وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم :القانون العام

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الجرائم الماسة بالملحق في الصفقات العمومية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص:القانون الجنائي والعلوم الجنائية

من إعداد الطالب :

- حميتي ربيع

تحت إشراف الدكتور :

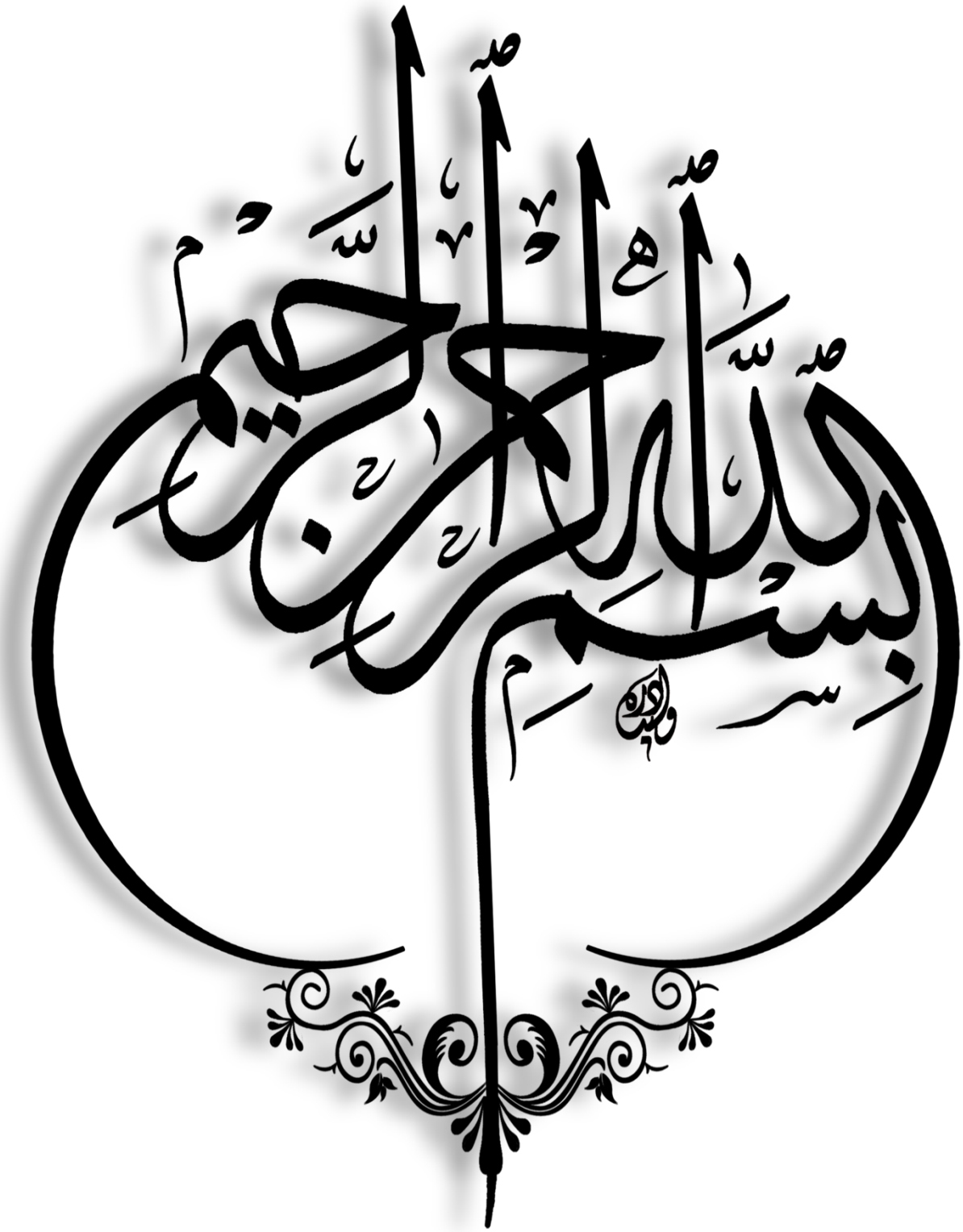
- بن عودة نبيل

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور	بن عبو عفيف	رئيسا
الدكتور	بن عودة نبيل	مشرفا مقررا
الدكتور	مشرفي عبد القادر	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم:2023/.06/15


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى كل غالي على قلبي

إلى كل من ساندني من قريب أم بعيد في

انجاز هذا العمل وأخص بالذكر كل أفراد

عائلتي صغيرا و كبيرا ، كل الأهل و الأقارب

والأصدقاء ، إلى كل من دعا لي دعوة صادقة

إلى كل من نصحني نصيحة طيبة ، إلى كل

أساتذتي من الطور الابتدائي إلى الجامعي

و إلى كل زملائي و زميلاتي بالدراسة

شكر

أشكر الله الواحد الأحد القادر المقتدر العليم
الذي بالقليل من العلم الذي أتاني استطعت أن
أنجز هذا العمل ، و انه من دواعي الشكر و
العرفان أن أتقدم بخالص تشكراتي إلى أستاذي
المشرف ، الذي لم يبخل علي بنصائحه
وتوجيهاته فله مني كل الشكر و العرفان و التقدير
و الامتنان ، كما أتقدم بجزيل الشكر إلى باقي
أعضاء لجنة المناقشة

مقدمة

تعد ظاهرة الفساد من أقدم وأبرز الظواهر وأكثرها تفشيا بين المجتمعات، فقد ارتبطت بوجود أنظمة سياسية، فهي لا تقتصر على شعب واحد دون آخر، بل انتشرت لتشمل كل المجتمعات، مما أصبحت هذه الظاهرة تشكل عائقا أساسيا أمام التنمية، وسببا رئيسيا من أسباب الضعف الداخلي والخارجي للدول، تؤدي حتما إلى انهيار مؤسساتها الاقتصادية وأنظمتها المالية وبنيانها السياسي، فينعكس كل ذلك سلبا على القيم الأخلاقية والعدالة والمساواة في الدول . تعد الجزائر واحدة من الدول التي تسعى لتحقيق التوازنات الاقتصادية والزيادة في معدلات نموها الاقتصادي، لذلك شهد الاقتصاد الوطني إصلاحات شاملة في جميع الميادين اقتصادية اجتماعية، وهو ما فرض على السلطات الجزائرية وضع سياسة قانونية من جهة وتنظيم الواقع الاقتصادي تماشيا مع التغيرات والظروف السياسية والاقتصادية من جهة أخرى. وقد أدى ارتباط الصفقة العمومية بالمال العام إلى جعلها من أهم القنوات المستهلكة له مما تجعله مجال خصبا للفساد الذي يؤثر على العقود والخدمات وبالتالي يدمر الأداء الاقتصادي ويهدر المال العام ويمس بنزاهة الوظيفة العامة وغيرها من الأضرار التي يمكن حصرها وال تدركها بصورة دقيقة.

وهذا ولا تقتصر مخاطر الفساد على المستوى الوطني وا تتعداه ليصبح شأناً عالميا تنظم من أجله الملتقيات وتبرم بخصوصه الاتفاقات، الأمر الذي جعل الجزائر لم تقف موقف المتفرج بل كانت سباقة في ولوج غماره، نظرا لحجم الفضائح الاقتصادية التي كانت ولازالت في تعاقب من سنة لأخرى التي لم تبقى سرا – والتي نجم عنها خسارة طائلة تتعدى الملايير من الدولارات، كما صادقت على اتفاقية الإتحاد الإفريقي للوقاية من الفساد ومكافحته المبرمة بمابوتو في 11 جويلية 2003 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-137 المؤرخ في 11 ربيع الأول 1427هـ الموافق ل 10 أفريل 2006، هذا على المستوى الدولي والقاري، أما على الصعيد الداخلي كيفت الجزائر قوانينها الداخلية مع اتفاقيات مكافحة الفساد، إذ قام المشرع بسن قانون مستقل تحت رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ

الموافق 3 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، كما أدخل العديد من التعديلات على التشريع الداخلي خاصة في ظل قصور قانون العقوبات وكذا قانون الإجراءات الجزائية في مواجهة ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية.

كما مكن الضبطية القضائية في مجال مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية بأساليب تحري جديدة جاء بها قانون الإجراءات الجزائية، وذلك للكشف عن مختلف هذه الصور، ومن هذه الأساليب نجد اعتراض المراسلات والتقاط الصور وأسلوب الاختراق أو التسرب إضافة للتعاون الدولي في هذا المجال.

أهمية الدراسة:

تنصرف أهمية موضوع الفساد في مجال الصفقات العمومية في ظل القانون المتعلق بالفساد، إلى البحث في مسائل تعبر عن جانب كبير من الأهمية، سواء من الناحية العلمية أو من الناحية العملية

الصفقات

من الناحية العلمية تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال دراسة جرائم الفساد في العمومية ومعرفة خصوصيتها من حيث صفة الجاني فيها والأركان المكونة للجريمة، ومحاولة فهمها، وإدراك مختلف الجوانب التي تخصها، وذلك بالإطلاع على النصوص القانونية وتحليلها، ومعرفة مدى تأثيرها سلبا على الاقتصاد الوطني، إضافة لإبراز مختلف التدابير الردعية والعقابية لمكافحة هذه الجرائم كما أن لهذا الموضوع أهمية عملية، يتناول آفة خطيرة تهدد اقتصاديات البلدان واستمرارها، والتي لطالما شغلت القانونيين حول البحث عن وسائل الوقاية منها ومكافحتها فيجب الإطلاع على مختلف الإجراءات القانونية التي كرسها المشرع الجزائري في خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا قانون الإجراءات الذي يتبع في سير الدعوى العمومية ككل من أول مرحلة في الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي يفصل

فيها، والتي اعتمدها المشرع من أجل مكافحة الفساد والقضاء على انتشاره في مجال الصفقات العمومية.

أهداف الدراسة :

من أهداف الدراسة معرفة حقيقة جرائم الصفقات العمومية التي تعتبر من جرائم الفساد إذ تثير الكثير من الصعوبات والإشكالات المتعلقة بكيفية مكافحتها، وباعتبار مرتكبيها يتميزون بالذكاء، ضف إلى ذلك صلتهم القوية بأفراد المجتمع خاصة أصحاب المناصب والنفوذ والسلطة، الأمر الذي يعيق إمكانية متابعتهم ومحاكمتهم جزائيا

عليه تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الإستراتيجية المتبعة لمواجهة الفساد في أهم

مجال اقتصادي هو الصفقات العمومية على ضوء النصوص القانونية المنظمة لها. أسباب اختيار الموضوع :

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع لنوعين من الأسباب منها الشخصية وأخرى عملية موضوعية، فأما عن الأسباب الشخصية فيعود اختيارنا لهذا الموضوع إلى رغبتنا وميولنا للبحث في هذا الموضوع ودراسته .

أما من الناحية العملية والموضوعية فباعتبار الفساد من أكبر المشاكل التي تواجه الدول وهو العقبة الرئيسية أمام الإصلاح والتنمية والاستثمار، رغم تعدد مجالات الفساد وصوره تعتبر الصفقات العمومية من أكثر المجالات عرضة لهذه الظاهرة . فوجود الفساد في هذا المجال يعد أمرا خطيرا، لذا يتعين الوقوف عنده، فجرائم الصفقات العمومية من بين الجرائم الخطيرة التي تنخر المجتمع ومؤسسات الدولة على حد سواء، وقد أخذ منح هذه الجرائم تصاعدا مستمرا لاسيما أثناء التحولات التي يزال يعرفها الاقتصاد الوطني. اشكالية الدراسة :

أمام كل هذه المعطيات التي تم دراستها نطرح الإشكالية التالية:

– ما مدى نجاعة آليات مكافحة الصفقات العمومية الجزائرية؟

وهذه الاشكالية تنبثق عنها جملة من التساؤلات الفرعية تتمحور أساسا حول :

– ما هي التعديلات التي أدخلها المشرع على جرائم الصفقات العمومية ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته؟ وهل خص المشرع هذه الجرائم بأحكام إجرائية خاصة؟

– ما هو مقتضى السياسة العقابية المقررة كرد فعل ردعي لهذه الجرائم؟

منهج الدراسة : تتطلب الإجابة عن هذه الإشكالية الاعتماد على استخدام المنهج الاستدلالي أو التحليلي كطريقة عملية لوصف وتحليل الظاهرة عن طريق جمع المعلومات وتصنيفها، الذي يعتبر طريقة من الطرق المرتبطة بالظواهر الإنسانية لبحث أكاديمي يتميز بالأسلوب العلمي والتحليلي، وهذا المفهوم يتلاءم مع طبيعة هذه الدراسة.

صعوبات الدراسة : إن غالبية البحوث العلمية الأكاديمية ليست في منأى عن صعوبات تواجهها حيث أنه لا يوجد بحث إلا وتعترضه معوقات، وأهم هذه المعوقات التي تهون أمام عظمة العلم، نجد ضيق الزمن المتاح لانجاز هذه الدراسة فهو قصير جدا بالنسبة لمستوى المذكرة والشهادة المراد التحصل عليها, إضافة إلى نقص في الكتب المتخصصة التي تتناول موضوع الدراسة, ومع ذلك قد تمكنا من انجاز هذه الدراسة بحمد الله تعالى وفضله والذي نتمنى أن يكون فيه من المعلومات ما يفيد المطلعين عليه.

ولأجل الإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين تطرقنا في الأول إلى الفصل الأول بعنوان **الإطار العام لجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية** حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول **المرتبطة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية** ، وفي المبحث الثاني إلى : **جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية**

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه. الإطار القانوني للجرائم الملحق في الصفقات العمومية في المبحث الأول سنتطرق **دوافع إبرام ملحق الصفقة** ، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى **الملحق كآلية لتسوية المنازعات في الصفقة العمومية**

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

الإطار العام لجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

الفصل الأول : الإطار العام لجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

إن تحقق الجريمة يكون بتوافر أركانها و انعدام أي ركن من أركانها يحول دون وقوعها أو تحققها فقد نصت أحكام المواد 26 و 27 و المادة 34 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم[1] ، على الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية والعقوبات المقررة لها ، باعتبارها نوع من الفساد الذي يطيح بالاقتصاد الوطني . من ذلك جرائم تشترط منح الغير الامتيازات غير المبررة سيتم دراستها في المبحث الأول من خلال مطلبين مطلب أول سيتم التطرق فيه لجريمة المحاباة ومطلب ثاني حول جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين ، و في المبحث الثاني جريمة الرشوة التي تشترط تلقي الموظف العمومي مقابل مادي من خلال تقديم تسهيلات لحصول الغير عل الصفقة العمومية ، و أهم ما تشترك فيه جرائم الصفقات العمومية أنها لا ترتكب إلا من طرف موظف عمومي ، كما نصت كذلك أحكام المواد من 88 إلى 94 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام[2] على كيفية مكافحة الفساد

المبحث الأول : الجرائم المرتبطة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

إن الامتيازات التي لا تستند إلى أي أساس قانوني أو التي تم الحصول عليها بغير وجه حق نتيجة لمخالفة أحكام التشريع أو التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية تعد امتيازات غير مبررة وتم الحصول عليها بغير وجه حق و هي مخالفة للقانون ، ولقد عالجها المشرع الجزائري في شكل صورتين نصت عليها أحكام المادة 26 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و

[1]- القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ،المشار إليه سابقا.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المشار إليه سابقا.

المتمم [3]، وهي جريمة المحاباة التي ستكون موضوع المطلب الأول وكذلك جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على الامتيازات غير المبررة كمطلب ثاني.

المطلب الأول : جريمة المحاباة

بالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم ، فالمحاباة في مجال الصفقات العمومية هي قيام كل موظف عمومي مكلف بإبرام عقد أو التأشير عليه أو مراجعة عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق بمخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها و ذلك بمنح المتعامل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية المتمثلة في الولاية أو البلدية أو مختلف المؤسسات أو الهيئات العمومية التي تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي المنظم لمجال الصفقات العمومية على امتيازات غير مبررة ، ولقيام جريمة المحاباة كغيرها من الجرائم اشترط المشرع لقيامها ركنين هما : الركن المادي و سنتطرق إليه كفرع أول والركن المعنوي كفرع ثاني في حين نتناول في الفرع الثالث العقوبات المقررة لها ، و تعتبر جريمة المحاباة جريمة تم إلغاءها من قانون العقوبات الجزائري و نقل مضمونها إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الأول : الركن المادي لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية

إن دراسة الركن المادي لجريمة المحاباة يكمن في المحل و الغرض الذي كان سببا في ارتكاب الجريمة لكن الأهم في ذلك هو معرفة صفة مرتكب الجريمة وهو الجاني.

أولا : صفة الجاني (الموظف العمومي) في مجال الصفقات العمومية

إن قيام جرائم الصفقات العمومية بما فيها جريمة المحاباة تتطلب صفة معينة في مرتكبيها و هي أن يكون القائم بها موظفا عموميا و لقد اختلفت النظريات في تحديد مفهوم الموظف العمومي فمن الفقه من يرى انه من – عمال المرفق العمومي و يرى البعض أنه شخص

[3]– المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم، المشار إليه سابقا.

يخضع في علاقته بالدولة لقواعد القانون العام و يرتبط هذا الموظف مع الإدارة بموجب عقد توظيف يتولى بمقتضاه هذا الموظف و تحت إشراف الإدارة أمر وظيفة معينة فيحصل منها على عدد من الحقوق أهمها المرتب مقابل التزامه بأعباء هذه الوظيفة و مقتضياتها [4] ، و عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الموظف العمومي بأنه كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا لدى دولة طرف في هذه الاتفاقية سواء كان معينا، منتخبا، دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص وكذلك هو كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي في القانون الداخلي للدولة الطرف في هذه الاتفاقية بيد أنه لأغراض بعض التدابير المعينة الواردة في هذه الاتفاقية ، وكذلك يجوز أن يقصد بتعبير موظف عمومي أي شخص يؤدي وظيفة عمومية أو يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف في هذه الاتفاقية و حسب ما هو مطبق في المجال المعني في قانون تلك الدولة الطرف في الاتفاقية[5] ، و من جانبها تعرف اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد على أن الموظف العمومي هو كل موظف أو موظف دولة أو الوكالات التابعة لها بما في ذلك من يقع عليه الاختيار أو يتم تعيينه أو انتخابه للقيام بأنشطة أو مهام باسم الدولة أو لخدمتها على أي مستوى من مستويات التسلسل الهرمي للسلطة[6] ، و بالمقابل عرفه القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري[7]

---

[4]– ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2013 ، ص .289

[5]– المادة 2/1 2/3 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 04–128 ، المشار إليها سابقا.

[6]– المادة 1/1 من اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي 06–137 ، المشار إليها سابقا.

[7]– المادة الرابعة من الأمر رقم 06–03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر.ع 46/2006.

أما في مجال قانون العقوبات فالموظف العمومي هو كل شخص يتعرض للعقوبات تحت أية تسمية وفي نطاق أي إجراء يتولى و لو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر و يساهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام يختلس أو يبدد أو يحتجز عمدا و بدون وجه حق أو يسرق أموالا عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقودا أو أموالا منقولة وضعت تحت يده سواء بمقتضى وظيفته أو بسببها كذلك ، و يعتبر موظفا عموميا كل من يعمل لصالح الدولة ويقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو صفقة عمومية غير أنه عندما ترتكب جرائم الصفقات العمومية إضرارا بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات رأس مال مختلط فإن الدعوى العمومية لا تحرك إلا بناء على شكوى من أجهزة الشركة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري و في القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة.

ومن جهته ينص قانون الوقاية من الفساد و مكافحته أن الموظف العمومي هو كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء أكان معينا أو منتخبا ، دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته ، و كذلك هو كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتا وظيفة أو وكالة أو بدون أجر و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها ، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية ، وهو كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول به .[8]

و تشمل صفة الجاني الموظف العمومي) في جنحة المحاباة كما جاء في القانون المتعلق بالفساد الفئات التالية:

[8]- المادة 02 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

01 – فئة المناصب و تشمل كل من:

أ- المناصب التنفيذية : و تضم رئيس الجمهورية الذي جعله الدستور الجزائري على رأس السلطة التنفيذية و الوزير الأول و أعضاء الحكومة – الوزراء و الوزراء المنتدبون و الأصل أن لا يسأل رئيس الجمهورية عن الجرائم التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى ، و يحال في هذه الحالة إلى المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية و هو ما يستخلص من المادة 177 الدستور [9] التي أحالت إلى قانون عضوي يحدد تشكيلة هذه المحكمة وتنظيمها و سيرها من والإجراءات المطبقة ، أما الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا) فإذا كان جائزا مساءلته جزائيا عن الجنايات و الجنح التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته مهامه ، بما فيها جرائم الفساد ، فإن محاكمته تظل معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة ، المختصة دون سواها بمحاكمته[10]، في حين تجوز مساءلة أعضاء الحكومة عن جرائم الفساد أمام المحاكم العادية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية. [11]

ب – المناصب الإدارية : و تشمل كل من يعمل في إدارة عمومية سواء كان دائما في وظيفته أو مؤقتا مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر ، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته و يمكن تحديد المناصب الإدارية وفقا لقسمين ، قسم يقصد به الموظفون الذين يشغلون مناصب بصفة دائمة وفقا لما جاء في تعريف المادة الرابعة من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية [12]، و يشمل الموظفين الذين يعملون في الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير الممركزة التابعة للإدارات المركزية و الجماعات الإقليمية و المؤسسات

---

[9]- المادة 177 من دستور 2 ور 1996 المعدل و المتمم .

[10]- الدكتور أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، جرائم الفساد ، جرائم المال و الأعمال ، جرائم التزوير ، دار هومة، ط2013، 13، ص 12 و 13.

[11]- المواد 573 و ما يليها من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في08/06/ 1966المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل و المتمم.

[12]- المادة 04 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المشار إليه سابقا.

العمومية ذات الطابع الإداري و ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لقانون الوظيفة العمومية ، أما القسم الثاني فيشمل عمال الإدارات و المؤسسات العمومية الذين يشغلون مناصبهم بصفة مؤقتة و لا تتوفر فيهم صفة الموظف.

ج – المناصب القضائية : و يشمل القضاة التابعين لنظام القضاء العادي و هم قضاة الحكم و النيابة العامة للمحكمة العليا و المجالس القضائية والمحاكم ، والقضاة التابعين لنظام القضاء الإداري و تشمل قضاة مجلس الدولة و المحاكم الإدارية و القضاة العاملين بالإدارة المركزية لوزارة العدل و أمانة المجلس الأعلى للقضاء و المصالح الإدارية للمحكمة العليا و مجلس الدولة و مؤسسات التكوين و البحث التابعة لوزارة العدل. [13]

المناصب التشريعية و تشمل كل شخص يشغل منصبا تشريعيا كالعضوية في البرلمان بغرفتيه(مجلس الأمة و المجلس الشعبي الوطني).

02– فئة من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط : و يقصد بها الهيئات العمومية غير الدولة و الجماعات المحلية التي تتولى تسيير مرفق عمومي و تشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و هيئات الضمان الاجتماعي ، والمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تنشط في مجال الإنتاج و التوزيع الخدمات كمؤسسة سوناطراك وشركة توزيع الكهرباء و الغاز و البنوك وشركات التأمين ، بالإضافة إلى المؤسسات التي تتولى تسيير مرفق عام عن طريق عقد الامتياز و تقوم بتقديم خدمة عمومية وللخدمة العمومية ثلاثة معالم أن تكون للمؤسسة مهمة ذات نفع عام و أن تكون لها امتيازات السلطة العامة و أن تكون للإدارة حق النظر في كيفية تطبيق مهمتها [14]

---

[13]- المادة 02 من القانون العضوي رقم 04–11 المؤرخ في 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، ج ر.ع .57–2004 .

[14]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 21.

من خلال التعريفات المتضمنة مفهوم الموظف العمومي يتضح أن جنحة المحاباة لا تقوم إلا إذا توافرت في الجاني صفة الموظف العمومي، و الذي يشترط فيه أن يكون العمل القائم به دائما، و أن يكون معين بأداة قانونية و من سلطة مختصة و في مرفق إداري تديره الدولة.

ثانيا : محل جرائم الصفقات العمومية

فإذا كان القائم بجرائم الصفقات العمومية هو الموظف العمومي فإن محل الجريمة هو كذلك مشترك بين أنواع جرائم الصفقات العمومية وهي الصفقة العمومية في حد ذاتها ، وهو ما سنحاول دراسته وفقا للمرسوم الرئاسي الجديد المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام وتكييفه مع القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

01- **الصفقة العمومية** : هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات. [15]

02 - أطراف الصفقة العمومية: لا تطبق أحكام المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام إلا على الصفقات العمومية محل نفقات الدولة و الجماعات الإقليمية ،المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. [16]

03- شكل و موضوع الصفقة العمومية: تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات التالية : انجاز الأشغال ، اقتناء اللوازم تقديم الخدمات و إنجاز الدراسات على أن تكون إحدى

---

[15]- المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

[16]- المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، المذكور أعلاه.

الهيئات المذكورة في المادة السادسة من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام طرفا فيها. [17]

أ – إنجاز الأشغال : أو ما يعرف بعقد الأشغال العامة و هو اتفاق يهدف إلى تحقيق منفعة عامة وذلك بإنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول و تشمل هذه الأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها [18]، وكل ذلك في مقابل نقدي يحصل عليه المقاول،و لوجود عقد الأشغال العامة لابد أن يتعلق العقد بعقار و ليس بمنقول و إن كبر حجمه، و أن تتمثل أعمال الأشغال العامة في أعمال بناء أو هدم أو ترميم أو صيانة كأعمال الطلاء و تنظيف الشوارع و الأماكن العامة أن ، و الأعمال المنصبة عل العقار لحساب جهة الإدارة و ليس من اللازم أن يكون العقار مملوكا لها سواء كان من الأموال العامة أو الخاصة فقد يكون مستأجرا أو ملكا للملتزم الذي يتولى شأن أحد المرافق العامة أو لأحدى الجمعيات ذات النفع الأعمال المكونة للأشغال العامة بقصد تحقيق النفع العام و ليس تحقيقا لكسب العام ويجب أن مالي. [19]

ب – اقتناء اللوازم : أو ما يعرف بعقد التوريد ويهدف إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة ، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها كذلك و تشمل كذلك مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة و التي تكون مدة عملها

---

[17]- المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المذكور أعلاه.

[18]- المادة 29 . من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، المشار إليه سابقا.

[19]- ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص.281

مضمونة أو محددة بضمان و كل ذلك بمقابل مادي يحصل عليه المورد[20] ، و يقابل هذا العقد عقد البيع في القانون الخاص.[21]

ج – إنجاز الدراسات : و هو اتفاق بين إدارة عامة و شخص آخر طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة و الاختصاص يهدف إلى إنجاز خدمات فكرية منها مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية و الإشراف على إنجاز الأشغال و تقديم المساعدة في مشروع ما. [22]

د – تقديم الخدمات : و هو اتفاق بين الإدارة و شخص آخر طبيعي أو معنوي يهدف إلى إنجاز و تقديم خدمات و ذلك في مقابل مادي للمتعهد[23].

04 – مبلغ الصفقة العمومية: كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم و ستة ملايين دينار للدراسات أو الخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[24]، كما لا تكون محل استشارة وجوبا الطلبات التي تقل مجموع مبالغها ، حسب طبيعتها أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات خلال نفس السنة المالية عن مليون دينار فيما يخص الأشغال أو اللوازم و عن خمسمائة ألف دينار فيما يخص الدراسات أو الخدمات. [25]

---

[20]- المادة 29–06 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المذكور أعلاه .

[21]- ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص.284

[22]- المادة29–10، 29–11 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المذكور أعلاه

[23]- المادة 29–13 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المذكور أعلاه

[24]- المادة 13/01 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

[25]- المادة21–01 من نفس المرسوم الرئاسي ، المذكور أعلاه .

05- الصفقة العمومية في مفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

بالرجوع إلى أحكام المادة 26 من القانون رقم06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته نجده وسع من محل جريمة المحاباة لتشمل إلى جانب الصفقة بإعتبارها كل عقد يبرمه الموظف العمومي قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد أو الخدمات أو إنجاز الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة إلى

العقد : و هي العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع أشخاص معنوية طبيعي بدون استعمال امتيازات السلطة العامة و يتعلق الأمر بالعقود شخص عامة أو خاصة أو مع التجارية التي تبرمها المؤسسات و الهيئات الإدارية

الاتفاقية: تطلق على العقود التي تبرمها الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها مع شخص آخر طبيعي أو معنوي أو عام أو خاص و المتعلق بإنجاز أشغال أو خدمات لصالحها عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة. [26]

الملحق : هو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة [27]و عليه فالصفقات العمومية التي يقصدها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا تنحصر في الصفقات العمومية و إنما تشمل كل العقود التي تبرمها الإدارات و المؤسسات العمومية التي لا تتجاوز قيمتها السقف المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في

---

[26]- شروقي محترف – الصفقات العمومية و الجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد – مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء 2008 – شروقي محترف ، المرجع السابق ، ص 30.

[27]- المادة 1/136 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المذكور أعلاه .

16/09/2015، [28] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و التي تتم وفقا لسندات للطلبات أو فواتير شكلية .

ثالثا : مراحل ارتكاب جريمة المحاباة

جريمة المحاباة قد ترتكب في مرحلة الإعداد و الإبرام أو التأشير و التنفيذ أو المراجعة و تخضع هذه المراحل لأحكام المرسوم الرئاسي رقم15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و تأخذ جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية الصور التالية :

1- مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الإعلان و الاستشارة : نص المرسوم المنظم للصفقات العمومية على الحالات التي تتطلب للحصول على الطلبات اللجوء إلى استشارة و على الحالات التي لا تكون فيها الطلبات محل استشارة[29]، فتكون المخالفة باللجوء إلى مخالفة ذلك كاللجوء إلى تجزئة الصفقة لتفادي اللجوء إلى إجراءات الاستشارة أو اللجوء إلى طلبات بفواتير أو طلبات شراء في حين يتطلب المبلغ المخصص للحصول على الطلبات اللجوء إلى إجراءات الاستشارة.

02 - مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض : لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام[30]، و يكمن ذلك فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية بحيث لا يسمح التفاوض مع المتعهدين بعد عملية الفتح و التقييم إلا الحالات المنصوص عليها

[28]- المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المذكور أعلاه.

[29]- المادتين 13 ، 21 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، المشار إليه سابقا.

[30]- المادة 05 من نفس المرسوم الرئاسي ، المذكور أعلاه.

قانونا فإذا ما تم التفاوض بعد فتح العروض من أجل تعديل العروض للفوز بأحسن عرض فتقوم جريمة المحاباة في هذه الحالة في حالة ما إذا تم منح الصفقة بطريقة غير شرعية في حالة عدم احترام المعايير المنصوص عليها في دفاتر الشروط الخاصة بإبرام الصفقات.

03 – مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة: الصفقة قد يتطلب إعداد ملاحق دون مراعاة للإجراءات المنصوص عليها في مجال الصفقات العمومية و هذا مخالف للتشريع المعمول به، و هنا تقوم جريمة المحاباة

04– مخالفة أحكام التأشير على الصفقة : لقد نص القانون على وجوب التأشيرة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية إلى المصلحة المتعاقدة في حالة الصفقة و كذلك تأشيرة المراقب المالي التي تعد إلزامية باعتباره يمثل رقابة قبلية قبل صرف النفقة.

فجريمة المحاباة لا تقوم إلا في حالة ما إذا كانت المخالفات المرتكبة لها تأثير على الصفقة في أي مرحلة من مراحل الإبرام أو التأشير أو المراجعة.

رابعا: الغرض من ارتكاب جريمة المحاباة :

لقيام الركن المادي في جريمة المحاباة لا يكفي قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو القيام بعملية المراجعة أو التأشير بشكل مخالف للتشريع و التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية بل يجب أن يكون الغرض من النشاط إفادة الغير بامتيازات غير مبررة كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من الامتياز و ليس الجاني و لو كان الجاني هو المستفيد من الامتياز لتحول الفعل إلى جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو رشوة[31] ، فلا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام و التنظيمات و إنما يشترط أن يكون الهدف من مخالفة هذه الأحكام و التنظيمات هو تفضيل أحد المتنافسين عن غيره و حتى تقوم جريمة المحاباة فعلى القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي

[31] أحسن بوسقيعة ،المرجع السابق ، ص 142

لجريمة مخالفة القانون و ربطه بالشخص الذي رست عليه الصفقة و يتضح ذلك خلال ملف من المحاباة و هو الصفقة.

الفرع الثاني : الركن المعنوي لجريمة المحاباة

ما يعرف عن الركن المعنوي أنه انعكاس لماديات الجريمة في نفسية الجاني فلقيام جريمة المحاباة لا يكفي مجرد ارتكاب العمل المادي المكون لها بل لابد أن يصدر هذا العمل المادي عن علم و إرادة فجريمة المحاباة تعد من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام و المتمثل في اتجاه إرادة الجاني و هو الموظف العمومي إلى مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا و كذلك توافر القصد الجنائي الخاص و المتمثل في إعطاء امتيازات غير مبررة للغير مع العلم بأن هذا الفعل يشكل جريمة ، و في هذه الحالة على القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة كما هو الحال بالنسبة للركن المادي و ذلك بإبراز مدى علاقة الأفعال المرتكبة بنية المتهم في ارتكاب الفعل عن علم و إرادة ، و مع ذلك حرص المشرع منذ تحريمه لفعل إبرام الصفقات العمومية و العقود بطريقة غير شرعية على ضرورة توافر القصد الجنائي لقيام الجريمة غير أن القضاء لم يكترث كثيرا للقصد الجنائي.

أولا : حرص المشرع و استقراره على اشتراط القصد الجنائي في الجريمة

من خلال المراحل التي . مر بها تحريم فعل المحاباة من قانون العقوبات إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حرص المشرع على إبراز الركن المعنوي في نص التجريم فاشترط المادة 423 من العقوبات المعدل بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04/02/2014 التي أحدثت هذه الجريمة أن يقوم الجاني لأغراض شخصية بإبرام عقد أو صفقة يعلم أنها مخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للدولة ونص القانون المؤرخ في 12/07/1988 الذي عدل المادة 423 من قانون العقوبات على أن يخالف الجاني الأحكام التشريعية و أن يكون قاصدا المساس بمصالح الهيئة التي يمثلها ، و نصت المادة 128 مكرر الملغاة و المادة

26-01 من قانون مكافحة الفساد التي حلت محلها على أن يكون مخالفة التشريع مخالفة الأحكام التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير ، كما نصت المادة من قانون مكافحة الفساد المعدلة بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02/08/2011 على كل موظف عمومي يمنح عمدا امتيازا غير مبرر للغير.

ثانيا : تحليل القصد الجنائي

كانت المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد قبل تعديلها تشترط توافر قصد خاص علاوة على القصد العام و يتمثل القصد الخاص في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية وهو إعطاء امتيازات غير مبررة للغير [32]و بعد تعديل المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد بموجب القانون رقم 11-15 و باعتبار جريمة المحاباة من جرائم القصد التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في الإرادة و العلم و لابد من إبراز عنصر القصد في الحكم و يمكن استخلاصه من اعتراف المتهمين بأنهم خرقوا إجراءات إبرام الصفقات بإرادتهم المحضة .[33]

الفرع الثالث : العقوبات المقررة لجريمة المحاباة

حدد المشرع لمكافحة جريمة المحاباة مجموعة من العقوبات الأصلية و العقوبات التكميلية بموجب القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد مكافحته المعدل و و المتمم كم حدد المشرع في نفس القانون الأحكام المتعلقة بالشروع و الاشتراك و التقادم في هذه الجرائم و على الظروف المشددة و الظروف المخففة و المعفية من. العقاب

أولا: العقوبات الأصلية

و هي العقوبات التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى و هي :

---

[32]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 158

[33]- أحسن بوسقيعة ، المرجع نفسه ، ص159.158

1 – العقوبات المقررة للشخص الطبيعي : يعاقب المشرع على جريمة المحاباة بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من مائتي ألف دينار إلى مليون دينار كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية ىو التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، و مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات. [34]

02- العقوبات المقررة للشخص المعنوي: حيث نص المشرع على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الفساد في المادة 53 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من ومكافحته و القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات التي تقضي : باستثناء الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته و ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك ، وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مسائلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك. [35]

فالمشرع الجزائري عمم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد بما فيها جريمة المحاباة وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات ، و قرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية و التي تساوي من مرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على و حسب نص المادة 53 من القانون المتعلق بالوقاية من مكافحته الفساد والمادة والجريمة 18 مكرر 1 من قانون

[34]- المادة 26/1، من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

[35]- المادة 51 مكرر من ، الأمر 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، أضيفت بالقانون 04-15 المؤرخ في 10/11/2004ج ر. ع 71/2004.

العقوبات المعدل و المتمم تطبق على الشخص المعنوي غرامة من مليون دينار إلى خمسة ملايين دينار[36] ، فلا يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبة المالية باعتبار أن هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع و الربح غير المشروع .

ثانيا : العقوبات التكميلية

وهي عقوبات لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية فيما عدا الحالات المنصوص عليها قانونا و تكون إلزامية أو اختيارية [37]، و ينص المشرع أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات[38].

01-العقوبات التكميلية الإلزامية و الاختيارية المقررة للشخص الطبيعي

أ العقوبات التكميلية الإلزامية : وهي العقوبات الثلاث المنصوص عليها في قانون العقوبات:

– الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية و نصت على ذلك الفقرة 02 . المادة 09 [39] ، كما حددت المادة 9 مكرر 1 المستحدثة إثر تعديل قانون العقوبات في 22006، مضمون هذه الحقوق في العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف و المناصب العمومية أو إسقاط العهدة الانتخابية و الحرمان من حق الانتخاب و الترشح و من حمل أي وسام ، و عدم الأهلية لتولي مهام مساعد محلف أو الإدلاء بالشهادة على عقد أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال، و الحرمان من الحق في حمل الأسلحة و في التدريس أو في إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بصفة أستاذ أو مدرس أو ناظر و

---

[36]- المادة 18 مكرر 1 من الأمر 66-155 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، المذكور أعلاه

[37]- المادة 04 من الأمر 66-155 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، عدلت بالقانون 06/23 المؤرخ في 20/12/2006 ج ر . ع 84/2006.

[38]- المادة 50 من القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم، المذكور أعلاه.

[39]- المادة 09 من الأمر 66-155 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، المشار إليه سابقا.

عدم الأهلية للإضلاع بمهام الوصي أو المقدم و سقوط الولاية كلها أو بعضها و تكون مدة الحرمان عشر سنوات على الأقل تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، وكذلك الحجر القانوني التي قضت به المادة 9 في البند 1 كما نصت المادة 9 مكرر المستحدثة بموجب قانون 2006 على انه في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني و هو حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية .[40]

إضافة إلى :

– المصادرة الجزئية للأموال : في حالة الإدانة بارتكاب جناية تأمر المحكمة بمصادرة الأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها و كذلك الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت لمكافأة مرتكب الجريمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية. ب العقوبات التكميلية الاختيارية : يجوز للجهات القضائية الحكم على الجاني بالعقوبات التكميلية الاختيارية المتمثلة في تحديد الإقامة و المنع من الإقامة ، و المنع من ممارسة مهنة أو نشاط و إغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا ، و الحظر من إصدار الشيكات و / أو استعمال بطاقات الدفع و الإقصاء من الصفقات العمومية و سحب أو توقيف رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة و سحب جواز السفر ، و تكون العقوبة لمدة لا تتجاوز 10 سنوات باستثناء تعليق أو سحب رخصة السياقة و سحب جواز السفر لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.[41]

ج – العقوبات المقررة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته : إضافة إلى العقوبات التكميلية الواردة في قانون العقوبات التي يمكن توقيعها على مرتكب جريمة المحاباة نص المشرع الجزائري في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد مكافحته المعدل و المتمم[42] على

---

[40]- المادة 09 مكرر 01 من الأمر 66–155 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، أضيفت بالقانون رقم 06–23 المشار إليه سابقا.

[41]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 51،50

[42]- القانون رقم 06– 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

عقوبات تكميلية تتمثل في تجميد و حجز العائدات و الأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بقرار قضائي ، و مصادرة العائدات و الأموال غير المشروعة و ذلك في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون فتأمر الجهات القضائية بمصادرة العائدات و الأموال غير المشروعة و ذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية ، كما تحكم الجهات القضائية برد ما ثم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح و لو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى [43]، كما يضيف نفس القانون على أن كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه و انعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية. [44]

02- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي

يسأل جزائيا الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص ومن هذا القبيل المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات ذات الرأس المال المختلط والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية، ولا تسأل جزائيا الدولة و الجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وتبقى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري محل مساءلة باعتبار أن هذه المؤسسات تخضع للقانون الخاص في علاقتها مع الخواص. وبالمقابل يشترط لمساءلة لشخص المعنوي أن ترتكب الجريمة لحسابه من طرف أجهزته و يتعرض الشخص المعنوي

[43]- المادة 51 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم ، المذكور أعلاه.

[44]- المادة 55 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم، المذكور أعلاه.

المدان للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات [45]والتي تساوي من مرة (01) إلى (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي و هي تتراوح مابين مليون دينار و خمسة ملايين دينار ، أما بالنسبة لباقي العقوبات فتتمثل في حل الشخص المعنوي أو غلق المؤسسة أو إحدى فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات و كذلك الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، و المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات مع مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها و الوضع تحت الحراسة القضائية . مع نشر و تعليق حكم الإدانة.

ثالثا : أحكام أخرى متعلقة بجريمة المحاباة

قرر المشرع الجزائري لجريمة المحاباة أحكاما أخرى تتعلق بالشروع و الاشتراك و التقادم إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتشديد العقاب و الأعذار المخففة و المعفية من العقاب.[46]

01 – أحكام الشروع و الاشتراك في جريمة المحاباة:

نصت المادة 52 من القانون رقم 06/01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته على أن الأحكام المتعلقة بالشروع و الاشتراك تخضع للأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات و من هنا يتضح أن قانون الوقاية من الفساد و مكافحته يعاقب على الشروع و الاشتراك في جرائم الصفقات العمومية ، و الشروع في الجريمة هو البدء في تنفيذ مادياتها دون تحقق النتيجة لظروف لا دخل فيها لإرادة الجاني فيعاقب المشرع الشروع

[45]- المادة 18 مكرر من الأمر 66-155 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، عدلت بالقانون رقم 06-23 المشار إليه سابقا.

[46]- زوزو زوليخة ، جرائم الصفقات العمومية و آليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد مذكرة شهادة الماجستير في الحقوق جامعة ورقلة 2012 ، ص81.

في جريمة المحاباة بمثل العقوبة المقررة للجريمة نفسها ، أما بالنسبة للاشتراك في جريمة المحاباة فيعاقب الشريك في الجنحة بنفس العقوبة المقررة للمرتكب الأصلي لها.

02 – الظروف المشددة في جريمة المحاباة :

شدد المشرع الجزائري من العقوبات السالبة للحرية دون التشديد في الغرامات المالية فشدد عقوبة الحبس لتصبح سنوات إلى 20 سنة من و بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة إذا كان مرتكب جريمة المحاباة قاضيا أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا أو عضو في الهيئة الوطنية الفساد ومكافحته أو ضابط أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة للوقاية من القضائية أو موظف أمانة ضبط.[47]

03– الإعذارات المعفية و المخففة لجريمة المحاباة: [48]

نص القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم بموجب المادة 49 [49]، على أنه يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون و قام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة و ساعد على معرفة مرتكبيها كما تخفض العقوبة إلى النصف بالنسبة لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون و الذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها. [50]

كما تبدو غاية المشرع في تكريسه لهذه الأعذار المعفية و المخففة في جرائم الصفقات العمومية بصفة عامة و في جريمة المحاباة بصفة خاصة أنه من جهة تشكل هذه

---

[47]- المادة 48 من القانون 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم المشار إليه سابقا.

[48]- زوزو زوليخة ، المرجع السابق ، ص82–83.

[49]- المادة 49 من القانون 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المذكور أعلاه.

[50]- المادة 49 من القانون 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

الأخيرة حافزا للأشخاص الذين ضلعوا في هذه الجرائم من أجل التراجع في ذلك قبل فوات الأوان و من جهة أخرى فإن أفعال مرتكبي هذه الجرائم و التي تجعلهم يستفيدون من التخفيف مثل الإبلاغ عن شركائهم قد تساعد في عملية المتابعة و التحري للكشف عن باقي الملابسات.

المطلب الثاني : جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

النفوذ في القانون هو تمتع الشخص بنفوذ فعلي لدى الهيئة التي يعمل لديها أو إحدى الجهات الخاضعة لرقابتها ، و التي تهدف دائما لتحقيق المصلحة العامة وهي الشرط الإيجابي لشرعية العمل الإداري [51]، و من ثم يكون محل هدف من طرف الغير لتحقيق المصالح ، و لقد أشار المشرع الجزائري إلى جريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة للحصول على امتيازات غير مبررة في المادتين 26-02 المادة 32 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم.

الفرع الأول : الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

إن دراسة الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة يكمن في النشاط الإجرامي الذي كان سببا في ارتكاب الجريمة لكن الأهم في ذلك هو معرفة صفة مرتكب الجريمة وهو الجاني.

أولا : صفة الجاني و قيام الجريمة

---

[51]- جورج فودال ، بيار دلفولفيه ، ترجمة منصور القاضي ، القانون الإداري ج 01 المؤسسة الجامعية للدراسات النشر و التوزيع ،ط 01 ، لبنان 2001، ص 433

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل والمتمم اشترط المشرع صفة معينة في الجاني المرتكب لجريمة استغلال نفوذ الأعوان و هي أن يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و يستفيد 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 أجال التسليم أو التموين.

فالمطلوب أن يكون الجاني عونا اقتصاديا خاصا و لا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا يعمل لحسابه أو لحساب غيره [52]، و بالتالي تقوم هذه الجريمة من قبل كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستغلال نفوذ عون من أعوان الدولة من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة و بالتالي لا يكون الجاني موظفا عموميا بل يكون طرفا في العلاقة أو عنصر مستلزم لقيام الجريمة فالركن المادي لجريمة استغلال النفوذ من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة يقوم أساسا على استغلال الجاني ما يتمتع به الموظف العمومي أو أي عون من أعوان الدولة من تسلط أو نفوذ من أجل الحصول على امتيازات وقد حدد القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أن قيام جريمة استغلال النفوذ يتحقق في حالة 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

[52]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص168.

شخص آخر و 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[53]

ثانيا : النشاط الإجرامي في جريمة استغلال النفوذ

تقوم جريمة استغلال النفوذ في تقدم شخص عادي أو معنوي من أعوان الدولة ليستغل نفوذه من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية نصت عليها أحكام القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد مكافحته المعدل و و المتمم و تتمثل في :

01 - الزيادة في الأسعار

على المصلحة المتعاقدة عند إرساء الصفقة على المتعاقد إلزامه باحترام المعايير و الإجراءات المنصوص عليها في مجال الصفقات العمومية بما فيها السعر المتفق عليه باعتباره العنصر الحاسم في عملية الإسناد فجريمة استغلال النفوذ تقوم في حالة ما إذا استغل المتعاقد علاقته بالعون المكلف و قام بالتلاعب و تغيير السعر مستغلا بذلك العلاقة و مثال ذلك الأسعار المتعلقة بعقود إنجاز الأشغال و التي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا ، فيتقدم صاحب شركة مقاولة باقتراح أسعار تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أعلى من أو إحدى الأعوان فيها. [54]

02 - التعديل في نوعية المواد

تعد المصلحة المتعاقدة دفتر شروط يتضمن كشف كمي و تقديري للمواد أو الأشغال المطلوبة معتمدة على معايير تقنية مرتبطة بالسعر و النوعية و الآجال و بلد

[53]- المادة 32 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

[54]- شروقي محترف ، المرجع السابق ، ص44 ، 45.

المنشأ في حالة المواد ، فالجاني قد يتعمد تقديم مواد أقل جودة بنفس الأسعار مستغلا بذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين في الهيئة أو الإدارة ، ومثال ذلك لو تم إبرام عقد لتزويد البلدية بأجهزة من نوع تعرف جودته في السوق فتم تزويد البلدية بأجهزة من نوع آخر أقل جودة و على أساس نفس السعر[55]

03 – التعديل في نوعية الخدمات

ومن خلالها يتعمد الجاني مخالفة أحكام العقد أو الصفقة التي تربطه بالمصلحة المتعاقدة فيما يخص تقديم نوعية الخدمات المطلوبة مستغلا في ذلك علاقته أحد أعوان هذه المؤسسات و مثال ذلك لو مع تم ابرام عقد لصيانة أجهزة البلدية فصليا على أن يقوم بها مهندسون مختصون فلا يقوم المتعامل المتعاقد مع البلدية إلا بصيانة واحدة في السنة يجريها تقنيون[56]

04 – التعديل في أجال التسليم و التموين

و هو ما يحدث غالبا بحيث يقوم الجاني بالتأخير في تسليم أو تموين ما اتفق عليه مما يترتب عليه جزاءات من طرف المصلحة المتعاقدة كتعرضه لعقوبة التأخير و لكن استغلاله لأحد الأعوان يحول دون ذلك، فأي إخلال من طرف المتعامل المتعاقد بالتزاماته في عقود وصفقات اقتناء اللوازم مثلا و تأخره في تسليم ما هو مطلوب منه يعرضه للجزاءات التي تفرضها عليه الإدارة كالغرامة في التأخير ، فعادة ما يقوم الجاني بالتأخير في آجال التسليم أو التموين دون أن يتم توقيع الجزاء عليه باستغلاله سلطة أو تأثير أحد مسئولي الهيئة أو المؤسسة. [57]

الفرع الثاني :الركن المعنوي لجريمة استغلال النفوذ للحصول على الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

---

[55]- زوزو زوليخة ، المرجع السابق ، ص.88

[56]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص170.

[57]- زوزو زوليخة ، المرجع السابق ، ص 89.

جريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة للحصول على الامتيازات غير المبررة هي جريمة عمدية تشترط توافر :

أولا : القصد الجنائي العام

و هو علم الجاني بسلطة و تأثير الأعوان العموميين في إبرام الصفقة أو العقد و اتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته [58] وينصرف علمه كذلك إلى العناصر المكونة للواقعة الإجرامية فيلزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي يسعى للحصول على المزية منها هي سلطة عامة أو وجهة خاضعة لإشرافها.

ثانيا : القصد الجنائي الخاص

و هي نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة ، و قصد الجاني هوالحصول على امتيازات هذه الامتيازات تتمثل في الزيادة في الأسعار ، و التعديل في نوعية المواد والخدمات و آجال التسليم و التموين .

فالقصد الجنائي المتطلب لقيام جريمة استغلال النفوذ يكون قائما بتوافر عنصري العلم و الإرادة و لهذا لابد من إبراز عنصر القصد الجنائي في حكم القاضي الذي يفصل في الدعوى المتعلقة بجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة[59]

الفرع الثالث : العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة

حددت المادة 26-02 من القانون 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من مكافحته المعدل والمتمم[60] العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل و الحصول على امتيازات غير مبررة بين عقوبات أصلية و أخرى

---

[58]- شروقي محترف ، المرجع السابق ، ص.45

[59]- بن بشير وسيلة ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري – مذكرة ماجستير في القانون العام جامعة تيزي وزو ،ص55

[60]- القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم المشار إليه سابقا.

تكميلية كما نص القانون على الأحكام المتعلقة بالشروع و الاشتراك و التقادم في هذه الجريمة كما بين الظروف المشددة و الظروف المخففة والمعفية من العقاب

أولا: العقوبات الأصلية

01 – العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

يعاقب المشرع على جريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة للحصول على امتيازات غير مبررة بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة من مائتي ألف دينار إلى مليون دينار لكل : تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و يستفيد 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 أجال التسليم أو التموين. [61]

02– العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي

قرر المشرع الجزائري الغرامة المالية كعقوبة أصلية تطبق على الشخص المعنوي أثناء ارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة و تتراوح هذه الغرامة مابين مليون دينار خمسة ملايين دينار طبقا للمادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته و المادة 18 ومكرر 1 من قانون العقوبات المعدل و المتمم.

ثانيا : العقوبات التكميلية

نصت عليها المادة 50 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم و كما سبق ذكره في جريمة المحاباة ففي حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم

[61]- المادة 26 من القانون رقم 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل و المتمم ، المذكور أعلاه. 3 المادة 53 من نفس القانون المذكور أعلاه.

المنصوص عليها في هذا القانون يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليه في قانون العقوبات التي تم ذكرها في جريمة المحاباة[62]

ثالثا : أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة

إضافة إلى العقوبات الأصلية و التكميلية التي قررها المشرع الجزائري في حالة ارتكاب جريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة أضاف أحكاما أخرى متعلقة بالشروع و الاشتراك والتقادم وأحكام متعلقة بتشديد العقاب والأعذار المخففة و المعفية العقاب و هي من ذاتها الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة. [63]

المبحث الثاني : جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

تعد جريمة الرشوة من أكثر الجرائم شيوعا في مجال الصفقات العمومية فهي طريقة للمتاجرة بالوظيفة العامة، و إهدار الثقة في الإدارة العامة، لذلك سنتناول دراسة جريمة الرشوة وطبيعتها القانونية ثم نتطرق إلى صور تحققها مع ذكر أوصاف الرشوة و العقوبات المقررة لها.

المطلب الأول : تعريف الرشوة و طبيعتها القانونية

من خلال هذا المطلب سنتطرق للطبيعة القانونية للرشوة وذلك بتعريفها و التمييز بينها و بين الأفعال المشابهة لها.

الفرع الأول : جريمة رشوة الموظفين العموميين

تعددت مفاهيم جريمة الرشوة لكن جميعها اجتمعت على أنها متاجرة بالوظيفة من أجل الحصول على مقابل مادي أو غير مادي فهي جريمة تختص في الاتجار بأعمال

---

[62]- انظر سابقا العقوبات التكميلية ، جنحة المحاباة ص 15 و 16 و 17 .

[63]- أنظر سابقا أحكام أخرى ، جريمة المحاباة ، ص 18 و 19.

الوظيفة العامة و هي تستلزم وجود شخصين موظف عام أو قاضي أو عامل أو مستخدم يطلب أو يقبل عطية أو وعدا أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى مقابل قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل من أعمال وظيفته سواء كان مشروعا أو غير مشروع و إن كان خارجا من اختصاصاته الشخصية إلا أن شأن وظيفته أن تسهل من له أداؤه أو كان من الممكن أن تسهله له و يسمى هذا الموظف مرتشيا وصاحب المصلحة يسمى راشيا. إذا قبل أداء ما يطلبه الموظف أو تقدم بالعطاء فقبله القاضي أو الموظف ، و على ذلك تكون العبرة في جريمة الرشوة بسلوك الموظف لا بسلوك الطرف الآخر.[64]

و بالمقابل جريمة الرشوة تتطلب وجود طرفين أو شخصين على الأقل و تقتضي اتحاد أو توافق إرادتين الأخذ و على العرض من طرف و القبول من الطرف الآخر[65]، فيستنتج من ذلك أن طلب الفائدة أو قبولها من جانب الموظف العمومي أو عرضها عليه مقابل عمل وظيفي على العطاء الرشوة هي يختص به .[66]

الفرع الثاني : الرشوة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

وهو ما نصت عليه أحكام المادة 27 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق الفساد مكافحته بالوقاية من و و هو كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية مع الإدارة فالمشرع الجزائري جرم الرشوة لما ينطوي عليها من إهدار و فقدان للثقة والنزاهة في الإدارة العامة فالموظف العمومي الذي يستغل وظيفته لتحقيق منافع و مزايا من طرف ثاني له

---

[64]- محمد صبحي نجيم ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص.08

[65]- عبد العزيز سعد ، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة ، دار هومة ، ط 2005 ، ص 10 .

[66]- بن بشير وسيلة المرجع السابق ، ص 61

مصلحة يعد خائنا للثقة التي منحت له و يسمى مرتشيا أما الطرف الثاني فيعد راشيا ، و في حالة وجود طرف ثالث وسيط بينهما يعد راشيا.

الفرع الثالث : تمييز الرشوة عن بعض الصور المشابهة لها

لقد ميز المشرع الجزائري بين جريمة الرشوة و مجموعة من جرائم الفساد التي تشبهها.

أولا : جريمة الرشوة و جريمة استغلال النفوذ

بالرجوع إلى أحكام المادة 32 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد مكافحته المعدل والمتمم[67] نجد أن جريمة الرشوة تتفق مع جريمة استغلال النفوذ في قيام الجاني بشكل مباشر أو غير مباشر بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر و ذلك من صاحب المصلحة.

لكن ما يميز جريمة استغلال النفوذ عن جريمة الرشوة أن الأولى لا تشترط صفة معينة في الجاني فقد يكون موظفا عموميا أو أي شخص آخر، و استغلال النفوذ هو اتجاه سلطة حقيقية أو مفترضة للجاني على المختص بالعمل الوظيفي كما يشترط في جريمة استغلال النفوذ الحصول على منافع غير غير مشروعة ، بينما في جريمة الرشوة التي تعد اتجار بالعمل الوظيفي يشترط في الجاني أن مستحقة ويكون موظفا عموميا.

ثانيا : جريمة الرشوة و جريمة إساءة استغلال الوظيفة

بالرجوع إلى أحكام المادة 33 القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية الفساد من ومكافحته المعدل و المتمم يظهر لنا أن جريمة استغلال الوظيفة تقوم على سلوك إيجابي من الموظف العمومي في أداء عمل ينهى عنه القانون ، و سلوك سلبي من الموظف العمومي يتمثل في امتناعه عن أداء عمل يأمر به القانون أو التشريع أو التنظيم المعمول به.

---

[67]- المادة 32 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

بينما في جريمة الرشوة يكون الجاني إما موظف عمومي أو وطني أو أجنبي أو شخص من القطاع الخاص كما يستوجب كذلك أن يكون الغرض من السلوك المادي للموظف العمومي هو الحصول على منافع غير مستحقة و يستوي أن تكون هذه الاستفادة له أو لغيره سواء كانت لشخص طبيعي أو معنوي .

فما يميز جريمة إساءة استغلال الوظيفة عن جريمة الرشوة في كونها لا تشترط تحقق طلب الجاني أو قبوله المزية، بل تقوم الجريمة بمجرد أداء عمل أو الامتناع عن أدائه. [68]

ثالثا : جريمة الرشوة و جريمة الإثراء غير المشروع

بالرجوع إلى أحكام المادة 37 من القانون رقم06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية الفساد و مكافحته المعدل والمتمم يتضح أنه لقيام جريمة الإثراء غير المشروع تشترط أن يكون الجاني موظفا عموميا كما هو الحال في جريمة الرشوة ثم حصول زيادة معتبرة في الذمة المالية له مقارنة بمداخيله و يظهر هذا من خلال نمط العيش و تصرفات الجاني في حياته اليومية كأن يظهر عليه ملامح الثراء الفاحش ، كما يشترط أيضا العجز عن تبرير الزيادة في الذمة المالية للموظف العمومي.

رابعا : جريمة الرشوة و جريمة المكافأة

نصت المادة 38 من القانون رقم 06/01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من و الفساد مكافحته المعدل و المتمم [69]على جريمة المكافأة أو بالأحرى تلقي الهدايا ، فجريمة الرشوة هي طلب الفائدة أو قبولها أو أخذها مسبقا على قيام الجاني بعمله الوظيفي ، فكيف يكون الوضع إذا كان القصد من القيام بالعمل الوظيفي لقاء مكافأة له على ما يقوم به الموظف و لكن هذه المكافأة تبقى مجرمة و لها صورتان :

01- أن تكون المكافأة المسبوقة بالاتفاق على العمل الوظيفي

---

[68]- بن بشير وسيلة ، المرجع السابق ، ص62.

[69]- المادة 33 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

و هنا تتفق جريمة المكافأة مع جريمة الرشوة في أنها لا تقع إلا من طرف موظف عمومي و تختلف معها في الاختصاص بحيث تقوم جريمة الرشوة سواء كان للموظف اختصاص حقيقي أو مزعوم و تقوم سواء قام المرتشي بالتنفيذ أو لم يقم ، أما جريمة المكافأة بطبيعتها لا تقوم إلا بعد تمام التنفيذ.

02 – أن تكون المكافأة اللاحقة غير مسبوقة باتفاق

في جريمة المكافأة الموظف العمومي يقوم من تلقاء نفسه و من غير تفاهم مسبق مع صاحب المصلحة بالعمل أو الامتناع عن القيام بعمل و بعد التنفيذ يقدم له صاحب المصلحة هدية أو بمعنى آخر مكافأة ، فقبول المكافأة اللاحقة يتمثل السلوك الإجرامي فيها في الهدية او العطية بينما في الرشوة يتخذ صورة الطلب أو القبول أو الأخذ[70].

فما يميز جريمة المكافأة عن جريمة الرشوة فالأولى تفترض عدم وجود اتفاق سابق على العمل إما الامتناع عن العمل أو الإخلال بواجبات الوظيفة، بينما تقوم الثانية على وجود اتفاق بين الموظف العمومي و صاحب المصلحة على العمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

المطلب الثاني : صور الرشوة و العقوبات المقررة لها

تأخذ رشوة الموظفين العموميين بمن فيهم الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية صورتين : الرشوة السلبية و الرشوة الإيجابية

الفرع الأول : صور تحقق جريمة رشوة الموظفين العموميين

[70]- بن بشير وسيلة ، المرجع السابق ، ص 65.

تكون الرشوة في القانون الجزائري في شكل جريمتين متميزتين سلبية يرتكبها الموظف العمومي و تسمى الرشوة السلبية و إيجابية تكون من صاحب المصلحة و تسمى الرشوة الإيجابية. [71]

أولا : جريمة الرشوة السلبية) جريمة الموظف المرتشي)

لقد نصت عليها أحكام المادتين 126 و 127 من قانون العقوبات المعدل و المتمم و اللتين ألغيتا بموجب القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم [72] في مادته 25-02 ، و هي تقوم على الأركان التالية:

01 – الركن المادي لجريمة الرشوة السلبية

01- بالرجوع إلى أحكام المادتين 25-02

و المادة 27 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل والمتمم فلقيام جريمة الرشوة السلبية يجب أن يكون الجاني موظفا عموميا، و أن يكون من المختصين وظيفيا بما تلقى المقابل من أجله قد سبق ذكر صفة الجاني بالتفصيل في جريمة المحاباة. و بالإضافة إلى توافر الصفة المحددة قانونا في الجاني فالركن المادي في جريمة الرشوة السلبية يكون في السلوك الإجرامي و المتمثل في النشاط الإجرامي بهدف تحقيق غرض معين و قد حدد المشرع الجزائري عناصر الركن المادي لجريمة الرشوة السلبية في صور النشاط الإجرامي و محل الرشوة و الغرض منها .

أ- صور النشاط الإجرامي:

تتم الجريمة في صورتين القبول و الطلب بصرف النظر عن الجريمة، فالطلب هو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي يطلب فيه مقابلا لأداء وظيفته أو خدمته و يكفى الطلب لقيام الجريمة متى توافرت باقي أركانها حتى ولو لم يصدر قبول من صاحب

[71]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 74

[72]- المادة 25 القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

الحاجة أو المصلحة ، بل حتى و لو رفض صاحب المصلحة الطلب و سارع بإبلاغ السلطات العمومية و يشكل مجرد الطلب جريمة تامة فالشروع هنا لا يتميز عن الجريمة التامة و قد يكون الطلب شفويا أو كتابيا كما قد يكون صراحة أو ضمنا و يستوي أن يطلب الجاني المقابل لنفسه أو لغيره فتقوم الجريمة في حالة طلب الموظف المقابل لشخص آخر غيره [73]، و يقابله القبول والذي يفترض فيه من جانب الموظف العمومي المرتشي أن يكون هناك عرض من صاحب الحاجة يعبر فيه عن إرادته بتعهده بتقديم الهدية أو المنفعة إذا ما قضي له مصلحته.

ب- محل النشاط الإجرامي) موضع جريمة الرشوة)

حسبما نصت عليه أحكام الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم فهو المقابل المالي الذي يتقاضاه الموظف العمومي – مزية غير مستحقة – نظير القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به . فطبيعة المزية قد تكون ذات طبيعة مادية كالحصول على أموال و قد تكون ذات طبيعة معنوية كالحصول على ترقية في منصب العمل أو خدمة مقابلة في جهة معينة، وقد تكون صريحة أو ضمنية مشروعة أو غير مشروعة، محددة أو غير محددة.

أما طبيعة الشخص الذي يتلقى المزية قد يكون موظفا عموميا وقد يكون لحساب أي شخص آخر غير الموظف العمومي.

ج – الغرض من الرشوة

و يتمثل في النزول عند رغبة الراشي مجاملة له ، و تقتضي الرشوة السلبية أن يقبل الجاني أو يطلب مزية لأداء عمل معين أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته ، وكانت المادة 126 من قانون العقوبات الملغاة تتحدث عن أداء المرتشي لعمل إيجابي أو الامتناع عنه حيث يشترط في الموظف المرتشي أن يتخذ موقفا إيجابيا أو سلبيا ، و كذلك

[73]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق، ص75

أن يكون العمل من أعمال الموظف المرتشي و كما سبق ذكره فيشترط أن يكون العمل الذي يقوم به الموظف المرتشي أو يمتنع عن القيام به لقاء المزية يدخل في اختصاصه.

2- الركن المعنوي في جريمة الرشوة السلبية

تصنف جريمة الرشوة السلبية ضمن الجرائم العمدية التي تشترط لقيامها القصد الجنائي الذي يقوم على العلم و الإرادة .

فالموظف العمومي – المرتشي – يجب أن يعلم بتوافر أركان الجريمة أو يعتقد أن يعلم بل و حتى إن كان العمل لا يدخل ضمن التزاماته الوظيفية فيكفي أن يكون المرتشي موظفا في الجهة التي يطلب أداء العمل أو الامتناع عنه فيها ، و يعلم أن المقابل الذي يقدمه إليه هو من أجل القيام بالعمل الوظيفي أو الامتناع عنه ، و يجب أن يكون هذا الطلب أو القبول بالمزية غير مستحق :

– **في حالة الطلب:** يجب إثبات أن المرتشي وقت طلبه للمنفعة كان بمقابل الاتجار بوظيفته. – في حالة القبول: يجب أن يكون المرتشي على علم بأن بالمنفعة أو المزية هي مقابل الاتجار بالعمل. [74]

و لقيام جريمة الرشوة لا يكفي العلم بقيامها بل يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة

ثانيا – جريمة الرشوة الإيجابية (جريمة الراشي)

على غرار الرشوة السلبية تنحصر عناصر جريمة الرشوة الإيجابية في الركن المادي و المعنوي :

01 – الركن المادي لجريمة الرشوة الإيجابية

نصت على ذلك أحكام الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم على أن الركن

[74]- أحسن بوسقيعة ،المرجع السابق ، ص84

المادي في جريمة الرشوة الإيجابية لا يتحقق إلا إذا قام صاحب المصلحة بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه و يتحقق الركن المادي بـ :

أ – النشاط الإجرامي

يتحقق السلوك الإجرامي في جريمة الرشوة الإيجابية عندما يعد أحد الأشخاص و هو الراشي موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو يقوم بمنحه إياها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة حتى و إن كانت لشخص طبيعي أو معنوي آخر بهذا يعتبر الوعد كذلك أساليب الرشوة ، فيستوي أن يكون الوعد بالمزية أو عرضها أو منحها بشكل مباشر أو غير مباشر ، وكذلك لو تم الوعد أو العرض مباشرة للموظف أو عن طريق الغير

ب – الغرض من الرشوة

و يتمثل في حمل الموظف العمومي على أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته و بذلك تشترك الرشوة الإيجابية مع الرشوة السلبية في الغرض[75]

ج – المستفيد من الرشوة

الأصل هو أن الموظف العمومي هو المستفيد من الرشوة أو المزية الموعود بها أو المعروضة أو الممنوحة له و لكن من الجائز أن يكون المستفيد شخصا آخر غير الموظف العمومي المقصود و قد يكون هذا الشخص طبيعيا أو معنويا ، فردا أو كيانا.

2– الركن المعنوي لجريمة الرشوة الإيجابية

القاعدة العامة في الركن المعنوي تفترض ان يكون المرتشي عالما بالأعمال التي يقوم بها بمعنى أن يكون مدركا وقت الأخذ أو القبول أو الطلب أنه يتاجر بوظيفته و أن ما حصل

[75]- أحسن بوسقيعة المرجع السابق ، ص86

عليه ما هو إلا ثمنا لما قام به أو امتنع عن القيام به مما يدخل في وظيفته أو يزعم بأن وظيفته تسهل له أداؤه[76].

و تعتبر جريمة الرشوة الإيجابية من الجرائم العمدية التي تقتضي لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم و الإرادة.

و خلاصة القول هو أنه إذا توافر العنصر المتعلق بصفة المتهم من حيث أنه قاض أو موظف أو كاتب ضبط أو محلفا أو محكما أو طبيبا أو من يماثلهم ممن ورد ذكرهم في المادة 126 و 127 من قانون العقوبات على سبيل الحصر ، و توافر العنصر المتعلق بالفعل المادي من حيث إثبات صورة الطلب و العطاء أو صورة العرض و القبول ، و توافر العنصر المتعلق بالركن المعنوي أو القصد الجنائي فإن جريمة الرشوة تكون نشأت و اكتملت و تحققت. [77]

الفرع الثاني: أوصاف جريمة الرشوة في الصفقات العمومية و العقوبات المقررة لها

بتحقق جريمة الرشوة سواء كانت إيجابية أو سلبية فإنها تأخذ إحدى الأوصاف التالية:

أولا : جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية

نصت على ذلك أحكام المادة 27 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق الفساد بالوقاية من و مكافحته المعدل و المتمم، و هي تتفق مع شكل جريمة الرشوة في صورته السلبية و تقوم على ركنيين :

01 – الركن المادي لجريمة قبض العمولات . من الصفقات العمومية

و تشمل عدة أوجه تعبر عن اتجار الجاني بوظيفته و استغلالها و تقوم على توافر :

أ – النشاط الإجرامي

---

[76]- صبحي محمد نجيم ، المرجع السابق ، ص15.

[77]- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص18.

يتمثل في قبض أو محاولة قبض عمولات مهما كان نوعها أو طبيعتها من طرف الموظف العمومي سواء لشخصه أو لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها و ذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو الصناعي أو التجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية [78].

فجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية تقوم بارتكاب الموظف العمومي للسلوك الإجرامي الذي قد يتخذ إحدى الصور الثلاثة المتمثلة في طلب أو قبول عطاء أو أخذ لهدية أو فائدة مقابل الصفقات و العقود و هي نسبة معينة من قيمة عقد أو صفقة يحصل عليها الموظف من مقاول أو من أي مصدر آخر قصد تسهيل عقد الصفقة [79]، و يكون المقابل في جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية ذوا طابع مادي و معنوي و تكون الفائدة المحصل عليها ظاهرة أو مقنعة.

ب- المناسبة

تقتضي جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية أن يقبض الجاني عمولة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو أحدى الهيئات التابعة لها[80] ،و يظهر ذلك جليا في الجهات الإدارية التي يتلقى موظفوها رشاوى و عمولات مقابل تقديم تسهيلات لأصحاب المصالح لحصولهم على عطاءات أقل من قيمة الشيء المطروح للعطاء أو لإرساء المزايدات و المناقصات على الموردين أو المتعهدين بالمخالفة للشروط و المواصفات الموضوعية

02- الركن المعنوي لجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية

---

[78]- المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

[79]- بن بشير وسيلة ، المرجع السابق ، ص 91.

[80]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق، ص 173

تقوم جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية على توفر القصد الجنائي العام المتمثل في قبض الأجرة أو الفائدة مع العلم بأنها غير مبررة و غير مشروعة، و تكون بتوافر عنصري العلم و الإرادة و العلم هو ما يجب أن يعلم به الموظف بأن ما يقوم به هو متاجرة بالوظيفة أما الإرادة فهي إضافة إلى يجب عنصر العلم و هو أن . تتجه إليه إرادة المرتشي في تحقيق السلوك الإجرامي.

03- العقوبات المقررة لجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية

تكون عقوبات أصلية و تكميلية و تكون مقررة للشخص الطبيعي و الشخص المعنوي.

أ - العقوبات الأصلية

بالنسبة للعقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي : نصت عليها أحكام القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، فيعاقب المشرع الجزائري على مرتكب جريمة قبض العمولات الصفقات العمومية بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة مالية من مليون دينار إلى مليوني دينار[81].

من العمولات من المادة 53 وأما بالنسبة للعقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي : فيعاقب الشخص المعنوي المدان بجريمة قبض الصفقات العمومية حسب ما نصت عليه المادة 18 مكرر من قانون العقوبات من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بغرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي.

ب- العقوبات التكميلية

بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي : ففي حالة إدانة الشخص الطبيعي بجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية يمكن للجهة القضائية أن تعاقبه

[81]- المادة 27 من لقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل والمتمم ، المشار إليه سابقا.

بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات و هي نفس العقوبات التكميلية الإلزامية و الاختيارية التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة3.

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي : فتتمثل في حل الشخص المعنوي و غلق المؤسسة أو غلق فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة 05 سنوات ، و المنع من مزاولة نشاط أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها تعليق و نشر حكم الإدانة ، الوضع تحت الحراسة القضائية و غيرها من العقوبات التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة

ج – أحكام أخرى متعلقة بجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية

و تتمثل في أحكام الشروع و الاشتراك التي يعاقب عليها المشرع الجزائري وفقا لما نصت عليه أحكام قانون العقوبات و قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذلك تشديد العقوبة على مرتكب جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية، واستفادة مرتكب جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية من الإعفاء أو من تخفيض العقوبة ، وهي نفس الأحكام التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة. [82]

ثانيا : جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

نصت عليها أحكام القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته بعدما كانت تعاقب عليها المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة وهي كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة و إما بعقد صوري و إما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية و كذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما و يأخذ منه فوائد أيا كانت فجوهر جريمة أخذ فوائد غير

[82]- أنظر سابقا ، العقوبات التكميلية ، جريمة المحاباة ، ص 17.

قانونية يكمن في استغلال الجاني لأعمال وظيفته و المهام المكلف بها قصد تحقيق منفعة غير مستحقة له.

فالموظف العمومي المكلف بتسيير مكتب الصفقات العمومية و متابعة أعمال و إجراءات العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات و التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العمومية طرفا فيها إذا ما حاول استغلال منصبه و حصل لنفسه أو لحساب غيره بأي طريقة أو كيفية على فائدة من هذه الأعمال فيكون معرضا للعقاب وفقا لما نص عليه التشريع و التنظيم المعمول به

01 – أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية:

كغيرها من الجرائم تتميز بالركن المادي و المعنوي

أ – الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية و يتمثل في مايلي :

– **أن يكون الجاني موظفا عموميا** : يجب أن تكون في مرتكب الجريمة صفة خاصة تكمن في كونه موظفا عموميا يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات و التي تكون الدولـة أو إحدى الهيئات العمومية طرفا فيها ، أو مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما و يأخذ منه فوائد أيا كانت مساءلة الموظف عن فعله بعد ترك الوظيفة : فهدف المشرع من ملاحقة الموظف حتى بعد انقطاع علاقته الوظيفية ،هي حصر جميع أعمال الفساد التي ارتكبها الموظف قبل تركه للعمل حتى لا يفلت من العقاب شرط أن يكون وقت أخذ الفائدة وقت مباشرته للعمل الوظيفي.

– **السلوك الإجرامي** : يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة حسب نص المادة 35 من القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم [83]، بقيام الجاني بأخذ أو تلقي فائدة ما من الأعمال التي يديرها الجاني أو يشرف عليها أو كان فيها

[83]- المادة 35 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

آمر بالدفع أو مكلفا بالتصفية و يتحقق ذلك بحصول الجاني على منفعة من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي تدخل في نطاق اختصاصه و تكمن عناصر السلوك الإجرامي في : أخذ أو تلقي فائدة : فالأخذ هو أن يكون للجاني نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود عليها بالفائدة ، أما التلقي فهو أن يتسلم الجاني بالفعل الفائدة سواء حصل عليها بنفسه أو حصل عليها شخص آخر لحسابه[84]، فماديات الجريمة تتحقق بالأخذ أو التلقى للفائدة غير القانونية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و ذلك في الوضع الذي يكون فيه الجاني مديرا أو مشرفا أو أمرا أو مكلفا لأحد الحالات المنصوص عليها في المادة 35 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم، وبالمقابل لا تقوم الجريمة إذا تجاوز الموظف اختصاصه أو أقحم نفسه في اختصاص غيره و لو حصل على فائدة . ذلك من و كذلك لا جريمة إذا انتفت في الجاني صفة الإدارة أو الإشراف أو الأمر أو التكليف الاحتفاظ بالفائدة: أدرج المشرع في النسخة الفرنسية من القانون رقم 06-01المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مصطلحات توحي بمعنى الاحتفاظ بالفائدة فيشترط أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها وقت إشراف أو إدارة الجاني لوظيفته العمومية.

طبيعة الفائدة: يجب أن تكون للموظف العمومي بحكم الوظيفة التي يشغلها أو الوكالة التي يتولاها سلطة إدارة الهيئة أو المؤسسة التي يأخذ أو يتلقى فيها فوائد أو الإشراف عليها أو دفع مستحقاتها.

ب – الركن المعنوي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

وذلك بتوفر عنصري العلم و الإرادة ، فالعلم هو ما يجب على الجاني أن يعلمه بأنه موظف عام و أنه مختص بالعمل الوظيفي و أن التصرف الذي يقوم به فضل فيه

[84]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص127

مصلحته الخاصة على المصلحة العامة ، كما يجب أن يكون على دراية و علم بأعمال الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق اختصاصه إعدادها أو تنفيذها أو الإشراف عليها و كذلك يكون لديه علم بالحصول على مزية غير مستحقة ، والإرادة أن تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بمجرد مخالفة الموظف عمدا المنع المنصوص عليه في المادة 35 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم[85] و لابد أن يكون الموظف مدركا لما قام به فإن كان مكرها انعدم القصد ، وعلاوة على القصد العام كان الفقه القضاء الفرنسيين يجمعان على ضرورة توافر قصد خاص يتمثل في الطمع و الجشع.[86]

02 – العقوبات المقررة الجريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية

تكون عقوبات أصلية و تكميلية وتكون مقرة للشخص الطبيعي و الشخص المعنوي.

أ – العقوبات الأصلية

بالنسبة للعقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي : يعاقب الجاني بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة مالية من مائتي ألف دينار إلى مليون دينار طبقا لنص المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

بالنسبة العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي : طبقا لنص المادة 53 من القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته يكون الشخص الاعتباري مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص علها في قانون العقوبات فحسب المادة 18 مكرر 01 من قانون العقوبات يعاقب الشخص المعنوي بغرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأدنى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي غرامة مابين مليون و خمسة ملايين

[85]- المادة 35 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

[86]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 133

ب – العقوبات التكميلية

بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي : ففي حالة إدانة الشخص الطبيعي بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية يمكن للجهة القضائية أن تعاقبه بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات و هي نفس العقوبات التكميلية الإلزامية و الاختيارية و التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة.

و بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي : و تتمثل في حل الشخص المعنوي و غلق المؤسسة أو غلق فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة 05 سنوات ، المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها تعليق و نشر حكم الإدانة ، الوضع تحت الحراسة القضائية و غيرها من العقوبات و التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة .

ج – أحكام أخرى متعلقة بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

و تتمثل في أحكام الشروع و الاشتراك التي يعاقب عليها المشرع الجزائري وفقا لما نصت عليه أحكام قانون العقوبات و قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وكذلك تشديد العقوبة على مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ، و استفادة مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من الإعفاء أو من تخفيض العقوبة ، وهي نفس الأحكام التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة.

ثالثا : جريمة تلقي هدايا

تعد من الجرائم المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

01 – أركان جريمة تلقي الهدايا

أ – الركن المادي لجريمة تلقي الهدايا

تقتضي أولا هذه الجريمة أن يكون الجاني موظفا عموميا و ذلك على نفس النحو الذي سبق ذكره في جريمة المحاباة أما بخصوص النشاط الإجرامي فقد نص المشرع الجزائري على جريمة تلقي هدايا في المادة 38 من القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم [87] فالنشاط الإجرامي هو قبول الموظف العمومي هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تأثر على إجراء ما أو معاملة ما لها علاقة بمهامه كما يلحق التجريم مقدم الهدية لذلك يتمثل النشاط الإجرامي في جريمة تلقى الهدايا في: قبول هدية أو مزية غير مستحقة : و القبول يجب أن يكون إيجابا صدر من صاحب المصلحة على قبول الهدية ذلك حسب نص المادة 38 من القانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي تنص على عبارة (يقبل من شخص هدية أو مزية غير مستحقة) و تلقي الهدايا يعني استلامها و قبول الهدية لا يشترط فيها قضاء الحاجة إذ أن المشرع لم يربطه بأداء عمله أو الامتناع عن أدائه كما هو الحال في جريمة الرشوة ، كم أن المشرع لم يحدد نوع الهدية أو المزية فقد تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية مشروعة أو غير مشروعة[88]

أن يكون قبول الهدية من شأنه التأثير في سير إجراء ما أو معاملة ما فحسب المادة 38 من قانون مكافحة الفساد فالهدية أو المزية التي يقبلها الموظف العمومي من شانها التأثير في معالجة ملف أو في سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه

ب . الركن المعنوي لجريمة تلقي الهدايا :

وتشترط توافر عنصري القصد الجنائي العلم و الإرادة ، أما العلم فهو العنصر الأول من عناصر القصد الجنائي لتحقق الجريمة ، فيجب أن يكون الموظف العمومي على علم بأن مقدم الهدية ينتظر مقابل منه نظير هذه الهدية، أما العنصر الثاني الإرادة فيجب أن تتجه فيه إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة.

---

[87]- المادة 38 القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

[88]- احسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص105

02 – العقوبات المقررة لجريمة تلقى الهدايا :

تكون عقوبات أصلية و تكميلية وتكون مقررة للشخص الطبيعي و الشخص المعنوي.

أ – العقوبات الأصلية:

بالنسبة للعقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي : فحسب ما نص عليه القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، يعاقب مرتكبي جريمة تلقي الهدايا بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة مالية من خمسون ألف إلى مائتي ألف دينار.

أما بالنسبة للعقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي : يتعرض الشخص المعنوي للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر 1 من قانون العقوبات المعدل و المتمم و هي غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبه الشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح مابين مائتي ألف دينار و مليون دينار .[89]

ب – العقوبات التكميلية :

بالنسبة للعقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي : في حالة إدانة الشخص الطبيعي بجريمة تلقي الهدايا يمكن للجهة القضائية أن تعاقبه بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون نفس العقوبات التكميلية و الإلزامية و الاختيارية و التي سبق الإشارة إليها في جريمة العقوبات، و هي المحاماة .

أما بالنسبة العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي : و تتمثل في حل الشخص المعنوي و غلق المؤسسة أو غلق فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ، وكذلك الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة 05 سنوات ، المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها تعليق و نشر حكم الإدانة ، الوضع تحت الحراسة القضائية و عقوبات أخرى سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة .

---

[89]- المادة 38 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل و المتمم ، المشار إليه سابقا.

ج – أحكام أخرى متعلقة بجريمة تلقي الهدايا من الصفقات العمومية

و تتمثل في أحكام الشروع و الاشتراك التي يعاقب عليها المشرع الجزائري وفقا لما نصت عليه أحكام قانون العقوبات و قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وكذلك تشديد العقوبة على مرتكب جريمة تلقي هدايا ، واستفادة مرتكب جريمة تلقي هدايا من الإعفاء أو من تخفيض العقوبة ، وهي نفس الأحكام التي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة.

الفصل الثاني
الإطار القانوني للجرائم الملحق في الصفقات العمومية

إن التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية منح للإدارة سلطة إبرام ملاحق لصفقات التي تبرمها وذلك في حدود احترام أحكام التنظيم، خصوصا أن قانون الصفقات العمومية عرف تعديل بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 – المؤرخ في سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالف ذكره. إن سلطة التعديل التي تتمتع بها الإدارة إزاء المتعاقد معها تعتبر من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقد الإداري عن نظام العقد المدني فأحكام العقد المدني تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون، بينما في العقود الإدارية يجوز للإدارة طيلة مدة تنفيذ العقد أن تعدل من الإلتزامات المتعاقد معها، وذلك بإجراء صادر من جانبها لوحدها.

المبحث الأول: دوافع إبرام ملحق الصفقة

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة والزام الطرف بهذا التعديل فإن العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة، فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزام المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أن عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإن العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.

ولما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة أن وجب بامتياز تجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون

للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس حسب التنظيم القانوني الساري المفعول وفي حدود المشروعية والاختصاص، مع مراعاة الأسباب والدوافع الذي أدت بالمصلحة المتعاقدة لإبرام ملحق للصفقة الأصلية، ويكون ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها من حيث مقدارها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ أو من حيث مدد التنفيذ ذاتها، إذ يحق للإدارة بإرادتها المنفردة تعديل شروط التنفيذ المتفق العقد عليها في في جميع الحالات[90]. ويهدف الملحق لتحقيق التالي :

1- الزيادة أو النقصان في الخدمات.

2- إضافة خدمات جديدة.

3- تعديل بند أو عدة بنود من الصفقة الأصلية دون موضوع الصفقة.

4- زيادة أو إنقاص الآجال.

5- تغيير نوعية المواد أو اللوازم المستعملة في تنفيذ الأشغال.

6- أحداث طارئة تغير في الأشغال المتفق عليها.

إن التعديل هنا يظهر بصورة أكثر وضوح في صفقات الأشغال العامة مقارنة بصفقات اقتناء اللوازم، إذ أن الإدارة صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بالأشغال العامة أما فيما يخص النوع الثاني من الصفقات تبدو سلطة الإدارة بالتعديل في حدود أضيق، وذلك لكون سلطة الإدارة في التعديل ليست إلا نتيجة مترتبة على سلطتها على المرفق العام ، فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام أوثق كانت سلطة التعديل أوضح وتبدو هذه السلطة في حدود أضيق حين لا يكون موضوع العقد مساهمة مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام كما هو الحال بالقياس إلى عقود التوريد.

---

[90] - André de L'aubadair: "du pouvoir de l'administration d'imposer unilateralement des changements aus dispositions des contrats administratifs".R.D.P, 1954.p103

وسنعالج في هذا المبحث دوافع إبرام ملحق الصفقة العمومية من طرف المصالح المختصة بإبرامه وذلك بتسليط الضوء على سلطتها في تعديل شروط الصفقة الأصلية، بالإضافة إلى فكرة إعادة التوازن المالي للصفقة.

وسنتناول ذلك ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول : تعديل شروط الصفقة الأصلية.

المطلب الثاني :إعادة التوازن المالي للصفقة.

المطلب الأول : تعديل شروط الصفقة الأصلية.

تمثل سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط الصفقة أو تعديل طريقة تنفيذها أبرز الخصائص التي تميز نظام الصفقات العمومية عن عقود القانون الخاص.[91]

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ الصفقة، إذا اتضح أن الأوضاع المحددة في الصفقة لم تعد توافق الصالح العام.

وهو حق ثابت لها بوسعها استعماله ولو لم يتضمن العقد نص بشأنه ولو انطوى العقد على نص يُحظره ليبقى الحق قائما، وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وتحديدا المواد 135 إلى 139[92] منح المشرع الحق للمصلحة المتعاقدة لممارسة سلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق إذا كان هدفها زيادة الخدمات، أو تقليصها أو تعديل بند من عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فبالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نلاحظ تضمنه للعديد من النصوص التي تعطي المصلحة المتعاقدة الحق في التعديل الانفرادي، وأمام خطورة ممارسة المصلحة المتعاقدة لهذه السلطة على مصلحة المتعامل الاقتصادي المتعاقد ، أولاها المشرع

---

91 – التي تقوم على مبدأ هام مفاده العقد شريعة المتعاقدين الذي جاء النص عليه في صلب المادة 106 من الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (جريدة رسمية عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975)

92– انظر المواد 135الى 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (جريدة رسمية رقم 50 المؤرخة في 20/09/2015)

اهتماما واضحا من خلال التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها دفاتر الشروط الإدارية العامة.

وباستقراء أحكام النصوص السابقة نجد سلطة تعديل شروط الصفقة أثناء التنفيذ ليست مطلقة، بل يرد عليها شروط وضوابط يتعين ممارسة السلطة في إطارها، كما أن التعديل حتى وان توافرت مبرراته يجب أن يمارس وفقا لآليات معينة.

الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة التعديل

سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل بنود الصفقة الأصلية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط يتعين توافرها لإمكان ممارستها وهي كما يلي :

- وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل.
- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية .
- أن يتم التعديل داخل أجال تنفيذ الصفقة.
- أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة.
- أن لا يؤدي التعديل لتغيير طبيعة الصفقة وموضوعها .

1- وجود ظروف ومستجدات بعد إبرام الصفقة تستدعي التعديل :[93]

التعديل مرتبط في جوهره بظروف استجدت بعد إبرام الصفقة، ففي هذه الحالة يكون من الجائز تعديل بعض شروط الصفقة الأصلية التي تعرقل إمكانية مسايرتها للواقع،

93 -عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما ، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص 52.

وبالتالي فهو تمكين للصفقة من أن تحقق ما كانت تهدف إليه منذ إبرامها وهو تحقيق النفع العام للإدارة والأفراد.

تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر حسب طبيعته وحسب الظروف التي ينفذ فيها، ففي صفقات الأشغال العامة تمارس سلطة التعديل من المصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، غير أنه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال والشروط المتعاقد عليها إلا عند الضرورة القصوى وذلك:

أ- إذا كان عدم التعديل يسبب تأخيرا في التنفيذ المشروع أو ضررا كبيرا بالصفقة من الناحية الاقتصادية والفنية.

ب إذا كان التعديل يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة.[94]

ففي هذه الحالات فقط يتقرر التعديل في صفقات الأشغال العامة أما في صفقات التوريد خاصة ذات المدة الطويلة فتغير الظروف فرصة لإجراء التعديلات على الأسعار، وعلى نوعية السلع محل التوريد، بل يؤدي التعديل في بعض الأحيان إلى إعادة تنظيم عمل مرفق انصب عليه التوريد بمواصفات جديدة.

2- صدور قرار التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

فقرار تعديل الصفقة العمومية قرارا إداريا وبالتالي يتعين أن يتوفر على مقومات وأركان القرار الإداري، فيجب أن يصدر في حدود المشروعية التي الإطار العام الذي يحكم جميع الأعمال الإدارية.

وإذا خرج عن هذا المبدأ وقع باطلا وأمكن المتعامل الاقتصادي المتعاقد الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري أو باللجوء إلى القضاء الكامل.

3- أن يتم التعديل داخل أجال تنفيذ الصفقة:

94- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 173-174

يجب أن تمارس سلطة التعديل أثناء تنفيذ الصفقة، ويقصد به فترة سريان الصفقة التي يتعين صدور قرار التعديل خلالها هي الفترة أو المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد، لأن المتعامل قد يتأخر في التنفيذ[95]، وبالتالي تملك المصلحة المتعاقدة حق التعديل التزامات المتعامل وفقا لما تحدده شروط كل صفقة.

4- أن لا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للصفقة:

إذا كان من حق المصلحة المتعاقدة تعديل الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، فيقابله حق المتعامل المتعاقد بأن لا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للصفقة، وذلك بجعل التزامات المتعامل المتعاقد لا تتناسب مع حقوقه، أو أن يلحق به خسائر لم يتوقعها وقت إبرام العقد، لأن طبيعة الصفقات العمومية يجب أن تتجه إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعامل المتعاقد وبين المزايا المالية التي ينتفع بها، وكل إخلال بهذا التوازن بسبب تدخل الإدارة في تعديل شروط الصفقة فمن حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض.

5- أن لا يؤدي التعديل لتغيير من طبيعة الصفقة وموضوعها:

لا يجوز أن يؤدي التعديل إلى تغيير طبيعة الصفقة أو موضوعها بما يخالف المحل الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف.

وهذا يعني أن على المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه بما لا يؤدي إلى انصرافه إلى موضوع جديد يختلف عن الموضوع الأصلي، فنكون أمام صفقة جديدة، إذن على الإدارة أو المصلحة المتعاقدة المعنية ممارسة حقها في التعديل

95- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 ،ص51.

دون قلب اقتصاديات الصفقة العمومية، لذا حرصت المادة 30 من دفتر الشروط الإدارية العامة[96] على حصر التعديل في حدود 20% بالنسبة لعقد الأشغال العامة.

واضح من النص أعلاه أن الأعباء الجديدة إذا زادت أو نقصت عن الحدود الموضحة لا يكون المتعامل المتعاقد طبقا للقانون ملزما بتنفيذها وإذا قام بذلك له حق المطالبة بالتعويض.

الفرع الثاني: آليات ممارسة سلطة التعديل

يتطلب سير المرافق العامة بانتظام واطراد أن يستمر العقد أو الصفقة مهما حصل من تغيرات أثناء تنفيذها، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديلات انفرادية على التزاماتها التعاقدية لمواكبة التغيير الحاصل بعد إبرام الصفقة، لذا خول قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل شروط الصفقة عن طريق تقنية الملحق وبإمكانها تعديل الشروط تنفيذ الصفقة خارج الإطار التعاقدي نتيجة تدابير متخذة من طرفها.

1- التعديل عن طريق الملحق:

جسد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذه الآلية في الفصل الرابع، القسم الخامس منه المتضمن المواد 135-139.

إذ تنص المادة 135 "**يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم**".

يقصد بالملحق كل اتفاق إضافي للصفقة الأولى هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية قد تضمنتها الصفقة الأصلية أو زيادة الخدمات أو تقليلها.[97]

يستدعي تعديل شروط الصفة عن طريق الملحق توفر شروط أهمها

---

96 -المادة 30، قرار المؤرخ في 31/12/1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة جريدة رسمية، عدد 06 بتاريخ (19/01/1965

97 - كما يعرف أيضا بأنه عقد مكتوب يشمل اتفاق إرادة الطرفين في الصفقة، يتضمن تعديل بند أو عدة بنود وهو ما تضمنته المادة 1/136 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أ- تعديل شروط الصفقة عن طريق الملحق توفر شروط أهمها:

صدور الملحق في صيغة مكتوبة ، مرقم ومؤرخ ومصادق عليه من السلطة المختصة.

ب- احترام الملحق لقواعد المنافسة، لذا يتعين منع أي ملحق قد يسئ إليها.

ج- إخضاع الملحق كأصل عام للرقابة.[98]

د- ألا يؤدي الملحق إلى إخلال التوازن الاقتصادي للصفقة، فلا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة جوهرية على محلها وقلب اقتصادياتها وكل تعديل يمس بشروط الصفقة يجعل منها صفقة جديدة.

2- التعديل خارج الإطار التعاقدي:

كما يحدث تعديل شروط الصفقة أثناء تنفيذها نتيجة تدابير متخذة من قبل المصالح المتعاقدة التي تؤدي إلى تغيير شروط تنفيذ الصفقة، دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة التي أبرمتها.

ترتبط هذه التعديلات بنظرية فعل الأمير التي سوف نتناولها بالتفصيل في المطلب الموالي، كما يمكن أن تنتج بسبب ظروف طارئة أثناء تنفيذ الصفقة.

الفرع الثاني : إعادة التوازن المالي للصفقة

تهدف الصفقة العمومية إلى إشباع الحاجات العامة بينما المتعامل الاقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح و استهداف مصلحته الشخصية.

---

[98] – لكن هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق لرقابة هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذ استوفت الشروط التالية:

– إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجال التعاقد وعديم الأثر المالي.

– إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق بالزيادة أو بالنقصان أو أشغال تكميلية لا يتجاوز النسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، أنظر المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيرا ومكلفا بصورة فاقت إمكانياته، على المصلحة ضمان التوازن المالي تحقيقا لفكرة التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه، حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه[99]، فتتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ، فأساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة، فضلا عن مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم معاونة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الذي سيؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته للجمهور.

ويكون دافع المصلحة المتعاقدة للتعويض في إطار شروط النظريات التالية:

أ – نظرية فعل الأمير.

ب – نظرية الظروف الطارئة

ج– نظرية الظروف المادية غير المتوقعة .

أولا : التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

تعتبر نظرية فعل الأمير وما تستهدفه من إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة من قبيل المظاهر الإنسانية المعروفة في القانون الإداري.

والنظرية من ابتكار القضاء الفرنسي، تهدف إلى تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطتها المشروعة دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، إذ تصدر أعمالا ذات طبيعة تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على العقد، لكنها تحمل تغيرات على شروط تنفيذه، فتصبح أكثر صعوبة على المتعامل الاقتصادي المتعاقد الذي يتحمل بسببها أعباء إضافية.

99–أكلي نعيمة النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2013، ص 124.

فيقصد إذن بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة الذي يؤدي إلى إرهاق المتعامل الاقتصادي المتعاقد بصورة جدية، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة[100]، يتخذ عمل الأمير صورة العمل الفردي، أو صورة إجراء عام.

1-عمل الأمير في صورة إجراء خاص:

وهي الصورة الغالبة لعمل الأمير ويتم ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

أ - **تعديل مباشر في شروط الصفقة:** يحق للمصلحة المتعاقدة أن تتدخل مباشرة بقرارات لتعديل في التزامات المتعامل الاقتصادي معها سواء بالزيادة أو النقصان.

يشكل هذا الإجراء أعباء وتكاليف مالية مرهقة للمتعامل الاقتصادي، فتمس بالتوازن المالي للصفقة العمومية يؤدي إلى ضرورة تعويض المتعامل الاقتصادي تعويضا كاملا عما لحقه من جراء تعديل شروط العقد.[101]

ب- تعديل غير مباشر في شروط الصفقة : قد لا يؤثر الإجراء بطريقة مباشرة على شروط الصفقة، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذها ، ما من شأنه تحميل المتعامل الاقتصادي أعباء جديد غير متوقعة عند التعاقد، حينئذ يتعين تعويض المتعامل الاقتصادي المتعاقد تعويضا كاملا تحقيقا للتوازن المالي للعقد.

2-عمل الأمير في صورة إجراء عام:

بالإجراء العام صدور قوانين وتشريعات من المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعامل الاقتصادي معها، وقد يؤدي الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد أو يؤثر في ظروف التنفيذ الخارجية شأنه في ذلك شأن الإجراء الخاص..[102]

---

[100] – بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، طبعة 2005،ص89.

[101] – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية، جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 626.

[102] – بن دعاس سهام المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 86.

ولا تطبق النظرية إلا بتوافر مجموعة من الشروط وضعها القضاء وهي:

أ- وجود عقد إداري : فلا تطبيق لنظرية فعل الأمير على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفا في العقد.

ب. صدور تصرف من الجهة الإدارية: فالإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير هو الإجراء الصادر عن الهيئة المتعاقدة أو من أي سلطة أخرى[103] في الدولة، المهم أن يؤثر في التزامات المتعامل الاقتصادي المتعاقد بما يزيد من أعباءه، وأن يكون التصرف غير مخالف للنظام العام، بمعنى أن يكون مشروعا ، مطابقا للنظام القانوني السائد بالدولة.

ج. أن يكون الإجراء غير متوقع: فالتمسك بنظرية فعل الأمير يشترط أن تكون الإجراءات غير متوقعة بمعنى لم يكن بوسع المتعامل الاقتصادي المتعاقد التنبؤ بها ، كما يفعل الرجل العادي الحريص الذي يتواجد في نفس ظروفه، وإلا اعتبر مقصرا ولا يستحق التعويض.

د. أن يلحق الإجراء ضررا : فالضرر هو السبب في تقرير التعويض ولا يشترط في الضرر قدر من الجسامة، فكل ضرر يولد الحق في التعويض فقد يزيد من أعباءه المالية أو ينقص ما توقعه المتعامل المتعاقد من أرباح ، فتوافر الشروط السابقة يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة يولد حق الحصول على تعويض كامل يعيد التوازن المالي للعقد.

وجدت نظرية فعل الأمير لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المتعامل الاقتصادي المتعاقد نتيجة سلطات الإدارة الخطيرة ، على أن السؤال يثور في حالة تعرض المتعامل الاقتصادي المتعاقد لأضرار تعود أسبابها إلى ظروف خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة

103- فلا يختلف الأمر لو صدر التصرف عن السلطة التنفيذية إذ يستحق الملتزم تعويضا على أساس نظرية فعل الأمر استنادا إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، فلا عبرة بتعدد أجهزة الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر ، مادامت هذه الأجهزة تابعة لشخص قانوني واحد هو الدولة ،ولمزيد من التفصيل أنظر : أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 120.

وتخرج عن إرادة أجهزة الدولة، فهل يتحمل وحده التكاليف والخسائر التي تحدثها الظروف؟ من أجل التصدي لهذه الاحتمالات عمل مجلس الدولة الفرنسي على إيجاد نظرية الظروف الطارئة.[104]

ثانيا : التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة

برزت نظرية الظروف الطارئة أثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وظهرت في وقتنا هذا لمواجهة ظروف تقع أثناء تنفيذ العقد، تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد، الأمر الذي يلزم المصلحة المتعاقدة تحمل جزء من هذه الخسارة يعود بفضلها التوازن المالي للعقد، لأن المتعاقد لا يتحمل لوحده الأعباء غير المتوقعة، وتعد هذه النظرية من الأسس التي تقوم

عليها العقود الإدارية، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقها[105]، يستوي أن يكون مصدر الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة صاحبة الصفقة أو المشروع.

وتطبيق النظرية يستوجب توافر الشروط التالية:

104–أنشئت نظرية الظروف الطارئة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 30 ماي 1916 في قضية شركة غاز بوردو.

105 – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص 146

أ- حدوث ظرف أو حادث استثنائي[106]: فتطبيق النظرية مرهون بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة الطرفين لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، وتترك للقاضي تقدير مدى توقع المتعامل الاقتصادي المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ، أو إمكانية توقع حدوثه على ضوء معيار الرجل العادي المتواجد في نفس ظروفه.

ب- أن يحدث الظرف الطارئ خلال تنفيذ الصفقة وليس بعدها لذلك فأكثر الصفقات عرضة لتطبيق النظرية هي صفقات الأشغال العامة التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن ويقل تطبيقها وينعدم في صفقات التوريد لأن مدة تنفيذها قصيرة..[107]

ج- أن يكون الظرف الاستثنائي غير متوقع: وإلا كنا أمام نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف الطارئ يعود إلى فعل المتعامل الاقتصادي المتعاقد فتثار آنذاك مسؤوليته على أساس الخطأ العقدي، وقد أكد القضاء الإداري الجزائري هذا الموقف[108].

لذا أجاز القانون المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار[109] ولاستحقاق المتعامل الاقتصادي المتعاقد للتعويض يستوجب توافر شروط خاصة، وهي:

1-أن يواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية غير متوقعة، إذ يخرج عن إطار تطبيق النظرية إذا كانت الصعوبات ذات طبيعة اقتصادية أو إدارية أو طبيعية أو سياسية، لأن مجالها نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروط تطبيقها.

---

106 -يقصد بالظروف الاستثنائية أحداث الحرب والفتن والانقلابات الداخلية، وكل الحالات الخطيرة التي من شأنها المساس بالنظام العام، لمزيد من التفصيل انظر: تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق الجزائر ، 2002، ص 13.

107 – سحر جابر يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كلية الحقوق، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008، ص.148

108 – المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694 المؤرخ في 10/10/1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد 1 الجزائر ، 1994، ص 217.

109-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 714.

2- أن تكون الصعوبة المادية ذات طابع استثنائي تُجاوز ما كان متوقعا وخارجة عن إرادة طرفي العقد، فلو اعترض تنفيذ العقد صعوبة مادية كان يمكن تجاوزها لولا خطأ أو إهمال المتعاملة الاقتصادي المتعاقد فلا مجال لتطبيق النظرية.

3- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد.

وإذا توافرت الشروط السابقة مجتمعة على القاضي تطبيق أحكام النظرية وما يتبعها من أحكام تتمثل أساسا في تعويض المتعامل الاقتصادي المتعاقد كاملا عما لحقه من أضرار، أما المتعامل المتعاقد المتقاعس عن تنفيذ التزاماته فانه يكون عرضة لتطبيق الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض.[110]

إذا تحققت الشروط السابقة الذكر أمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، و يترتب عن ذلك مساهمة المصلحة المتعاقدة في تحمل الأعباء المالية من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام و باضطراد.

غير أن تشجيع التعديل عن طريق الملحق أدى إلى تراجع طلبات التعويض للظروف الطارئة وذلك ما توضحه المادة 138/2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تجعل إبرام الملحق ضروري إذا اختل التوازن الاقتصادي للصفقة، دون أن تنص على مصدر أو سبب الاضطراب بل أكدت فقط على أن تكون لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين. وحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام ملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة، والملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة يمكن إبرامه خارج حدود الآجال الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة.

التعاقدية وفي جميع في غياب الأرقام والإحصائيات والدراسات عن الملاحق المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب الاجتهاد القضائي ، لا يمكن الجزم حول مدى استعمال أو

110-أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر ، مرجع سابق، ص 133

تراجع نظرية الظروف الطارئة في ميدان الصفقات العمومية في الجزائر، أما في حالة تبين أن العقد لن يعود له توازنه المالي وقلب اقتصاديات الصفقة، بما يتعارض مع الطبيعة المؤقتة التي يتسم بها الظرف الطارئ ، يحق لطرفي العقد المطالبة بفسخ العقد .[111]

ولا يتحقق إعادة التوازن المالي من خلال نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة، بل هناك نظرية أخرى قد تجد أساسا لتطبيقها في حالة عدم توفر شروط تطبيق النظريتين السابقتين، وهذه النظرية تتمثل في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ثالثا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

النظرية من اجتهادات القضاء الفرنسي وقد جاءت لمواجهة صعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة أعباء المتعامل الاقتصادي المتعاقد تجعل العقد أكثر إرهاقا وتكلفة، لذا من حقه المطالبة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته تلك الصعوبات من أضرار[112].

لاستحقاق المتعامل الاقتصادي المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل، يستوجب توافر مجموعة من الشروط كغيرها من النظريتين السابقتين و تتمثل في:

أ- أن يعترض بتنفيذ العقد صعوبة ذات طابع مادي استثنائي تُجاوز ما كان متوقعا وقت التعاقد، فضلا عن ذلك يجب أن تكون الصعوبة المادية خارجة عن إرادة طرفي العقد وإلا فسح المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير إذا ما توفرت شروط تطبيقها.

111- أكلي نعيمة، نفس المرجع ، ص 127.

112- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في التنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 714.

ب- أن تلحق الصعوبة المادية ضررا بالمتعاقد فلا تطبق النظرية تلقائيا بمجرد اعتراض التنفيذ صعوبة مادية استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، إذ يفترض إصابة الملتزم بضرر جراء ذلك يستوي أن يكون بسيطا أو جسيما، فأساس تطبيق النظرية جبر الضرر الناجم عن الصعوبة المادية.

فإذا توفرت الشروط السابقة مجتمعة، تسنى للقاضي تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأهم نتائجها التزام المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل الاقتصادي المتعاقد تعويضا كاملا عما لحقه من أضرار.

وقيام الظروف المادية غير المتوقعة لا يعد سببا لإعفاء المتعاقد من أداء التزامه التعاقدية، إذ يفرض على المتعامل الاقتصادي المتعاقد واجب الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم ما يعترض طريقه من صعوبات مادية طالما اقتصرت آثارها على جعل التنفيذ أكثر كلفة ماديا دون أن تجعله مستحيلا، وتوقفه عن تنفيذ التزاماته يجعله عرضة لمختلف الجزاءات فضلا عن فقدانه لحق التعويض عما خلفته الصعوبات المادية من آثار ضارة ولا يتقرر الإعفاء إلا في حالة القوة القاهرة[113].

والجدير بالذكر أن النظريات الثلاث السابقة تقوم على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، فإن أخطأت لا يمكن إثارة مسؤوليتها على أساس النظريات السابقة بل تسأل على أساس المسؤولية العقدية.

فضلا عن الحقوق السابقة يتمتع المتعامل الاقتصادي المتعاقد ببعض المزايا المالية الأخرى ومن أمثلتها، القروض التي تتعهد الإدارة بتنفيذها للمتعاقد معها والتسهيلات الائتمانية..

113-وجد هذا المبدأ تكريسا في القضاء الجزائري لاسيما في قرار مجلس الدولة المؤرخ في 8 مارس 1990، في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية ولاية سكيكدة، نقلا عن لباد ناصر ، القانون الإداري، النشاط الإداري، LEBED، 2004، ص 450.

كما يجوز للمتعامل الاقتصادي المتعاقد مع المصالح المتعاقدة في حالات عديدة المطالبة بالتعويض سواء بارتكاب الأخطاء من هذه المصالح أدى إلى إحداث الأضرار أو بسبب قيامه بأعمال غير مطلوبة، ولكنها ضرورية للمرفق محل الصفقة ولازمة بالنسبة للمتعاقد جاز له في هذه الحالات وغيرها المطالبة بالتعويض.

المطلب الثاني: السقف المالي للملحق

تطرق المشرع الجزائري في القانون الجديد لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 247/15 في الفصل الرابع والقسم الخامس منه في المواد 135 إلى 139 للملحق الصفقة العمومية.

وباعتبار المشرع الجزائري لم يوضح من خلال التنظيم نموذج محدد بدقة للسقف المالي للملحق، رغم إصداره لنموذج مذكرة تحليلية[114] لمشروع ملحق في الجريدة الرسمية رقم: 16 الصادرة بتاريخ 13 مارس 2011، إلا أنها لم تشير لتحديد السقف المالي للملحق ومن خلال استقرار معظم المراسلات الواردة لمدير قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية، من طرف المصالح المتعاقدة للدولة، نجدها تتمحور حول صعوبات عملية يجدها المسيرون في أثناء حدوث تعديلات في الصفقة أو عملية غلق الصفقة.

خاصة فيما يتعلق بحدود السقف المالي للملحق بالنسبة للصفقة الأصلية، وتأثير ذلك على توازن الصفقة وشروط المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين وهناك من يشكك حتى في

[114] – المرسوم التنفيذي 11–118 مؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية (جريدة رسمية رقم 16 بتاريخ 13/03/2011)

لجوء الإدارة المتزايد للملحق كإجراء يدعوا للريبة على وجود مواطن للفساد وعدم النزاهة، باعتبار الملحق إجراء استثنائي في حد ذاته.

الفرع الأول : مدى إمكانية إبرام ملحق دون سقف مالي محدد

في الحقيقة وفي قوانين الصفقات العمومية السابقة وكذلك تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15/247 الجديد، لا توجد مادة قانونية واضحة وصريحة تنص على عدم تجاوز السقف المالي للملحق بزيادة أو نقصان كما جاء في النص الجديد نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة اللوازم والدراسات والخدمات و 20% في حالة صفقات الأشغال.

إلا أن المشرع أجبر المصالح المتعاقدة، أنه إذا فاق مبلغ الملحق النسبة التي أقرها كهامش تسامح) merge de tolerance) ، بالزيادة أو النقصان فيجب أن يعرض الملحق على لجنة الرقابة للصفقات المختصة، مدعم بتقرير يبرر و يقنع اللجنة انه:

– لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة

– لم يتم التراجع فيها.

– أن إعلان إجراء جديد يتعلق بالخدمات الزائدة لا يسمح بانجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال و السعر كل هذه التبريرات السابقة يجب أخذها بعين الاعتبار، مع مراعاة

عدم المساس بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية المبنية في المادة 05 [115]من نفس المرسوم 15/247 وهي كالتالي:

- حرية الوصول للطلبات العمومية .
- المساواة في معاملة المرشحين.
- شفافية الإجراءات المعمول بها

لكن في الواقع العملي أثناء انجاز صفقة عمومية، هل يمكن تصور وجود سقف مالي لملحق صفقة بأكثر من 50% من مبلغ الصفقة الأصلية .

أولا: وجود سقف مالي لملحق نسبته 130% من قيمة الصفقة الأصلية

ورد في رد رئيس قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية على المراسلة رقم 2359 بتاريخ 02/10/2013 للسيد الأمين العام لولاية تلمسان في استفساره القانوني عن ملحق صفقة تبلغ قيمته 130% من قيمة الصفقة الأصلية، وهل هذه النسبة المرتفعة للسقف المالي للملحق، لها تأثير كبير على المكونات الاقتصادية للصفقة وتوازنها .

في الحقيقة جاء في رد رئيس قسم الصفقات العمومية لوزارة المالية، أنه يمكن إبرام هذا الملحق في حالة وجود دواعي تقنية لم تكن متوقعة من الطرفين أي المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي، في هذه الحالة يمكن اللجوء لملحق مهما كانت قيمته لإنجاز موضوع الصفقة.

115 –المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 مرجع سابق.

ولكن مع الإشارة في نفس المراسلة إلى أن الإذن بإبرام هذا الملحق مع وجود دواعي وتبعات تقنية غير متوقعة من الطرفين، يجب أن تكون محل تبرير حالة بحالة من طرف المصلحة المتعاقدة أمام لجنة الرقابة للصفقات المختصة.

استمد المشرع ذلك من نظرية الظروف الغير متوقعة المشار إليها في المطلب الثاني من المبحث الأول لهذا الفصل، والمقصود بها الصعوبات المادية الاستثنائية التي لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، فتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة، وأكثر كلفة.

في الواقع أن قانون الصفقات يأخذ في الحسبان كامل المرونة التي يتطلبها تسيير الطلب العمومي وإدارة المشاريع التي تسمح للمصلحة المتعاقدة بأن تتكيف مع المتغيرات المحتملة والغير المتوقعة وبالتالي لم يحدد القانون سقف مالي للملاحق تاركا الموضوع لضوابط التسيير السليم للمشاريع وتلبية الطلب العمومي.

ولكن هذه المرونة هي سلاح ذو حدين، فمن جهة تمكن من معالجة الحالات الغير متوقعة وتبعاتها التقنية التي لم تأخذ في الحسبان ولكنها من جهة أخرى تغطي على سوء التسيير و عدم الاحتياجات الطلب العمومي من البداية من طرف المصالح المتعاقدة

ثانيا : الحدود المنطقية والموضوعية لسقف الملحق

من المفروض أن القانون جاء لينظم الحالات المنطقية والموضوعية ومن الطبيعي أن نصادف حالات يتجاوز فيها مبلغ السقف المالي للملحق الحدود المنطقية والموضوعية، ولكن من جهة أخرى في ظل تسيير سليم ورشيد وضبط للحاجات والطلب العمومي، لا يتصور الحديث عن ملحق بقيمة تفوق 50% من القيمة الأولية للعقد الأصلي للصفقة.

فقانون الصفقات كل متكامل، وبالتركيز على مسائل مثل مسألة التحديد الدقيق[116] للحاجات" ومسألة دراسة الجدوى" وغيرها ، كل هذه المسائل تأتي في سياق عام يستهدف التقليص إلى أبعد الحدود من دائرة الحاجة إلى إبرام ملاحق ، باعتبار الملحق في حد ذاته استثناء في الصفقة.

وهو ما أثار أيضا انتباه المشرع من خلال نصه في الفصل السادس، الباب الرابع المادة 213 [117]على إنشاء سلطة ضبط للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي من بين مهامها المذكورة في الفقرة الرابعة و الخامسة من نفس المادة.

- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا.

- تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة.

عموما وفي كل الحالات فإن إبرام ملحق دون سقف مالي محدد من حيث المبدأ أمر ممكن قانونيا، والدراسة أسبابه ومبرراته ومدى مشروعيته، أخضع المشرع الملحق للرقابة الخارجية للجنة الصفقات المختصة إذا تجاوز النسب والهوامش المسموح بها، المذكورة في المادة 136 من المرسوم 247-15، أين تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مجبرة على تقديم تبريرات وتوضيحات مقنعة ومؤسسة.

ومنه يمكن أن نصل لنتيجة التالية:

---

[116]- انظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

[117]- أنظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

"نعم يمكن إبرام ملحق دون سقف محدد إذا كان ذلك له دوافع مبررة و مؤسسة لإتمام الصفقة وهي إجابة تشبه القول نعم و لكن".

الثالثا: السقف المالي لملحق صفقة مبرمة حسب الإجراءات المكيفة[118].

قام المشرع الجزائري في التنظيم الجديد لصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي 15- 247 بسد ثغرة قانونية كانت محل غموض في القانون الملغي 236/10 ، وذلك بنصه على إمكانية إبرام ملحق لعقد صفقة تمت وفق الإجراءات المكيفة، وهو ما ورد في المادة 18 من القانون 15-247، وذلك حسب الشروط المحددة في المواد 135 إلى 139 من هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للجان الصفقات العمومية وحسب الشروط التالية[119]:

أن – يجب يبرم الملحق في فترة الآجال التعاقدية.

– لا يمكن أن يتضمن الملحق تمديد لهذه الآجال التعاقدية.

– السقف المالي لملحق خاص بالخدمات الإضافية لا يمكن أن يتجاوز 10 % من مبلغ الصفقة أو العقد.

– السقف المالي لملحق خاص بالخدمات التكميلية لا يمكن أن يتجاوز 10 % من مبلغ الصفقة أو العقد (صفقات الأشغال فقط).

الفرع الثاني: تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة وتوازن الصفقة الأصلية

---

[118]– أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247

[119]– أنظر المادة 18 من المرسوم الرئاسي –15-247

إذا كان من واجب المصالح المتعاقدة الالتزام بالشروط الأصلية للمنافسة عند إبرام ملحق لصفقة ما جاء في الفقرة الأخيرة[120] للمادة 136 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العمومي 247-15، فان السؤال الذي يطرح نفسه هو تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة، وهل يمكن الطعن أمام مجلس المنافسة في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بمبدأ المنافسة الحرة.

اولا: تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة

نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 على وجوب احترام المبادئ الأساسية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية وباعتبار الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة فإنه يخضع أيضا لمراعاة شروط المنافسة.

وهذا ما أكدت عليه المادة 136 الفقرة الأخيرة[121] أنه في حالة تجاوز سقف الملحق أو الملاحق نسبة 15% بالنسبة لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات أو 20 بالنسبة لصفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه:

- لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة.

- لم يتم التراجع فيها.

- وأن الإعلان جديد يتعلق بالخدمات الزائدة لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر.

---

[120]- انظر المادة 136 مرسوم رئاسي -15-247.

[121]- لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام المرسوم الرئاسي 15-247

ثانيا : مدى إمكانية خضوع الملاحق ذات السقف المالي الغير المحدد لرقابة مجلس المنافسة

وباعتبار العبارة التي وردت في المادة 136 من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 المتعلقة بعدم المساس بشروط المنافسة ، لم تكن واضحة حول كيفية تطبيقها وهل يمكن إخضاع الملحق مهما كان سقفه المالي لمراقبة مجلس المنافسة، وبالتالي حضر الملاحق والصفقات متى كان شروط إبرامها ممارسة تخل بمبدأ المنافسة.

طالما أن المادة 06 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم[122]، لم تستثني الاتفاقات التي تبرمها الإدارة، خاصة إذا كانت تتضمن بعض الأعمال المدبرة باعتبارها من الممارسات المنافية للمنافسة وكما أشرنا سابقا أكدت المادة 02 الواردة في القانون 08-12 المعدل للأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة، على إدراج الصفقات العمومية ضمن النشاطات الخاضعة لتطبيق قانون المنافسة، لكن التساؤل يطرح أنه إذا تم إخضاع الملاحق ذات السقف المالي الغير محدد لاختصاص مجلس المنافسة نقع أمام مشكل الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري باعتبار عقود الصفقات العمومية تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

أجابت على هذه الإشكالية نص المادة 1946[123] من قانون 08-09 التي جعلت الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية عند الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة، وبالتالي يتحدد مجال تدخل مجلس المنافسة في مراقبة المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين في مجال الصفقات

---

[122]- الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية عام 2003 والمتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية رقم 43 بتاريخ 20جويلية 2003)

[123]- انظر المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (جريدة رسمية رقم 21 بتاريخ 23 افريل 2008)

العمومية دون المصلحة المتعاقدة، خاصة أن المادة 02 من قانون المنافسة قيدت تدخل مجلس المنافسة بضرورة عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

وفي انتظار إبداء مجلس المنافسة المنصب حديثا (سنة 2013 لموقفه حول هذه المسالة، ينبغي التذكير بموقف القضاء الفرنسي حول هذه المسالة أين تم حل هذا الإشكال في فرنسا وذلك بإعمال نظرية الأعمال المنفصلة، حيث تم توزيع الاختصاص في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، فإذا كانت الممارسة بفعل إحدى المصالح المتعاقدة فيؤول الاختصاص للقضاء الإداري، أما إذا صدرت الممارسة من طرف عون اقتصادي طبيعي أو معنوي عام أو خاص يمارس نشاط الإنتاج والتوزيع أو الخدمات أو الاستيراد فان الاختصاص يؤول لمجلس المنافسة[124]. إلا أن تطبيق ذلك في الجزائر صعب باعتبار المشرع الجزائري أخذ بالمعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري وهذا ما يدفعنا لاستبعاد اختصاص مجلس المنافسة بالرغم من أنها الهيئة الأكثر خبرة للفصل في مثل هذه المنازعات المخلة بشروط المنافسة.

وفي إطار شفافية المعلومات وحرية الوصول للطلب العمومي والمشاركة في المناقصات أوجب القانون الجديد 15-247 على المصلحة المتعاقدة أن تعد في بداية كل سنة مالية:

- قائمة بكل الصفقات العمومية التي أبرمت خلال السنة المالية السابقة

- قائمة المؤسسات التي حازت عليها.

- البرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الانطلاق فيها السنة المالية الحالية ويتم تعديلها توجب ذلك أثناء نفس السنة المالية.

[124] - HUBRECHT Hubert -Gerald .Droit public economique dalloz .L'aris.1997.p295-296

كما يجب نشر كل هذه المعلومات في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية،BOMOP أو في الموقع الالكتروني للمصلحة المتعاقدة.

الفرع الثالث: فعالية التعديل بالملحق على نزاهة الصفقة الأصلية

إن مجال الصفقات العمومية يشكل المسار المتحرك للأموال العامة فهو مجال خصب للفساد ذلك بتعديله بكل صوره، لأجل هذا اهتم المشرع بتجريم المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية وبرر لقانون العقوبات عدة مرات، والذي استحدث تجريم الوقائع التي ترتكب أثناء إبرام وتنفيذ الصفقة ولعل أهم محطة في مكافحة الفساد وهي صدور القانون رقم 06-201 المؤرخ في 20/01/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[125] ، لكن هذه الجريمة ككل الجرائم لا تكتمل صورتها إلا بتوافر أركانها القانونية وانعدام أي ركن منها يؤدي إلى انعدام الجريمة بالضرورة ومبرر العقاب عليها، وباعتبار الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، فانه يعد أحد مظاهر اللجوء إلى التعديل والتسوية للصفقات الأصلية، هذه التسوية بالملحق وإن كانت مشروعة في أصلها فإنها تتحول إلى عمل غير مشروع ومجرم إذا ما استعملت لغير الغرض الذي أوجدت من اجله وذلك بمجرد مخالفة النصوص التنظيمية والتشريعية الجاري العمل بها.

وأكدت مختلف النصوص التي اعتمدها المشرع الجزائري في تجريم جريمة المحاباة، إعطاء تصورات واسعة لهذه الجريمة، وفي كل مراحل الصفقة العمومية، خاصة في مرحلة التنفيذ والتعديل، وهي المرحلة الصعبة من حيث الدراسة، إذ يجد القاضي الجزائي نفسه أمام عالمين لا يعرفان بعضهما البعض، الإداري والجزائي وبينهما نصوص تنظيمية وأخرى تشريعية مبعثرة هنا وهناك، ثم أن إخضاع الصفقات العمومية والملاحق للرقابة الجزائية هي من مظاهر الشعور بعدم الاستقرار القانوني من قبل المشترين العموميين.

---

[125] – قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20/02/2006 (جريدة رسمية رقم 14 بتاريخ 08/03/2006)

أدى عدم تمكن الرقابة الإدارية من الحد من عدم نزاهة بعض الصفقات، إلى استنجاد المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية وسن قانون الفساد، ولعل ما يعاب على هذا القانون انه ركن إلى مبادئ أخلاقية لمكافحة الفساد لكنها تبقى في غالب الأحيان مثالية لا يتأتى العمل بها إلا في المجتمعات التي تعرف قيمتها وتعرف مفاهيم وقيمة النجاح وتسعى إلى ترك بصمات في تاريخها.

فهل عجز قانون العقوبات على مكافحة الفساد في مجال الصفقات رغم أنه النص الأصلي؟

ربما كان ذلك من باب التضخم التشريعي صدور قانون الفساد، فالقانون الأصلي كان بإمكانه استيعاب هذه الجريمة وجرائم أخرى ، ثم أن سن قانون جديد جعل فجوة كبيرة بينه وبين القانون الإجرائي،

فلحد الآن لازال أغلب الجناة يفلتون من العقاب وأقصد هنا المشاركة والإخفاء ، فلو بقى تجريم المحاباة في قانون العقوبات لطبقت عليه أحكام المشاركة والإخفاء وتكونان جريمتان مستقلتان عن الجريمة الأصلية فإذا تقادمت المحاباة مثلاً لا تتقادم جريمة الإخفاء أو المشاركة، وهذا ما كان سيوسع من رقابة القاضي الجزائي على الصفقات العمومية وخاصة على آلية التعديل بالملاحق التي تعد استثناء ولكنها أصبحت حاليا تعد بمثابة قاعدة في الصفقات التي تبرمها هياكل الدولة ، مما يجعل هذا الإجراء الذي أوجده المشرع لإعطاء المرونة اللازمة في سبيل تحقيق المنفعة العامة، محل شك دائم وريبة في نزاهة الصفقة الأصلية ككل، هذه التقنية التي طبقت ونجحت في قانون الوقاية من تبيض الأموال.

إن المنطلق الأساسي للحد من جريمة المحاباة يعود إلى مسألة تحديد الحاجيات وعليه نوصي بضرورة ضبطها والتوسع فيها فالتحديد الجيد للحاجيات بإمكانه الحد من

المحاباة واللجوء للتعديل بالملحق، إذ يجعل المصالح المتعاقدة لا تفكر في تعاقدات جديدة بالملحق أثناء تنفيذ الصفقة.

فجل منازعات الصفقات العمومية المطروحة على القاضي الإداري للفصل فيها تنطوي على جريمة المحاباة ، فهذا يطلب إلزام المصلحة المتعاقدة بتسديد مبلغ ملحق مخالف للتنظيم وهذا يطلب تسديد وضعيات لصفقات تسوية، والآخر يطلب الدفع له لكونه متعامل ثانوي، إلا أن القاضي الإداري لا يلاحظ أن الملحق أخل بالتوازن المالي للصفقة وأن صفقة التسوية أبرمت خارج أجالها أو أن التعامل الثانوي لا جدوى منه بمعنى أن هناك محاباة، إلا أنه يفصل في الدعوى الإدارية فقط ولا يمكنه التطرق للجرم وهذا طبيعي فهو قاضي موضوع، لكن نتساءل عن دور محافظ الدولة ؟ أليس هو حامي المال العام وعين الدولة؟ أم أن دوره يقتصر فقط على مجرد تقديم التماساته الرامية إلى تطبيق القانون؟ إن الاكتفاء بدور النيابة العامة بكل أجهزتها في تحريك دعوى المحاباة ليس كافيا وعليه يجب تفعيل دور محافظو الدولة لدى المحاكم الإدارية بأن يحيلوا كل ما يرون فيه خرقاً للمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية على النيابة العامة. وبهذا نحافظ على الأموال العامة المرصودة لتجسيد المشاريع التي تعود بالنفع على المجتمع.

الفرع الثالث : الرقابة على الملحق

إن المشرع حتى يبعث بساطة و مرونة على سلطة تعديل الصفقة، نص في المادة 138 والمادة 139 من التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية رقم 15-247، على عدم إخضاع الملحق لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، وذلك في الحالات التالية:

عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي و يتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

– إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجال التعاقد.

– إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصانا النسبة الآتية:

–10% نسبة عشرة في المائة من المبلغ الأصلي للصفقة حسب المادة 139[126]، إذن فالأصل عدم إخضاع الملحق لأي نوع من الرقابة المقررة للصفقة الأصلية واستثناء هناك حالات يخضع فيها الملحق للرقابة الخارجية القبلية للجان الصفقات المختصة:

–إذ تضمن عمليات جديدة في مفهوم الفقرة الأولى للمادة 136 وتجاوز مبلغها النسب المحددة في المادة 139.

– إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة وخارجة عن إدارة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي[127].

–لم يكن من الممكن وبصفة استثنائية إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة في آجال التعاقدية ، ويمكن إبرام هذا الملحق من بعد الاستلام المؤقت للصفقة، ولكن مهما يكن الأمر قبل إمضاء الحساب العام و النهائي[128].

إن الرقابة الخارجية[129] تم تنظيمها لأول مرة، بموجب المرسوم رقم 82–145 من خلال المادة 115 منه، أما المرسوم الرئاسي الجديد 15–247 فقد حددت المادة 163 منه الهدف من الرقابة الخارجية والمتمثل فيما يلي:

---

[126]– المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15–247 المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية والمرفق العمومي

[127]– المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15–247.

[128]– المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15–247.

[129]– فاطمة الزهراء فرقان: رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006–2007، ص 26.

– التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

– التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

تمارس هذا النوع من الرقابة هيئات يطلق عليها اسم لجان الصفقات.

فما هي اللجان المختصة بالرقابة على الملحق؟، وما هو الأثر المترتب على هذه الرقابة؟

وسنعالج هذا الإشكال من خلال المطالب الآتية:

اولا: : سلطة الرقابة

ثانيا الآثار المترتبة على الرقابة

اولا: سلطة الرقابة

خصص المشرع الجزائري المواد 163 إلى 190[130] من المرسوم الرئاسي 15–247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للرقابة الخارجية، حيث يهدف هذا النوع من الرقابة حسب المادة 163 إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما والتحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية حيث وبعد الإطلاع على الأحكام الجديدة للرقابة الخارجية في ضوء المرسوم الرئاسي –15–247 سجلنا الملاحظات التالية:

1 ألغي القانون الجديد نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية وهـ اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم واللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة وتخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى.

[130]– المواد من 163 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 15–247 .

2 قسم القانون الجديد المكلفين بالرقابة إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة والقسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

1- لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة

تتمثل هذه اللجان في اللجنة البلدية للصفقات العمومية اللجنة الولائية للصفقات العمومية اللجنة الجهوية للصفقات العمومية لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل الممركز للمؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري، وقد حدد القانون الجديد مجال اختصاص كل لجنة من اللجان المذكورة أعلاه كما يلي:

أ. اللجنة البلدية للصفقات العمومية[131] والتي تختص حسب المادة 174 بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها البلدية والتي تقل قيمتها المالية عن مائتي دينار جزائري (200.000.000دج) في حالة صفقات الأشغال وخمسين مليون دينار جزائري

(50.000.000دج) في حالة صفقات الخدمات وعشرون مليون دينار جزائري(20.000.000دج) في حالة صفقات الدراسات.

ب- اللجنة الولائية للصفقات العمومية[132]: و تختص حسب المادة 173 من قانون الصفقات العمومية الجديد بالرقابة على دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح الممركزة للدولة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية التي تساوي قيمتها المالية أو تفوق مليار دينار جزائري (1.000.000.000دج) في حالة صفقات الأشغال وثلاث مائة مليون دينار جزائري (300.000.000دج) في حالة صفقات اللوازم، ومائتي

[131]- المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

[132]-المادة 173 من المرسوم الرئاسي -15-247.

مليون دينار جزائري (200.000.000 دج) في حالة صفقات الخدمات، ومائة مليون دينار جزائري (1.000.000دج) في حالة صفقات الدراسات، زيادة على ذلك تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

ج-اللجنة الجهوية للصفقات العمومية[133]: والتي تختص حسب المادة 171 من قانون الصفقات العمومية الجديد بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية في حدود المستويات المحددة في المطات من 1 إلى 4 من المادة

184 من تنظيم الصفقات العمومية والتي سنتناولها في اللجنة القطاعية للصفقات العمومية . جدير بالذكر أن القانون الجديد خص لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ببعض الأحكام القانونية الخاصة منها أن أعضاء لجان الصفقات ومستخلفوهم يعينون من طرف إداراتهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد باستثناء المعينون بحكم الوظيفة، زيادة على منح المسؤول الأول للمصلحة المتعاقدة سلطة تعيين عضو مستخلف من خارج المصلحة لاستخلاف رئيس اللجنة في حالة الغياب، والإعلان عن حضور ممثلون عن المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة أشغال لجنة الصفقات بصوت استشاري على أن يكلف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتزويد أعضاء اللجنة بكل المعلومات اللازمة والضرورية لاستيعاب محتوى الصفقة، وأخيرا نصت المادة 178 [134]على أن الرقابة لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة تتوج بمقرر منح التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوم ابتداء من تاريخ الملف كاملا لدى هذه اللجنة.

---

[133]- المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

[134]- المادة 178 من المرسوم الرئاسى 15-247.

2- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية[135].

تتمثل مهمة صلاحيات اللجنة القطاعية التي تحدث لدى كل دائرة وزارية في مجال الرقابة دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق في حدود المستويات المحددة في فقرات المادة 184 من تنظيم الصفقات العمومية الجديد وفق التالي:

-دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار (1.000.000.000دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139[136] من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في الماد 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، اثني عشر مليون دينار (12.000.000دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

---

[135]- المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[136]- المادة 139 من المرسوم الرئاسى 15-247.

– دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ستة ملايين دينار (6.000.000دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

–صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك.

– ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.

وضع المشرع بعض الأحكام الخاصة باللجنة القطاعية للصفقات العمومية تتمثل في أن الوزير المعني يعين بموجب قرار أعضاء اللجنة القطاعية ومستخلفيهم بأسمائهم على أساس الكفاءة بناء على اقتراح من الوزير الذي يخضعون لسلطته حسب المادة 187[137] ومن الأحكام الخاصة أيضا أن الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية تتوج بمقرر منح أو رفض منح التأشيرة في أجل أقصاه 45 يوما ابتداء من إيداع الملف لدى أمانة كتابة اللجنة.

ثانيا : الآثار المترتبة على الرقابة

تتوج الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات بإصدار التأشيرة، حيث تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة، أما الرقابة التي تمارسها اللجان القطاعية للصفقات فتتوج بإصدار تأشيرة في غضون خمسة وأربعين (45) على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجان.

[137]– المادة 187 من المرسوم الرئاسي 15–247 .

أ- منح التأشيرة

على الرغم من أن التأشيرة تتمتع بجميع خصائص القرار الإداري، لكنها لا تحدث أثرا بذاتها نظرا لعدم تمتعها بالطابع التنفيذي، فإنها تقوم كتصرف قانوني على مجموعة من الأركان والشروط، تتمثل في ما يأتي[138]:

1- التسبيب:

يتمثل سبب منح التاشيرة من طرف لجنة الصفقات المختصة كحالة قانونيه هي . الطلب المقدم من المصلحة المتعاقدة (الإدارة) وهذا ما يتضح في نص المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة"[139].

2- الاختصاص:

حتى تكون التأشيرة قانونية، يجب أن تراعي قواعد الاختصاص التالية:

أ-الاختصاص الشخصي: اللجنة هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة في حدود اختصاصها وتسلم لهذا الغرض: "تأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة"، وعليه فإن الاختصاص بمنح التأشيرة يؤول إلى لجنة الصفقات المختصة، تبعا لقواعد توزيع الاختصاص التي أشرنا إليها سابقا بالنسبة لكل لجنة، إذ صدور التأشيرة عن لجنة صفقات غير مختصة يجعلها باطلة وغير مشروعة[140]، لأن الأصل في الاختصاص أنه شخصي وهو ما يعني أنه يلزم صاحبه بأن يمارسه بنفسه وليس له حق أن يعهد به إلى سواه.[141]

ب- الاختصاص الزمني: إن الاختصاص الزمني بمنح التأشيرة محدد بمدة عشرين (20) يوما من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، أما فيما

---

[138]-محمد الصغير بعلي العقود الإدارية ، دون طبعة وتاريخ نشر ، دار العلوم للنشر التوزيع ، عنابة الجزائر ، ص 65.

[139]-المادة 196 من المرسوم الرئاسي -15-247.

[140]- محمد الصغير بعلي مرجع سابق ، ص 65.

[141]عمار بوضياف: القرار الإداري ، دراسة تشريعية قضائية فقهية ، الطبعة الأولى ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007 ، ص 114.

يخص اللجان القطاعية للصفقات فالاختصاص الزمني بمنح التأشيرة محدد بخمسة وأربعين (45) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة.

وإذا لم تصدر التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس، الذي يجمع لجنة الصفقات المختصة في غضون الثمانية أيام الموالية لهذا الإخطار، ويجب على هذه اللجنة أن تبث في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين[142].

3 - المحل:

إن الأثر القانوني المترتب على منح التأشيرة هو التنفيذ، إذ يجب تنفيذ الصفقة أو الملحق المؤشرين من قبل اللجنة المختصة خلال الثلاثة (3) أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم التأشيرة وإذا انقضت هذه المهلة، تقدم الصفقة أو الملحق من جديد إلى اللجنة المختصة قصد الدراسة ، ومع ذلك فإن تشريع الصفقات العمومية يسمح للجنة الصفقات منح تأشيرة مرفقة إما.

-بتحفظات غير موقفة (عندما تتصل بشكل الصفقة).

-أو بتحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة، حيث يجب رفعها قبل البدء في تنفيذ الصفقة.

ومن جهة أخرى، فإن منح التأشيرة ليس له أثر ملزم على المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن لهذهالأخيرة أن تعدل تماما عن إبرام الصفقة وتنفيذها بما لها من سلطة تقديرية، ومراعاة لمقتضيات المصلحة العامة ومستجدات وتطورات العمل والنشاط الإداري[143].

---

[142]- المادة 198 من المرسوم الرئاسي -15-247.

[143]- محمد الصغير بعلي : المرجع السابق، ص 67.

فإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرة من قبل فإنها يجب أن تعلم اللجنة المختصة بذلك[144]، وينطبق أمر العدول أيضا على الملحق في الصفقة.

4 - الشكل و الإجراءات:

يخضع منح التأشيرة للأشكال والإجراءات التالية:

1-التبليغ: يجب تبليغ قرار لجنة الصفقات إلى المصلحة المتعاقدة خلال 08 أيام من تاريخ انعقاد الجلسة[145].

2-الكتابة: يجب أن تفرغ التأشيرة في شكل كتابي.

5- الهدف (الغاية):

يدخل منح التأشيرة في المسعى الرامي إلى توسيع دائرة الرقابة على استعمال الأموال العمومية حفاظا على المصلحة العامة، وعدم استفحال الفساد الإداري.

ويشكل مجال الصفقات العمومية، نظرا للمبالغ المالية الضخمة المعتمدة له ميدانا خصبا للرشوة والثراء غير المشروع، وخاصة من خلال إبرام الإدارة ملاحق للصفقة التي تتميز بعدم خضوعها للرقابة المقررة للصفقة الأصلية .

ج- رفض التأشيرة

يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها[146]، وكما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة يقوم رفض منح التأشيرة، على مجموعة من الأركان والشروط تتمثل فيما يلي:

1- السبب:

---

[144]- المادة 196 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

[145]- المادة 195 فقرة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[146]- المادة 195 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

يعود سبب رفض منح التأشيرة إلى قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما[147]، أي خرق مبدأ المشروعية كصدور الملحق مخالفا لقواعد المشروعية.

2- الاختصاص:

حتى يكون رفض التأشيرة مؤسسا، يجب أن يراعي قواعد الاختصاص التالية:

- الاختصاص الشخصي:

كما هو بالنسبة لمنح التأشيرة، تختص برفض التأشيرة لجنة الصفقات المختصة، تبعا لقواعد توزيع الاختصاص الخاصة بكل لجنة، فمثلا صفقات الأشغال العامة التي تجاوزت فيها المبالغ المذكورة سابقا، ففي هذه الحالة يعهد الاختصاص بالرقابة إلى اللجنة القطاعية وعليه فقرار رفض التأشيرة يصدر من طرفها، فمن المنطقي أن يعقد الاختصاص برفض التأشيرة مثلا للجنة القطاعية المختصة.

-الاختصاص الزمني:

كما هو الشأن لمنح التأشيرة، فإن الاختصاص الزمني برفض منح التأشيرة محدد بمدة عشرين (20) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة أما فيما يخص اللجان القطاعية للصفقات فالاختصاص الزمني بمنح التأشيرة أو رفضها محدد بخمسة وأربعين (45) يوما تبدأ من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة.

يتمثل الأثر المترتب على رفض منح التأشيرة أساسا في عدم تنفيذ الصفقة أو ملحقها.

---

[147]-المادة 195 من المرسوم الرئاسي -15-247: "... فان كل مخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما قد تعاينه اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة".

ولما كانت رقابة لجان الصفقات بمنح التأشيرة أو رفضها ليست مختصة بإبرام الصفقات العمومية ، وإنما تمثل فقط رقابة خارجية لاحقة، فان المرسوم الرئاسي 15-247 يخول كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي، الوزير ، مسؤول الهيئة العمومية المعني، حق تجاوز رفض التأشيرة"، إذا أملته اعتبارات ومعطيات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن[148].

ونظرا لخطورة مقررات التجاوز على مبدأ المشروعية، فقد أحاطه المرسوم الرئاسي 15-247 بجملة من الحدود، تتمثل في مايلي:

-لا يمكن اللجوء إلى مقرر التجاوز إلا في حال رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية[149]، وهكذا فان تجاوز رفض التأشيرة إنما يقتصر فقط على حالة رفض التأشيرة نظرا لعدم مطابقة الملحق للأحكام التنظيمية.

- يشترط لصحة مقرر التجاوز أن ينبني على تقرير من المصلحة المتعاقدة وأن يكون معللا ومسببا حيث يجب أن يشار و يذكر في صلب المقرر السبب الدافع إلى عدم الاعتداد بقرار رفض التأشيرة و من ثم الانتقال إلى تنفيذ ملحق الصفقة.

-لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز إلا بعد تسعين (90) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة[150].

- ضرورة إعلام الجهات المعنية و ذات العلاقة.

3- الشكل و الإجراءات:

---

[148]- د محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص 69.

[149]- المادة 202 من المرسوم الرئاسي 15-247 مرجع سابق.

[150]- المادة 202 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي -15-247.

أ-التبليغ: يستلزم تبليغ قرار لجنة الصفقات برفض التأشيرة إلى المصلحة المتعاقدة خلال 08 أيام من تاريخ انعقاد اللجنة.

ب-التسبيب: تشترط المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247- أن يكون رفض التأشيرة معللا وذلك من حيث تضمينها بالسبب أو الأسباب التي يقوم عليها الرفض.

ج-الكتابة: قياسا على منح التأشيرة الذي يجب أن يكون رفضها كتابيا أيضا.

المبحث الثاني: الملحق كآلية لتسوية المنازعات في الصفقة العمومية

لما كان للصفقات العمومية بملاحقها صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، ولأنّها ترتب حقوق والتزامات الأطرافها من جهة ثانية فإنّها لا شك تثير منازعات إن على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعامل الاقتصادي المتعاقد، وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات.

وجدير بالإشارة أن الصفقة العمومية بما فيها الملحق وبالنظر لطابعها التنموي، كونها تتعلّق بمشاريع الدولة أو الإدارة المحلية أو الإدارة المرفقية، وجب أن يتبع بشأن منازعاتها طرقا خاصة وأحكام مميّزة تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل المشروع العام، او يطول ويمتد النزاع لمدة كبيرة ، بما يؤثر سلبا على مبدأ الاستمرارية، مما يلحق الضرر بجمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام، وهو ما يعطل في النهاية تنفيذ المخططات التنموية.

والدارس للنظام القانوني لمنازعات الصفقات العمومية في الجزائر يجدها قد توزعت بين النص العام ممثلا في القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة، وبين النص الخاص ممثلا في المرسوم الرئاسي 15-247- المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وهنا تطرح الإشكالية هل وفق المشرع الجزائري في صياغة وضبط قواعد منازعات الصفقات العمومية بين النص الخاص وبين النص الإجرائي العام؟ وهل ضبط آليات حسم منازعات الصفقات العمومية بما فيها الملحق بالطرق الودية تفاديا لعرضها على القضاء ما يجعلها تأخذ وقت طويل؟ وما هي الآثار عملية التسوية بالملحق على الصفقة الأصلية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المباحث التالية:

المطلب الأول: الملحق كآلية لتسوية منازعات الصفقة الأصلية.

المطلب الثاني: أثار الملحق على الصفقة.

المطلب الأول: الملحق كآلية لتسوية منازعات الصفقة الأصلية

لقد أصبح اللجوء إلى القضاء ليس هو الطريق الوحيد بشان كل النزاعات التي تثار بين أطراف التعاقد في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي أصبح من الضروري تقديم إجراءات ووسائل بديلة لتسوية النزاعات وحلها خارج الدعوى القضائية، توفيرا للجهد والوقت وتقليصا لحجمه في المستقبل خاصة أن القضاء بطيء بطبيعته في إجراءاته.

لتحقيق أفضل الحلول فمن المستحسن أولا إعمال التسوية الودية قبل ولوج الطريق القضائي، وما ينتج عنه من أثار ونتائج وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال فرعين التاليين:

الفرع الأول : التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: التسوية القضائية لنزاعات الصفقات العمومية.

الفرع الأول: التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية:

تعد التسوية الودية للمنازعات في الصفقات العمومية آلية من آليات فض النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، وفي نفس الوقت تمثل ضمانة كافية لكلا الطرفين المتعاقدين.

حرصا من المشرع الجزائري على حل الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية وملاحقها لاسيما وضع ميكانيزمات لفض مختلف النزاعات القائمة بين الطرفين في الصفقة تم تكريس مبدأ حل النزاعات وتسويتها بالتراضي أولا.

وتجدر الإشارة أن الملحق في حد ذاته هو آلية من آليات التسوية الودية للنزاعات الطارئة أثناء التنفيذ حيث تبرمه المصلحة المتعاقدة بدافع إعادة التوازن للتكاليف المترتبة ماليا على

كل طرف في الصفقة[151]، فعند إبرام المصلحة المتعاقدة ملحق أو ملاحق للصفقة متجاوزة في ذلك حدود سلطتها في التعديل، بما يؤدي إلى إرهاق المتعامل معها في تنفيذ الصفقة الأمر الذي يؤدي معه حتما إلى وقوع نزاع بينها وبين المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، لذلك تدخل المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية ونظم قاعدة الحل الودي ألرضائي للنزاع الناتج عن التنفيذ، ويجب أن نشير أن المشرع أشار أيضا للتحكيم الدولي عند تنفيذ صفقة أو ملحق مبرم مع متعاملين متعاقدين أجانب وذلك باقتراح من الوزير المعني وبعد الموافقة المسبقة للحكومة أثناء اجتماعها وهو أيضا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

اولا: الحل الودي

إن المقصود بتسيير نزاعات الصفقات العمومية هو البحث عن الحل الودي[152] أولا للنزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات العمومية أو ملاحقها من طرف المصلحة المتعاقدة، وقد عالج المرسوم الرئاسي 15-247 هذه المسألة في القسم الحادي عشر (11) من الفصل الرابع المعنون بـ: " تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية في المواد 153 – 154 و155.

– في حالة قيام نزاع بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل الاقتصادي المتعاقد معه، تؤكد المادة153 من المرسوم الرئاسي المذكور على وجوب البحث عن الحل الودي للنزاع مع مراعاة النقاط التالية: أن التسوية لابد وأن تتم في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

– أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تسعى لإيجاد حل ودي شرط أن يضمن هذا الحل:

أ- توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف.

---

[151]– المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[152]–المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ب- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

ج- الحصول على تسوية نهائية وبأقل تكلفة.

د-أما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج، في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة، والتي بدورها عليها أن تبحث عن الحل الودي والمنصف للنزاع.

أما في حالة فشل المصلحة المتعاقدة في الوصول إلى حل ودي، فإن النزاع يعرض أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات، التي تبحث عن الحل الودي والمنصف للنزاع .

ثانيا : لجان التسوية الودية للنزاعات

التعديل الجديد الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 ، هو إنشاء لجان التسوية الودية للنزاعات على مستوى كل ولاية برئاسة الوالي أو ممثلا عنه، وسنتناول فيما يأتي تشكيلة هذه اللجان وصلاحيتها و مهامها.

1- تنشأ هذه اللجان على المستوى التالي :

- على مستوى كل وزير.
- على مستوى كل مسئول هيئة عمومية.
- على مستوى كل والي.

2- تشكيلة هذه اللجان[153]:

الملحق كآلية لتسوية المنازعات في الصفقة العمومية

[153]- المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247.

أ- لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية :

- ممثل الوزير أو ممثل الهيئة العمومية (رئيس للجنة)
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.
- أمانة اللجنة.

ب: لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية:

- ممثل عن الوالي رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.
- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف بالدفع.
- أمانة اللجنة.

3- شروط الانضمام لهذه اللجان:

- يعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني للصفقة أو الملحق، وهذا بموجب مقرر من رئيسها[154].

- كما يمكن لرئيس اللجنتين السابقتين الاستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أعمال اللجنة وذلك على سبيل الاستشارة فقط.

- يعين الرئيس من بين احد الأعضاء المشكلين للجنة مقررا[155].

لا يجب أن يكون أعضاء هاتين اللجنتين قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة أو الملحق المعنيين بالنزاع[156].

4- صلاحيات لجان التسوية الودية[157]:

---

[154]- انظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247.

[155]- المادة 154 من المرسوم الرئاسي -15-247.

[156]- المادة 153 من المرسوم الرئاسي -15-247.

– اللجنة الوزارية تختص بدراسة النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والملاحق الخاصة بالإدارة المركزية أو المؤسسات العمومية الوطنية، والمصالح الخارجية التابعة لها.

– **لجنة الهيئات العمومية:** تختص بدراسة النزاعات الخاصة بالمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

–**اللجنة الولائية:** تتولى دراسة نزاعات الولاية البلديات، المؤسسات العمومية المحلية والمصالح غير الممركزة للدولة من خلال البحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي و منصف للنزاعات المترتبة عن تنفيذ الصفقات المطروحة أمامها.

5 – كيفية سير أعمال هذه اللجان:

أولا يجب الإشارة إلى انه يمكن لأي طرف عرض النزاع على هذه اللجان سواء كانت المصلحة المتعاقدة أو المتعامل الاقتصادي وتتم أشغال هذه اللجان كالتالي :

– يتم عرض النزاع برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكن إيداعها لدى أمانة اللجنة مقابل وصل استلام ، متضمنة الوثائق الثبوتية اللازمة للصفقة أو الملحق موضوع النزاع.

– يعين الرئيس احد الأعضاء اللجنة مقررا للملف النزاع.

– يدعى الطرف الأخر برسالة موصى عليها مع وصل استلام من طرف الرئيس، لتوضيح رأيه في النزاع.

– يعيد رده خلال عشرة أيام (10) برسالة موصى عليها مع وصل استلام.

---

[157]–المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15–247.

– تكون مهلة دراسة الملف في اجل (30) ثلاثون يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الرد الأخير.

– يمكن للجنة الاستماع إلى طرفي النزاع ، والطلب منهما استكمال أي وثيقة للملف النزاع .

– يتم تداول بين أعضاء اللجنة في اتخاذ القرار بأغلبية الأصوات، وفي حالة التساوي رأي الرئيس هو المرجح.

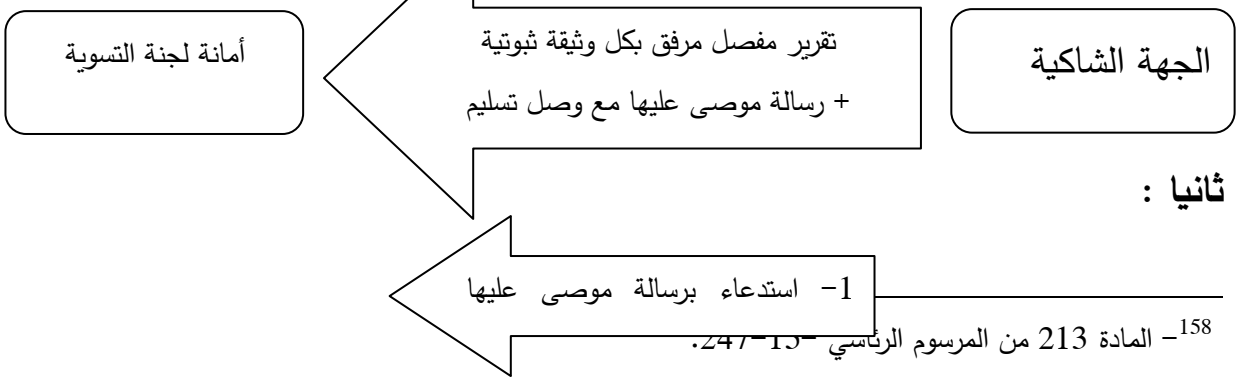
– يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من الرأي إلى لجنة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [158].

– تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي ،اللجنة، للمتعامل الاقتصادي المتعاقد في اجل أقصاه (08) ثمانية أيام ،ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام ،وتعلم اللجنة بذلك.

أخيرا أي طرف لم يقتنع برأي اللجنة من حقه رفع طعن أمام القضاء.

6 – مخطط نموذجي كمثال لسير أعمال اللجنة الولائية لتسوية الودية للنزاعات : لتبسيط فهم الإجراءات المتبعة في عمل هذه اللجان نوضح ذلك بهذا النموذج:

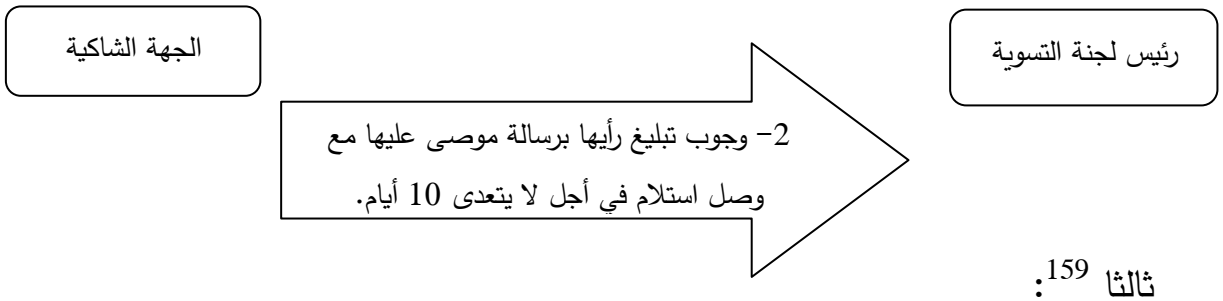
أولا :



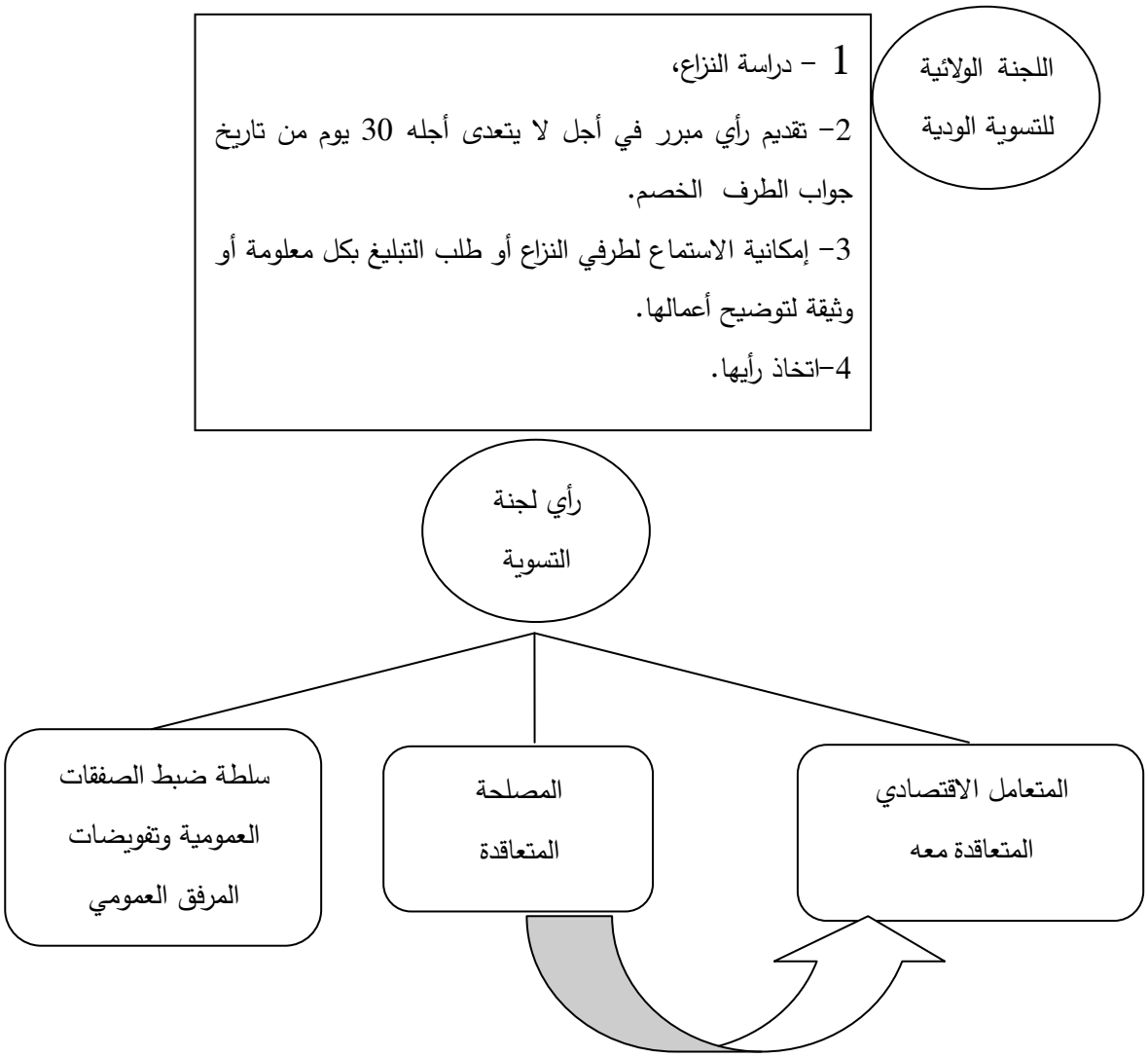
ثانيا :

1- استدعاء برسالة موصى عليها

[158]– المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247.



ثالثا [159]:



[159]- رأي اللجنة الو[illegible] تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا.

ثالثا : التحكيم كآلية لتسوية الودية لنزاعات الصفقة العمومية.

في حالة عدم التوصل إلى حل النزاع وديا، ولعدم رغبة الأطراف تحويل النزاع على جهة القضاء المختص، يمكن الاتفاق إلى وسيلة أخرى لتسوية النزاع الحاصل لدى تنفيذ التعديلات التي أحدثتها المصلحة المتعاقدة على الالتزام التعاقدي و تتمثل في التحكيم.

للتحكيم بصفة عامة مبررات دعت إلى وجوده كوسيلة سريعة لفض منازعات تقتضي طبيعتها الخاصة سرعة الفصل فيها.

وعلى الرغم من كون التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات بحكم ملزم الأطرافها، إلا أن له ذاتيته الخاصة، التي ينفرد بها عما سواه من وسائل تسوية المنازعات.

وقد أقر المشرع للأشخاص المعنوية اللجوء إلى آلية التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 153[160] من المرسوم 15-247.

1- تعريف التحكيم:

أ- اصطلاحا:

[160]-المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247

يعرف التحكيم في الاصطلاح على أنه: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما والمراد بالخصمين هو الفريقان المتخاصمان"[161].

ب – الفقه:

ويعرفه الفقه كالآتي: "التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[162].

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الأمر المقتضي فيه، ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه فيها[163].

ويعرفه آخرون "بأنه اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه على اختيار بعض الأشخاص أو الهيئات للفصل في المنازعة و قبول القرار الصادر فيها "[164].

2 – تمييز التحكيم عن القضاء :

---

[161]–محمد بن ناصر بن محمد البجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، الرياض ،1999، ص 17.

[162]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006،ص 12.

[163]–يسري محمد العطار : التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دون طبعة دار النهضة العربية، 2002 ، ص14.

[164]– ماجد راغب الحلو،العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000 ، ص 161.

هناك العديد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي تتمثل في أساس ونطاق كل منهما بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة و هيئة المحكمة وهيئة التحكيم المترتبة على كل منهما، وسنبرز الاختلاف بين التحكيم والقضاء في الآتي:

أ- من حيث الأساس:

أساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع، ويسمى هذا الاتفاق بشرط التحكيم حيث يلتزم بموجبه الأطراف في عقد الأصلي أو عقد منفصل لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم، كما يطلق عليه باتفاق التحكيم حينما يقبل الأطراف على عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم. وعلى العكس من ذلك، حيث يكون بوسع كل من يدعي أن له حقا لدى آخر، أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه آخر، وهنا ينشأ لهذا الأخير حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء. ومن ثم فإن الالتجاء إلى القضاء هو بمثابة حق عام للخصم أن يستعمله تلقائيا دون حاجة إلى الحصول على موافقة الخصم الآخر أو الاستناد إلى نص خاص. وبناءا على ما تقدم، فإنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دور في قيام التحكيم، إلا أن إرادة أطراف النزاع غير كافية لذلك، حيث يتعين أن يجيز المشرع لهم اللجوء لهذا النظام في تسوية المنازعة وإلا أضحى المختص هو قضاء الدولة التي وقع على أرضها النزاع[165].

ب - من حيث نطاق الاختصاص:

نطاق اختصاص القضاء أوسع بالمقارنة بنطاق اختصاص هيئة التحكيم نظرا لما يتمتع به القضاء من ولاية عامة تمكنه من الفصل في جميع المنازعات في حين أن نطاق التحكيم يقتصر على المنازعة المتعلقة بحقوق مالية من الجائز الصلح و التنازل فيها، ومن ثم فلا يمتد نطاق اختصاص التحكيم إلى الفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء مثلا.

---

[165]-محمد شفيق،التحكيم التجاري الدولي دون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 ، ص15.

ج- من حيث الأثر:

الأصل العام في الأحكام القضائية هو تمتعها بحجية نسبية، حيث تقتصر آثار الحكم على أطراف الدعوى دون أن تمتد لسواهم و يستثني من هذا الأصل العام الأحكام الصادرة في الدعوى ذات الطبيعة العينية كدعوى الإلغاء، حيث تتمتع الأحكام الصادرة فيها بحجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة. وعلى العكس من ذلك فان حكم التحكيم ليس له في جميع الأحوال سوى حجية نسبية حيث يقتصر أثره على طرفي النزاع وحدهما [166].

د- من حيث قابلية الحكم للتنفيذ :

الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدروه وانقضاء مواعيد الطعن عليه ما لم يكن قد قضي بوقف تنفيذه.

3 - شروط التحكيم:

التحكيم كإجراء قانوني يستوجب توافر شروط شكلية وموضوعية لازمة لصحته:

أ- الشروط الشكلية: تتمثل الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في ضرورة كتابته وأن يكون عدد المحكمين فيه وترا (عدد فردي).

- **كتابة اتفاق الأطراف:** الكتابة شرطا لازما لصحة كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم، حيث يقع باطلا كل اتفاق لم يفرغ في شكل مكتوب، فشرط التحكيم يثبت تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، ويحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

- **العدد الوتري للمحكمين:** قد نص المشرع على أن تكون تشكيلة محكمة التحكيم تتكون من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

---

[166]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة : المرجع السابق، ص 17.

ب-الشروط الموضوعية: الاتفاق بين طرفي التعاقد على تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم، فهو عقد يلقى التزاما على عاتق طرفيه بعدم الالتجاء إلى القضاء لتسوية هذا النزاع، وهذا يتطلب أن تتوافر في هذا الاتفاق الشروط الواجبة التوافر لصحة الالتزامات بصفة عامة وهي الرضا والمحل والأهلية.

1- الرضا: تلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم، حيث يتفق على الالتجاء إليه في التعاقد ذاته، أو يبرم اتفاقا خاصة ينطوي على قبول طرفي التعاقد بتسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم.

2- المحل: محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع، ويشترط لصحة التحكيم ألا يكون موضوعه مخالفا للنظام العام، وإلا وقع الاتفاق عليه باطلا، وينسحب هذا البطلان إلى قرار التحكيم.

وحكمة عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أن هذه المسائل خاضعة لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعنيها أن تسرى عليها قواعد موحدة[167]،وهو الأمر الذي لن يتحقق في حالة اللجوء لنظام التحكيم بصدد تلك المسائل.

يضاف إلى ما تقدم أنه لا يجوز أن يكون محل التحكيم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الجنسية حيث تعد تلك المسائل من النظام العام.

3 - الأهلية: لأن اتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان تعبيرا عن إرادة حرة لطرفيه فإن هذا الاتفاق يتعين أن يكون طرفيه من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ممن يملكون التصرف في حقوقهم، بمعنى أن يكون الشخص متمتعا بحقوقه المدنية.

4- أنواع التحكيم:

[167]-أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978 ، ص 73.

ينقسم التحكيم من حيث دور إرادة الخصوم في إنشائه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، وبالنظر إلى النطاق الجغرافي ينقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم خارجي.

أ – التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أن يكون اختياريا، بحيث يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع واختيارية التحكيم تعني ترك الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى هذا الأسلوب لتسوية النزاع أو العزوف عن ذلك مفضلين رفع الأمر للقضاء، أو اللجوء لأي طريق آخر لتسوية نزاعهم[168].

وفي التحكيم الإجباري قد يكتفي المشرع بفرض التحكيم تاركا للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيما كاملا لإجراءات التحكيم، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن.

ب–التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي:

ينصرف تعبير التحكيم الدولي إلى التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية أما التحكيم الداخلي فيقصد به أساسا التحكيم الذي تجري إجراءاته أو يصدر الحكم فيه داخل الدولة،[169]بمعنى أن التحكيم الذي يصدر حكمه خارج الدولة يطلق عليه تحكيم خارجي.

الفرع الثاني: التسوية القضائية لنزاعات الصفقات العمومية

بناءا على نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15–247 ، إذا فشل المتعامل الاقتصادي في المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء بعد استنفاذ التسوية الودية تسوية نزاعاته مع للنزاع أو عدم القبول بقرار لجنة التسوية .

---

[168]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 28.

[169]– عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دون طبعة ، دار النهضة العربية 2000، ص 30.

إن السبب الغالب في منازعات الصفقات العمومية هو مخالفة نص أو بند من بنود الصفقة أو إلى أي خطأ يرتكبه أحد المتعاقدين نتيجة أعماله المادية، كما يمكن أن يكون الطعن القضائي مؤسسا عند قيام أي عارض من عوارض تنفيذ الصفقة العمومية مثل حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة وهو ما طبقه القضاء الجزائري في كثير من أحكامه[170].

وتجدر الإشارة أن منازعات الصفقات العمومية هي من اختصاص القضاء الإداري سواء فيما يتعلق بإعدادها وتكوينها وكذا تنفيذها ، وحتى في حالة فسخها كليا[171].

وتصنف منازعات الصفقات العمومية وملاحقها إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء.

اولا: دعوى القضاء الكامل

من المسلم به أن قضاء العقود الإدارية هو المجال الأصيل للقضاء الكامل وبالتالي فان مجال قضاء الإلغاء في العقود الإدارية هو نطاق محدود.

على هذا الأساس فالقاعدة العامة أن كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل في ولاية القضاء الإداري الكامل ولا يخرج عن هذه القاعدة سوى الاستثناء الضيق في المجال العملي وهو القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

ويستمد القضاء الإداري اختصاصه بمنازعات العقود الإدارية من طبيعة القضاء الكامل والتي تنسجم وتعبر عن الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية.

---

[170]– قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية لبلدية سكيكدة في 08-03-1993 الشيخ آيث ملويا، ملتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2003،ص 73.

[171]– حسب المادة 149 من المرسوم 247/75 الجديد سمح للمصالح المتعاقد بإمكانية فسخ جزئي للصفقة.

ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو القضاء الكامل بما يضمنه من حماية للحقوق.

1- تعريف دعوى القضاء الكامل:

هي الدعوى التي يرفعها المدعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بالتعويض وإعادة التقدير المالي.

وسميت بدعوى القضاء الكامل نظرا لتعدد واتساع سلطات القضاء المختص في هذه الدعوى مقارنة بسلطاته المحدودة في الدعاوى الأخرى، الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية، ومن أهم وأشهر دعاوي القضاء الكامل، دعوى التعويض، ودعوى العقود الإدارية[172].

2 - شروط اختصاص القضاء الكامل:

وتتلخص شروط اختصاص القضاء الكامل في ما يلي:

أ- أن تصدر القرارات عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية:

بمعنى يجب أن يصدر القرار عن الإدارة باعتبارها السلطة المختصة بإصدار هذا القرار وأن مصدر سلطاتها هو العقد، وأن تصدر في مواجهة المتعاقد الاقتصادي بوصفه طرفا في العقد.

ب أن يتصل القرار بالصفقة:

يقصد بذلك القرارات المركبة المتصلة بالعمليات الإدارية العقدية في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد والداخلة في تكوين العقود، فالأصل أنها قرارات إدارية مركبة متصلة بالعقد وليست منفصلة عنه وبالتالي يختص بمنازعاتها قاضي العقد.

حتى يخضع القرار الأولوية القضاء الكامل يجب أن يتصل بالصفقة انعقادا أو تنفيذا أو انقضاء دون أن تصدر في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، وعليه يخرج من ولاية القضاء

---

[172]- سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2007-2008، ص 212.

الكامل القرارات الصادرة للتمهيد لانعقاد العقد الإداري والتي تصدر عن دعوى القضاء الكامل التي تنتهي بانتهاء الحقوق وبالتالي يلجأ إلى قضاء الإلغاء [173].

3 – صور دعاوى القضاء الكامل:

تأخذ منازعات العقود الإدارية في مجال القضاء الكامل صورا متعددة[174]:

أ – دعوى بطلان العقد الإداري:

دعوى تتصل بانعقاد العقد وصحته، سواء لعيب في الإجراءات السابقة أو في إبرام العقد والذي يملك إقامة دعوى بطلان العقد هو أحد المتعاقدين.

ودعوى بطلان العقد الإداري تعد من أهم صور القضاء الكامل، فليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل ، لأن القاعدة المسلم بها تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية[175]، هذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها فالغير ليس له أن يقيم دعوى بطلان العقد لأنه ليس طرفا فيه.

ب – دعوى الحصول على مبالغ مالية استناد للعقد :

إن دعوى الحصول على مبالغ مالية يكون إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لأي سبب من الأسباب التي ترد في مجال العقود الإدارية، والتي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال[176]، والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة كثيرة جدا تكاد أن تطغى على بقية المنازعات الأخرى.

---

[173]–سهام عبدلي ،نفس المرجع، ص 215.

[174]–محمود عاطف ألبنا ، العقود الإدارية ، دون طبعة ، دار الفكر ، القاهرة – مصر ، ص 328.

[175]– محمود عاطف البنا ، نفس المرجع ، ص 329.

[176]–سليمان محمد الطماوي ،القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1976، ص 253

إن التعويض في هذه الدعوى يختلف عن الغرامة، فالغرامة هي مبلغ من المال يحدد جزافا في العقد كجزاء إخلال المتعاقد بشرط معين من شروط العقد، أما التعويض فهو المبلغ الذي يلزم المتعاقد بدفعه نظير إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون أن يكون محددا مسبقا في العقود، ولا يلزم المتعاقد بالتعويض

إلا إذا نتج عن فعله ضرر ، أما الغرامة فلا يشترط فيها تحقق الضرر[177].

ج- دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية

إذا صدر عن الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فان للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل، لأنه لا يستطيع أن يلجا إلى قضاء الإلغاء.

وتحتفظ المتعاقد دعوى في هذه الحالة بصفتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى ولو اقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة.

ثانيا : دعوى قضاء الإلغاء

دعوى الإلغاء أداة قانونية فعالة لتحريك عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، تؤدي إلى القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة بصفة نهائية وهدم آثارها القانونية بأثر رجعي. لقبول دعوى الإلغاء وضع المشرع شروطا يجب توافرها تتعلق بقبول الدعوى أو ما يسمى بالشروط الشكلية (أولا) ، كما يجب أن يستند رافع الدعوى إلى وجه من أوجه الطعن ويطلق عليها تسمية

الشروط الموضوعية (ثانيا).

1- الشروط الشكلية

---

[177]-محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة وتاريخ نشر، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص 776.

تخضع دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية للشروط والإجراءات المقررة قانونا، فلا يمكن للقاضي الفصل فيها ما لم تتوفر على الشروط المقررة لقبولها وتعرف اصطلاحا بـ "شروط القبول"[178].

إن الشروط المقررة قضاء وفقها وتشريعا وتنظيما هو أن يتوفر في رافع الدعوى الشروط التالية:

- شرط الصفة والمصلحة والأهلية.
- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار له مواصفات وخصائص القرار الإداري .
- أن ترفع في الميعاد والأجل المحدد قانونا.
- أمام الجهة القضائية المختصة

أ - شروط الصفة و المصلحة

دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها ، فلا يمكن قبولها إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة، وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 08-09[179] التي جاء فيها "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطا لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية، لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

---

[178]- عبوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 356.

[179]- قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر،عدد (21) بتاريخ 23 افريل 2008.

السؤال المطروح: ما مدى تمتع المتعامل بالصفة ؟ أليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ وبتعبير دقيق هل للمتعامل الاقتصادي المتعاقد الصفة لرفع دعوى الإلغاء ؟

يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى

قاضي العقد لحسم المنازعات المتعلقة بالعقد.

غير أن القضاء الفرنسي أوجد بعض الاستثناءات، إذ أجاز للمتعاملين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بمرحلة الإبرام ، لكن إذا أصدرت الإدارة قرارات تخص تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها، فتكون قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد.

أما لغير المتعاقد مع الإدارة أجاز له القضاء الفرنسي الطعن بالإلغاء شرط أن تكون له مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية، خاصة وأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال اللجوء إلى قاضي العقد أو القضاء الكامل لأنه ليس طرفا في العقد، من المنطقي أن لا يحرم من دعوى تجاوز السلطة.

بالإضافة إلى الصفة يشترط في رافع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة، شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعا خاصا انطلاقا من أن إلغاء القرار الإداري المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة قائما حتى يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد وهو ما جعل القضاء والفقه الإداريين يقران بعدم وجود مصلحة من رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل، لأنه لا يمس بالصفقة العمومية.

ب – أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري:

من أهم شروط دعوى أن تنصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة نص المادة 801 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في[180]: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوي التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الطبعة الإدارية.
- دعاوى القضاء الكامل.
- **القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة**".

يبدو واضحا اشتراط المشرع وجود قرار إداري، لكن رغم أن المنازعة متعلقة بصفقة عمومية أجاز القضاء الفرنسي بأن تكون محلا لدعوى الإلغاء إذا انصبت على قرار إداري منفصل من القرارات السالف ذكرها.

ج - شرط الميعاد :

تقتضي المصلحة العامة وضع مواعيد وآجال لرفع دعوى الإلغاء وعدم تركها عرضة للطعن حتى تحظى القرارات والمعاملات بالاستقرار .

يقصد بشرط الميعاد المدة التي خولها المشرع للفرد للمطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية[181]. على هذا الأساس حدد المشرع الجزائري أجلا لرفع الإلغاء مميزا بين ميعاد

---

[180]- المادة 801 من قانون رقم 08-09.

[181]- د- تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى إلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006،ص 04

الإلغاء أمام المحاكم الإدارية (1)، ومجلس الدولة (2) ، نظرا لتنوع الجهات المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية.

ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية:

نصت المادة 829 على ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية بأنه "**يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي**".

وعليه فإن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية يكون خلال أربعة أشهر التابعة لتبليغ قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة العمومية، أو قرار الإبرام أو رفض الإبرام ، لأن هذه القرارات يتم تبليغها بطبيعتها ، وخلال أربعة أشهر التابعة لنشر القرار عندما يتعلق الطعن الإعلان عن المنح المؤقت أو قرار إلغاء الصفقة العمومية، لأن هذه القرارات بطبيعتها تنشر ولا تبلغ.

- ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة:

يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية[182].

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية [183]. وبالرجوع إلى نص المادة 970 من قانون رقم 08-09 تنص "عندما

[182]- أنظر المادة 901 من قانون رقم 08-09 .

[183]- أنظر المادة 902 من قانون رقم 08-08-09.

يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه [184]".

تلك هي مواعيد رفع دعوى الإلغاء انطلاقا من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فهل نص قانون الصفقات العمومية على مواعيد خاصة لرفع الدعوى؟

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية لا نجد أي ميعاد أو آجال خاصة لرفع دعوى الإلغاء، يُفهم من ذلك ضمنيا أنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على النحو المبين أعلاه.

د – شرط الاختصاص:

يعرف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية بالنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانونا.

يعتبر من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية فلا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص لأنه من النظام العام.

الاختصاص النوعي:

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان " في الاختصاص النوعي" من المادة 800 إلى غاية المادة 802.

واضح من النصوص السابقة أن الذي تبناه المشرع الجزائري لتحديد جهة القضاء الإداري يتمثل في المعيار العضوي[185].

---

[184]–الإحالة إلى نصوص المواد 829 إلى 832 يجعل ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة هو 4 أشهر التابعة لتبليغ القرار أو نشره.

فالاختصاص القضائي يؤول إلى الجهة الإدارية كلما كان أحد أطراف الخصومة أحد الأشخاص المذكورين ضمن نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ولا ينظر لطبيعة المنازعة ولا لموضوعها إلا ما تم استثناءه[186].

لكن الدارس لتنظيم الصفقات العمومية 15-247 من خلال نص المادة 06 منه ، يتأكد بأنها لم تحدد الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية، وإنما حددت مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية.

إذ قامت بتعداد الأشخاص المعنوية العامة وهذه الأشخاص لا إشكال فيها إذ يعود الاختصاص بشأنها إلى القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي سالف الذكر.

لكن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بعملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

هذه المؤسسات ستُحدث على المستوى القضائي إشكالات عملية في غاية التعقيد فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟

يبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هدما صارخا للمعيار العضوي، استنادا لمعيار "الوكالة" وهذا ما رأى به الأستاذ رشيد خلوفي وهو رأيا مسنود بالمادة 06 [187]من قانون الصفقات العمومية 15-247 ، لأنه ورد في المادة 306 من قانون الصفقات العمومية العبارة التالية:

---

[185]- بموجب هذا المعيار تتحدد الجهة القضائية بالنظر إلى أطراف المنازعات فإذا كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام فإن المنازعات تخضع للقضاء الإداري بغض النظر عن موضوعها.

[186]- المعيار العضوي الذي تبناه المشرع الجزائري وطبقه القضاء تعترضه إشكالية قانونية هامة لوجود نص المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247.

[187]- المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

"... عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة""تكلف"، فوجود عبارة تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 06 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها.

فامتداد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 247-15، إنما يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على النفقات العمومية المخصصة أساسا للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة أو الملحق سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ.

-الاختصاص الإقليمي (المحلي):

تم إفراد قواعد الاختصاص الإقليمي لمنازعات القضاء الإداري بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصوص خاصة ضمن قواعد الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية[188].

جاء المشرع بثلاثة معايير لتحديد الاختصاص الإقليمي لمنازعات الصفقات العمومية، تشكل استثناءات على القاعدة العامة، ضمن أحكام المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقراتها الثانية و الثالثة و السادسة وذلك وفقا لما يلي:

أول قاعدة تخص عقد الأشغال العامة والجهة القضائية المختصة هي المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العامة، وهو ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الشغال".

[188]- نص المشروع على قواعد الاختصاص الإقليمي من المادة 803 إلى المادة 806 وذلك ضمن القسم الثاني من الفصل الأول المتعلق بالاختصاص من الباب الأول المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية.

أما القاعدة الثانية فقد تضمنتها الفقرة الثالثة من المادة نفسها [189]التي تنص على "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"

فجاءت الصياغة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكثر وضوحا ودقة بذكر المشرع لمصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، وهنا تدخل الصفقات العمومية لاعتبارها أهم أنواع العقود الإدارية.

ما يلاحظ هو استعمال معيارين لتحديد الإقليمي "مكان الإبرام أو مكان التنفيذ"، وحق الخيار يعود لرافع الدعوى، وبذلك تجنب المشرع النقد الذي وجه إليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الملغى.

أما القاعدة الثالثة فتخص صفقات التوريد أو الأشغال، جاء تنظيمها في الفقرة السادسة من نفسها التي نصت على في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به".

فالمحكمة الإدارية المختصة إقليميا هي التي يقع في دائرة اختصاصها "مكان الإبرام" أو "مكان التنفيذ" بشرط أن يكون أحد أطرافها مقيما بهذا المكان وإلا تطبق القاعدة العامة المتمثلة في الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليها (المصلحة المتعاقدة).

أما إذا كان موضوع الصفقة العمومية[190] أحد الأنواع المتبقية المتمثلة في انجاز دراسات أو تقديم خدمات، فالمحكمة الإدارية المختصة إقليميا هي تلك التي يقع بدائرة

[189]–المادة 804 من قانون رقم 08–09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 .

اختصاصها "مكان إبرامها" أو "مكان تنفيذها" طبقا للفقرة الثالثة من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا : الاختلاف بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل

أ من حيث سلطة القاضي:

تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل من حيث حجم سلطات القاضي في كل منها حيث أن سلطات القاضي المختص محدودة وضيقة في دعوى الإلغاء، بالرغم من شدة فاعلية وقوة هذه الدعوى في القضاء على الأعمال الإدارية غير المشروعة وإنهاء آثارها القانونية نهائيا وإلى الأبد.

ولكن سلطات القاضي في دعاوى القضاء الكامل واسعة ومتعددة ولذلك سميت بدعاوي القضاء الكامل، فهكذا ونظرا لكون كل من دعوى التعويض والمسؤولية الإدارية ودعاوى العقود الإدارية من دعاوى قضاء الحقوق ونظرا لطبيعتها الشخصية والذاتية تتسع فيها سلطة القاضي الإداري[191].

حيث يجوز للقاضي المختص في دعاوى القضاء الكامل، سلطة عن مدى وجود الحقوق الشخصية المكتسبة والاعتراف بوجودها ، ثم سلطة البحث والتقدير عن مدى عدم شرعية الأعمال الإدارية الضارة، ثم سلطة البحث عن المساس والإضرار بالحقوق الشخصية المكتسبة بفعل الأعمال غير المشروعة والضارة، وسلطة تقدير التعويض الكامل والعادل واللازم لإصلاح الأضرار المادية أو المعنوية التي أصابت الحقوق الشخصية المكتسبة،

---

[190]– يتحدد الاختصاص الإقليمي في منازعات الصفقات العمومية حسب موضوع الصفقة أو الملحق، تلك هي الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمام القضاء .

[191]– معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية وصيغتها، دون طبعة دار الفكر الجامعي، 1997، ص 11.

وسلطة الحكم بالتعويض الكامل والعادل وسلطة أمر السلطات الإدارية بدفع التعويض المحكوم به.

فسلطة القاضي في دعاوي القضاء الكامل واسعة ، بينما سلطات القاضي في دعوى الإلغاء محدودة وضيقة.

ب – من حيث النظام القانوني:

تختلف دعوى الإلغاء عن دعاوي القضاء الكامل من حيث الطبيعة، إذ أنّ دعوى هي الإلغاء دعوى عينية موضوعية وهي من دعاوي قضاء الشرعية.

بينما دعاوي القضاء الكامل هي دعاوي شخصية وذاتية وهي أيضا من دعاوي الحقوق في طبيعتها، يترتب عن ذلك بطبيعة الحال اختلاف النظام القانوني لعملية تطبيق دعوى الإلغاء عن النظام القانوني لدعاوي القضاء الكامل من حيث عدة عناصر وأمور أهمها ما يلي:

– اختلاف مفهوم الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء عن مفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعاوى القضاء الكامل.

– حيث يتميز مفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء نظرا لطبيعتها الموضوعية والعينية بالمرونة والسهولة في التطبيق تشجيعا لتحريك ورفع دعوى الإلغاء من الأفراد لحماية شرعية أعمال الدولة العامة.

فيكفي لتحقيق شرط الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء أن يكون للشخص مجرد وضع قانوني أو حالة قانونية وقع عليها اعتداء بفعل قرار إداري غير مشروع فمفهوم شرط الصفة والمصلحة في دعاوي القضاء الكامل يتسم بالتعقيد والصعوبة والجمود.

إجراءات وشكليات عريضة الإلغاء تمتاز في القضاء الإداري بالبساطة والسهولة والسرعة عكس دعاوي القضاء الكامل حيث أن الإجراءات والشكليات المتعلقة بعريضة الدعوى تتسم بالتعقيد والصعوبة والإطالة في إنجازها وتقديمها.

الجهة القضائية المختصة بدعوى الإلغاء هي دائما جهة القضاء الإداري، متمثلة في المحاكم الإدارية وهي جهات الولاية العامة للمنازعات الإدارية[192] ، ومجلس الدولة كجهة استئناف في الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية[193] وكجهة نقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية[194]، بينما تتقاسم كل من جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري بالنظر والفصل في دعاوى القضاء الكامل وفقا لقواعد الاختصاص القضائي السائد في كل بلد.

المطلب الثاني: أثار الملحق على الصفقة الأصلية

باعتبار الصفقة العمومية من العقود الزمنية فلابد من مآل ساعة زوالها الذي قد يتم بالطرق العادية وهي النهاية الطبيعية لأي صفقة عمومية.

---

[192]–أنظر المادة 800 من القانون 08–09.

[193]–المادة 902 من القانون 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 10 من القانون العضوي رقم 98–01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتسيير مجلس الدولة.

[194] –المادة 903 من القانون 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمادة 11 من القانون العضوي رقم 98–01 المؤرخ في 30 ماي1998 المتعلق بصلاحيات وتنظيم وتسيير مجلس الدولة.

كما قد تكون ضحية خلافات بين الأطراف نظرا لعدم احترام أي منهما لالتزاماته المفروضة فيؤدي إلى نهايتها الغير الطبيعية.

وباعتبار الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة فان نهاية الصفقة وزوال آثارها التعاقدية، يؤدي حتما إلى زوال الملحق التابع لها، كما أن نهاية الملحق في الصفقة قد تكون نهاية طبيعية وذلك بانتهاء الغرض من وجوده، بمعنى آخر تنفيذ موضوع الملحق، أو بانتهاء المدة المتفق عليها لتنفيذ الأشغال الإضافية محل الملحق.

كما قد ينتهي الملحق نهاية غير طبيعية أو ما يعرف أيضا بالنهاية المبتسرة والتي تأخذ أشكالا مختلفة منها ما يقترب من عقود القانون الخاص كالفسخ الاتفاقي والفسخ بقوة القانون، وهناك شكل آخر غير مألوف في القانون الخاص يتمثل في الفسخ من جانب الإدارة أو ما يعرف بالفسخ الإداري والذي يمثل امتياز مقرر للإدارة باعتبارها سلطة عامة.

وسنتناول هذه الحالات في هذا المطلب من خلال فرعين التاليين:

الفرع الأول: النهابة الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية.

الفرع الأول: النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية.

ينتهي الملحق نهاية طبيعية في الحالتين الآتيتين:

أولا: تنفيذ موضوع الملحق

ينتهي الملحق نهاية طبيعية بتنفيذ موضوعه، فتنحل الرابطة العقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية، المكونة لمضمون الملحق ، فإذا كان الالتزام التعاقدي الأصلي المتمثل في الصفقة يحتاج إلى ملحق واحد لانجاز موضوع الصفقة، فإنه بمجرد التنفيذ تنحل الرابطة التعاقدية بوفاء كل طرف بالتزاماته التعاقدية، حيث أن المشرع منح الحق للإدارة بإبرام ملاحق للصفقة[195]، ففي عقد الخدمات ينتهي العقد بوفاء كل طرف بما في ذمته من التزام ، فيقوم المتعامل الاقتصادي بتنفيذ الخدمة موضوع العقد والخدمة الملحقة بها وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتسوية المالية للصفقة، أو أن يقوم المتعامل المتعاقد في عقد الدراسات بانجاز الدراسة موضوع الصفقة[196] والدراسة الملحقة بها، ويكون ذلك طبعا عن طريق تنفيذ الخدمة موضوع الملحق ، فالأصل العام أن أي اتفاق قانوني ينتهي وينقضي بتمام تنفيذه، أي ترتيب جميع آثاره وهذا ما يطبق بالقياس على الملحق باعتباره وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة.

رغم ذلك تظل الصفقة العمومية بملاحقها متميزة بأحكام خاصة في عقد الأشغال العامة،فبعد

وفاء المتعامل الاقتصادي بالتزاماته كاملة في الموعد المحدد وتسليمه المشروع، تظل مسؤوليته قائمة في هذا النوع من الصفقات بملاحقها وهذا ما أوضحه المرسوم الرئاسي 15-247 بنصه:

"... لا يترتب على دفع ما يحتمل من تسبيقات و / أو دفع على الحساب أي أثر من شأنه أن يخفف مسؤولية المتعامل المتعاقد من حيث التنفيذ الكامل والمطابق الوفي للخدمات المتعاقد عليها"[197]. ونميز في هذا الصدد بين نوعين من التسليم:

1- التسليم المؤقت:

---

[195]- المادة 135 من المرسوم الرئاسي -15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[196]- د-عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص.232

[197]-المادة 108 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

عند إتمام الأشغال موضوع الصفقة يتولى المتعامل المتعاقد تسليم المشروع للإدارة وتبادر هذه الأخيرة إلى الاحتفاظ بمبلغ الضمان للتأكد من حسن تنفيذ الصفقة طبقا لما تم الاتفاق عليه في عقد الصفقة[198].

2- التسليم النهائي:

عند تسجيل تحفظات على كيفية التنفيذ أثناء مرحلة التسليم المؤقت للمشروع، يلزم المتعامل الاقتصادي المتعاقد بمحاولة رفعها والاستجابة لمضمونها ، وفي حالة إتمام ذلك يتم تسليم المشروع نهائيا حيث يترتب عندها ما يلي[199]:

- يتحرر المتعامل المتعاقد. - مبدئيا - من جميع الالتزامات.

- يسترجع الضمانات والكفالات المتعلقة بحسن التنفيذ.

وبهذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري بأن الحساب العام النهائي الموقع عليه من طرفي الصفقة العمومية قابل للاحتجاج به على الطرفين الموقعين اللذين لا يستطيعان المنازعة لاحقا.

ثانيا : انتهاء المدة

الملحق كالصفقة الأصلية يتضمن مدة محددة لتنفيذه، بحيث يلتزم المتعامل المتعاقد بها فعند انتهاء تلك المدة الزمنية لنفاذه يؤدي حتما إلى انقضائه.

الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية

---

[198]- سهام شقمطي النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2011. ص 142.

[199]- محمد الصغير بعلي : العقود الإدارية المرجع السابق، ص 102

تنتهي الصفقة العمومية بملاحقها كأصل عام بتنفيذ موضوعها وهو الوضع الطبيعي والمألوف، وقد تنتهي قبل إتمام عملية التنفيذ، حال ارتكاب خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد أو بتقاعس أحد طرفي العقد في الوفاء السليم بالتزاماته، وهو ما يؤدي إلى وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله في صورة نهاية مبسترة، وهذه الحالة تأخذ أشكالا متعددة حسب نوع وطبيعة كل صفقة بملاحقها.

يجب الإشارة أن حالات النهاية الغير طبيعية للصفقة الأصلية، التي سيأتي شرحها، فبالقياس على الإجراء المطبق على الصفقة فإنها حتما ستطبق على ما يتبعها من ملاحق، لكننا في هذا المقام نتعرض إلى الفسخ باعتباره النهاية غير الطبيعية المشتركة لجل الصفقات على اختلاف أنواعها وطبيعتها.

اولا: الفسخ الاتفاقي

وهو ذلك الفسخ الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية مدة الصفقة وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض المستحق وكيفية دفعه دون حاجة اللجوء إلى القضاء.

يجد هذا الفسخ أساسه في أحكام المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي جاء فيها "زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و150 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

ولما كان للفسخ الاتفاقي الطابع الرضائي[200]، فإن نص المادة 152 الفقرة الثانية أوجبت توقيع اتفاقية أو وثيقة الفسخ من قبل الممثل القانوني للمصلحة المعنية والمتعامل الاقتصادي المتعاقد، تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد خاصة وأنه لم يثبت الخطأ من جانبه.

[200]– بوضياف عمار، مرجع سابق ، ص 354

ثانيا : الفسخ بقوة القانون

خلافا للفسخ الاتفاقي قد ينفسخ العقد بقوة القانون دون الوقوف على رغبة أحد أطرافه كما لو هلك محل الصفقة العمومية بسبب قوة قاهرة، أو إذا تضمنت الصفقة شرطا فاسخا يجعل الصفقة مفسوخة بتحققه... وغيرها.

ثالثا : الفسخ الإداري

من أهم سلطات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد الفسخ الانفرادي أو الإداري للصفقة العمومية وهو ما جاء صراحة في أحكام المادة 150 ، والفقرة الثانية من المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم15-247.

واضح من نص المادتين أن المشرع الجزائري اعترف صراحة للمصلحة المتعاقدة ممارسة هذه السلطة، إلا أن ممارستها معلقة على إجراء جوهري يتمثل في الإعذار وهو إجراء شكلي جوهري قبل توقيع الفسخ.

إذ يشكل الإعذار حماية للمتعامل المتعاقد من تعسف المصالح المتعاقدة وخروجها عن مبدأ المشروعية، وبالتالي لا فسخ دون إعذار، وما نسجله على نص المادة[201] 149 أنها لم تحدد أجلا بعد توجيه الإعذار يسمح بعد انتهائه ممارسة سلطة الفسخ، ولربما تعمد المشرع ذلك ليمنح المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية حسب طبيعة كل صفقة.

وبالرجوع إلى قرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011 نصت المادة 2 منه أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعذارين للمتعامل المتعاقد العاجز كما وصفته المادة المذكورة، كما بينت المادة 3 من ذات القرار مضمون الإعذار ، وأوجبت ذكر البيانات التالية:

[201]– المادة 149 من المرسوم الرئاسي -15-247 .

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.

- تعيين العامل المتعاقد وعنوانه.

- التعيين الدقيق للصفقة ومراجعها.

- توضيح إن كان أول أو ثاني إعذار.

- موضوع الإعذار.

- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.

- العقوبات المنصوص عليها في حال رفض التنفيذ.

أما عن شكل الإعذار فبينته المادة 4 إذ يتم برسالة موصى عليها ترسل إلى المتعامل الاقتصادي مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي[202].

على خلاف الفسخ الاتفاقي فإن الفسخ الإنفرادي أو الإداري يشكل أهم صورة لسلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل الاقتصادي المتعاقد ، تمارس جزاء تقصيره أو إخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية بما يضمن السير الحسن للمشروعات محل الصفقات العمومية بما يجسد فكرة استمرارية المرافق العامة لذا يسمى أيضا بالفسخ الجزائي.

كما يجوز للمصلحة المتعاقدة فسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يرتكب المتعامل المتعاقد أي خطأ مراعاة لمبدأ الملائمة، غير أن هذا الأمر يعطي المصالح المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في وضع حد للرابطة العقدية، وتلزم المصلحة المعنية تبرير موقفها عند ممارسة الرقابة من الجهات المخولة قانونا.

---

[202]– وفي صفقات الأشغال العامة كثيرا ما تستعمل الإدارة وسائل الإعلام المكتوبة كالجرائد قبل ممارسة سلطة الفسخ وهذا ما توضحه الإعذارات المنشورة يوميا في الجرائد

كما منح قانون الصفقات الجديد 15-247 في المادة 149 ، إمكانية الفسخ الجزئي للصفقة او الملحق مع تحميل المتعامل الاقتصادي جميع التكاليف.

رابعا : الفسخ القضائي

حق اللجوء للقضاء يبقى قائما، فيجوز لطرفي الرابطة العقدية اللجوء إلى القضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية المختصة إقليميا.

ومن الطبيعي أن يستند رافع الدعوى لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى[203].

تلك هي حالات نهاية الصفقة العمومية بملاحقها، بمعنى نهاية حياتها أو مسارها القانوني. الملحق في الصفقة العمومية وككل تصرف قانونيي تنتهي آثاره إما بنهاية طبيعية أو نهاية مبسترة، وتأسيس ذلك هو إسقاط أحكام نهاية الصفقة الأصلية عليه باعتباره وثيقة تابعة لها.

[203]– بعلي محمد الصغير، مرجع سابق، ص 103.

خاتمة

الخاتمة :

رغم أن تنظيم الصفقات العمومية الجديد جاء أكثر تفصيلا للنظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية عن سابقه ،بحيث جاء بعدة قيود لإبرام الملاحق أو عرض الملاحق على هيئة الرقابة القبلية الخارجية ، لذلك فقد عمدت من خلال هذه الدراسة بالاعتماد على قانون الصفقات العمومية الجديد 247-15 إلى تحليل جميع المواد القانونية واستنباط منها أهم الأحكام و القواعد التي تناولت الجزئية المتعلقة بالملحق.

كما تم التطرق في هذه الدراسة إلى أهم الدوافع والأسباب التي تؤدي بالإدارة المتعاقدة إلى إبرام ملاحق لصفقاتها، ولعل الدافع الجوهري لإبرام الملحق أو ملاحق للصفقة هو تعديل العقد بالزيادة والنقصان نتيجة أحداث وظروف استجدت أثناء التنفيذ أو إبرام الصفقة، تم التطرق أيضا لحدود السقف المالي للملحق وتأثيره على المنافسة و توازن الصفقة وكذلك على نزاهتها.

بعد التعرض لجرائم الصفقات العمومية والمتمثل في جريمة الامتيازات غير المبررة، وجريمة الرشوة ومختلف صورها في مجال الصفقات العمومية ويعتبر قبض العمولات من جرائم الصفقات العمومية، وكذلك جريمة أخذ فوائد بصفة غير شرعية، وتلقي الهدايا وهي الجرائم التي أعاد المشرع تنظيمها بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته باستثناء تلقي الهدايا

التي تعد من الصور المستحدثة للرشوة نص عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته . يتبين لنا من هذه الدراسة مخاطر جرائم الفساد في قطاع الصفقات العمومية وخصوصا جريمة الرشوة بصورها المختلفة والمحاباة في تقديم العروض والفوز بالصفقات والعقود والمزايدات ما ألزم المشرع على ضرورة إعادة النظر في آليات الوقاية والمكافحة لوضع حد لكل المخالفات والتجاوزات في هذا القطاع، وهو ما قام به فعلا من خلال المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فكانت الجزائر من الدول السباقة للمصادقة على هذه

الاتفاقية، ما فرض عليه ضرورة من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تماشيا مع السياسة الجديدة في مكافحة جرائم الفساد.

ومن هنا نستخلص أن جريمة الصفقات العمومية تقوم على ركنين، الركن المادي والركن المعنوي، فأما عن الركن المادي فلا خلاف فيه ، إلا أن الركن المعنوي في هذه الجرائم يثير بعض الإشكاليات منها البحث في القصد كعنصر من عناصر الركن المعنوي للجريمة خصوصا أن القصد وعنصره الإرادة من الأمور الباطنية والنفسية التي يصعب الكشف عنها. ويظهر لنا التجديد في العقوبات المالية التي تعد من أهم الجزاءات المطبقة على مرتكبي جرائم الصفقات العمومية والتي تمس الجاني في ذمته المالية. أما جريمة تلقي الهدايا فقد قرر المشرع لهذه الجريمة عقوبة أخف من تلك المقررة لجريمة الرشوة في القطاع العام، باعتبارها أقل خطرا على المصلحة العامة.

كما أكد المشرع الجزائي في قوانين العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية إذا كان القاضي أو الضابط العمومي أو ضابط الشرطة طرفا فيها، وشدد العقوبات وجوبا في حالة العود إذ ترفع إلى الضعف .

كما قرر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية وتنوع العقوبات المقررة كجزاء بين الغرامة والقيام بحله أو غلقه المؤقت أو إقصائه أو منعه من مزاولة أي نشاط

إن السياسة الجنائية التي انتجها المشرع لمواجهة الفساد في الصفقات العمومية، انه اتى بمجموعة من الأساليب التحري الخاصة والتي تتماشى وخصوصية جرائم الفساد كتسليم المراقب وترصد الالكتروني والاخترق التي تسهل مهمة البحث والتحري للكشف عن جرائم الصفقات العمومية، لاسيما عن طريق انشاء هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، كآلية إدارية ذات طبيعة رقابية، تتمتع باستقلالية ولها أن تتخذ مجموعة من التدابير الوقائية تسعى

من خلالها الوقاية من جرائم الفساد في قطاع الصفقات العمومية، أو على الأقل الحد منها بكافة الطرق والسبل القانونية المتاحة لها.

إن المشرع من خلال دراسة آليات مكافحة جرائم الصفقات العمومية قد رصد جملة من الآليات للوقاية من جرائم الصفقات العمومية ومكافحتها ، وتبنى سياسة وقائية وعقابية أراد من خلالها اجتثاث جرائم الصفقات العمومية، فأما عن سياسة الوقاية فقد تبناها في قانون الصفقات العمومية والقوانين المكملة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته مما يعني كثرة النصوص القانونية المنظمة للوقاية من جرائم الصفقات العمومية. أما عن آلية القمع والعقاب التي وضعها المشرع القانوني لجرائم الصفقات العمومية نجد أن المشرع احتفظ بالإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات الجزائية بمعنى أنه لا يوجد قانون إجراءات خاص بجرائم الفساد. وأهم النتائج التي توصل اليها الباحث :

. من حيث الاجراءات استحدث المشرع أساليب جديدة للتحري عن جرائم الفساد، كالتسليم المراقب والترصد الإلكتروني هذه الأساليب تسمح باختصار الوقت وتسهل عمل ضباط الشرطة القضائية في كشف و قمع جرائم الصفقات العمومية .

. من هنا يتضح أن المشرع قد مكن الهيئات القضائية بأساليب التحري على الرغم من قدرتها الكشف عن الجرائم إلا أنها تمس خصوصية الفرد والحق في حريته الشخصية.

. من حيث الردع والعقاب انتهج المشرع الجزائي سياسة التجنيح حيث اعتبر جرائم الصفقات العمومية جنّحا بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهذا من أجل ربح الوقت واختصار الإجراءات ما يسهل قمع هذه الجرائم والملاحظ على هذه الجنح أنها جنح مغلظة من حيث العقوبات السالبة للحرية والغرامات المالية المرتفعة التي يكون لها الأثر في نفوس المجرمين الذين يهدفون من خلال مخالفتهم للتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية .

. من حيث المسؤولية الجزائية أقر المشرع المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، حيث وضع كل التدابير القانونية والتشريعية لمساءلة الشخص المعنوي عن جرائم الفساد إذا ارتكبت لحسابه من قبل شخص طبيعي، سواء بصفة انفرادية أو بصفة عضو في جهاز تابع للشخص المعنوي يمارس سلطة التوجيه .

. من حيث التعاون الدولي عمل على تقوية التعاون الدولي في مكافحة الفساد والكشف عنه وكذا بالتبادل التجارب مع الدول الأخرى.

. إن الآليات المتبعة في المكافحة على وجه القصور ليس كاملا في التشريع الجزائري ويظهر ذلك من كثرة النصوص دون العمل بها ودون تجسيدها على أرض الواقع، فل بد من تفعيل هذه النصوص القانونية ووضعها موضع التنفيذ، فمجرد النص على العديد من القواعد القانونية التي تجرم وتمنع ليس وحده بكاف لمكافحة هذه الجرائم إن لم تفعل وتجد سبيلها نحو التنفيذ والتطبيق الفعلي والسليم.

خلال هذه الدراسة تعرضنا كذلك إلى الرقابة المفروضة على الملحق، وإلى ضمانات المنازعات الناجمة عن ممارسة سلطة التعديل والمقررة للمتعامل المتعاقد نتيجة استعمال الإدارة لحقها في التعديل عن طريق إبرامها لملاحق للصفقة.

إن الملحق وكأي تصرف قانوني آخر تزول آثاره نتيجة عدة عوامل طبيعية وأخرى غير طبيعية وهذا ما تم معالجته تحت عنوان أثار الملحق على الصفقة العمومية.

بعد الدراسة الموضوع الملحق في الصفقة العمومية، يمكن استخلاص أهم هذه النتائج والتوصيات:

– يجب العمل على استقلال أجهزة الرقابة عن السلطة التنفيذية حتى تستطيع القيام بدورها لتقوية أساليب رقابتها، للحفاظ على المال العام، والحد من اللجوء المفرط لاستعمال الملحق في الصفقة لأنه يعد في الأصل إجراء استثنائي.

– صفقة الأشغال العامة تمثل المجال الخصب لسلطة التعديل عن طريق إبرام ملاحق للصفقة. هناك غموض في نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15–247 فيما يتعلق بخضوع مشروع الصفقة والملحق لمداولة المجلس الشعبي البلدي طبقا لأحكام قانون البلدية 11–10 المؤرخ في 22 جوان 2011 قبل إرسالها إلى لجنة الصفقات المختصة احتمال عدم موافقة المجلس على الصفقة أو الملحق فكيف يتم الإجراء وما مصير الصفقة أو الملحق .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

الكتب

1. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2013 ،
2. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، جرائم الفساد ، جرائم المال و الأعمال ، جرائم التزوير ، دار هومة، ط2013
3. جورج فودال ، بيار دلفولفيه ، ترجمة منصور القاضي ، القانون الإداري ج 01 المؤسسة الجامعية للدراسات النشر و التوزيع ،ط 01 ، لبنان 2001
4. محمد صبحي نجيم ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003
5. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما ، منشأة المعارف، مصر، 2009
6. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008
7. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ، طبعة 2005،
8. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية، جامعة عين شمس، مصر، 1991،
9. محمد الصغير بعلي العقود الإدارية ، دون طبعة وتاريخ نشر ، دار العلوم للنشر التوزيع ، عنابة الجزائر ،
10. عمار بوضياف: القرار الإداري ، دراسة تشريعية قضائية فقهية ، الطبعة الأولى ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007 ، ص 114.

11. عبد العزيز سعد ، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة ، دار هومة ، ط 2005 ،

12. محمد بن ناصر بن محمد البجاد : التحكيم في المملكة العربية السعودية ، مركز البحوث والدراسات الإدارية ، الرياض ،1999

13. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006،.

14. يسري محمد العطار : التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دون طبعة دار النهضة العربية، 2002 ،

15. ماجد راغب الحلو،العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000 ،

16. محمد شفيق،التحكيم التجاري الدولي دون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 ،

17. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1978 ،

18. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دون طبعة ، دار النهضة العربية 2000،

19. سهام عبدلي، مفهوم دعوى القضاء الكامل في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2007-2008،

20. محمود عاطف ألبنا ، العقود الإدارية ، دون طبعة ، دار الفكر ، القاهرة – مصر

21. سليمان محمد الطماوي ،القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1976، ص 253

22. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة وتاريخ نشر، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص 776.

23. عبوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،

24. معوض عبد التواب، دعاوى التعويض الإدارية وصيغتها، دون طبعة دار الفكر الجامعي، 1997

25. الشيخ آيث ملويا، ملتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2003،

26. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2007

المذكرات

1. شروقي محترف – الصفقات العمومية و الجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد – مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء 2008
2. زوزو زوليخة ، جرائم الصفقات العمومية و آليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد مذكرة شهادة الماجستير في الحقوق جامعة ورقلة 2012
3. بن بشير وسيلة ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري – مذكرة ماجستير في القانون العام جامعة تيزي وزو
4. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010،
5. سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013 ،

6. أكلي نعيمة النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2013
7. بن دعاس سهام المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005،
8. سحر جابر يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، كلية الحقوق، مجلة جامعة الكوفة، العدد السابع، 2008، ص.148
9. تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق الجزائر ، 2002،.
10. فاطمة الزهراء فرقان: رقابة الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007
11. محمد، ميعاد رفع دعوى إلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006
12. سهام شقمطي النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة عنابة ، 2011

القوانين

1. القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، ج ر.ع .57-2004 .
2. قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20/02/2006 (جريدة رسمية رقم 14 بتاريخ 08/03/2006)

3. قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر،عدد (21) بتاريخ 23 افريل 2008.

4. القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بصلاحيات وتسيير مجلس الدولة.

الأوامر

1. أمر 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، أضيفت بالقانون 04-15 المؤرخ في 10/11/2004ج ر. ع 71/2004.

2. الأمر 66-155 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، عدلت بالقانون 06/23 المؤرخ في 20/12/2006 ج ر . ع 84/2006.

3. الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية عام 2003 والمتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية رقم 43 بتاريخ 20جويلية 2003)

4. الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (جريدة رسمية عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975)

المراسيم

1. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (جريدة رسمية رقم 50 المؤرخة في 20/09/2015)

2. المرسوم التنفيذي 11-118 مؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية (جريدة رسمية رقم 16 بتاريخ 13/03/2011)

القرارات

قرار المؤرخ في 31/12/1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة جريدة رسمية، عدد 06 بتاريخ 19/01/1965)

المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694 المؤرخ في 10/10/1993، قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، العدد 1 الجزائر ، 1994

الاتفاقيات

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته

المراجع باللغة الأجنبية

André de L'aubadair: "du pouvoir de l'administration d'imposer unilateralement des changements aus dispositions des contrats administratifs".R.D.P, 1954.p103

HUBRECHT Hubert –Gerald .Droit public economique dalloz .L'aris.1997.p295–296.

الفهرس

إهداء

شكر

مقدمة 01

الفصل الأول : الإطار العام لجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية 07

المبحث الأول : الجرائم المرتبطة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية 08

المطلب الأول : جريمة المحاباة.....08

الفرع الأول : الركن المادي لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية 09

الفرع الثاني : الركن المعنوي لجريمة المحاباة.....19

الفرع الثالث : العقوبات المقررة لجريمة المحاباة.....20

المطلب الثاني : جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة 27

الفرع الأول : الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة.....27

الفرع الثاني :الركن المعنوي لجريمة استغلال النفوذ للحصول على الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.....31

الفرع الثالث : العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة.....32

المبحث الثاني : جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....34

المطلب الأول : تعريف الرشوة و طبيعتها القانونية 34

الفرع الأول : جريمة رشوة الموظفين العموميين.....34

الفرع الثاني : الرشوة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 35

الفرع الثالث : تمييز الرشوة عن بعض الصور المشابهة لها.....35

المطلب الثاني : صور الرشوة و العقوبات المقررة لها.....38

الفرع الأول : صور تحقق جريمة رشوة الموظفين العموميين.....38
الفرع الثاني: أوصاف جريمة الرشوة في الصفقات العمومية و العقوبات المقررة لها ...
43
الفصل الثاني : الإطار القانوني للجرائم الملحق في الصفقات العمومية 44
المبحث الأول: دوافع إبرام ملحق الصفقة.....55
المطلب الأول : تعديل شروط الصفقة الأصلية.....57
الفرع الأول: شروط ممارسة سلطة التعديل.....58
الفرع الثاني : إعادة التوازن المالي للصفقة.....62
المطلب الثاني: السقف المالي للملحق.....71
الفرع الأول : مدى إمكانية إبرام ملحق دون سقف مالي محدد.....72
الفرع الثاني: تأثير السقف المالي للملحق على شروط المنافسة وتوازن الصفقة الأصلية
.....76
الفرع الثالث: فعالية التعديل بالملحق على نزاهة الصفقة الأصلية.....79
الفرع الرابع : الرقابة على الملحق.....82
المبحث الثاني: الملحق كآلية لتسوية المنازعات في الصفقة العمومية.....94
المطلب الأول: الملحق كآلية لتسوية منازعات الصفقة الأصلية.....95
الفرع الأول: التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية:.....95
الفرع الثاني: التسوية القضائية لنزاعات الصفقات العمومية.....108
المطلب الثاني: أثار الملحق على الصفقة الأصلية 123

الفرع الأول: النهاية الطبيعية للملحق في الصفقة العمومية. 124

الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية لملحق الصفقة العمومية 126

خاتمة.....131

قائمة المراجع 137

مـلخص مذكرة الماستر

تعد جرائم الصفقات العمومية، الجريمة الأكثر شيوعا في مجال الإجرام الاقتصادي، هذا الأخير الذي يعرف تطورا وحركية كونه يمس بالمال العام والأعمال، ومع تزايد الفساد الإداري والمالي من جراء خرق سيادة القوانين، وقواعد الشفافية، وهو ما دفع بالمشرع الجزائري إلى المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة وتبنيها من خلال القانون رقم 06-01 المتعلق بالفساد والذي بموجبه خصص نصوص خاصة لجرائم الصفقات.

الكلمات المفتاحية:

1/الإجرام2/الاقتصادي3/ جرائم الصفقات العمومية4/ الملحق 5/الفساد

Abstract of The master thesis

Public transaction crimes are the most common crime in the field of economic crime, the latter which is known for its development and movement as it affects public money and business, and with the increase in administrative and financial corruption as a result of the violation of the rule of laws and the rules of transparency, which prompted the Algerian legislator to ratify the United Nations Convention And adopting it through Law No. 06-01 related to corruption, according to which special texts were allocated for transactional crimes.

key words:

1/ Criminality 2/ Economic 3/ Crimes of Public Transactions 4/ Appendix 5/ Corruption