام السيد عميد قضاة التحقيق لوقائع إبرام الصفقات المشبوهة ومخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته ومخالفتهم المادة 11 منه و33 وذلك بإساءة إستغلال وظائفهم عمدا ومخالفتهم المواد 34 و 09 التي تتطلب قواعد الشفافية والمناقشة الشريفة والتزوير في محرر رسمي وذلك بكتابة في السجل والتغيير في الوقائع بعد إتمامها وقفلها من قبل لجنة مراقبة العروض تغيير حقيقة الوقائع والإعلان عن عدم جدوى إعلان الصفقة وفق المادة 44 من قانون الصفقات العمومية رغم أن الحقيقة الوقائع غير ذلك ومخالفين بذلك المادة 44 من نفس القانون ناهيك عن إسقاط وتزييف الشروط أو القرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات وفق المادة 216 فقرة 3 من قانون العقوبات وكل هذه التهم بما فيها التزوير تم طرح عليها شكوى والقضية لاتزال محل تحقيق أمام السيد عميد قضاة التحقيق لدى محكمة السانبا.

إلا أن الوكالة للتنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وعند علمها وإستدعائها من قبل السيد عميد قضاة التحقيق لم تولها لأول جلسة فإنها قامت بإعلان نفس المناقصة لنفس المشروع بالجريدة اليومية la voix de l'oranie يوم 2016/01/12 بالرغم من أن الإشكال المطروح على هذه المناقصة لم يتم الفصل فيه نهائيا وهو تحت التحقيق من طرف المحكمة.

لذا يلتزم الأمر بوقف المناقصة الوطنية المفتوحة رقم 2016/01 الخاصة بمشروع أشغال البناء كل هياكل الدولة 78/50 مسكن ترقيوي تساهمي مع 22 محل تجاري و 05 مكاتب بعين البية بطيوة لحين الفصل نهائيا في الشكوى المرفوعة أمام السيد عميد قضاة التحقيق لدى محكمة السانبا .

وأجابت المدعى عليها الوكالة للتسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها بواسطة محاميتها الأستاذ فريد بن زويرة .

بعريضة جاء فيها بأنها قامت بإعلان أول عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ 2014/09/20 تحت رقم 2014/09 تتعلق بإنجاز 78/50 سكن ترقيوي مدعم مع 22 محل تجاري و 05 مكاتب بعين البية دائرة بطيوة والذي تم الإعلان عن عدم جدواها نظرا لاستلام عرض واحد فقط

وتبعا لذلك قامت بإعلان ثاني عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ 2014/11/09 تحت رقم 2014/13 تم نشره في الصحافة على التوالي بتاريخ 2014/11/09 و 2014/11/18 .

وأن لجنة فتح الأظرفة لدى المدعى عليها انعقدت بتاريخ 2014/11/30 في جلسة علنية تم

..... والثاني باسم المدعو

وأن اللجنة الدائمة لتقييم العروض في اجتماعها المنعقد بتاريخ 2014/12/21 قامت في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض ثم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولى تقنيا وقد خلصت اللجنة في محضرها إلى انتقاء العرض الذي تقدم به المدعي لإنجاز مشروع 78/50 سكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطبوة على ضوء التقدير الإداري الأول وكذا تقرير تحليل العروض التقنية والمالية من طرف مكتب الدراسات. وأنه بناء على مراسلة مؤرخة في 2014/12/28 موجهة إلى اللجنة الدائمة لتقييم العروض تم لفت انتباه هذه اللجنة بأن العرض الذي تم انتقائه الخاص بالمدعي يتجاوز السقف المحدد بموجب القرار الوزاري المشترك بتاريخ 2011/05/14 الجريدة الرسمية عدد 51 لا سيما المادتين 9 و10 التي تنص على أن ثمن التنازل عن السكن الترقوي المدعم يجب أن لا يتجاوز مبلغ 40.000 دج للمتر المربع الواحد مع جميع الرسوم وأن التقدير الإداري لمكتب الدراسات الذي تم اعتماده في تحليل العروض المقدمة خاطئ باعتبار أن مكتب الدراسات قام بتقدير المشروع بكامله الذي يضم إنجاز 78 مسكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطبوة بدلا من تقدير 50 مسكن فقط المعنية بالمناقصة محل النزاع وهذا بإقرار صريح من طرف مكتب الدراسات بموجب إرساليته في 2014/12/28 بوجود خطأ في الحساب أين تم إعادة إنجاز التقرير الإداري الثاني وكذا تقرير تحليل العروض التقنية والمالية بعد تصحيح الأخطاء السابقة واعتماد أسعار وحدوية جديدة والذي خلص إلى اقتراح إقصاء المتعهدين وعدم انتقاء أي منهما بعدما تبين عدم حصولهما

على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط .

وأن اللجنة الدائمة لتقييم العروض انعقدت من جديد بتاريخ 2015/01/15 تبعا لمحضر المحرر بنفس التاريخ لإعادة تقييم العروض المقدمة أين خلصت إلى التصريح بعدم الجدوى وقد تم نشر الإعلان عن عدم الجدوى في الصحف بتاريخ 2015/01/31 ، لذلك فإن القول بفوز المدعي بالصفقة وبدأ الأشغال المرتبطة بها لا أساس له من الصحة وهو مفقور للإثبات لا سيما وأن المدعي لم يقدم أي وثيقة تفيد ذلك.

فشرعت بعد ذلك في إجراء استشارة محدودة وقد تم استشارة زيادة علي متعاملين اقتصاديين مؤهلين جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة من بينهم المدعي السيد إلا أنه

رفض تقديم أي عرض .

وأن المدعي تقدم بطعن أمام لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران التي قررت بموجب محضرها المؤرخ في 2015/02/26 رفض الطعن شكلا وموضوعا ، باعتبار أن الطعن ينصب على إعلان عدم الجدوى وليس بخصوص إعلان عن قرار المنح المؤقت للصفقة. فقامت بعد ذلك تبعا لما توصلت إليه لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران بإلغاء جميع إجراءات إبرام الصفقة ونشر هذا الإعلان في الصحافة بتاريخ 2015/06/01 وبتاريخ 2016/01/12 قامت بالإعلان عن مناقصة وطنية مفتوحة رقم 01/2016 متعلقة بنفس المشروع وأضافت بأن المشرع نظم الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات في المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأجاز رفع دعوى في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال ويمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه في حين أن الطلب الذي تقدم به المدعي الرامي إلى وقف المناقصة الوطنية المفتوحة رقم 2016/01 المعلن عنها بتاريخ 2016/01/12 لا يدخل من بين الحالات المذكورة على سبيل الحصر ولم يقدم ما يفيد إخلال المدعي عليها بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

أما عن الشكوى المصحوبة بادعاء مدني التي يتحجج بها المدعي ليس لها أي أثر موقف للمناقصة الوطنية المفتوحة المعلن عنها ناهيك عن الأهمية القصوى للبرنامج المزمع إنجازه المتعلق بالسكنات الترقوية المدعمة التي تدخل في إطار برنامج فخامة السيد رئيس الجمهورية

وسياسة الدولة ، خصوصا وأن المستفيدين في هذا البرنامج لا يمكنهم الانتظار أكثر مما هو عليه الحال.

وأن المدعي سبق له رفع دعوى أمام محكمة الحال بتاريخ 2015/06/29 بموجب عريضة افتتاحية التمس فيها أمر المدعي عليها بإتمام إجراءات التعاقد بخصوص نفس الصفقة محل النزاع مع تحديد أجل مناسب تحت طائلة غرامة تهديدية وقد انتهت بصور الأمر الاستعجالي المؤرخ في 2015/07/26 رقم القضية 15/00886 رقم الفهرس 15/00806 الذي قضى في منطوقه برفض الطلب وقد جاء في أسبابه أنه " لا يسوغ لقاضي الاستعجال أن يأمر بإبرام العقد دون المساس بأصل الحق وأن المدعي لن يقدم ما يفيد قبول عرضه ولم يثبت أي إجراء لمنح الصفقة ليتسنى للمحكمة تأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات كما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولهذه الأسباب يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس." "لا سيما وأن الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع تحوز حجية الشيء المقضي فيه طبقا للمادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

لذا نلتزم برفض طلب المدعي للأسباب المفصلة أعلاه .

وإلتزم السيد محافظ الدولة تطبيق القانون.

** وعليه فإن المحكمة **

-من حيث الشكل : أن دعوى الحال رفعت من ذي صفة وطبقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا وخاصة المواد: 800-801-815-920-921-923-925-926-933 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لذا يتعين قبولها شكلا .

-من حيث الموضوع :

حيث أن المدعي رافع المدعى عليها الوكالة التنظيم والتسيير العقاري بوهران ملتصقا الأمر بوقف المناقصة الوطنية المفتوحة رقم 2016/01 الخاصة بمشروع أشغال البناء كل هياكل الدولة 78/50 مسكن ترقوي تساهمي مع 22 محل تجاري و 05 مكاتب بعين البنية بطبوة لحين الفصل نهائيا في الشكوى المرفوعة أمام السيد عميد قضاة التحقيق لدى محكمة السانبا .

وحيث أن المدعي عليها التمس برفض الدعوى .

وحيث أن السيد محافظ الدولة التمس تطبيق القانون .

وحيث أن المدعية تأسس دعواه بكونه قد تقدم بشكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق ضد المدير العام لوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وبعض موظفي هذه الوكالة المشرفة على لجنة الصفقات العمومية وذلك نتيجة إلغائها للمناقصة التي فاز بها والتي بدأ الأشغال فيها إلا أن الوكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران وعند علمها وإستدعائها من قبل السيد عميد قضاة التحقيق لمثلها لأول جلسة فإنها قامت بإعلان نفس المناقصة لنفس المشروع بالجريدة اليومية LA VOIX DE LORANIE يوم 2016/01/12 بالرغم من أن الإشكال المطروح على هذه المناقصة لم يتم الفصل فيه نهائيا وهو تحت التحقيق من طرف المحكمة.

وحيث أن المدعي تناقش إستحقاقه لمناقصة وذلك يمس بأصل الحق ومن جهة أخرى فإن اختصاص القاضي الاستعجالي فيما يخص مادة إبرام العقود والصفقات يكون في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار وهو مالم يثبت في دعوى الحال .

وحيث أنه بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يوجد ما يخشى تداركه من إبرام الصفقة المعلن عن إشهاره نظرا لكون المدعي لم يتم بأي أشغال يمكن أن تكون محل منازعة بينه وبين متعاقد آخر مما يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس .

وحيث أن كل من خسر دعواه ملزم بالمصاريف طبقا للمادتين 419 و 896 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

**** هذه الأسباب ****

أمرت المحكمة الإدارية بتاريخ 2016/02/07 حضوريا علنيا وإبتدائيا .
في الشكل : قبول الدعوى .
في الموضوع : رفض الدعوى لعدم التأسيس .
تحميل المدعي المصاريف القضائية .
بذا صدر هذا الأمر وأفصح به جهارا بالجلسة المذكورة أعلاه وأمضى على أصله كل من :

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

مجلس الدولة

قرار

الغرفة الخامسة

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة:

بين:

ملف رقم:

074854

فهرس رقم:

723

- ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلا بمديرية الري لولاية البيض و القائم في حقها الأستاذة يعقوبي موني المحامية المعتمدة لدى المحكمة العليا الكائن مقرها بحي 01 نوفمبر 54 الأبيض سيد الشيخ، ولاية البيض، والأستاذ محند مسعود المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بحي أرماف عمارة C 3 شوفالي.

من جهة

قرار بتاريخ:

2012/06/21

وبين:

- السيد (أ ع م)، الساكن بموزاية و القائم في حقه الأستاذ علال عبد الكريم المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مقره بحي السرسور 09، ولاية سعيدة.

من جهة أخرى

قضية:

ولاية البيض

إن مجلس الدولة:

- في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد و العشرين من شهر جوان سنة ألفين و إثني عشر.

- بمقتضى القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل و المتمم.

- بمقتضى القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لاسيما المواد 917 ، 923 ، 846 ، 876 ، 884 ، 885 ، 899 ، 915 و 916 منه.

- بعد الاستماع إلى السيد بن عبيد الوردي رئيس الغرفة المقرر في تلاوة تقريره المكتوب.

- بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد قجور عبد الحميد محافظ الدولة و الإستماع إلى ملاحظاته الشفوية.

.../...

ضد:

السيد (أ ع م)

(إستعجالي)

ص(02) من القرار رقم: 074854 (م - س)

- وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي :

- الوقائع والإجراءات:

تقدمت ولاية البيض ممثلة بالوالي بعريضة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة في 2011/08/24 بواسطة الأستاذة يعقوبي موني استأنفت القرار المؤرخ في 2011/07/25 الصادر عن الغرفة الإدارية الاستعجالية لمجلس قضاء سعيدة القاضي بإلزام المدعى عليها ولاية البيض ممثلة بالوالي باحترام بنود الصفقة وبالنتيجة يكون المبلغ المتفق عليه في الكشف الكمي والتقييمي والذي تم الإعلان في الجريدة اليومية، هو الواجب الدفع بعد انتهاء العمل وهو مبلغ (186.041.683 دج).

تذكر المستأنفة أنه تم الإعلان عن مناقصة وطنية محدودة في الجزائر تتضمن إنجاز مشاريع للري لفائدة المستأنفة.

وبعد فتح الأظرفة المالية والتقنية وتم تقييم العروض وانتقاء الفائزين حيث تأهلت مؤسسة المستأنف عليه التي تحصلت على الحصة 07 بمبلغ (186.041.683,40 دج) وتم الإعلان عن المنح المؤقت لهذه الصفة في الجريدة اليومية وبعد عرض الصفقات العمومية للولاية قررت وجوب تخفيض مبلغ الصفقة إلى (135.457.294,00 دج) وقد أعلمت مديرية الري لاستدعاء المتعاقد أحمد عياد من أجل تخفيض مبلغ الصفقة حيث وافق على ذلك بموجب رسالة موجهة إلى مديرية الري مؤرخة في 2009/07/24 رقم 309 وقد شرع في الإنجاز وتم تسليم الأشغال مؤقتا في 2010/09/06.

إلا أن المستأنف عليه أقام دعوى استعجالية التمس فيها احترام بنود الصفقة الأولى أسفرت عن صدور القرار المذكور أعلاه والمطعون فيه بالاستئناف من قبل الولاية التمس إلغاء القرار المستأنف ورفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث أودع المستأنف عليه مذكرة جوابية بواسطة الأستاذ علال عبد الكريم التمس فيها تأييد القرار المستأنف.

حيث أودعت المستأنفة مذكرة تدعيمية بواسطة الأستاذ محند مسعود تلتمس إلغاء القرار المستأنف.

حيث أن محافظ الدولة قدم تقريره المكتوب ملتصقا بالتصريح بإلغاء القرار المستأنف والحكم بعدم الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال.

.../...

ص(03) من القرار رقم: 074854 (م - س)

- وعليه فإن مجلس الدولة

- من حيث الشكل:

حيث أن الطلب استوفى أوضاعه القانونية وورد في آجاله مما يتعين قبوله.

- من حيث الموضوع:

حيث أن ولاية البيض استأنفت القرار الاستعجالي الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سعيدة المؤرخ في 2011/07/25 القاضي بإلزام المدعى عليها باحترام بنود الصفقة المتضمنة لمبلغ (186.041.683 دج).

حيث تدفع المستأنفة أن القرار المعاد خرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما دام هناك اتفاق بين المتعاقدين على مبلغ 135457.294,00 دج) علاوة على ذلك فالمستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية بتخفيض المبلغ وقام بتنفيذ الأشغال وتم تسليمها مؤقتا.

حيث تضيف المستأنفة أن قاضي الاستعجال غير مختص لكون القرار جاء خرقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت بدقة تدخل القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

حول الدفع بعدم اختصاص قاضي الاستعجال:

حيث أن النزاع الحالي يتعلق بالمطالبة بإلزام المدعى عليها (المستأنفة) باحترام بنود الصفقة.

حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة...إلخ.

حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة، وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه.

حيث في هذه الحالة تبقى المصاريف على المستأنف عليه.

.../...

ص (04) من القرار رقم: 074854 (م - س)

لهذه الأسباب

- يقرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية ، علنيا حضوريا:
- في الشكل: قبول الاستئناف.
- في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم اختصاص قاضي الاستعجال.
- تحميل المستأنف عليه المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد و العشرين من شهر جوان سنة ألفين و إثني عشر من قبل الغرفة الخامسة المشكلة من السيدة والسادة:

الرئيس المقرر	بن عبيد الوردي
مستشارة الدولة	عمارة يمينة
مستشار الدولة	حمدان عبد القادر
مستشار الدولة	دالي الهادي

بحضور السيد قجور عبد الحميد محافظ الدولة وبمساعدة السيدة سعيد سعاد الدين أمينة الضبط
- الرئيس المقرر
- أمينة الضبط

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

مجلس الدولة

الغرفة الخامسة

رقم الملف: 116955

رقم الفهرس: 15/02890

فصلا في الدعوى الإستعجالية المرفوعة بين:

1) مؤسسة الأشغال العمومية والبناء الممثلة من قبل مسيرها

الكائن مقره (هم) بـ: 76 شارع محمد خميستي قديل وهران

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): فكيرين الطاهر

الكائن مقره بـ: رقم 10 شارع 20 اوت وهران .

قرار بتاريخ:

2015/12/17

قضية:

مؤسسة الأشغال والبناء

الممثلة من قبل مسيرها

وبين:

1) بلدية واد تليلات الممثلة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي

الكائن مقره (هم) بـ: واد تليلات وهران

و القائم في حقه (هم) الأستاذ (ة): ساري حميد

الكائن مقره بـ: 06 شارع زيتوني احمد واد تليلات وهران

ضد

بلدية واد تليلات .

من جهة

من جهة أخرى

إن مجلس الدولة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ:

السابع عشر من شهر ديسمبر سنة ألفين وخمسة عشر

بمقتضى القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، المعدل و المتمم.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

846، 876، 884، 885، 899، 915، 916، 917، 918، 921، 923 و 924 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) مرسلني وهيبة مستشار الدولة المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) فجور عبد الحميد محافظ الدولة

والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي:

الوقتائع والإجراءات

صفحة 1 من 4

رقم الملف: 116955

رقم الفهرس: 15/02890

بعريضة مودعة لدى أمانة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 18 جوان 2015 الحاملة لرقم 116955 إستأنفت المدعية مؤسسة الأشغال و البناء الممثلة من قبل مسيرها ***** الوكيل عنها الأستاذ فكيرين طاهر المحامي المعتمد لدى مجلس الدولة الأمر الإستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بوهران بتاريخ 17-05-2015 أهم ما جاء في عريضة الإستئناف أن موضوع الصفقة يتمثل في إتمام أعمال إنجاز المركب الثقافي بواد تليلات و أن المنح المؤقت للصفقة لمؤسسة عبد الله سلمي غير قانوني، مما دفع بالمستأنفة إلى رفع دعوى في الموضوع تحمل رقم 516-15 تطالب من خلالها إلغاء المنح المؤقت للصفقة المعلن عنه في جريدة التحرير بتاريخ 29-03-2015 لعدم قانونية و بالنتيجة منح الصفقة المتعلقة بإتمام أعمال إنجاز المركب الثقافي بواد تليلات الحصة الثانية للمستأنفة على اعتبارها قدمت أقل عرض مالي و بمدة إنجاز أقل كذلك، و تتوافر فيها الشروط التقنية المطلوبة بدفتر الشروط، و أنه و بموازاة هذا قيدت دعوى إستعجالية للمطالبة بوقف المنح المؤقت المعلن عنه بتاريخ 29-03-2015 بواسطة الجريدة اليومية التحرير لصالح مؤسسة عبد الله سلمي لحين الفصل في دعوى الموضوع، و خلافا لما توصل إليه قضاة الدرجة الأولى فإن المنح المؤقت بصفته إجراء وقتي، فإن عدم إيقافه يؤدي إلى المنح النهائي و في هذه الصورة ينقض ركن الإستعجال الأمر الذي يجعل من تسبب المحكمة تسبباً ناقصاً و غير قانوني ينبغي معه إلغاء الأمر الإستعجالي و التصدي من جديد بوقف المنح المؤقت للصفقة المعلن عنه في جريدة التحرير بتاريخ 29-03-2015 لصالح مؤسسة عبد الله سلمي لحين الفصل في دعوى الموضوع الحاملة لرقم 516-2015.

أجابت المستأنف عليها بلدية وادي تليلات ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي الوكيل عنها محاميها الأستاذ صاري حميد المحامي المعتمد لدى مجلس الدولة بعد عرض الوقائع و الإجراءات أنه من المقرر قانوناً أن القضاء الإستعجالي مختص في الأعمال التحضيرية قبل إبرام الصفقة طبقاً لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و أنه و لوقف تنفيذ المنح المؤقت للصفقة يتعين مناقشة الصفقة في حد ذاتها مما يعتبر مساساً بأصل الحق، لذلك إلتصت تأييد الأمر المستأنف.

أن محافظ الدولة قدم تقريره المكتوب جاء فيه أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف تبين و أنه مسبب بما فيه الكفاية خلافاً لما تدعيه الطاعنة لذلك إلتصت رفض الإستئناف و تأييد الحكم المستأنف.

وعليه فإن مجلس الدولة

في الشكل:

حيث أنه لا يوجد بالملف ما يفيد تبليغ الأمر الإستعجالي للمستأنفة و عليه فإن الآجال تبقى مفتوحة و الإستئناف مقبول شكلا عملا بالمادة 950 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في الموضوع:

حيث أن موضوع النزاع ينصب حول طلب المدعية وقف المنح المؤقت المعلن عنه بتاريخ 29-03-2015 لحين الفصل في دعوى الموضوع الحاملة لرقم 516-2015. حيث أن المحكمة الإدارية بوهران و بموجب الأمر الإستعجالي الصادر عنها بتاريخ 17-05-2015 فهرس رقم 15-00519 أمرت برفض الطلب لعدم التأسيس بحجة أن الطلب يمس بموضوع الدعوى و لا يتوفر فيه عنصر الإستعجال. حيث أن المدعية رفعت إستئناف ضد الأمر الإستعجالي السالف الذكر ملتزمة بإغائه و القضاء بوقف المنح المؤقت مؤسسة إستئنافها على أن المستأنف عليها منحت الصفقة مؤقتا لمؤسسة عبد الله سلمي و تم الإعلان عن ذلك بتاريخ 29-03-2015، و عند رفعها طعن إداري على مستوى بلدية تليلات ردت عليها بتاريخ 15-04-2015 أنه تم إقصائها تقنيا على أساس أنها لم تتحصل على أية نقطة في معيار المراجع المهنية و خوفا من قيام المؤسسة التي منح لها المنح المؤقت بالبداية في الأشغال تتقدم بهذه الدعوى.

حيث أنه عملا بالمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية و يمكن للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته و تحدد أجل الذي يجب أن يمتثل فيه و يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية، و يمكن لها ذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز 20 يوما.

حيث ثابت من المادة 946 المذكورة أعلاه إن إختصاص قاضي الإستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالالتزامات المنافسة و الإشهار فقط في حين الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت و لا يطعن في إجراءات المنافسة و الإشهار. حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها من خلال آليات الرقابة تتمثل في اللجان الولائية و اللجنة

الوطنية للصفقات العمومية لفحص و تقدير المؤهلات الخاصة بكل مترشح و مدى إستحقاقه لإبرام الصفقة من عدمه.
حيث أنه أمام هذه الحالة التي ثبت فيها أن عنصر الإستعجال غير متوفر في القضية لا بطبيعته، و لا بموجب نص قانوني يخول القاضي الإستعجالي إتخاذ تدبير من التدابير المستعجلة التحفظية، الأمر الذي يتعين معه تأييد الأمر المستأنف.
حيث أن المصاريف القضائية تتحملها المستأنفة.

فلهذا الأسباب

يقرر مجلس الدولة حال فصله في القضايا الإستعجالية علنيا، حضوريا، نهائيا في الشكل: قبول الإستئناف.
في الموضوع: تأييد الأمر المستأنف.
المصاريف القضائية على المستأنفة.

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر ديسمبر سنة ألفين و خمسة عشر من قبل الغرفة الخامسة بمجلس الدولة المتشكلة من السيدات والسادة :

الرئيس	عدة جلول امحمد
مستشار الدولة مقررا	مرسلي وهيبة
مستشار الدولة	حمدان عبد القادر
مستشار الدولة	دالي الهادي
مستشار الدولة	شلي حسين
مستشار الدولة	لوراد يمينة
محافظ الدولة	وبحضور السيد (ة): فجور عبد الحميد
أمين الضبط	وبمساعدة السيد (ة): بالراحي وحيد
أمين الضبط	الرئيس
	المستشار المقرر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

أمر إستعجالي

المحكمة الادارية: وهران
القسم الاستعجالي

رقم القضية: 15/00886
رقم الفهرس: 15/00806
جلسة يوم: 15/07/26

مبلغ الرسم/ 5000 دج

المدعي:

مسير مؤسسة
اشغال البناء TS ETUDE
Conception et
Realisation

المدعي عليه:

وكالة التسيير والتنظيم العقاري
الحضري لولاية وهران ،
مؤسسة

إن المحكمة الادارية وهران القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في السادس والعشرون من شهر جويلية سنة ألفين و خمسة عشر

برئاسة السيد (ة): طيبي رشيدة
عضوية السيد (ة): رضوان مليكة
وعضوية السيد (ة): رحوي خير الدين
وبمحضرة السيد (ة): بخالد فاطمة
وبمساعدة السيد (ة): طاهر محمد

رئيسا مقرا
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00886

بين:

1 () مسير مؤسسة اشغال البناء TS المدعي

ETUDE Conception et Realisation

العنوان: مقرها ب 206 مستقبل 03 بنر الجير وهران

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): قنيش فتيحة محامية لدى المجلس

من جهة

وبين:

1 () وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران المدعي عليه
، مؤسسة

المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): فريد بن زويارة محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس
الدولة

من جهة ثانية

إن المحكمة الإدارية بـوهران

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/07/26

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق

لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد

876، 884، 885، 888، 889، 896، 897، 918، 919، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد (ة) طيبي رشيدة المقرر

في تلاوة تقريره (ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد (ة) بخالد فاطمة

والإستماع إلى ملاحظاته (ها) الشفوية.

وبعد مداولة القانونية أصدر الأمر الآتي:

صفحة 1 من 5

رقم الجدول: 15/00886

رقم الفهرس: 15/00806

الوقائع والاجراءات :

حيث و بعريضة مسجلة بتاريخ 2015/6/29 قام ***** مسير مؤسسة اشغال البناء TS Etude Conception et Realisation و بواسطة الاستاذ قنيش فتيحة بمرافعة وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران بممثليها من اجل اتمام اجراءات التعاقد معه بخصوص مناقصة لانجاز 50 سكن تساهمي 5 مكاتب و 22 محل تجاري ببلدية عين البية مع تحديد اجل مناسب لذلك تحت طائلة غرامة تهديدية تقدرها المحكمة و تسري من تاريخ انقضاء الاجال الذي تركى المحكمة مناسباً.

حيث يعرض المدعى انه تم فتح مناقصة من اجل انجاز صفقة اشغال لبناء 50 مسكن تساهمي 5 مكاتب و 22 محل تجاري من طرف الوكالة و ذلك لاجراءات الاستشارة الانتقائية (وثيقة1). و انه و نتيجة لذلك تم تاهيل عرضين تقنيا و ليس عرض واحد او انعدام ذلك العرض الخاص بالعارض و العرض الخاص بالمسمى كحيل نور الدين المتنافس الثاني .

و انه بعد خوض المنافسة انعقدت لجنة تقييم العروض بتاريخ 2014/12/21 لتقييم العرضين تقنيا و ماليا الامر الذي انتهى بانتقاء العرض الخاص بالعارض الاحسن عرض من الناحية المالية.

و انه بذلا من اجراء المنح المؤقت للصفقة و ذلك بعد اتخاذ اللجنة قرارها بتقييم العرض ماليا و فوجيء بتبليغه لاجراءات استشارة انتقائية من جديد بتاريخ 2015/1/19 كحجة ان سعر التكلفة مرتفع (وثيقة).

و انه بعد ذلك تم مباشرة نشر عدم الجدوى في احد الجرائد المعدة لهذا الغرض (وثيقة) و نتيجة ذلك قام العارض بتوجيه طعن على مستوى لجنة الصفقات المختصة الامر الذي تم قبوله شكلا و موضوعا لكونه مؤسسة (وثيقة).

اما من حيث القانون :

ان المدعي يخطر المحكمة بوجود اخلالات بالتزام الاشهار و المنافسة في اجراء ابرام الصفقة التي اعتمدها وكالة التسيير و التنظيم العقاري الحضري لولاية وهران.

ان جوهر الامر يتمحور حول التطبيق السليم لنص المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المتمم و المعدل.

ان المحكمة الموقرة ستلاحظ من خلال الوقائع ، ان لجنة تقييم العروض المالية قامت بانتقاء العرض الخاص بالعارض ماليا و بصفة نهائية ، و من اجل ارادتها في اقصائه بشتى الوسائل كان لايد للمصلحة المتعاقدة من الاستناد على سند ما من اجل الانحراف بالاجراءات لتحقيق هذه الارادة.

ان السند الذي اتخذته المصلحة المتعاقدة هو الادعاء بان السعر المقترح من طرف العارض (و الذي على اساسه تمت لجنة تقييم العروض انتقائه) مرتفع ، و بالنتيجة لجأت الى اجراء عدم الجدوى بكل بساطة.

ان نص الفقرة 02 من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر ، واضح في هذا الشأن ، و يقصد بذلك انه لا يمكن ابدا ان يكون السعر المرتفع (على حسب ما تدعيه المصلحة المتعاقدة) سببا للجوء الى عدم الجدوى ، خاصة و ان لجنة تقييم العروض المالية اتخذت قرارها بناء على السعر المقترح من طرف العارض مقارنة مع عرض المترشح الثاني.

حيث ان التمسك بارتفاع سعر التكلفة لا يمكن التدرع به الا قبل ان تتخذ لجنة تقييم العروض قرارها. اين يمكن للمصلحة المتعاقدة اما ان تطلب من العارض تقديم توضيحات اكثر في حالة ما اذا كانت لها نية في مواصلة الاجراءات معه ، او اختيار العرض الخاص بالمترشح الثاني.

انه و طالما اتخذت لجنة تقييم العروض قرارها فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة الا منح الصفقة مؤقتاً.

خاصة و ان قرار لجنة تقييم العروض مدون في السجل المعد لهذا الغرض و المؤشر عليه.

ان و اكثر من ذلك ، تنص الفقرة 08 من المادة 125 من نفس المرسوم على انه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول الا في حالتين ، تتمثل الحالة الاولى في خشية منح وضعية هيمنة للمتعامل المقبول ، اما الحالة الثانية فتتمثل في انخفاض السعر المنافس به بشكل

غير عادي حسب نص الفقرة التاسعة ، و ليس العكس، اي سعر التكلفة مرتفع.
ان و تنمة لذلك يتطلب الامر اتمام المصلحة المتعاقدة لاجراءات التعاقد المتمثلة في المنح المؤقت
للصفقة حسب مفهوم نص الفقرة الحادية عشر من نفس المادة 125 ، بدلا من تقييم العرض من
الناحية المالية للمرة الثانية بعد ان رسا عليه قرار لجنة تقييم العروض مخالفة لتنظيم الصفقات
العمومية ككل.

حيث ان الامر الذي يحسم لنا الوضع ، هو انه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة الا ان تطلب
توضيحات من المترشح المنافس حول السعر الذي تنافس به، و ذلك عن طريق لجنة تقييم
العروض و قبل ان يرسو قرارها على العرض المعني، تحت طائلة بطلان جميع باقي
الاجراءات ما عدى اجراء المنح المؤقت للصفقة (المصير الحتمي للصفقة و الاجراء الوحيد
المؤسس قانونا).
و لهذه الاسباب:

-يخطر السيد ***** ، مسير مؤسسة الاشغال و البناء ، المحكمة الموقرة بوجود اخلا لا
بالتزامات الاشهار و المنافسة في اجراءات ابرام الصفقة التي اعتمدها وكالة التسيير و التنظيم
العقاري الحضري لولاية وهران و المتمثلة في انجاز 50 سكن تساهمي ، 05 مكاتب و 22
محل تجاري ببلدية عين البية ، و ذلك قبل ان تبرم هذه الاخيرة الصفقة تعسفا مع الغير الحسن
النية .

نتيجة لذلك يلتمس العارض من المحكمة الموقرة امر الوكالة باتمام اجراءات التعاقد معه وفقا
لمبادئ الشفافية و المنافسة ، مع تحديد اجل مناسب لذلك تحت طائلة غرامة تهديدية تقدرها
المحكمة الموقرة تسري من تاريخ انقضاء الاجل الذي ترونه مناسباً.
حيث اجابت الوكالة للتسيير و التنظيم العقاري الحضري لولاية وهران بمديرها و بواسطة
الاستاذ فريد بن زوارة.

ان المدعي اقام الدعوى الحالية بموجب عريضة افتتاحية التمس فيها امر المدعى عليها باتمام
اجراءات التعاقد مع تحديد اجل مناسب تحت طائلة غرامة تهديدية ، مما يتعين معه تقديم الدفوع
الاتية:

ان المدعى عليها قامت باعلان اول عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ 2014/09/20 تحت
رقم 2014/09 تتعلق بمشروع انجاز 78/50 سكن ترقوي مدعم مع 22 محل تجاري و 05
مكاتب بعين البية دائرة بطيوة و الذي تم الاعلان عن عدم جدواها نظرا لاستلام عرض واحد
فقط.

انه تبعا لذلك ، قامت المدعى عليها باعلان ثاني عن مناقصة وطنية محدودة بتاريخ
2014/11/09 تحت رقم 2014/13 تم نشره في الصحافة على التوالي بتاريخ
2014/11/18 و 2014/11/09 .

ان لجنة فتح الاظرفة لدى المدعى عليها انعقدت بتاريخ 2014/11/30 في جلسة علنية تم
خلالها تسجيل عرضين الاول يخص المدعي السيد و الثاني باسم المدعو

ان اللجنة الدائمة لتقييم العروض في اجتماعها المنعقد بتاريخ 2014/12/21 قامت في مرحلة
اولى بالترتيب التقني للعروض ثم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم
تاهيلهم الاولي تقنيا و قد خلصت اللجنة في محضرها الى انتقاء العرض الذي تقدم به المدعي
لانجاز مشروع 78/50 سكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطيوة على ضوء التقدير الاداري
الاول و كذا تقرير تحليل العروض التقنية و المالية من طرف مكتب الدراسات.
انه بناء على مراسلة مؤرخة في 2014/12/28 موجهة الى اللجنة الدائمة لتقييم العروض ، تم
لفت انتباه هذه اللجنة بان العرض الذي تم انتقائه الخاص بالمدعي يتجاوز السقف المحدد بموجب
القرار الوزاري المشترك بتاريخ 2011/05/14 الجريدة الرسمية عدد 51 لاسيما المادتين 9 و
10 التي تنص على ان ثمن التنازل عن السكن الترقوي المدعم يجب ان لا يتجاوز مبلغ
40.000 دج للمتر المربع الواحد مع جميع الرسوم ، و ان التقدير الاداري لمكتب الدراسات
الذي تم اعتماده في تحليل العروض المقدمة خاطيء ، باعتبار ان مكتب الدراسات قام بتقدير

المشروع بكامله الذي يضم انجاز 78 مسكن ترقوي مدعم بعين البية دائرة بطبوة بدلا من تقدير 50 مسكن فقط المعنية بالمناقصة محل النزاع ، و هذا باقرار صريح من طرف مكتب الدراسات بموجب ارساليته في 2014/12/28 بوجود خطأ في الحساب ، اين تم اعادة انجاز التقرير الاداري الثاني و كذا تقرير تحليل العروض التقنية و المالية بعد تصحيح الأخطاء السابقة و اعتماد اسعار و حدودية جديدة ، و الذي خلص الى اقتراح اقضاء المتعهدين و عدم انتقاء اي منهما بعدما تبين عدم حصولهما على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط. (وثائق رقم 01 الى 04).

ان اللجنة للجنة الدائمة لتقييم العروض انعقدت من جديد بتاريخ 2015/01/15 تبعا لمحضرها المحرر بنفس التاريخ لاعادة تقييم العروض المقدمة ، اين خلصت الى التصريح بعدم الجدوى، و قد تم نشر الاعلان عن عدم الجدوى في الصحف بتاريخ 2015/01/31. (وثيقتين رقم 05 و 06).

ان المدعى عليها شرعت بعد ذلك في اجراء استشارة محدودة، و قد تم استشارة زيادة على متعاملين اقتصاديين مؤهلين ، جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة من بينهم المدعي السيد طبال سفيان ، الا انه رفض تقديم اي عرض . (وثيقة رقم 07).

ان المدعي تقدم بطعن امام لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران ، التي قررت بموجب محضرها المؤرخ في 2015/02/26 رفض الطعن شكلا و موضوعا ، باعتبار ان الطعن ينصب على اعلان بعدم الجدوى و ليس بخصوص اعلان عن قرار المنح المؤقت للصفقة ، و هذا عكس ما يزعمه المدعي الذي استدل بمراسلة من طرف لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران و التي يبدوا من استقرائها بان تضمنت مجرد خطأ مادي ، و في كل الاحوال فان العبرة بمحضر اجتماع هذه اللجنة الذي تم الرجوع اليه عند الحاجة. (وثيقة رقم 08).

حيث ان المدعى عليها قامت بعد ذلك تبعا لما توصلت اليه لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران بالغاء جميع اجراءات ابرام الصفقة ، و نشر هذا الاعلان في الصحافة بتاريخ 2015/06/01 خصوصا بعد انشاء لجنة الصفقات لوكالة التسبير و التنظيم العقاري الحضري لولاية وهران بموجب قرار ولائي رقم 110 بتاريخ 2015/05/04. (وثيقتين رقم 09 و 10).

حيث ان يتبين مما سبق ذكره ، بان طلب المدعي الراي الى امر المدعى عليها باتمام اجراءات التعاقد تحت طائلة غرامة تهديدية على الشكل الذي تقدم به ، يمس بالموضوع ، و بذلك فهو يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل الذي شرع لاتخاذ تدابير احترازية فقط. لا سيما في وجود محضر اجتماع اللجنة الدائمة لتقييم العروض بتاريخ 2015/01/15 التي قررت

التصريح بعدم الجدوى نظرا لعدم حصول المدعي و امتعهد الاخر المدعو كحيل نور الدين على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط الذي يرتب كامل آثاره القانونية، و كذا محضر اجتماع لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران بتاريخ 2015/05/26 الذي بموجبه رفض الطعن المقدم من طرف المدعي شكلا و موضوعا ، نأهيك عن الاعلان عن الغاء جميع اجراءات ابرام الصفقة بتاريخ 2015/06/01 تبعا لتوجيهات لجنة الصفقات العمومية لولاية وهران، وان المنازعة في ذلك ان وجدت تكون امام قضاء الموضوع ، و لا يتسع لها نطاق القضاء الاستعجالي.

لهذا تلتمس العارضة رفض طلب المدعي.
حيث التمس السيد محافظ الدولة تطبيق القانون.

** وعليه فإن المحكمة **

بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية .
بعد الاطلاع على الوثائق -مراسلة في 2015/1/19 رقم 80 -اشعار بعدم جدوى بجريدة يومية 2015/1/31 - اعلان عن ثاني مناقصة وطنية محدودة رقم 2014/13 جواب على طعن في 2015/3/17 * مرأسة 2014/12/28 تقرير اداري (بعدد2).
محضر اللجنة الدائمة بتاريخ 2015/1/15 اعلان في 2015/1/31 - رسالة محضر اللجنة الصفقات اعلان بتاريخ 2015/05/18 .

بعد الاطلاع على المواد 917-918-923-924-925-926-927-928-931. حيث يلتزم المدعي امر الوكالة باتمام اجراءات التقاعد معه وفقاً لمبادئ الشفافية و المنافسة مع تحديد اجل مناسب لذلك تحت طائلة غرامة تهديدية تقدرها المحكمة و تسري من انقضاء الاجل الذي تراه المحكمة و مناسباً.

في الشكل : حيث ان الدعوى جاءت موافقة لما نصت عليه المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ذلك انه في حالة الاخلال بالتزامات الاشهار او المنافسة التي تخضع لها عمليات ابرام العقود الادارية و الصفقات العمومية يتم اخطار المحكمة الادارية بعريضة و انه يجوز للمحكمة ان تامر المتسبب في الاخلال بالامتثال للتزاماته و تحدد الاجال الذي يجب ان يمثل فيه.

حيث ان الدعوى مقبولة شكلاً بتطبيق المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية. في الموضوع :

حيث بالرجوع الى عناصر الملف و الوثائق المدرجة به يتضح منها ان الوكالة المدعى عليها قامت باعلان عدم جدوى المناقصة الخاصة بالاعلان الاول والثاني رقم 2014/14 الذي تم نشره بجريدي الجمهورية بتاريخ 2014/12/14 و جريدة صوت وهران بتاريخ 2014/12/18 الخاص ببرنامج اشغال انجاز 50/78 سكن تساهمي (LPA). حيث ان اعلان بعدم جدوى المناقصة المحدودة تم نشره بجريدة صوت وهران تحت رقم 31001530 بتاريخ 2015/1/31 بعد الاعلان الثاني رقم 2014/13 بتاريخ 2014/11/9 المنشور بجريدة الجمهورية بنفس التاريخ.

حيث استدعي المدعى بمراسلة في 2015/1/19 لاستخراج دفتر الشروط الخاص بمشروع انجازه 50/78 سكن ولايذا عه عرضه باجل 2015/2/3 حيث ان المدعى و عبر هذه الاجراءات لم يقدم ما يفيد انه تم قبول عرض كما انه لم يقدم ما يفيد اجراءات منح الصفقة لمتعامل آخر و لم يقدم ما يفيد اخلال المدعى عليها بالتزاماتها و فيما تكمن هذه الالتزامات.

حيث انه لا يسوع لقاضي الاستعجال ان يأمر بابرام العقد دون المساس باصل الحق و انه لم يقدم المدعى ما يفيد قبول عرضه و على كل حال لم يثبت اي اجراء لمنح الصفقة ليتسنى للمحكمة تاجيل امضاء العقد الى نهاية الاجراءات كما نصت عليه المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

حيث و لهذه الاسباب يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس. حيث من خسر الدعوى يتحمل المصاريفها عملاً بالمادة 896 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

**** هذه الاسباب ****

امر 2015/7/26 .

امرت المحكمة برفض الطلب .

المصاريف على المدعي 1000 دج .

بدا صدر هذا الامر جهازاً بالجلسة المذكورة اعلاه و امضى على نسخته الاصلية كل من :

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

I- باللغة العربية:

أولاً: النصوص القانونية

أ- الدستور:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد (76) الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد (25) الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدل كذلك بالقانون رقم 08-19، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد (63) الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدل كذلك بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

ب- المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

- 1- اتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد، التي اعتمدها اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا في 04 نوفمبر 1997.
- 2- اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية، التي اعتمدها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي OEDD في 21 نوفمبر 1997.
- 3- اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه التي اعتمدها رؤساء دول وحكومات الإتحاد الإفريقي، في 12 يوليو 2003.
- 4- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، التي دخلت حيز النفاذ في 29 سبتمبر 2003.
- 5- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003.

ج- القوانين العضوية:

- 1- قانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أوّل يونيو سنة 1998، المعدّل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج ر عدد (43) الصادرة بتاريخ 3 غشت سنة 2011، المعدّل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02، المؤرخ في 4 مارس سنة 2018، ج ر عدد (15)، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2018.
- 2- قانون عضوي رقم 04-11، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد (57)، الصادرة بتاريخ 8 سبتمبر 2004.

و- القوانين العاوية:

- 1- أمر رقم 66-155، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد (48)، الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966، المعدّل والمتمم.
- 2- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد (49)، الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1966، المعدّل والمتمم.
- 3- أمر 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر العدد (52) الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967 (ملغى).
- 4- أمر رقم 67-279، مؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى ب "الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، ج ر عدد (2) الصادرة بتاريخ 5 يناير 1968.
- 5- الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد (78)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمم، المعدلة بموجب القانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد (44)، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.
- 6- قانون 80-05، مؤرخ في 01 مارس 1980، يتعلق بممارسة وظيفة الرقابة المالية من طرف مجلس المحاسبة، ج ر عدد (10)، الصادرة بتاريخ 04 مارس 1980 (ملغى).
- 7- قانون رقم 90-04، مؤرخ في 6 فبراير 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد (6)، الصادرة بتاريخ 7 فبراير 1990، المعدّل والمتمم.
- 8- قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد (17)، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990، المعدّل والمتمم.

- 9- قانون رقم 90-21، مؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالحاسبة العمومية، ج ر عدد (35)، الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990.
- 10- قانون رقم 90-32، مؤرخ في 4 ديسمبر 1990، يتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، ج ر عدد (53)، الصادرة بتاريخ 5 ديسمبر 1990 (ملغى).
- 11- أمر رقم 95-06، مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد (9)، الصادرة بتاريخ 22 فبراير 1995 (ملغى).
- 12- أمر رقم 95-20، مؤرخ في 17 يوليو 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد (39)، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ أول سبتمبر 2010.
- 13- أمر رقم 95-23، مؤرخ في 26 أوت سنة 1995، يتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج ر عدد (48)، الصادرة بتاريخ 3 سبتمبر 1995.
- 14- أمر رقم 95-27، مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد (82) الصادرة في 31 ديسمبر 1995، ص 03.
- 15- أمر رقم 97-04، مؤرخ في 11 جانفي 1997، يتعلق بالتصريح بالملكيات، ج ر عدد (03)، الصادرة بتاريخ 12 جانفي 1997 (ملغى).
- 16- قانون رقم 98-02، مؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ أول يونيو سنة 1998
- 17- قانون رقم 99-05، مؤرخ في 4 أبريل 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، ج ر العدد (24) الصادرة بتاريخ 7 أبريل 1999، معدل ومتمم بالقانون 2000-04، مؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد (75) الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 2000، المعدل والمتمم بالقانون 08-06 مؤرخ في 23 فبراير 2008، ج ر عدد (10) الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2008.
- 18- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد (43)، الصادرة في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد (36)، الصادرة في 02 جويلية 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد (46)، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010.
- 19- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 غشت 2005، المتعلق بالمياه، ج ر عدد (60) الصادرة في 4 سبتمبر 2005.

- 20- قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (14) الصادرة في 8 مارس 2006، المعدل والمتمم بالأمر 10-05، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد (50) الصادرة في أول سبتمبر 2010، والقانون 11-15، مؤرخ في 2 غشت 2011، ج ر عدد (44) الصادرة في 10 غشت 2011.
- 21- أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد (46)، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.
- 22- قانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد (84)، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.
- 23- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد (21) الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
- 24- القانون رقم 11-10، مؤرخ في 22 جوان 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد (37) الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011.
- 25- القانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر عدد (12) الصادرة في 29 فبراير 2012.

هـ- المراسيم الرئاسية:

- 1- مرسوم رقم 63-127، مؤرخ في 19 أبريل 1963، المتضمن مصالح وزارة المالية، ج ر عدد (23)، لسنة 1963 (ملغى).
- 2- مرسوم رقم 71-259، مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 1971، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، ج ر عدد (90)، الصادرة بتاريخ 5 نوفمبر سنة 1971 (ملغى).
- 3- مرسوم رقم 80-53، مؤرخ في أول مارس 1980، يتضمن إحداث مفتشية عامة للمالية، ج ر عدد (10)، الصادرة بتاريخ 4 مارس 1980 (ملغى).
- 4- مرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 مايو 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد (20)، الصادرة بتاريخ 15 مايو 1984.
- 5- مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 6 يوليو 1988.

- 6- مرسوم رئاسي رقم 90-225، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد قائمة الوظائف العليا التابعة للدولة بعنوان رئاسة الجمهورية، ج ر عدد (31)، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 1990، المعدل والمتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 02-158، مؤرخ في 16 مايو 2002، ج ر عدد (36)، الصادرة بتاريخ 19 مايو 2002.
- 7- مرسوم رئاسي رقم 95-377، مؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المتعلق بالنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج ر عدد (72)، الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 1995.
- 8- مرسوم رئاسي رقم 04-128، مؤرخ في 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ج ر عدد (26) الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2004.
- 9- مرسوم رئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 7 فيفري 2012، ج ر عدد (8)، الصادرة بتاريخ 15 فيفري 2012.
- 10- مرسوم رئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالممتلكات، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
- 11- مرسوم رئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفيات التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد (74)، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
- 12- مرسوم رئاسي رقم 07-304، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
- 13- مرسوم رئاسي رقم 07-305، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
- 14- مرسوم رئاسي رقم 07-306، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
- 15- مرسوم رئاسي رقم 07-307، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كيفيات منح الزيادة الاستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر عدد (61)، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

- 16- مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 جويلية 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (62) الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008 (ملغى).
- 17- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد (58) بتاريخ 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد (14) الصادرة بتاريخ 6 مارس 2011، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر عدد (34) الصادرة بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر عدد (4) الصادرة بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 13 جانفي، ج ر عدد (2) الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013 (ملغى).
- 18- مرسوم رئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 8 ديسمبر سنة 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، ج ر عدد (68)، الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 2011، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-209، مؤرخ في 23 يوليو سنة 2014، ج ر عدد (46)، الصادرة بتاريخ 31 يوليو سنة 2014.
- 19- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد (50) الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

و- المراسيم التنفيذية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 90-227، مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، ج ر عدد (31)، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 1990.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 91-312، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يحدد شروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين، وإجراءات مراجعة باقي الحسابات، وكيفيات اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، ج ر عدد (43)، الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر سنة 1991.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 91-313، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصراف والمحاسبون العموميون وكيفيةها ومحتواها، ج ر عدد (43)، الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر سنة 1991، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-42، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 2003، ج ر عدد (04)، الصادرة بتاريخ 22 يناير سنة 2003.

- 4- مرسوم تنفيذي رقم 91-314، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1991، يتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، ج ر عدد (43)، الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر 1991.
- 5- مرسوم تنفيذي رقم 91-502، مؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الاقتصاد، ج ر عدد (67)، الصادرة بتاريخ 23 ديسمبر 1991.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 92-32، مؤرخ في 20 يناير سنة 1992، يتعلق بتنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (6)، الصادرة بتاريخ 26 يناير سنة 1992 (ملغى).
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 92-33، مؤرخ في 20 يناير 1992، يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج ر عدد (6)، الصادرة بتاريخ 26 يناير 1992 (ملغى).
- 8- مرسوم تنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير سنة 1992، يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (15)، الصادرة بتاريخ 24 فبراير سنة 1992 (ملغى).
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 92-414، مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يُلتزم بها، ج ر عدد (82)، الصادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-374، مؤرخ في 16 نوفمبر سنة 2009، ج ر عدد (67)، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر سنة 2009.
- 10- مرسوم تنفيذي رقم 99-256، مؤرخ في 16 نوفمبر 1999، المتضمن كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيورها، ج ر عدد (82) الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 1999، المعدل والمتمم.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 07-364، مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 2007، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر عدد (75)، الصادرة بتاريخ 2 ديسمبر سنة 2007.
- 12- مرسوم تنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 9 فبراير 2008، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، ج ر عدد (8) الصادرة في 13 فبراير 2008.
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 08-272، مؤرخ في 6 سبتمبر 2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر سنة 2008.
- 14- مرسوم تنفيذي رقم 08-273، مؤرخ في 6 سبتمبر 2008، يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر سنة 2008.
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 08-274، مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2008، يحدد تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية، ج ر عدد (50)، الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر سنة 2008.

- 16- مرسوم تنفيذي رقم 09-96، مؤرخ في 22 فبراير سنة 2009، يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (14)، الصادرة 4 مارس سنة 2009.
- 17- مرسوم تنفيذي رقم 11-381، مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 2011، يتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج ر عدد (64)، الصادرة بتاريخ 27 نوفمبر سنة 2011.
- 18- مرسوم تنفيذي رقم 11-396، مؤرخ في 24 نوفمبر 2011، يحدد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، ج ر عدد (66)، الصادرة بتاريخ 4 ديسمبر 2011.
- 19- مرسوم تنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر عدد (48)، الصادرة بتاريخ 5 غشت 2018.

ز-القرارات الوزارية:

- 1- قرار صادر عن المدير العام للوظيفة العمومية - بتفويض من الأمين العام للحكومة-، مؤرخ في 2 أبريل 2007، يحدد قائمة الأعوان العموميين المزمين بالتصريح بالملكيات، ج ر عدد (25)، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 2007.
- 2- قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، الذي يُحدّد محتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، ج ر، عدد (21) الصادرة في 9 أبريل 2014.
- 3- قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالتراهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة، ج ر عدد (17)، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.
- 4- قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد (17)، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.
- 5- قرار صادر عن وزير المالية، مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من الصفقات العمومية، ج ر عدد (17)، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.

ثانياً: الأوامر والأحكام والقرارات القضائية

أ- محكمة التنازع:

1- قرار محكمة التنازع، بتاريخ 2007/11/13، قضية رقم 42، بين (ق.ج) والشركة الجزائرية للتأمين وحدة بشار، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009.

ب- مجلس الدولة:

1- قرار صادر عن مجلس الدولة - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) -، بتاريخ 2012/06/21، ملف رقم 12/074854، فهرس رقم 12/723، بين ولاية البيض ممثلة بالسيد الوالي ممثلاً بمديرية الري لولاية البيض وبين السيد (أ - ع) مسير مؤسسة لإنجاز المشاريع، مجلة مجلس الدولة، العدد 2014/12.

2- قرار صادر عن مجلس الدولة - الغرفة الخامسة (الاستعجالية) -، بتاريخ 2015/12/17، ملف رقم 15/116955، فهرس رقم 15/02890، بين مؤسسة الأشغال العمومية والبناء الممثلة من طرف مسيرها (ق- ل) وبين بلدية واد تليلات ممثلة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، قرار غير منشور.

ج- المحاكم الإدارية:

1- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2014/12/28، قضية رقم 14/01456، فهرس رقم 14/01463، بين شركة ذات المسؤولية المحدودة FMCB ممثلة من طرف مسيرها القانوني (ق - م - ن) وبين الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية FNPOS الفرع الجهوي بوهران ممثلاً من طرف مديره الجهوي، أمر استعجالي غير منشور.

2- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بغليزان، بتاريخ 2015/03/23، قضية رقم 15/00178، فهرس رقم 15/00399، بين مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحلها ممثلة بمسيرها (ر - م) وبين ولاية غليزان ممثلة في السيد الوالي، أمر استعجالي غير منشور.

3- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/03/29، قضية رقم 15/00269، فهرس رقم 15/00329، بين شركة المساهمة للأشغال البحرية للغرب ممثلة بالرئيس المدير العام من جهة وبين ولاية وهران ممثلة في السيد الوالي وبين مديرية التكوين المهني لولاية وهران من جهة ثانية، أمر استعجالي غير منشور.

- 4- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00884، فهرس رقم 15/00805، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران الممثل من طرف مديره العام وبين مؤسسة صارل وهران موديرين بناء ممثلة من طرف مسيرها، أمر استعجالي غير منشور.
- 5- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2015/07/26، قضية رقم 15/00886، فهرس رقم 15/00806، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التسيير والتنظيم العقاري الحضري لولاية وهران، أمر استعجالي غير منشور.
- 6- أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بوهران، بتاريخ 2016/02/07، قضية رقم 16/00092، فهرس رقم 16/00143، بين (ط - س) مسير مؤسسة أشغال البناء وبين وكالة التنظيم والتسيير العقاري لولاية وهران ممثلة من طرف مديرها العام، أمر استعجالي غير منشور.

قائمة التقارير الموسائية

- 1- التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2019، ج ر عدد (75)، الصادرة بتاريخ 4 ديسمبر 2019.

رابعاً: الكتب

أ- الكتب العامة:

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص - جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير-، الطبعة الخامسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 2- أحمد بلودنين، مجلس المحاسبة في الدستور الجزائري بين السلطة والحرية، د ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 3- أحمد صبحي العطار، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة -دراسة في القسم الخاص من قانون العقوبات المصري-، د ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1993.
- 4- أحمد مصطفى صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 5- أمير فرج يوسف، مكافحة الفساد الإداري والوظيفي وعلاقته بالجريمة على المستوى المحلي والإقليمي والعربي في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2010.

- 6- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري- ظاهرة الحد من العقاب-، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
- 7- أمينة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 8- بوقندورة سليمان، الدعاوى الاستعجالية في النظام القضائي العادي، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 9- تامر محمد الصالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة "دراسة مقارنة"، د ط، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، 2016.
- 10- تيور سي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة الثانية 2015، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 11- جمال الدين عويسات، مبادئ الإدارة، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- جمال لعمارة، منهجية الميزانية العامة في الجزائر، د ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 12- حاج غوثي أحمد قوسم، مبدأ الوسائل القانونية المناسبة والمبادئ العامة للقانون -دراسة مقارنة-، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 13- حسين شرواط، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المعدل والمتمم بالقانون 10-05 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 14- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 15- خالد بلجيلالي، الوجيز في نظرية القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017.
- 16- خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية الموظف العام - دراسة تطبيقية مقارنة على رجل الشرطة بين الاتفاقات الدولية والتشريع المصري والتشريعات العربية-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 17- خالد موسى توني، التحول للقانون الجنائي الإداري وأثره على الضمانات الموضوعية والإجرائية للمحاكمة الجنائية العادلة، د ط، د د ن، مصر، 2017.
- 18- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - تنظيم واختصاص القضاء الإداري -، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

- 19- روزلين لوتورون، عبد الحفيظ أوسوكين، مبدأ النفاذ للمعلومات الإدارية -التجارب الغربية والعربية-، د ط، دار القدس العربي، وهران، الجزائر، 2016.
- 20- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004.
- 21- سعاد الشرفاوي، القانون الإداري، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 22- سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 23- سلام حمزة، الدليل العلمي لرئيس المحكمة، الجزء الثالث -الدعاوى الاستعجالية-، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 24- سلوى توفيق بكير، جريمة التبرج من أعمال الوظيفة -دراسة مقارنة-، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 25- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 1984.
- 26- شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية - دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 521-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري -، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008-2009.
- 27- شعبان عبد الحكيم سلامة، الأمر الرئاسي في القانون الإداري والفقهاء الإسلامي - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 28- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- 29- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 30- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة للمحاكمة العادلة -، طبعة ثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012..
- 31- عبد العال خراشي، آليات مكافحة الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريع المصري والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، شركة ناس للطباعة، القاهرة، مصر، 2015.
- 32- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د س ن.

- 33- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 34- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 35- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 36- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 287.
- 37- عبد الله بنحاز، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017.
- 38- عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري - ماهيته، أسبابه، مظاهره - الوثائق العالمية والوطنية المعنية بمكافحته، دور الهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في مواجهة الفساد، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 39- علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة- دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي-، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004.
- 40- علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري- مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء- دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 41- عماد صوالحية، الجزاءات الإدارية العامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 42- عماد صوالحية، دستورية العقوبات الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2016.
- 43- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 44- عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري - دراسة في ظل الأمر 06-03 والقوانين الأساسية الخاصة مدعمة باجتهادات مجلس الدولة -، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 45- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 46- غناي رمضان، دراسات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، 2017.

- 47- غنية نزي، سلطات قاضي الاستعجال الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017.
- 48- فاروق محمد معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقها في المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- 49- فاطمة الزهراء رمضاني، دراسة حول جديد التعديلات الدستورية في الجزائر 2016، د ط، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2017.
- 50- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الأول، جرائم العدوان على المصلحة العامة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 51- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري - دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة -، الطبعة الثالثة 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 52- حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجال الإداري، الجزء الأول - في الاستعجال الفورية (الاستعجال توقيف، الاستعجال حرية، الاستعجال التحفظي) - بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 53- حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، الطبعة 2013، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 54- لويظة نجار، التصدي المؤسسي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.
- 55- مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2013.
- 56- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.
- 57- محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 58- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري - طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، وظائف الإدارة العامة، الموظفون العموميون، أعمال الإدارة العامة، امتيازات الإدارة العامة، أموال الإدارة العامة -، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

- 59- محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري - ظاهرة الحد من العقاب-، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن.
- 60- محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال -دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري-، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 61- محمد قاسم القريوتي، مهدي حسن زويلف، المفاهيم الحديثة في الإدارة، -النظريات والوظائف، د ط، دار الشرق، عمان، الأردن، 1993.
- 62- مختار شبلي، الإجرام الاقتصادي والمالي والدولي وسبل مكافحته، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 63- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني -نظرية الاختصاص-، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009.
- 64- مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة -نشاطها وأموالها- د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 65- مليكة هنان، جرائم الفساد -الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري مقارنة ببعض التشريعات العربية- د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2020.
- 66- مولاي ملياني بغداددي، آليات مكافحة الفساد، د ط، دار القدس العربي، وهران، الجزائر، 2017.
- 67- ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.

ج- الكتب المنخفضة:

- 1- أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى 2014، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- 2- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دون طبعة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003.
- 3- بلعيد بلجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، د ط، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2018.
- 4- خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة 2017، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.

- 5- خالد خليفة، مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الطبعة 2017، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.
- 6- خرشي النوي، الصفقات العمومية -دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية-، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018.
- 7- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 8- زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
- 9- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016.
- 10- سماعين بوغازي، جريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- 11- سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
- 12- عبد الرزاق دربال، التحكيم في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
- 13- عبد الله بجزاز، أساليب وتقنيات إبرام عقود الشراء العام في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017.
- 14- عبد الله نواف العتري، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 15- عبير مصلح، النزاهة والشفافية والمساءلة في مواجهة الفساد، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة، -أمان- (فرع فلسطين لمنظمة الشفافية الدولية)، فلسطين، 2007.
- 16- عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
- 17- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية - على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية -، بدون طبعة، دار النشر جيطلي، برج بوعرييج، الجزائر، 2012.
- 18- عصام أحمد البهجي، الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

- 19- عصام أحمد البهجي، دور الشفافية في تحقيق العدالة والتزاهة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2016.
- 20- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الأول - التطور، المفهوم، المجال، الأنواع، طرق الإبرام-، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 21- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الثاني- التنفيذ، الرقابة على الصفقات، المنازعات، جرائم الصفقات، نهاية الصفقات-، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 22- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 23- فايزة قاصدي، أخلاقيات المهنة في مجال العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2015.
- 24- قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 25- كمال المصباحي، نظام التزاهة العربي في مواجهة الفساد، منظمة الشفافية الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدولة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 26- حسين بن شيخ آث ملوبا، رسالة في الاستعجالات الإدارية -الجزء الثاني-،... الاستعجال ما قبل التعاقد...، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 27- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 28- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 29- محمد عبد الواحد الجميلي، من السرية إلى الشفافية الإدارية، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 30- مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليميني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 31- منظمة الشفافية الدولية، نظام التزاهة العربي في مواجهة الفساد، الحق في الوصول إلى المعلومات ودور الإعلام في تعزيز الشفافية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2009.

- 32- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- 33- مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، د ط، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
- 34- مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، د ط، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2018.

خامسا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه:

- 1- آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012/2011.
- 2- بدر الدين الحاج علي، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 3- بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018.
- 4- بن بوعبد الله فريد، العقوبات الإدارية الجزائية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه طور ثالث في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، 2017/2018.
- 5- بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق نظام ل م د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017.
- 6- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012-2013.
- 7- حبيبة عتيق، القرارات الإدارية المنفصلة -دراسة نظرية تطبيقية-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2019.
- 8- حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015.

- 9- خليفة موراد، جهود منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون دولي وعلاقات دولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2016-2017.
- 10- خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2017/2018.
- 11- دغو لخضر، القانون في مواجهة ظاهرة الفساد والاعتداء على المال العام، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2015-2016.
- 12- راضية رحمان، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017.
- 13- زقاوي حميد، الآليات القانونية لمكافحة جرائم الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2019.
- 14- عبد العزيز شمال، جرائم المال العام وطرق حمايته في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عقوبات وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017-2018.
- 15- عبد الكريم تبون، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018.
- 16- عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017/2018.
- 17- عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 05 فيفري 2015.
- 18- عز الدين عيساوي، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 18 مارس 2015.
- 19- عمار عيشوبة، قواعد مبدأ التناسب في المسائل التأديبية في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2018-2019.

- 20- عمر حماس، جرائم الفساد المالي وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الجنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2017.
- 21- كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، فرع القانون الجنائي كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2013.
- 22- كعبيش بومدين، الحماية الجزائية للصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2017-2018.
- 23- لويظة نجار، التصدي المؤسسي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014.
- 24- محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2017-2018.
- 25- منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه الطور الثالث، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2015-2016.
- 26- مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/12/17.
- 27- 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، 23 نوفمبر 2013.
- 28- نسيغة فيصل، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011/2012.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1- أحمد عميري، القضاء المستعجل في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016-2017.
- 2- أحمد وليد عبد الرحمن، الرقابة على الأموال العمومية -دراسة مقارنة بين الجزائر وموريتانيا-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007/2008.

- 3- إلهام بوحلايس، الاختصاص في مجال المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005/2004.
- 4- أمينة غني، الاستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.
- 5- خيرة هلالبي، الاستعجال في المادة الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
- 6- راشدة دهنجي، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.
- 7- رضية بركايل، الدعوى الإدارية الاستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014/06/12.
- 8- زهرة حوفا، دراسة تطور الرقابة المسبقة على النفقات الملتزم بها (نحو ميزانية اقتصادية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006-2007.
- 9- سامية شويخي، أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الإسلامي في الرقابة على المال العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان، 2010-2011.
- 10- السعيد قاوي، النظام القانوني للمحاسبة العمومية في الجزائر بعد 1989، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2012.
- 11- سفيان موري، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانوني الصفقات العمومية والوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012/2013.
- 12- عباس صادقي، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017.
- 13- فاطمة عثمانبي، التصريح بالامتلاك كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010-2011.
- 14- فاطمة مولوة، الجريمة التأديبية للموظف العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012.

- 15- مجيدة خالدي، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011-2012.
- 16- محمد زكرياء رقرقي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2013/2014.
- 17- نوال زيات، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، 2013.
- 18- وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013/10/20.

ساوسا: المقالات والمدخلات

أ- المقالات:

- 1- أحمد عميري، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أ/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة الشلف، العدد 18، جوان 2017.
- 2- أحمد عميري، دور القضاء الاستعجالي الإداري في إرساء مبادئ إبرام العقود الإدارية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، العدد 04، أكتوبر 2016.
- 3- إلهام زاير، جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، العدد 2 جانفي 2020.
- 4- إلهام قارة تركي، الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 1 العدد 1، مارس 2016.
- 5- آمنة مخانشة، تفعيل المنافسة الحرة في إطار الصفقات العمومية، مجاميع المعرفة، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي تندوف، العدد 1، أكتوبر 2015.
- 6- بشير فطحية تجاني، سلطات القاضي الجزائري في الرقابة على شرعية إبرام الصفقات العمومية والقرارات المنفصلة عنها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 03، ديسمبر 2018.

- 7- **بوضياف الخير**، الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، العدد 4، ديسمبر 2018.
- 8- **جمال دوبي بونوة**، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كآلية دستورية لمكافحة الفساد في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 2، جوان 2019.
- 9- **حبيبة عتيق**، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تندوف، العدد الأول، مارس 2018.
- 10- **حليمة بروك**، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014.
- 11- **همودي محمد بن هاشمي**، الاستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية العدد 2، ديسمبر 2016.
- 12- **حنان بوسلامة**، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 47، جوان 2017.
- 13- **حورية بن أحمد**، الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 17، 2013.
- 14- **خليدة طلاش**، دور مجلس المحاسبة في الرقابة على نفقات الصفقات العمومية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 4 العدد 1، جانفي 2017.
- 15- **راضية رحمانى**، مجال اختصاص مجلس المنافسة بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة في مادة الصفقات العمومية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، مجلد 29، عدد 2، 20 جوان 2016.
- 16- **راضية رحمانى**، معايير تطبيق مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، بحوث جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1، العدد 08، جوان 2015.
- 17- **زقاي حميد**، **قلفاط شكري**، دور مجلس المحاسبة في مكافحة جرائم الصفقات العمومية، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المركز الجامعي تيسمسيلت، العدد 16، ديسمبر 2016.
- 18- **سعاد حافظي**، مدى فعالية الرقابة المالية للصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، المجلد 1، العدد 1، مارس 2016.

- 19- سلوى بزاحي، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05، عدد 01، 2012.
- 20- سيد أحمد لكصاسي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، مخبر المحاسبة المالية، الجباية والتأمين، جامعة أم البواقي، العدد السابع جوان 2017.
- 21- شريف شريفي، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغاست، العدد الأول، جانفي 2013.
- 22- عبد القادر عدو، الجديد في قضاء الاستعجال الإداري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، 2013.
- 23- عبد الكريم بالعراي، توفيق نعيمي، الأمر الرئاسي غير المشروع وأثره على المسؤولية الجزائية للموظف العام، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 39، ديسمبر 2016.
- 24- عبد الكريم تافرونت، القواعد المنظمة لمبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد الخامس، جانفي 2016.
- 25- عبد الكريم حاضرة، دور الشفافية في مكافحة الفساد -الصفقات العمومية نموذجاً-، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الثاني، مارس 2016.
- 26- عبد الله كنتاوي، أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية -دراسة مقارنة-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد الأول، جانفي 2018.
- 27- غنية باطلي، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مجلد 10، عدد 12، مارس 2015.
- 28- فاطيمة عاشور، ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعودة، جامعة المدية، العدد الأول، جانفي 2018.
- 29- فايزة قاصدي، المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد (6)، العدد (1) 2015.
- 30- فايزة ميموني، موراد خليفة، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة ظاهرة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الخامس، سبتمبر 2009.

- 31- فضيلة براهمي، تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، مجلد 8، عدد 03، مارس 2018.
- 32- الكاهنة إرزيل، التناسب القائم بين المنافسة والصفقات العمومية، مجلة الحقوق والحريات، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الخامس 2018.
- 33- كمال قاضي، النظام القانوني للهيئة الوطنية المستقلة للوقاية من الفساد ومكافحته على ضوء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 2، جوان 2018.
- 34- محفوظ بن شعلال، إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز تقييدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لمتنغاست، العدد (9) - سبتمبر 2015.
- 35- محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، عدد 02/2010.
- 36- محمد أمين بواجدي، بوسعدية رؤوف، تكريس مبدأ المنافسة والمبادئ المكرسة له في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، العدد 5، سبتمبر 2019.
- 37- محمد همودي، دور هيئات الرقابة الخارجية في ضمان شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام -، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد الثاني، جوان 2019.
- 38- محمد ديب، قراءة في حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية (دراسة في القانون الجزائري)، (Research in the limits of applying competition Law to public transactions) (in Algerian Law)، مجلة العلوم السياسية والقانون، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، المجلد 02، العدد 07، فبراير 2018.
- 39- محمد زكرياء رقرقي، التجريم في الصفقات العمومية: بين صرامة الردع الجزائري وهشاشة الأمن القانوني للمقررين العموميين، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد السابع، ديسمبر 2017.
- 40- محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد 20، العدد 2/أ، 2014.

- 41- محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015.
- 42- مراد محالي، تجريم المحاباة كآلية لحماية الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، عدد 2، 2014.
- 43- مصباح حراق، محمد أمين قمبرور، فعالية الرقابة المالية على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العامة والحد من تبديد المال العام في الجزائر، مجلة نماء للاقتصاد والتجارة، جامعة جيجل، المجلد 3 العدد 1، أوت 2019.
- 44- مونية جليل، تفويض المرفق العام المحلي كآلية فعالة للتمويل المحلي في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنغست، العدد 4، جوان 2019.
- 45- مونية جليل، دور لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، جوان 2017.
- 46- نادية عبد الرحيم، الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغست، العدد 09، سبتمبر 2015.
- 47- نصر الدين الأخضر، القانون الجزائري بين مثالية المساواة وواقعية التمييز الإيجابي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد 51، عدد 01، مارس 2014.
- 48- ودان بو عبد الله، مركان محمد البشير، البوابة الالكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية، مجلة المالية والأسواق، مخبر ديناميكية الاقتصاد والتغيرات الهيكلية (دينامكس)، جامعة مستغانم، العدد الثالث، سبتمبر 2015.
- 49- يحي مجيدي، إسمهان عون، تقييم واقع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 3، ديسمبر 2019.

ب- المداخل:

- 1- حوحو شوقي، إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية - أشغال، إنجاز-، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.

- 2- رمزي حوحو، ضمانات وآليات حماية المال العام من الفساد، الملتقى الدولي الخامس عشر حول: الفساد وآليات مكافحته في الدول المغاربية، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، المنعقد يومي 13/14 أفريل 2015.
- 3- ضريفي محمد، التصريح بالامتلاك كآلية للوقاية من الفساد ومكافحته، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، يومي 2 و3 ديسمبر 2008.
- 4- عباس زواوي، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم 15-247، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
- 5- محمد بودالي، نظم الرقابة البرلمانية المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، يومي 24 و25 أبريل 2013.
- 6- وردية فتحي، جريمة تلقي الهدايا، مداخلة في إطار الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 25، 24 أبريل 2013.

II- باللغة الفرنسية

A- Textes Juridiques Etrangers :

- 1- Loi N° 634 du 13 Juillet 1983, Cod administratif, Dalloz, 1987.
- 2-Loi N°93-122 du 29 janvier 1993, relative la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Art 38/1.
- 3- Loi N° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administrative, JORF n°151 du 1 juillet 2000.
- 4- loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, Version consolidée au 20 décembre 2013.
- 5- Code des procédures Administratives Commenté, 1^{ère} édition, 2015, Dalloz.

B- Jurisprudence (Française):

B-1: Conseil d'Etat:

- 1- C.E, 10 juin 1988, sté comptoir d'électricité franco-belge C.ville de paris, R.D.A, 27 A Année, N°7, juillet 1988.
- 2- C.E, 29-11-1996, Sablière et Gravière Guyanaise, Req, N° 162548..
- 3- C.E, 19-03-1997, S.A, Entreprise général de Terrassements et de Travaux publics, Req. N° 163293.
- 4- C.E, Million et Marais , 3 Nov 1997, GAJA , n°107.
- 5- C.E, 12/03/1999, Ville de paris /c/ sté Stella Maillot-Orée, du Bois, A.J.D.A, 1999.
- 6- C.E, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, précité.
- 7- CE, Sect, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420.
- 8- C.E, 2 août 2011, N° 347526, Société CLEAN GARDEN - Mentionné dans les tables du recueil Lebon.

B-2:Tribunal administratif:

- 1- T.A, Lyon, 06-01-1997, S.N.F, floeger, Req, N° 96-05279.
- 2- T.A, Lille, 10-01-1997, Sté Biwater, Req, N° 3927.

C- Décision du conseil de la concurrence français (Actuellement, l'autorité de la concurrence):

- 1- Conseil de la concurrence, Décision N°92D62 du 18 nov 1992, BOCCRF du 15 juin 1993.
- 2-Conseil de la concurrence, décision N°05D23 du 18 mai 2005, BOCCRF.

D - Ouvrages:

- 1- Aldo Sevino, Le Mémento du référé précontractuel, procédure, moyens et jurisprudence, Editions Eyrolles, 2008.
- 2- Ali Bissad, Droit de la comptabilité, Edition Houma, Alger, 2004.

- 3- **AUBY (J.M):** ROBERT (D.A) : Grand services publics et entreprises nationales, tome 1 3^{ème} trimestres, PUF, Paris, France, 1969.
- 4- **AUTIN Jean—Louis:** RIBOT Catherine: Droit administratif générale, Edition de Juris-calsseur, Paris, France, 2004.
- 5- **BERBARI Mireille,** Marchés publics, la réforme à travers la jurisprudence, Editions le Moniteur, Paris, France, 2001.
- 6- **Catherine Prebissy-Shnall,** La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002.
- 7- **CHRISTOPHE Cabanes ,** BENOÎT Neveu , Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics , Edition le Moniteur Collection Analyse Juridique, France, Juillet 2008.
- 8- **Christophe Lajoie,** Droit des marchés publics, Berti editions, Alger, 2007.
- 9- **CLAUDIE Boiteau,** les conventions de délégation de service public, Imprimerie nationale, Paris, France, 1999.
- 10- **Elise Langelier,** L'office du juge administratif et le contra administratif, LGDJ, Pris, 2012.
- 11- Emmanuel Aubin, Droit de la fonction publique, 2eme éd, Gualino, EJA, Pris, 2004.
- 12- **François LICHERE,** Droit des contrats publics, Dalloz, Pris, 2014, p 135.
- 13- **FRANGI Marc:** Les délégations de service public dans le domaine de la distribution d'eau potable, in RA, N°328, 2002.
- 14- **G.LEVASSEUR,** le problème de la dépenalisation, AKCH.POL.crime 1983,N°06.
- 15- **Gregory Kalflèche,** «Secteur public et concurrence: la convergence des droits», AJDA, 2007.
- 16- **Jean de maillard** "L'avenir du crime" (Flammarion), France, 1997.
- 17- **Jean Pradel, Mechal danty,** Manuel de droit pénal spécial, 3^{ème} Edition, Edition Cajus, Pris, France 2004..
- 18- **KATZ David ,**Juge administratif et droit de la concurrence, Presses universitaires d'Aix Marseille, faculté de droit et de science politique, 2004.
- 19- **Laurent RICHER,** Droit des contrats administratifs, 2 édition, L.G.D.J, Pris, 2010.

- 20- **Olivier Le Bot**, Le Guide des Référés Administratifs, janvier 2013, Dalloz.
- 21- **PEISER Gustave**, Contentieux administratif, 14^{ème} Édition, Dalloz, France, Paris, 2006.
- 22- **POUYAUD Dominique**, un nouveau recours contentieux, RFDA, N° 523, Paris, France septembre-octobre, 2007.
- 23- **Rachid Zouaimia et Marie christine Rouault**, Droit administratif, Berti Editions, Alger, 2009.
- 24- **René chapus**, Droit administratif général, tome1, 9 éditions, Montchrestien, France, 1995.
- 25- **République Française**, Guide des bonnes pratiques en matières de marchés publics Edition du 26 septembre 2014, mise à jour le 13/04/2014, DAJ.
- 26- **Said Benaïssa**, Introduction finances publiques (étude comparative des systèmes financiers islamique et libérale et socialiste).
- 27- **SAROT Jean**, PERRY Baret, DIDIER Batselé, Précis de fonction publique, Bruxelles Bruylant, Belgique, 1994.
- 28- **Sophie Nicinski**, Droit public de la concurrence, LGDG, Pris, 2004.
- 29- **Yves Jeanclos**, Dictionnaire De Droit Criminel et Pénal -Dimension Historique-, Ed Economica, Paris, 2011.

E- Thèses et Mémoires:

E-1: Thèses:

- 1- **BENNADJI Cherif**, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, Thèse pour le doctorat d'état université d'Alger, 1991.
- 2- **BOY.L**, La Concurrence et les Marchés Publics, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, soutenu le 19 novembre.
- 3- **Clara Delavallade**, Corruption publique (Facteurs institutionnelles et effets sur les dépenses publiques), Thèse pour le doctorat en droit U.F.R de Sciences économiques, Université de Paris1-Panthéon Sorbonne Présentée et soutenue publiquement le 25 Octobre 2007.

4- **Delaunay.B**, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Thèse L.G.D.J, 1993.

E-2: Mémoires:

1- **Guedon Julien**, La publicité dans les marchés publics, Mémoire pour le DESS management des secteurs publics, Université lumière Lyon 2, Institut d'études politiques, 2004.

2- **HASSINE Monia**, la distinction entre le concours et l' examen professionnel dans le droit de la fonction publique , mémoire de magister, faculté des sciences juridiques , Tunisie, 2000.

F- Articles:

1- **Elias Berkani**, droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple, Concurrence-revue des droits de la concurrence, Institut de droit de la concurrence, n°01, 2007.

2- **Laguerre A**, «concurrence, favoritisme pénal dans marchés publics», R.M.P. N° 271, 1993.

3- **Michel Bazex**, Le Conseil de la concurrence et les marchés publique, AJDA, n° spécial, juillet-août 1994.

4- **SHWARTS Rémy**, Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, N°4, Algérie, 2003, p72.

5- **Vandermeeren Renaud- Gregory Kalflèche**, Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A, juillet-aout 1994, n° spécial.

G- colloques:

1- **AOUDIA Khaled**, **LALLEM Mohamed**, **LAOUER Rachid**, **SABRI Mouloud**, Management des marchés publics, séminaire I.S.G.P, du 26 au 19 Septembre 2006

2- **Bernard Stirn**, « L'idée de concurrence dans le contentieux administratif : pluralité des sources», actes de l'atelier de la concurrence Le juge administratif et le droit de la concurrence du 29 Mars 2000.

3- Colloque international sur la décriminalisation Bellagio, Italie, 1973 centres nationaux de prévention et défense sociale.

4- Conseil de l'Europe, rapport sur la décriminalisation Strasbourg, 1980.

Sites Internet – III

www.legifrance.gouv.fr

www.snaccyemen.org

www.ccomptes.dz

www.arab-ency.com

www.economie.gouv.fr/dgccrf

www.aman-palestine.org

www.jurisint.Org

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....أس

الباب الأول:

الآليات الوقائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

- 5..... الفصل الأول: الآليات القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية
- 5..... المبحث الأول: الجهود الدولية لتجسيد مبدأ الشفافية والوقاية من الفساد
- 7..... المطلب الأول: منظمة الشفافية الدولية
- 7..... الفرع الأول: تعريف منظمة الشفافية الدولية
- 10..... الفرع الثاني: قواعد عمل منظمة الشفافية الدولية
- 12..... المطلب الثاني: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد
- 14..... الفرع الأول: الأحكام العامة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد
- 17..... الفرع الثاني: السياسة الوقائية لمكافحة الفساد في الاتفاقية
- 24..... المبحث الثاني: ضمانات شفافية إبرام العقود الإدارية في القانون الجزائري
- 24..... المطلب الأول: إرساء ضمانات لتראהة القائمين بعملية الإبرام
- 25..... الفرع الأول: عصرنة قطاع الوظيفة العامة وتوفير ضمانات مهنية ملائمة للموظف العام
- 37..... الفرع الثاني: إخضاع الموظف العام لقواعد قانونية صارمة
- 60..... المطلب الثاني: إلزام الموظف العام بتنفيذ الأوامر الإدارية المشروعة دون سواها
- 61..... الفرع الأول: موقف الفقه من مدى طاعة المرؤوس للأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة
- 67..... الفرع الثاني: الموظف الجزائري في مواجهة الأوامر الإدارية المخالفة للقوانين والأنظمة

الفصل الثاني: الآليات التنظيمية لتجسيد مبدأ الشفافية في إبرام العقود الإدارية.....78

المبحث الأول: الإطار التنظيمي لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية..... 80

المطلب الأول: الهيئات والمؤسسات الخاضعة عقودها لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
85

الفرع الأول: الهيئات والمؤسسات المعنية بتطبيق أحكام الصفقات العمومية..... 85

الفرع الثاني: الهيئات والمؤسسات المعنية بتطبيق أحكام تفويضات المرفق العام..... 93

المطلب الثاني: المبادئ التي تقوم عليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد..... 97

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (مبدأ حرية المنافسة)..... 101

الفرع الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين..... 121

الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات..... 128

الفرع الرابع: دور الإشهار (الإعلان) في تكريس مبادئ إبرام العقود الإدارية..... 134

المبحث الثاني: طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية والرقابة عليها..... 154

المطلب الأول: طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها..... 154

الفرع الأول: طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية..... 155

الفرع الثاني: الرقابة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية..... 161

المطلب الثاني: طرق وإجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام والرقابة عليها..... 170

الفرع الأول: طرق وإجراءات إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام..... 171

الفرع الثاني: رقابة إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام..... 174

الباب الثاني

الآليات الردعية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية

- 183 الفصل الأول: الرقابة المؤسساتية على تجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية...
- 184 المبحث الأول: الآليات المؤسساتية الدستورية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية.....
- 184 المطلب الأول: مجلس المحاسبة كمؤسسة دستورية رقابية على الأموال العمومية في العقود الإدارية... 184
- 185 الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المحاسبة.....
- 189 الفرع الثاني: رقابة مجلس المحاسبة في مجال العقود الإدارية.....
- 195 المطلب الثاني: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كهيئة دستورية استشارية.....
- 195 الفرع الأول: الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.....
- 198 الفرع الثاني: تشكيلة الهيئة وكيفية تنظيمها.....
- 200 الفرع الثالث: مهام الهيئة في مجال إبرام العقود الإدارية وعلاقتها بالسلطة القضائية.....
- 203 المبحث الثاني: الآليات المؤسساتية القانونية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية.....
- 203 المطلب الأول: دور الديوان وهيئات الرقابة المالية في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية.....
- 204 الفرع الأول: دور الديوان المركزي لقمع الفساد في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية.....
- 208 الفرع الثاني: دور هيئات الرقابة المالية في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية.....
- 232 المطلب الثاني: دور مجلس المنافسة في تجسيد الشفافية أثناء إبرام العقود الإدارية.....
- 233 الفرع الأول: حدود تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.....
- 244 الفرع الثاني: اختصاص مجلس المنافسة بالفصل في منازعات إبرام الصفقات العمومية.....
- 264 الفصل الثاني: الآليات القضائية لتجسيد الشفافية في إبرام العقود الإدارية.....
- 265 المبحث الأول: دور القاضي الإداري الاستعجالي في ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية..
- 267 المطلب الأول: الإطار الموضوعي للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.....
- 271 الفرع الأول: ماهية الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.....
- 278 الفرع الثاني: أسباب التكريس القانوني للاستعجال ما قبل التعاقدية في الجزائر.....

280	الفرع الثالث: علاقة الاستعجال ما قبل التعاقدى باستعجال وقف تنفيذ القرار الإدارى المنفصل....
282	المطلب الثانى: الإطار الإجرائى للدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.....
284	الفرع الأول: حالات إخطار القاضى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدى
286	الفرع الثانى: شروط قبول الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية
300	الفرع الثالث: سلطات قاضى الاستعجال ما قبل التعاقد
303	الفرع الرابع: صدور الأمر الاستعجالي الفاصل فى دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد.....
307	المبحث الثانى: دور القاضى الجزائى فى ضمان شفافية إجراءات إبرام العقود الإدارية
308	المطلب الأول: دور القاضى الجزائى فى قمع الجرائم ذات الصلة المباشرة بإبرام العقود الإدارية
310	الفرع الأول: الامتيازات غير المبررة فى مجال العقود الإدارية
327	الفرع الثانى: قبض العمولات من العقود الإدارية.....
337	المطلب الثانى: دور القاضى الجزائى فى قمع الجرائم ذات الصلة غير المباشرة بإبرام العقود الإدارية ..
338	الفرع الأول: الصور المستحدثة للرشوة
348	الفرع الثانى: استغلال النفوذ.....
353	الفرع الثالث: عدم مراعاة الموظف للالتزامات التى فرضها عليه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته
359	خاتمة.....
370	الملاحق.....
405	قائمة المصادر والمراجع

ملخص:

تعتبر العقود الإدارية من أهم المواضيع التي لقيت اهتماماً كبيراً على المستويين الدولي والوطني، وذلك لارتباطها الوثيق بالمال العام، مما جعلها المجال الخصب لتفشي جرائم الفساد بكل أشكالها، وهذا ما جعل أغلب قوانين وتنظيمات دول العالم تؤسس إجراءات إبرام العقود الإدارية على مبادئ: المنافسة التريهة، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات. وذلك بهدف ضمان نجاعة الطلبات العمومية من حيث سعرها وجودتها، وضمان الاستعمال الحسن للمال العام، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن اعتماد هذه المبادئ يكرس حرية الاستثمار والتجارة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الراغبين في التعاقد مع الإدارات الهيئات والمؤسسات العمومية.

وتجسيدا لمبادئ الإبرام وأهدافها، نصت القوانين والتنظيمات على إجراءات قبلية ووقائية، تضمن حماية هذه المبادئ قبل خرقها، وإجراءات ردعية وقمعية في حالة الإخلال بها، وذلك بهدف تكريس قواعد الشفافية في إبرام العقود الإدارية.

الكلمات المفتاحية: الشفافية-المنافسة- المساواة- الإبرام-الصفقات العمومية-تفويضات المرفق العام- المال العام-الفساد-الرقابة-

Résumé

Les contrats administratifs sont considérés parmi les sujets les plus importants que ce soit au niveau national ou international vu leur relation avec les fonds publics, ce qui fait d'eux un terrain privilégié pour la réalisation des infractions de corruption de tout type. C'est pourquoi, les contrats administratifs sont fondés sur certains principes tels que : concurrence, transparence et égalité dans le traitement des conditions et la transparence des procédures. Ces principes ont pour objectif la garantie de la sérénité et l'efficacité des demandes publiques en matière de prix, ainsi que la qualité et la bonne gestion du fond public. En outre, cette consécration contribue à la réalisation de la liberté d'investissement et du commerce reconnue aux opérateurs économiques qui veulent conclure des contrats avec les administrations, institutions et entreprises publiques. En vue de consacrer les principes et les objectifs de confection des contrats, plusieurs règlements et textes de droit ont été adoptés, leur objectif est de mettre en place préventives contre l'atteinte à ces principes. En outre, les textes prévoient des procédures à caractère répressif en cas de violation du principe de transparence dans les contrats administratifs.

Mots clés : transparence, concurrence, égalité, conclusion -marchés publics, délégation de service public, corruption, fond public – le contrôle

Abstract

Administrative contracts are considered among the most important subjects, whether at national or international level, given their relationship with public funds, which makes them a privileged field for the implementation of corruption offenses of all types. This is why, administrative contracts are based on certain principles such as: competition, transparency and equality in the treatment of conditions and transparency of procedures. These principles aim to guarantee the serenity and efficiency of public requests for price, as well as the quality and good management of public funds. In addition, this consecration contributes to the realization of the freedom of investment and trade recognized by economic operators who want to conclude contracts with administrations, institutions and public enterprises. In view of enshrining the principles and objectives of making contracts, several regulations and legal texts have been adopted, their objective is to put in place preventive measures against attacks on these principles. In addition, the texts provide for procedures of a punitive in the event of violation of the principle of transparency in administrative contracts.

Keywords:

Transparency, competition, equality, conclusion - public contracts, delegation of public service, corruption, public fund – control.