ملخص عن رسالة الماجستير تحت عنوان المفهوم الجزائي للصفقة العمومية.

يتمحور موضـوعنا المطـروح للنقـاش حـول المفهـوم الجزائـي للصفقة العمومية،و لدراسة هذا الموضـوع إرتأينـا دراسـته مـن الجـانب الإداري فـي الفصـل الأول ثـم الجـانب الجزائـي فـي الفصل الثاني.

الصفقات العمومية هي أداة إستراتيجية في يد السلطة العامــة لإنجاز و تموين المرافق العامـة،و قـد عـرف هـذا النظـام عـدة تطورات منذ الإستقلال،فصدر الأمر رقم 67/90 يتضمن قانون الصفقات العمومية ثم تلاه المرسوم 82/45 المتضـمن تنظيـم الصفقات للمتعامل العمومي،و علـى إثـر التحـول الإقتصـادي و الخروج من النظام الإشتراكي كـان لزومـا علـى الدولـة إعـادة النظــر فــي ترســانة قوانينهــا و بــالأخص قــانون الصــفقات العمومية،فصدر المرسوم التنفيذي رقم 91/434،وذلك تماشيا مع المرحلة الإقتصادية الجديدة.

ثم صدر المرسوم الرئاسي 02/250 الذي ألغى المرسوم رقم 91/434 و جــاء هــذا المرســوم الرئاســي لتكريــس مبــادئ المساواة و الشفافية في إبـرام الصـفقات العموميـة. ثـم جـاء المرسوم 10/236 ثم تلاه المرسوم 12/250

و علــى إثــر هــذه التعــديلات تــم إدخــال نظــام خــاص للضمانات،الهدف منهـا حسـن تنفيـذ.المتعاقـدين لإلتزامـاتهم و عـدم المسـاس بحقـوقهم و ذلـك فـي شـكل مبـادئ عامـة و إجراءات عملية و هذه الأخيـرة هـي عبـارة عـن قيـود فـي حـد ذاتها.

ولكن لن تصل هذه القيود أي مبتغاها إلا بوجود آليات الرقابـة،و لذا أوجد المشـرع عـدة آليـات ابتـداء مـن بدايـة الصـفقة إلـى نهايتها.وتبدأ بالرقابة السابقة اللجان المتخصصة علـى مسـتوى

كل المصالح المؤهلة لإبرام هذا النوع من العقود ثم تمـر بخـط الدفاع الثاني و هو الأجهزة المالية (المراقب المالي،المحاسـب العمومي وصولا إلى المفتشـية العامـة.).ثـم يـأتي دور مجلـس المنافسة كخط دفاع ثالث و يعتبر كرقابة لاحقة.

أما الهيئات القضائية فهي تعطيهـا رقابـة شـاملة و هـي عكـس الرقابة المالية لا يتحدد إختصاصها بفترة زمنية محددة من حياة الصفقة.

الصـفقة العموميـة أصـبح ينظـر إليهـا بمنظـور آخـر،أي أصـبح القاضي الجزائي هو المختص عندما تطـرح أمـامه جريمـة مـن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية،و أصبح لقاضي الجزائــي حكم قيمـي لتصـرف الموظـف العمـومي. و هنـا نجـد عـالمين مختلفين يجهلان بعضهما بحكم عدم وجود معلومـات كـل عـالم عن الآخر،ممـا يتحتـم علـى جهـات القضـاء الجزائـي إسـتعمال أدوات القاضــي الإداري،و هنــا ظهــرت فكــرة ميلاد المفهــوم الجزائي للصفقة العمومية.

ظاهرة الفساد هي من القضايا الراهنة على السـاحة الدوليـة و الداخلية،فهـي عـائق أساسـي للتنميـة فـي مختلـف مجالاتهـا.و الصفقات العمومية هي أهم مجال تتحرك فيه الأموال العامة،إذ تعتبر مجا خصبا للفساد.لـذا نجـد أن معظـم الـدول قـد عملـت على إقامة نظام رقابي يحميها من كافـة مخـاطر الخـروج عـن أحكام مبدأ الشرعية،و دولة القـانون و تفشـي البيروقراطيـة و الفساد الإداري و المالي.

كــانت أول خطــوات المشــرع الجزائــري فــي تحقيــق ذلــك،مصــادقتها علــى الإتفاقيــة الدوليــة لمكافحــة الفســاد و إصدارها لنصوص قانونية للوقاية منه و مكافحته.و كـانت ثمـرة ذلك صدور قانون رقم 06/01 المتعلق بالوقاية مـن الفسـاد و مكافحته،الذي تضمن سياسة جنائية جديدة تجمع بين التجريم و

الردع و الوقاية من كافة مظاهر الفساد.كما أكد هذا القانون على أهمية التجريم كآلية لقمع هذه الجرائم.و أولى أهمية أيضا للقواعد الإجرائية.

و بالنسبة لأهمية دراسة هذا الموضوع فالصفقات العمومية تندرج ضمن دراسة القانون الإداري و هو قانون يكاد أن يكون في مبادئه مضاد للقانون الجزائي.فالقانون الإداري في تطور مستمر و غير مقنن.فإذا جاء النص ليجرم إبرام صفقة عمومية بصفة غير شرعية،وجب مسبقا معرفة الطرق القانونية لإبرام الصفقة.و هو أمر في غاية الصعوبة بالنسبة لغير المختص في القانون الإداري.

خطة البحث:

الفصل الأول:المفهوم العادي للصفقة العمومية.

المبحث الأول:الصفقة العمومية عقد إداري.

المبحث الثاني:أنظمة الرقابة على الصفقة العمومية.

الفصل الثاني:المفهوم الإستثنائي للصفقة العمومية.

المبحث الأول:التعريف الجزائي للصفقة العمومية.

المبحث الثاني:تدخل القضاء في مسائل الصفقات العمومية.

الفصل الأول:المفهوم العادي للصفقة العمومية:

المبحث الأول:الصفقة العمومية عقد إداري: العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص إداري عام بقصد إدارة مرفق عام،أو تسييره أو تنظيمه،و تظهر فيه نية أساليب القانون العام و أحكامه.

المطلب الأول:معايير تمييز العقد الإداري:

أن يكون أحد أطراف العقد شخص قانوني عام،

إتصال العقد بالمرفق العام،

أن يختــار الشــخص القــانوني العــام وســائل القــانون العــام (الشروط الغير مألوفة).

المشرع تبنـى العمـل بالمعيـار العضـوي كحـل لإضـفاء الصـفة الإداريـة علـى العقـود المبرمـة،و لتحديـد الإختصـاص القضـائي للبت في منازعاتها.غير أن هذا لا يعني إقصاء لباقي المعايير.و يظهــر ذلــك فــي المــادة 25 مــن المرســوم الرئاســي رقــم 10/236 و التي تنص على إمكانيـة تطـبيق هـذا القـانون علـى أشخاص القانون الخاص،إذا كلفت بإنجاز عمليات ممولة كليا أو جزئيــا مــن ميزانيــة الدولــة (المعيــار الشــكلي) و بالمعيــار الموضوعي من خلال قوله كذلك **بإنجاز** عملية ممولة كليــا أو جزئيا.

أما القضاء الإداري الجزائري فمازال متمسكا بالمعيار العضـوي =>المؤسسات العمومية التجارية و الصناعية.

المطلب الثاني:معايير تحديد الصفقة العمومية:

الفرع الأول:المعيار العضوي: المتتبع للنصوص القانونية المتعاقبة يلاحظ أن المشرع الجزائري كان يوسع و يضيق من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية.ففي الأمر 67/90 و خاصة المادة 02 منه.قد وسع من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية،و ظل المشرع على هذا النحو إلى غاية صدور القانون رقم 88/01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية.و تطبيقا له جاء المرسوم رقم 88/72 الذي نصت المادة الأولى منه على تطبيقه على قانون الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط.

و بالنسبة للمرسوم رقم 91/435 فقد ضيقت المادة 02 منه على نطاق تطبيقه بحيث جعلته على العقود المبرمة من طرف الإدارات العمومية و الهيئات الوطنية
المستقلة،الولاية،البلدية،الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري.و في المرسوم رقم 02/250 وسع المشرع من نطاق تطبيقه.

الفرع الثاني:معيار قيمة الصفقة: قرر المشرع حدا ماليا باعتبار العقد صفقة عمومية،و ميز بين عقود الأشغال و عقود التوريد و الخدمات و الدراسات.كما أكد مجلس الدولة على معيار الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية في العديد من قراراته.

الفرع الثالث:معيار الشكلية:أكد المشرع على خاصية كتابة الصفقات العمومية ،إلى أنه ورد استثناء على شرط الكتابة في المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 و ذلك في حالة وجود خطر يهدد الإستثمار أو الملك للمصلحة المتعاقدة،أو الأمن العمومي.إذ يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أن يلخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة و ترسل نسخة من هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية.و لابد من إعتماد صفقة تسوية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر.وإذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة،يجب عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية.و طبق القضاء الجزائري معيار الكتابة في عدة قرارات و جعلها تتعلق بالنظام العام.

الفرع الرابع:معيار الموضوع:لا يمكن بأي حال من الأحوال إعتبار جميع ما تبرمه الإدارة من عقود بمثابة عقود إدارية،و الشرط الأساسي لإعتبار العقد إداريا هو مدى إتباع الإدارة طريق القانون العام من عدمه.و يقول الأستاذ محيو أن

قضايا تحديد ما إذا كان العقد إداريا أم عاديا لا تطرح كلهـا فـي الجزائر بسـبب تـدخل المشـرع فـي هـذا الميـدان،فقـد حـددها المشـرع فـي قـانون الصـفقات العموميـة و هـي عقـود الأشـغال العامـة،عقـود التوريـد،و عقـود الخـدمات،و عقـود الدراسات.

الفرع الخامس:معيـار الشـروط الغيـر مألوفـة: عـرف مجلس الدولة الفرنسي في سنة 1950 أن البند الغيـر مـألوف هو البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا،أو يضـع على عاتقهم إلتزامات غريبة بطبيعتها عن تلـك الـتي يمكـن أن تقبل بحرية لأي منهـم و ذلـك ضـمن إطـار القـوانين المدنيـة و التجارية،فالإدارة تجد نفسها في وضع متفوق بالنسـبة للعقـد،و لهذا تحتفظ ببعض الإمتيازات و مـن ذلـك لهـا سـلطة المراقبـة وسلطة اتخاذ العقوبات و سلطة التعديل المنفرد و سلطة نسخ العقد من جانب واحد.

المطلب الثالث:طرق إبرام الصفقات العمومية:

م 20 مـن المرسـوم رقـم 02/250 نصـت علـى طـرق إبـرام الصـفقات العموميـة و هـي طريقـتين إجـراء المناقصـة أو التراضي بالقاعدة العامة لإجراء المناقصة و بالنسـبة للنـص الفرنسي نجد إجراء طلب العروض و ليس المناقصة و ما يؤكد هذا النص م 21 و ذلك من خلال التعريف الذي جاءت به ..... الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض mieux disant

الفرع 1:أسلوب طلب العروض.

الفرع 2:أسلوب التراضي.

المبحـث الثـاني:أنظمـة الرقابـة علـى الصـفقات العمومية.

المطلب الأول:في القانون الفرنسي:

الفرع 1:القضاء الإداري:تـم إنشـاء فـي المحـاكم الإداريـة نظام قضاء مستعجل، وذلك في حالة الإخلال بقواعد المنافسة إختار قاضـي الإسـتعجال قبـل إبـرام العقـد مـن أجـل فـرض و احترام مبادئ الشفافية و النزاهة.و بصدور القانون الخاص ب

الإسـتعجال الـذي منـح للقاضـي إمكانيـة تأجيـل الإمضـاء علـى الصفقة إلـى نهايـة الإجـراء.و كـذلك يمكـن للمتضـرر أن يرفـع طعنه لتجاوز السلطة، و يمكنه المطالبـة بإبطـال الصـفقة مـن طرف القاضي.

الفرع الثاني:مجلـس المنافسـة: مـن صـلاحيات مجلـس المنافسة تسـليط الجـزاء علـى سـلوك المؤسسـات العموميـة ليس فقـط فـي حالـة ممارسـتها لنشـاط الإنتـاج و التوزيـع و الخدمات و إنما أيضا فـي حالـة ترشـحها فـي مجـال الصـفقات العموميـة .ويختـص القاضـي الإداري بتقـدير مـدى مشـروعية العمل الإداري من ناحية قانون المنافسة.

الفرع الثالث:الرقابة المالية:للغرفـة الجهويـة للمحاسـبة صلاحيات واسعة في مجال التسيير المحلي الذي لم يقف عنـد فحص مشروعية قرارات التسـيير المحلـي،ولكـن امتـد لتقـدير نوعية التسيير.و تمتعها بالإستقلالية الكبيرة أعطاها مهابـة لـدى المشتري العمومي،بفعل تدخلها المفاجئ مـن حيـث الزمـان و من حيث اختيارها لمواضيع و الصفقات محل رقابتها.

المطلب الثاني:الرقابة على الصفقات العمومية فـي القانون الجزائري:

الفرع 1:الرقابة البرلمانية:ذلك مـن خلال المـادتين 159و 161 مـن دسـتور 1996 بخصـوص عـرض الحكومـة علـى البرلمان الإعتمادات المالية التي أقرتها لكـل سـنة ماليـة،و مـا يليه من تصويت علـى قـانون تسـوية الميزانيـة للسـنة الماليـة

المعنيـة.كمـا منحـه الدسـتور سـلطة إنشـاء تحقيـق فـي هـذا المجال،و التحقيق في كل قضية ذات مصلحة عامة.

الفــرع 2:الرقابــة القضــائية:وذلــك مــن خلال مجلــس المحاسبة

الفرع 3:الرقابة الإدارية:تتمثل في :

1-المراقـب المـالي:الـذي تنصـب مهمتـه فـي رقابـة و مـدى شرعية و وفرت الإعتمادات المالية.

2-المفتشية العامة للمالية:تنصب رقابتها على التسيير المالي و المحاسبي لمصالح الدولة.

المطلــب الثــالث:الطعــون المتعلقــة بالصــفقات العمومية:

الفــرع 1:الطعــون المتعلقــة بــإبرام الصــفقات العمومية:بـالجمع بيـن قـانون الصـفقات العموميـة و قـانون إجراءات المدنية و الإدارية يمكن تقسيم المنازعات الناتجة عن الإبـرام إلـى قسـمين،منازعـات ترفـع أمـام لجنـة الصـفقات العمومية و منازعات تطرح على القضاء الإداري.

أ)الطعــن أمــام لجنــة الصــفقات العموميــة:المرســوم الرئاسي فرض إعلان المنح المؤقت للصفقة الـذي يجـب علـى الإدارة نشره في جريدة يومية لإخبار الجمهور بنتيجة الإنتقـاء و ذلك طبقا للمادة 49/2،و المادة 114 كرست حق الطعـن فـي نتائج المنح المؤقت للصفقة و للجنة مدة 15 يوم.

ب)الطعن أمام القاضـي الإسـتعجالي:المـادة 946 مـن قــانون الإجــراءات المدنيــة و الإداريــة أجــازت للطــرف المتضرر رفع دعـوى أمـام المحكمـة الإداريـة ،فـي حـال إخلال الإدارة بقواعد الإشهار و المنافسة. وكـذلك يجـوز للـوالي رفـع

ذات الدعوى إن تعلق الأمر بمؤسسة محلية.يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر الإدارة بالإمتثال و التقيد بالنصوص المعمول بها في أجل تحدده المحكمة.كما يمكن أن تأمر بغرامة تهديدية أو بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية إتمام إجراءات،وتفصل المحكمة في خلال 20 يوم من تاريخ رفعها.

الفرع 2:الطعون المتعلقة بتنفيذ الصفقة:المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10/236 ،تسوى النزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقات العمومية في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية،و يجب على المصلحة المتعاقدة أن تسعى إلى حل ودي للنزاع.

أ.الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية و حق اللجوء إلى القضاء:نصت المادة 115 على إمكانية المتعامل المتعاقد أن يرفع تظلما قبل كل مقاضاة.هذه اللجنة تصدر قرارها خلال 30 يوم من تاريخ الطعن.

هذه المادة يكتنفها غموض لكون النص وردت فيه عبارة (يمكن)التي تفيد الجواز لا الوجوب مما يجعل الطعن أمام اللجنة جوازي،أي بإمكان المتعامل الذهاب إلى القضاء مباشرة.

غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة جاءت بالإلزام أي قبل اللجوء إلى القضاء وجب التظلم أمام اللجنة الوطنية.و إن كان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب المادة 830 قد جعل التظلم إجراءا جوهريا بالنسبة لدعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار صادر عن سلطة مركزية.

ب. دعوى القضاء الكامل:و يدخل تحت هذا النوع من القضاء الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود و بالحصول على مبالغ معينة،و المنازعات المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية.و الدعاوى المتعلقة بالفسخ القضائي،التعويض عن

الأضـــرار ،توقيـــف الأشـــغال،مبـــالغ الضـــمان و مراجعـــة الأسعار،الفوائد التأخيرية.

ج.دعوى الإلغاء:تصـدر قـرارات إداريـة لهـا علاقـة بالعمليـة التعاقدية أي الأعمال المنفصلة و التي تتضمن تعديلا للصـفقة.و يجب على رافـع الـدعوى أن يثبـت العيـب الـذي إنطـوى عليـه القــرار الإداري مثــل مخالفــة قواعــد الإختصــاص أو مخالفــة الإجراءات و الشكل.....و غيرها.

الفصـــل الثـــاني: المفهـــوم الإســـتثنائي للصـــفقة العمومية.

المبحـــــث الأول:التعريـــــف الجزائـــــي للصـــــفقة العمومية:القانون الجنائي لم يكن ليجرم بعض الأفعال طالمـا لـم يثبـت وجـود رشـوة و إسـتغلال نفـوذ و بعبـارة أخـرى أن التعامــل الغيــر مشــروع فــي الصــفقات العموميــة كــان مــن إختصــاص القضــاء الإداري الــذي لا يعــاقب الأشــخاص و إنمــا يتصدى للتصرف في حد ذاته.و هذه حماية غير كافية للصفقات العمومية.فظهرت الحماية الجنائية الخاصـة،و القاعـدة الجنائيـة تشترط في صياغتها الدقة و الوضوح.فالقاضي الجنائي ليس له غيـر النـص الجنـائي لتحديـد أركـان الجرائـم،و غيـاب الدقـة و الوضوح يجعله نص غير دستوري في كثير من الدول.

المطلب الأول:طبيعة نص التجريم:قـانون العقوبـات لـم يكن يتضمن نصا تجريميا لإبرام الصفقات عمومية بصـفقة غيـر قانونية إلى غاية 1975،الأمر 75/47 الذي ألغى المادة 423 و عوضه بنـص يعـاقب علـى إبـرام صـفقة عموميـة بصـفقة غيـر قانونية،و تم تعديله ثلاث مرات و ألغي بموجب القانون 01/09 الـذي اسـتحدث المـادة 128 مكـرر الملغـاة بـدورها بمـوجب القانون 06/01.و أهـم مـا يميـز هـذه الجرائـم أن النـص الـذي يجرمها غير كاف بمفرده لتحديد أركانها،بل يحيل علـى مفـاهيم

مستمدة من القانون الإداري.ومن جهة أخرى على نصوص تشريعية تنظيمية و تعتبر هذه المفاهيم و النصوص جزءا من النص العقابي.

مجلس الدولة الفرنسي يعتبر بأن القانون يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة في عبارات واضحة و محددة وإلا اعتبر غير مطابق للدستور و أن وضوح القاعدة القانونية هو هدف ذو قيمة دستورية و أسس قراره على المواد 6 و 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن و قد وضعت المحكمة الدستورية في مصر مجموعة من الضوابط لتحديد شروط الوضوح:

- أن تكون الأفعال المؤثمة محددة بصورة يقينية لا إلتباس فيها.

- أن تتضمن النصوص تحديدا جازما لضوابط تطبيقها.

- أن تحكم معاني النصوص مقاييس صارمة و معايير محددة تتلاءم مع طبيعتها. و مؤدى ذلك فهم النصوص الجنائية دون اللجوء إلى القياس.

و على ضوء خاصية الوضوح المشترط في النص الجنائي الذي استعمل مفاهيم غير جنائية يتطلب فهمها الرجوع إلى القانون الإداري كما يعد إحالة ضمنية على هذا القانون.

الفرع 1:الإحالة الضمنية على القانون الإداري:

تتضمن النصوص الجنائية شقا يتعلق بالتجريم و شقا يتعلق بالجزاء الجنائي ،هذا الأخير يرد واضحا و محددا للعقوبة.أما الأول فقد عبر عنه المشرع بنوعين من المصطلحات:مصطلحات عامة يمكن أن ترد في كل نصوص كل فروع القانون و لا يحتاج القاضي بالضرورة إلى تفسيرها الرجوع إلى قوانين خاصة،أما النوع الثاني من المصطلحات

فهو يعبر عن مفاهيم مستمدة أساسا من القانون الإداري و بالتالي يحتاج القاضي الجزائي الإستعانة بهذا القانون لتحديد مدلولها و بالخصوص إلى قانون الصفقات العمومية.

1)**الإحالة لتحديد مدلول إبرام الصفقة**:الصفقة العمومية تمر بعدة مراحل من دفتر الشروط و الإعلان عن الصفقة،لجنة فتح الأظرفة،ولجنة تقييم العروض و الإعلان عن المنح المؤقت ثم أخيرا عن منح التأشيرة.

2) **الإحالة لتحدي مدلول التأشير عن الصفقة**:الصفقة العمومية تنفذ من يوم منح التأشيرة وهنا تبدأ الرقابة الخارجية للصفقة.فمختلف النصوص القانونية المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية و التأشير عليها تعتبر جزءا من نص التجريم.

الفرع 2:التجزئة الصريحة لنص التجريم:نصت المادة 26 من القانون 06/01 على أن ترتبط جريمة المحاباة بمخالفة النصوص تشريعية و تنظيمية الجاري العمل بها.دون أن يربطها بتلك المبادئ المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات التي جاء بها قانون الصفقات العمومية.و بالتالي يتسع النص لينطبق على كل المخالفات لقانون الصفقات العمومية مهما كان نوعها.الأمر الذي يضفي على النص نوع من الغموض و عدم الإستقرار نظرا للكم الهائل من النصوص المنظمة لمادة الصفقات العمومية.و على أية حال فلجوء المشرع في صيغته للمادة 26 لإستعمال تقنية الإحالة صنف هذا النص ضمن النصوص المجزئة.

1) **تجزئة نص التجريم**:إن جل مواد قانون مكافحة الفساد أسست على مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المكرسة لمبادئ حرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية

الإجـراءات.و بالتـالي ربـط المشـرع قيـام السـلوك المجـرم بمخالفة هذه النصوص،مما يجعلها جـزءا مـن النـص.و هـذا مـا أكدته المحكمة العليا في قراراها سـنة 2006 أي وجـوب ذكـر التشريع أو التنظيم الذي تمت مخالفته.

الفــرع الثــالث:إحالــة نــص التجريــم علــى نصــوص تنظيمية:الإحالة على النصوص التنظيمية تعـرض النـص بعـدم الدستورية و ذلك طبقـا للمـادة 122 مـن الدسـتور الـتي تنـص صراحة على اختصاص البرلمان في التشريع فـي مجـال تحديـد الجنايات و الجنح و ذلك تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات و هو من أهم النتائج المترتبة عـن مبـدأ الشـرعية.و رغـم ذلـك يلاحظ تدخل النصوص تنظيمية في مجال التجريم المثار و ذلك مــن خلال إحالــة النصــوص التشــريعية ذاتهــا علــى النصــوص التنظيمية التي تحدد معالم الجريمة،و من جهة أخـرى تسـتطيع تعديل و تغيير عناصر الجريمة دون تدخل من المشرع و هذا ما يعبر عنه بتحول مبدأ الشرعية الجنائية.

المطلب 2:المصلحة المحمية في التجريم:تعتـبر حمايـة المصالح المشترك من ضمن الأهـداف الـواجب مراعاتهـا حيـن وضــع إلــى جــانب هــدفي الطمأنينــة للأفــراد و تحقيــق العدالة.فقانون العقوبات يضفي حمايته لهذه المصالح من خلال تجريم الأفعال التي تصيبها بالضرر أو تعرضـها للخطـر.و تقريـر الجزاءات الرادعة لمـن يرتكـب فعلا و المصـلحة المحميـة فـي تجريم الصفقات العمومية هي مصلح عامـة تتمثـل فـي حمايـة المال العام.

المبحث الثاني:تـدخل القضـاء الجزائـي فـي مسـائل الصفقات العمومية:

المطلب 1:الرقابة على الصفقات العمومية من خلال دعــوى جزائيــة:قــانون العقوبــات يتضــمن جرائــم الرشــوة

وإستغلال النفـوذ و أخـذ فوائـد بصـفة غيـر مـبررة،إلا أنـه قلمـا أودعـت شـكوى مـن أجـل هـذه الجرائـم فـي إطـار الصـفقات العمومية نظرا لسرية هذه الأفعال و قلة الإبلاغ عنهـا كمـا فـي ذلك من إعتبارات سياسية كـون مراكـز القـرار تحضـى بمركـز متميـز فـي السـلطة. مـن أجـل ذلـك تـدخل المشـرع لتعزيـز الحماية الجنائية للصفقات العموميـة مـن خلال تحديـد الجرائـم السالفة الذكر.و لعل نقطـة إنطلاق نحـو التعامـل غيـر شـرعي في الصفقات العمومية كانت من أوربا حيث شاع الحـديث عـن حملة الأيادي النظيفة التي شرع فيها في مدينة ميلانـو بإيطاليـا بحيث تصدت السلطة القضـائية لجـزءا مـن الطبقـة السياسـية الإطارية،فقد قدمت أربع شركات كبيرة رشاوى علـى مسـتوى عـالي مـن أجـل الحصـول علـى صـفقات لإنجـاز مستشـفيات لحسـاب وزارة الصـحة و ذلـك لمـدة عشـر سـنوات،و كشـفت التحقيقـات عـن كيفيـة منـح التشـكيلات السياسـية للصـفقات لرجـال أعمـال بمقابـل أي الآلاف الملاييـر كـذلك الشـأن فـي فرنسا فكانت الإنطلاقة من ردت فعل السلطة القضـائية علـى قـانون العفـو لسـنة 1990 الـذي عفـا عـن كـل الأفعـال غيـر المشـروعة المتعلقـة بتمويـل الأحـزاب السياسـية كـارفور دي دفلوبمونت بحيث اعتبروا ذلك تـدخل مـن السـلطة التشـريعية في القضـاء كمـا ولـدت لـديه إصـرار علـى عـدم التسـامح مـع المنتخبين المحليين فـإنفجرت العديـد مـن قضـايا الفسـاد فـي مجال الصـفقات العموميـة،كمـا أن الآليـات الموجـودة لحمايـة الصفقات العمومية لا تنصب إلا على فحص مشروعية الصــفقة أما مبرمها لا يطوله أي عقاب.كمـا أن تـدخل القاضـي الجنـائي يسـد النقـائص رقابـة القاضـي الإداري القاصـرة علـى حمايـة المنافسة في الصفقات العمومية.

التحفظات على تجريـم التعامـل بالصـفقات العموميـة:التعامـل بالصفقات العمومية يخضع لنصوص قانونية و تنظيميـة متعـددة

ومتشعبة،فالمتعامـل العمـومي يـرى فـي تجريـم المحابـاة مثلا تجريمـا للخطـأ الإداري بإعتبـار أن منـح صـفقة عموميـة نتيجـة مخالفة للقانون قد يكون ناتجا عن خطأ و بعيـد عـن كـل إخلال فـي النزاهـة و الحيـاد.فالمعاقبـة علـى الخطـأ الشـائع أصبح يشكل خطرا بالنسبة للمتعامـل العمـومي لدرجـة إعاقـة عمله.

و لكي يتمكن القاضـي الجزائـي مـن الوصـول لتحديـد الجـاني عليـه أن يتفحـص بالتفصـيل مختلـف مراحـل إبـرام الصـفقة العمومية،فيتحول في تلك المرحلـة إلـى قاضـي إداري ثـم بعـد ذلـك يبحـث عـن الفعـل المجـرم.فيخشـى مـن عـدم إلـتزامه بالإشــتهاد القضــائي الإداري و يعتــد بمــدلول جنــائي خــاص بالصفقات العمومية و هذا ما يخوف المتعامـل العمـومي كـونه معتاد على تفاسير القاضي الإداري.

المطلب 2:الموظف العمومي فـي جرائـم الصـفقات العمومية:جرائم الصفقات العمومية هي بالدرجة الأولـى هـي جرائــم الموظــف العمــومي فقيامهــا مرتبطــا أولا بصــفة مرتكبها،وقد كيف البعض هذه الصفة على أنهـا شـرط مفـترض لقيام الجريمة وإعتبرهـا آخـرون ركنـا خاصـا لقيامهـا.فالقـانون الإداري يشترط ثلاث عناصر لإعتبار الموظف عمـومي أمـا فـي قانون مكافحة الفسـاد فقـد وسـع مفهـوم موظـف ولـذلك لـم يشترط العناصر الثلاث.

المطلـب 3:إجـراءات التحـري فـي مجـال الصـفقات العمومية:

أ- خصوصية البحث و التحري:

- **جهاز البحث و التحري:**لـم ينـص قـانون 06/01 بنـص على جهـاز خـاص بـالبحث و التحـري فـي قضـايا مكافحـة الفساد و إنما نص فقط على الهيئـة الوطنيـة للوقايـة مـن

الفساد و مكافحته التي يكمن دورها في إبلاغ وزير العـدل الذي بدوره يحظر النائب العام المختص بتحريـك الـدعوى العمومية.

- **إنشاء الديوان المركزي لقمع الفسـاد:**تـم إنشـاؤه في سنة 2010 فهو يتشكل من ضباط و أعـوان الشـرطة القضائية التابعين لوزارة الدفاع و وزارة الداخلية و أعـوان عموميين ذوي كفاءات في مجال مكافحة الفساد.

ب- اختصاصـاته:نـص المشـرع فـي المـادة 24 مكـرر مـن القــانون 06/01 علــى خضــوع جرائــم الإختصــاص الجهــات القضـائية ذات الإختصـاص الموسـع وفقـا لقـانون الإجـراءات الجزائية.و بالتالي تمديد الإختصاص المحلـي إلـى كافـة الـتراب الوطني.طبقا للمـادة 16 مـن قـانون الإجـراءات الجزائيـة فـي إطــار البحــث و التحــري فــي جرائــم المخــدرات و الجريمــة المنظمة وغيرها.

الفرع 2:أساليب التحري الخاصـة:لقـد نصـت المـادة 56 مـن القـانون 06/01 مـن أجـل تسـهيل جمـع الأدلـة المتعلقـة بجرائم الفساد بحيث يمكن اللجوء إلى أساليب خاصة كالترصد الإلكـتروني،و الإخـتراق،وتسـجيل الأصـوات و إلتقـاط الصـور والتسرب تمديد الإختصاص المحلي للنيابة.