Revue d'ECONOMIE et de MANAGEMENT
ISSN : 1112-3524 / EISSN : 2716-8220
Vol.22 / n°01.2023. p 24-35

الإطار القانوني والتشريعي لحماية المال العام وتأثره على الأمن الاقتصادي

The legal and legislative framework for protecting public money and its impact on economic security

أ.د. العرباوي نبيل صالح
[1] جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)
prof_droit@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2023/07/07 تاريخ القبول: 2023/07/10 تاريخ النشر: 2023/07/19

الملخص:

تعد ظاهرة الفساد من القضايا الراهنة التي تطفو على الساحة الداخلية والدولية على حد سواء، بحيث يمثل الفساد عائقا أساسيا للتنمية الاقتصادية، وقد عرفت الجزائر تزايدا مضطردا لهده الظاهرة لا سيما في المجال الإداري والمالي. وكان القطاع العمومي أكثر القطاعات مساسا بهاته الظاهرة، دلك أن هدا الأخير يشكل المسار الدي تتحرك فيه الأموال العامة.

وقد اتسمت السنوات الأخيرة بتطورات عديدة كان لها الأثر المباشر على الإدارة العامة، ويقوم الفساد في الوظيفة العامة على خرق واجب الأمانة والنزاهة والمصداقية التي تفترضها الوظيفة لأجل المحافظة على المال العام وقدرات الدولة.

وسنحاول في هده الورقة البحثية إلقاء الضوء على الإصلاح الإداري (أولا) ومفهوم التجريم في مجال الصفقات العمومية (ثانيا) ودور القاضي الجزائي في حماية المال العام (ثانيا).

الكلمات المفتاحية: حماية المال العام، الصفقات العمومية، التشريع الجزائري، الأمن الاقتصادي.

Abstract :

The phenomenon of corruption is one of the current issues that float on the domestic and international scene alike, so that corruption represents a major obstacle to economic development, and Algeria has known a steady increase in this phenomenon, especially in the administrative and financial field. The public sector was the most affected by this phenomenon, as the latter constitutes the path in which public funds move. The recent years have been characterized by many developments that had a direct impact on public administration. Corruption in the public office is based on violating the duty of honesty, integrity and credibility that the job assumes in order to preserve public money and the capabilities of the state. In this paper, we will try to shed light on administrative reform (first), the concept of criminalization in the field of public transactions (second), and the role of the criminal judge in protecting public money (second).

Keywords: Protection of Public funds, Public Procurement, Algerian Legislation, Economic Security.

JEL Classification Codes: K42.

مرسل المقال: العرباوي نبيل صالح (prof_droit@yahoo.fr)

Revue d'ECONOMIE et de MANAGEMENT
ISSN : 1112-3524 / EISSN : 2716-8220
Vol.22 / n°01.2023. p 24-35

مقدمة:

إن حجم الموال المتداولة الذي أنفقته الدولة الجزائرية أعطى بعدا إضافيا منه أجل حماية المال العام من أي اختلاس وكذلك من أجل ضمان حسن استعماله بما يخدم المصلحة العامة لأساسيات الحكم الراشد.

وحس الاحصائيات فإن الدولة الجزائرية انفقت ما يقارب 386 مليار دولار كبرنامج من أجل تشجيع الاستثمار. وفي إحصائيات رقمية تضمنها تقدير البنك الدولي حول الجزائر في 203 بلغ عدد الصفقات بحسب مختلف طرق إبرامها مجموع 11243 صفقة موزعة حسب الآتي: 8425 صفقة على المستوى المركظي و 7733 بالنسبة لصفقات الولايات و 2668 بالبلديات.

فالمال العام دائما يشكل الدعامة الأساسية لاستقرار أي مجتمع، فالدولة تهدف دائما إلى بلوغ مدارج الارتقاء بغية الوصول إلى تجسيد وتحقيق الصورة المثلى للدولة.

فحماية المال تتطلب وجود سياسة واستراتيجية رشيدة لضبط سبل التعامل بهذا المال. فأي فساد يخترق القطاع الاقتصادي، فإن آثاره السلبية تنعكس مباشرة على تسيير المال العام والإضرار بالمصلحة العامة مما يؤدي إلى زعزعة ثقة المواطن في مؤسسات الدولة وأمنها ونزاهة موظفيها ويشكك في مدى قدرتهم على خدمة الشأن العام.[1]

ولقد شهدت الجزائر في السنوات الخيرة العديد من الفضائح المالية وعلى سبيل المثال في سنة 209 انجاز الطريق السيار شرق–غرب، ناهيك عن العدد الكبير من القضايا المعروضة أمام القضاء الجزائري.

ولقد تأثر المشرع الجزائري بالتشريعات المقارنة، وعمد إلى وضع منظومة حمائية متكاملة لتحصين حسن تسييرؤ النفقات والصفقات العمومية، فالمشرع وضع قواعد قانونية تقوم على تكريس مبدأ المشروعية في تصرفات الإدارة.

فالدستور حدد القواعد الأساسية التي تحكم مالية الدولة من خلال ميزانية الدولة، كما عمد إلى وضع منظومة رقابية متنوعة تقرر حماية المال العام وتوفر ضمانات إضافية وعملية لحسن تسييره.

وتبرز أهمية الرقابة كوسيلة فعالة لمتابعة عملية صرف المال العام، ومن بين الأجهزة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة، وسنتناول في هذه المداخلة التجريم لحماية المال العام (أولا) جرائم المال (ثانيا)، الحد من التجريم في الصفقات العمومية (ثالثا).

أولا: الإصلاح الإداري:

يشهد العالم اليوم وفي ظل العولمة تطورا اقتصاديا ومعلوماتية لا نظير له وما أحدثته هده الأخيرة من تغيير في المفاهيم التقليدية التي ظهرت بعد الثورة الصناعية وما واكبها من تطور في الأنظمة الاقتصادية.[2]

وقد ساهمت الآليات الجديدة والسريعة للتجارة والمعلومات على دعم الإجرام والذي لم يعد مقتصرا على البلدان، وإنما أصبح يكتسي طابعا عالميا متزايدا. وسلمت دولا عديدة بأن الأفعال التي تنطوي على جرائم مالية دولية أخذت تصبح أكبر حجما من أي وقت مضى مما يفتح الباب أمام الفساد الإداري.[3]

من هنا ظهر موضوع الفساد في الخدمة العامة، بحيث يعرف البنك الدولي الفساد على أنه:« إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص، فالفساد يحدث عندما يقوم الموظف بقبول أو بطلب أو وكلاء أو وسطاء لشركات أعمال خاصة بتقديم رشاوى للاستفادة من سياسات أو إجراءات للتغلب على منافسين وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين كما يمكن للفساد أن يحدث عن طريق استعمال الوظيفة العامة دون اللجوء إلى الرشوة وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة مباشرةّ » .كما يعرف الفساد الإداري بأنه:« سلوك بيروقراطي يستهدف تحقيق منافع ذاتية بطريقة غير شرعية وبدون وجه حق » . [4]

Revue d'ECONOMIE et de MANAGEMENT
ISSN : 1112-3524 / EISSN : 2716-8220
Vol.22 / n°01.2023. p 24-35

ونتيجة لتضاعف عدد المؤسسات العمومية وازدياد عدد الوظائف والموظفين أصبحت الإدارة تواجه الكثير من المشكلات التنظيمية والتنفيذية مما جعلها غير قادرة على تلبية مستلزمات التطور الجديد ومتطلبات التنمية الاقتصادية.[5]

1-العلاقة بين الفساد والتنمية:

وهنا تطرح لنا إشكالية هل يعد الفساد الإداري مظهرا مصاحبا لعملية التنمية؟

تعيش الدول حاليا الكثير من مظاهر التخلف الاقتصادي والاجتماعي وهذا نتيجة مشاكل تتعلق بالعمالة والتوظيف والتدهور السريع في الطاقات الإنتاجية والبنيات الأساسية والأجهزة الإدارية والعجز عن إشباع الحاجات الأساسية للمواطنين،[6]

كما أن الانجازات الهامة التي تحققت والتوسع الكمني في أجهزة الخدمة المدنية وإعداد الموظفين لم يكن متوازيا مع تحسين نوعية الخدمات العامة المقدمة إلى المواطنين، بل على العكس ظهرت آثار سلبية على التنمية كنتيجة للتضخم الوظيفي الذي يشارك بصورة مباشرة في الحد من استغلال طاقات الفرد.[7]

ومن بين أنواع الفساد الإداري المصاحب للنمو الاقتصادي التهرب الضريبي التهرب الجمركي، الاختلاس، والتزوير وغير ذلك من الممارسات المتعلقة بالغش.[8] وتتزايد فرص الاعتداء على الأموال مع عملية التنمية، فعندما يصبح المجتمع أكثر انتاجا وتصنيعا تزداد حالات الفساد الإداري وعادة ما يكون الفساد في فترات النمو الاقتصادي.

2-النزاهة والشفافية:

إن للدولة دورا رئيسيا في المجتمع يتمثل في حماية أمن المجتمع وأمن الوطن،وثمة درس غني في الفكر الاستراتيجي الحديث والمعاصر مفاده أن جوهر الأمن القومي لأي مجتمع لأية أمة ليس الأمن العسكري وإنما الأمن الاقتصادي والغذائي، فالدول والأمم لا تحمي سيادتها واستقلالها وإرادتها بالجيوش فقط وإنما بالتطور الاقتصادي.

فالمال العام يشكل دائما الدعامة الأساسية لاستقرار أي مجتمع، فالدولة تهدف دائما إلى بلوغ مدارج الارتقاء بغية الوصول إلى تجسيد وتحقيق الصورة المثلى للدولة.

ثانيا: التجريم لحماية المال العام:

إن مصطلح التجريم جاء كاستجابة من قبل المشرع إلى تطلعات المواطن وترجمتها الحركة التشريعية لتخليق الحياة الاقتصادية والمالية في نهاية الثمانينات والتي ظهرت في سياق أزمة الثقة والشبهات التي تولت تسيير الشأن العام، وتزامنت مع المطالبة بضرورة المساواة أمام القانون، ومحاربة كل أشكال الاعتداء على المال العام.[9]

ويرى بعض الفقهاء أن المسئولية الجزائية في مجال العام تعتبر تدخلا من القاضي الجزائي في تسيير الشأن العام، هذا المر شكل أهم الظواهر المميزة التي أحدثت تأثيرات في القانون الإداري. هذا يعتبر حركة جديدة للتشديد في العقاب لمواجهة جرائم الفساد وقصد ضمان الاستعمال الأمثل للمال العام.[10]

وقد فسر الفقه والقضاء سلطات القاضي الجزائي استثناءا لفكرة التوسع في صلاحيات القضاء الجزائي ومنحه صلاحية القضاء الكامل، وتم منحه سلطات واسعة في مراقبة التصرفات الإدارية. وأصبح للمسئولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية مفهوما خاصا، فالقاضي الجزائي لا يلتزم في تصديه لجرائم الصفقات بالتفسيرات والتأويلات التي يصدرها القاضي الإداري متى كان مصير الدعوة العمومية وحلها مرتبط بها، كما أن القاضي الجزائي يتمتع بكامل الصلاحية في تكييف الوقائع المتعلقة بالصفقة موضوع المتابعة دون الرجوع إلى القاضي الإداري.[11]

وهنا يتعين على القاضي الجزائي معرفة الإجراءات القانونية والتنظيمية لإبرام الصفقات العمومية على اعتبار أنها عقود إدارية، لأنها تمثل المجال الأصيل للقاضي الإداري.

Revue d'ECONOMIE et de MANAGEMENT
ISSN : 1112-3524 / EISSN : 2716-8220
Vol.22 / n°01.2023. p 24-35

إن إدخال التجريم في مجال الصفقات العمومية جعل المتعاملين المتعاقدين في حالة وجود نزاع في مواجهة جهات قضائية مختلفة، القاضي المالي لحماية تسيير المال العام، القاضي الإداري من أجل ضمان شفافية الإجراءات، والقاضي الجزائي بهدف حماية الحياة العامة والوظيفة العامة.[12]

لقد شكلت اتفاقية الأمم المتحدة للرقابة ومكافحة الفساد المؤرخة في 2003/12/11 بعد أن اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2003/10/31 الانطلاقة الحقيقية لمكافحة الفساد. حيث أصبح يشكل الفساد مخاطر استقرار المجتمعات وأمنها مما يعرض التنمية المستدامة وسيادة القانون للخطر، حيث دعت هاته الاتفاقية إلى تجريم الفساد بمختلف أشكاله على اعتبار أن سوء استعمال السلطة العامة للحصول على مكاسب شخصية بما يضر المصلحة العامة.

ولقد صادقت الجزائر على هاته الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128-04 المؤرخ في 2004/04/19 بتحفظ[13].

وأصدر المشرع الجزائري القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[14]. وتناول هذا القانون عدة أحكام استكمالا لمسار المسئولية الجزائية في هذه الجرائم خاصة ما يتعلق بالعقوبات المقررة لكل جريمة فمصطلح الفساد شهد توسعا في مفهومه في القانون الجزائري خاصة مع بداية حركة الإصلاح الشامل التي شرع فيها بداية سنة 2000م. حيث أنه وضع إطار قانوني مناسب ومتكيف مع المستجدات والمتغيرات وبذلك أصبح مصطلح الفساد يشمل العديد من الجرائم.

فقانون الوقاية من الفساد ومكافحته يهدف إلى:

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته.
- تعزيز النزاهة والمسئولية والشفافية في تسيير القطاعين الخاص والعام.
- تسهيل ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته بما في ذلك استرداد الموجودات.[15]

فالسياسة الجنائية في قانون الوقاية من الفساد غلب عليها الجانب الوقائي الردعي على حساب الجانب العقابي، وكذلك اشتراك ومساهمة المجتمع الأهلي والمدني في مكافحة الفساد الذي باتع ينظم له كظاهرة اجتماعية ومواجهتها مسئولية الجميع وليس الدولة فقط.

بغية إبراز التقنية الكاملة للقانون الجزائي في الحفاظ على المرافق العامة وجب تحديد العلاقة ما بين قانون الصفقات العمومية والقانون الجزائي، علما أن التجريم في الصفقات العمومية يظل حركة تتطور مع الاجتهادات القضائية.[16]

وقد عرفت المسئولية تطورا تماشى مع تنامي الحاجة إلى قوة أحكامها لضبط وحماية الكثير من التصرفات التي شهدتها الدول، هذا ما أدى إلى ظهور تدخل القاضي الجزائي تكريسا لحماية المال العام.[17]

ففي مجال الصفقات العمومية اقتحمت قواعد المسئولية الجزائية هذا النوع من العقود الإدارية والتي تمثل إحدى أهم التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة في إطار وظيفتها من أجل سير مرافقها العامة وهذا من أجل خدمة المصلحة العامة. وبالرجوع إلى الأحكام والقرارات القضائية فإننا نستشف غياب التكوين الخاص للقضاة، إضافة إلى التطبيق المباشر للقانون الجزائي على الصفقات العمومية لم يكن في حقل المعرفة لكل شخص.

إن حجم الأموال السائلة المتداولة عن طريق إبرام عقود الصفقات العمومية بمختلف أنواعها، أعطى بعدا من أجل تواجد قواعد المسئولية الجزائية كعامل لحماية المال العام من الاختلاس والرشوة لضمان التسيير الحسن والرشيد بما يخدم المصلحة العامة.

1-مفهوم التجريم في الصفقات العمومية:

ظلت فكرة التجريم في الصفقات العمومية منذ نشأتها وإلى غاية يومنا هذا تثير نقاشا معقدا في الفقه الجزائي بين المؤيدين لاقتحام القانون الجزائي للقانون العام من خلال قطاع الشراء العمومي، وعدم الاكتفاء بأحكام القانون الإداري، خاصة في ظل عدم

Revue d'ECONOMIE et de MANAGEMENT
ISSN : 1112-3524 / EISSN : 2716-8220
Vol.22 / n°01.2023. p 24-35

وجود قانون إداري ردعي يحمي المال العام، وبين المتحفظين على إطلاق مسألة التجريم وتدخل القاضي الجزائي بسلطاته الواسعة، والذي شأنه أن يؤثر على اتخاذ القرارات وعدم الإقدام على المبادرة.[18]

ومن أجل مواجهة الاعتداء على المال العام وضع المشرع الجزائري منظومة حمائية قانونية لحماية الصفقات العمومية، وذلك من خلال الرقابة على تصرفات الإدارة بمناسبة تسييرها لهاته العقود، وردع السلوكات المنحرفة التي من شأنها خرق قواعد تنظيم الصفقات العمومية المؤدية إلى المساس بالمال العام.[19]

وضمن هذا السياق فإن صدور القانون 01/06 المؤرخ في 2016/09/16 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والذي أبرز دور الدولة في مواجهة ظاهرة الفساد، وإن كان التجريم في مجال الصفقات العمومية موجودا منذ صدور قانون العقوبات، إلا أ، المشرع الجزائري رغبة منه في مواكبة التطور الحاصل بمعظم الدول سن القانون الخاص وأدرج كل القواعد الموضوعية الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.[20] كما خص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في القسم الثامن من الفصل الثالث من الباب الأول في المواد 88 إلى 94 مكافحة الفساد مكرسا دور الدولة في حماية المال العام عن طريق ضبط سلوك الأشخاص القائمين على تسيير القطاع الاقتصادي.[21]

ويعد مفهوم التجريم مفهوم متطور يحتوي على وقائع مختلفة يهدف إلى اعتناق سلوكات الأفراد الإدارية التي يرتكبونها عن طريق الإهمال أو عدم الحيطة. فالخطر الداهم على المال العام استدعت إلى تشديد وتقوية منظومة الحماية القائمة وتوفير كل الوسائل القانونية والإجرائية والعملية لمواجهة الفساد بعن طريق توسيع تدخل القاضي الجزائي للتصدي لكافة السلوكات المنحرفة والغير مشروعة المرتبطة بهذه العقود.[22] وعليه ففي مجال الصفقات العمومية يجب احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات يضاف إليها مبدأ الحيطة في تنفيذ الصفقات العمومية. فمبدأ الحيطة يلزم المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على احترام المبادئ والإجراءات وضمان سلامة المشروع.

فالتجريم في الصفقات العمومية يرمي إلى وضع حد للشبهات والشعور بعدم الثقة الذي أصبح ينظر بها للنخب المسيرة على مستوى المؤسسات العمومية، لأنه لم يعد مقبولا لدى الرأي العام تلك الامتيازات التي كان يتمتع بها المسيرين العموميون. وبالنتيجة أصبح تدخل المسئولية الجزائية ينظر إليه على أنه ذرع واق في مجال الصفقات العمومية، والمساواة أمام القانون أصبح مطلبا للجميع بما فيهم أصحاب النفوذ. [23]

2- الصعوبات التي تعترض القاضي الجزائي في حالة مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية لتسيير المرفق العام:

لقد تزايد الاهتمام بتطوير قواعد المسئولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، ومن تزامن ذلك مع بروز دور القاضي الجزائي وتدخله في مجال الطلب العمومي،وهكذا خضع قانون الصفقات العمومية لعدة تعديلات مع تدعيمه بنصوص تنظيمية بهدف تماشيه مع التطورات الاقتصادية والمعطيات المالية الإدارية. لذلك يركز تدخل القاضي الجزائي في مجال الصفقات العمومية على ضبط سلوك الأشخاص القائمين على تسيير هذا القطاع وليس فقط على فرض احترام مشروعية تصرفاتهم، لأن المشكل الأساسي في مجال الشراء العمومي هو وجود عقد يحترم فيه قواعد إبرام الصفقات العمومية من الناحية الشكلية والإجرائية. وامتداد دور القاضي الجزائي إلى فرض التطبيق السليم لقانون الصفقات العمومية ومبادئه الأساسية وكذا معاقبة الإخلال لواجب الحياد والنزاهة والحيطة. ومن أجل فرض حماية أكبر على حرية الوصول إلى الطلبات العامة والمساواة بين المترشحين في مجال الصفقات العمومية، فقانون الوقاية من الفساد منح صلاحيات واسعة للقاضي الجزائي وهنا ينبغي عليه معرفة كل الإجراءات التنظيمية والتشريعية لإبرام الصفقات. والهدف من هذا هو البحث عن نقطة توازن بين نجاعة ونظام تسيير المرفق العام، فالتجريم المتزايد وتدخل القاضي الجزائي في مجال الصفقات

Revue d'ECONOMIE et de MANAGEMENT
ISSN : 1112-3524 / EISSN : 2716-8220
Vol.22 / n°01.2023. p 24-35

العمومية تجاهل خصوصيات القانون الإداري كقانون صلاحيات وامتيازات وهو أثر على قدرة المرافق العامة في ضمانه الخدمة العمومية والمصلحة العامة.[24]

3-التجريم كأجراء ودعامة لحماية الصفقات العمومية:

إن عمل القاضي الجزائي أصبح أكثر صعوبة لأن جنح المحاباة لها صفات تقنية وتقوم على ركن مادي مركب، وتتميز هذه الجريمة عن باقي الجرائم الفساد بانها جريمة خاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية. وجنحة المحابات ترتبط بكل مراحل إبرام الصفقات العمومية، فقد تبالغ المصلحة المتعاقدة في تحديد الحاجيات أو اتخاذ إجراءات الوصل للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين، فتلجأ المصلحة إلى اتباع إجراءات خاصة لإبرام الصفقة العمومية يكون الغرض منها إبعاد أكبر عدد من المترشحين.[25] فيمكن للإدارة أن ترتكب تجاوزات عند تحديد الحاجة وذلك من خلال تضخم الحاجة لشراء مواد معينة أو انجاز أعمال أو خدمات.

فعلى القاضي الجزائي أن يحدد متى يجب عليه أن يطبق نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد، وكذا المصلحة المتعاقدة يكون عليها تحديد حاجيات بشكل دقيق حتى تتجنب خطر الوقوع في جنحة المحاباة وحتى تؤمن التنفيذ الجيد للصفقة. فالركن المادي لجنحة المحاباة واسع جدا، فهو يشمل كل المتعاملين في مجال الصفقات العمومية، سواء كان موظف عمومي مرتكب المخالفة أو أي شخص آخر له علاقة كالشريك أو الذي أخفى الشيء مرتكبين كل جرائم الصفقات من جنحة المحاباة أو أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو الرشوة. وظهرت من الناحية التطبيقية تطبيق العقوبة على الأشخاص المعنوية في حالة تسييرها للمرافق العامة، وإشكالية المسئولية الجزائية للأشخاص المعنوية سؤال جيد ومعقد، فالمشرع الجزائري أقر في القانون المدني بمسؤولية الشخص المعنوي بعدما اعترف له بالشخصية القانونية، فمن التناقض أن ينكر القانون الجزائي هذه المسؤولية، وأخذت معظم التشريعات الجزائية الحديثة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ومنها المشرع الجزائري طبقا للمادة 18 مكرر من قانون العقوبات.[26]

فتحقيق العدالة لا يتأتى إلا عن طريق العدالة التوزيعية التي تؤدي إلى توزيع المسئولية بين الشخص المعنوي ذاته وممثليه الذين يرتكبون الجريمة باسمه ولحسابه، فمسألة الشخص المعنوي أمرا واقعا في السياسة الجنائية الحديثة فتدخل القانون الجزائي مقدرا للمسئولية الجزائية للشخص المعنوي تأسيسا على عدم إفلات هذا الشخص من العقاب.

وممكن أن ينظر للتجريم في الصفقات العمومية على أنه تدخل القاضي الجزائي في التسيير العام المحلي، وهذا يعتبر تأثير له قيمة على التصرفات المتعلقة بالموظفين والمتعاملين المتعاقدين والقاضي الجزائي يجب عليه مراقبة الصفقة منذ منحها إلى غاية تنفيذها.[27]

وقد ترجمت هذه الإستراتيجية الحركة التشريعية الواسعة لتخليق الحياة العامة والإقتصادية والمالية، ففكرة التجريم في الصفقات العمومية والرامية إلى وضع حد للشبهات بعدم الثقة الذي أصبح ينظر لها للنخب المسيرة على مستوى الإدارات أو المؤسسات العمومية. بحيث لم يعد لدى الرأي العام تلك الامتيازات التي كان يتمتع بها المسرين العموميين أصحاب القرار، فتدخل قواعد المسئولية الجزائية كداعم قوي ورادع في هذا المجال الحديث الأبرز.

4-التجريم من أجل إنشاء مفهوم جزائي للصفقات العمومية:

إن التجريم في قانون الصفقات العمومية يضع لنا وجها لوجه عاملين الأول هو القضاء الجزائي والثاني هو الطلب العمومي، والفرق الموجود بين العالمين والاختلاف يطرح قلق بالنسبة للمتعاملين المتعاقدين والذين يجدون أنفسهم في حالة مخالفة الإجراءات التنظيمية للصفقات العمومية أمام مفهوم جزائي لقانون الصفقات العمومية.[28]

لذلك يرتكز تدخل القاضي الجزائي على ضبط سلوك الأشخاص القائمين على تسيير هذا القطاع، وأصبحت قواعد المسئولية الجزائية داعم أساسي لقواعد الحماية القانونية لهذه العقود. le renforcement de la pénalisation de

.juridiction du juge pénale. وفي هذا الصدد صدرت تزامن بروز دور القاضي الجزائي وتدخله مع العديد من القرارات القضائية والتي أكدت دور القاضي الجزائي في متابعة مخالفة الصفقات العمومية للقواعد التشريعية والتنظيمية. وتدخله في قضاء الطلب العمومي وتزايد الاهتمام بتطوير القواعد الموضوعية للمسئولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية مع اعتماد مجموعة من الميكانيزمات القانونية والرقابية الجديدة لتقوية الحماية القانونية لهذه العقود.

فيقع على عاتق القاضي الجزائي مراقبة مدى احترام الصفقات العمومية للتقنيات الموجودة في هذا القانون، وكذا احترام المبادئ الأساسية لإبرام الصفقات العمومية، وفي حالة المخالفة قد يجد كل من الموظف العمومي أو المشتري العمومي أنفسهم أمام جنحة المحاباة.

وقد أصبح يطرح التجريم صعوبة بالغة الأثر على النيابة العامة، ذلك أن معظم العقود المزورة المرتبطة بمخالفة جرائم الصفقات العمومية، ترتبط بالمصلحة العامة، فقاضي التحقيق يجد صعوبات كبيرة في إيجاد إثبات هذه الجرائم. فهذا النوع من الجرائم ذي الطبيعة الخاصة أمكن الكشف عنها عن طريق هيئات متخصصة غير قضائية تلعب دور القاضي مثل مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة والمفتشية المالية والعامة والهيئة الوطنية لمكافحة الفساد. فإذا كان التجريم يجعل من القاضي الجزائي معلم لترجمة وتجريم الأفعال أي قاضي الدعوى الإدارية، فيصبح له دور تحليلي في مجال القانون يقوم على المنطق الشخصي والمستقل مقارنة مع أنظمة الرقابة في مجال الصفقات العمومية.[29]

وتمثل الصفقات العمومية مادة تحتوي على العديد من المجالات حيث أن القانون يفرض حسن التسيير الاقتصادي والتقني للصفقات، فهاته العقود تلعب دور هام في حياة الناس من حيث مساسها مباشرة بمصالحهم الجوهرية. إضافة إلى كونها أداة الدولة في النهوض بدورها لخدمة المجتمع وقناة لانفاق المال العام، فوقوع الجريمة من طرف الموظف العام على المال العام ينم بوضوح على انهيار الدولة ويؤدي بذلك إلى الإخلال بالثقة التي أولتها الدولة للموظف العام.

من أجل هذا كانت العقوبات الإدارية والمالية موجهة لل}هزة المكلفة بالرقابة، أما العقوبات الجزائية فهي موجهة للأفراد في حالة ارتكاب سلوك غير مشروع، فالهدف هو البحث وضمان الأمن القانوني في مجال الصفقات العمومية في الإجراءات وأجهزة الرقابة المختلفة والتي تجعل الأمر صعب.

ويتضمن تنظيم الصفقات العمومية قواعد كثيرة ومتنوعة بين القانون الإداري والمالي والاقتصادي مما يجعل التحكيم أمرا صعبا. فالمشرع يهدف إلى تحقيق واحترام متطلبات مبدأ الشرعية وما يتطلبه من دقة ووضوح وصرامة في تحديد نموذج الفعل المجرم، الشيء الذي يصعب تحقيقه في جرائم الصفقات العمومية ولارتباطها بكم هائل من الأحكام التشريعية والتنظيمية.

فتعدد اجهزة الرقابة قد يؤدي إلى الشعور بالأمن القانوني، فالممارسين لا يعرفون كيف يتدخلوا في مجال الطلب العمومي وتحديد النصوص المطبقة فيجب الأخذ بعين الاعتبار حركة التجريم في مجال الصفقات العمومية، مع الأمن العمومي، مع الأمن الذي يحس به المهنيين والمحترفين.[30]

وتبرز لنا هنا أهمية الرقابة المالية كعملية فعالة لمتابعة عملية صرف المال العام حتى بعد مرور مدة على تنفيذ النفقة العمومية، أما المفتشية العامة للمالية فطبقا للمرسوم التنفيذي رقم 272/08 في المادة الثانية منه فإنها تنص على أن:« تمارس المفتشية العامة للمالية عبئ التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات المحلية وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ».[31]

أما فيما يتعلق بمجلس المحاسبة فتتمثل في التدقيق في شروط وتسيير الأموال العمومية من طرف الهيئات التي تدخل في نطاق اختصاصه والتأكد من مطابقة عملياتها والمحاسبية للقوانين والتنظيمات. ويعتبر مجلس المحاسبية المؤسسة العليا للرقابة اللاحقة

لأموال الدولة والجماعات المحلية، ويحدد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته، فهو يراقب النفقات العمومية التي تنفقها الدولة والجماعات المحلية والمرافق العمومية.[32]

ويتمتع مجلس المحاسبة باختصاص إداري وقضائي بحيث تهدف الرقابة التي يمارسها إلى تشجيع الاستعمال المنتظم والصارم للأموال العمومية والتأكيد على إجبارية تقديم الحسابات، وتسيير المالية العمومية بشفافية، كما يساهم في تعزيز تدابير الوقاية ومكافحة جميع أشكال الغش والممارسات الغير مشروعة التي تشكل تقصيرا في الأخلاقيات وفي واجبات النزاهة أو التي تضر بأملاك الدولة.

أما عن تدخل القاضي الجزائي فتكون الرقابة التي يقوم بها حالة عدم تمكن الكشف عن الأخطاء من قبل أجهزة الرقابة السالفة الذكر، فالقانون الجزائي يطرح سمات عملية، لأن قانون الصفقات العمومية هو قانون متطور يمر بمراحل تأقلم مع التطورات الاقتصادية لأن قطاع الصفقات العمومية يبقى مجال وميدان خصب لنمو وانتشار الكثير من التصرفات والممارسات المحظورة بسبب حجم الأموال المرصدة والمتداولة. فلا بد للقاضي الجزائي من التدخل بغية حماية الصفقات العمومية لأن المنظم لهذه الأخيرة قانون عملي، بحيث يلعب التجريم دور رقابة الأنظمة الإدارية والمالية والتي تعطي دور وقائي،وتكون الجزاءات إيجابية في وجود تحديد للجزاءات الجزائية والتي تطبق على الأشخاص المخالفة للإجراءات التنظيمية. كما أن للتجريم دور وقوة وإستراتيجية من أجل متابعة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، فهو يساعد ويشجع كل الأجهزة على القيام بوظائفها، وتصبح الدعوى الجزائية أكثر شفافية وأكثر جدية من أجل معرفة كل المفاهيم وتحديد الأهداف من أجل حوار داخلي.

وقد تم تدعيم أدوات الرقابة، واستحدث في القضاء الفرنسي ما يعرف بقضاء الاستعجال قبل التعاقد لتمكين المترشح الذي لم يحصل على الصفقة من اتخاذ الإجراءات القانونية قبل إبرام الصفقة العمومية وفي مجال المنافسة فقد أصبح بإمكان مجلس المنافسة معاقبة تصرفات الأشخاص العامة، وفي هذه الحالة يكون القاضي الإداري مختصا في تقدير مدى شرعية التصرف الإداري وفقا لقانون المنافسة.

ثالثا: الحد من التجريم:

بعد الحرب العالمية الثانية ظهر اتجاه فقهي جنائي يدعو إلى التخفيف من صرامة القانون الجنائي بشكل يتناسب مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي شهدتها المجتمعات، وهنا ظهرت فكرة الظروف المخففة من شدة العقوبة، خاصة تلك السالبة للحرية طويلة المدى.[33]

ومن الفقهاء من اعتبر ظاهرة الحد من التجريم إحدى تطبيقات نظرية الظروف المخففة، وقد شهدت عملية تحديد مفهوم مصطلح الحد من التجريم نقاشا فقهيا كبيرا وتعددت آراء الفقهاء بحسب اختلاف الرؤى من هذه الظاهرة.

والحد من التجريم وإن كان سيؤدي إلى إلغاء صفة التجريم عن سلوك معين، فهذا لا يعني مشروعية ذلك السلوك الذي سيظل غير مشروع من ناحية حاجته الدائمة إلى رد فعل اجتماعي غير رد الفعل الاجتماعي. والحد من التجريم يتكون من وقف تجريم سلوك ما كليا فلا يخضع الفعل لجزاء جنائي ويصبح مباحا ما عدا ما يرتبط بالمسئولية المدنية والتجارية أو الإدارية، والحد من التجريم يقدم بدائل غير عقوبة الحبس قصيرة المدة.

وهناك رأي من الفقه قدم تحفظات خاصة على مبدأ التجريم، وطالبوا بالحد من التجريم وذلك بداعي اللاأمن القانوني، لأن القاضي الجزائي عندما يعاقب السلوكات المخلة بواجبات النزاهة والحياد والاستقرار والحيطة بمناسبة تطبيق قانون الصفقات العمومية، وإنما يعاقب على خطأ إداري يندرج ضمن المسئولية الإدارية والتأديبية.

فمخالفة الإجراءات التنظيمية للصفقات العمومية قد يكون مجرد خطأ وظيفيا بعيدا عن كل إخلال بواجب النزاهة، فالتجريم قد يشعر المتعامل المتعاقد عن انجاز المشاريع الاقتصادية بنوع من الخوف والتردد في اتخاذ القرارات، وهنا تظهر لنا لإشكالية في حرية المبادرة لمواجهة متطلبات الوظيفة العامة.

كما أن تدخل القاضي الجزائي في صلاحيات القاضي الإداري بمناسبة مراقبة التصرفات والإجراءات المتخذة من قبل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة عند إبرام وتنفيذ هذه العقود. وهنا تظهر نوع من الضبابية في توزيع الصلاحيات بين القاضي الجزائي والقاضي الإداري.

رابعا: جرائم المال:

1-جنحة منح امتيازات غير مبررة (المادة 26 من قانون 01/06)

وتعتبر من أهم الجرائم المتعلقة بالشراء العمومي التي تضمنها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ونصت عليها المادة 26 الفقرة الأولى بقولها:« يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشرة سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1 .000.000 دج .

كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات » .

فالركن المادي لهاته الجريمة يتمثل في فعل منح امتيازات غير مبررة ومنحها للغير، وبناءا عليه فبالنسبة للقاي الجنائي فإن الطابع غير المبرر للامتياز في مجال الصفقات العمومية يثبت بالضرورة بمجرد خرق القواعد الضامنة للمساواة بين المترشحين.

2-جريمة الرشوة:

تصنف جريمة الرشوة على أنها أخطر مظاهر وصور الاعتداء على نزاهة الوظيفة العامة ولأنها الجنحة التي فيها نسبة كبية من السلوكات الجرمية التي تفلت من المتابعة والعقاب. وقد عرفت بأنها آفة اجتماعية تعترض قيام أي نظام ديمقراطي اقتصادي و اجتماعي.

والمشرع الجزائري أخذ بنظام ازدواجية جريمة الؤرشوة ونص عليها في المادة 25 من قانون الوقاية من الفساد والرشوة في مجال الصفقات العمومية في المادة 27 منه

خامسا: دور القاضي الجزائي في مجال حماية المال العام:

قد يتطلب من القاضي الجزائي في إطار حماية المال العام التصدي لتفنيد وتقييم بعض التصرفات الإدارية من أجل تحديد سير الدعوى الجزائية. فالقاضي الجزائي يملك سلطة تكييف الصفقات العمومية محل المتابعة، فهو مستقل عن القاضي الإداري ولا يتقيد بتأويلاته وتفسيراته، إضافة إلى أن تميزه بتحديد الركن المادي والمعنوي لجرائم قطاع الشراء العمومي.

زيادة على ذلك فإن مجال الصفقات العمومية يتطلب وجود الإلمام بقواعد إبرام الصفقات العمومية، تساعد القاضي الجزائي على فهم عقود الصفقات على اعتبار تميزها بخصوصية خاصة. وضمن هذا المقام كرس الفقه والقضاء الفرنسيين مقولة لأن: قاضي الدعوى هو قاضي الاستثناء le juge de l'action et le juge de l'exception. وتبعا لذلك تم توسيع اختصاص القاضي الجزائي في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات العمومية بحيث أصبح يتمتع باختصاص القضاء الكامل.[34]

ولما كان من الضروري تمكين القاضي الجزائي بالقيام بدوره كحارس على أخلقة قطاع الصفقات العمومية، فقد تم مده بصلاحيات وسلطات واسعة تساعده على أداء مهمته الرقابية المتمثلة في مراقبة التصرفات الإدارية، التي انصبت في بداية الأمر على مدى تقديم اتخاذ القرارات المنفردة دون العقود الإدارية.[35]

ولم تأتي ممارسة القاضي الجزائي لرقابة المشروعية في العقود الإدارية إلا بعد اعتماد نظريات التصرفات المنفصلة، وعليه فإن تدخل القاضي الجزائي في تجريم صفقة عمومية يتطلب منه أن يكيف العقد على أنه صفقة، ثم تحديد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الوصول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.[36]

وشكل منح القاضي الجزائي الاختصاص الكامل سدا مانعا أمام التذرع بالطبيعة الإدارية للعقد، فالقاضي الجزائي لا يتصدى في جريمة المحاباة للبحث عن التصرفات المخلة بحرية الدخول أو المساواة بين المترشحين إلا بعد التأكد من تكييف العقد مع النظام القانوني الذي يخضع له.[37]

ويشمل تدخل القاضي الصلاحيات الكاملة للبحث عن التصرفات التي تشكل خرقا لحرية الدخول والمساواة وشفافية الإجراءات وتفترض في الأساس وجود صفقة عمومية كقاعدة للجريمة. ويكون عليه استخلاص وتقديم السلوكات المخلة بنزاهة الوظيفة العامة وبمبادئ الصفقات العمومية من خلال فحص بعض الالتزامات ذات الطبيعة الإدارية. ونظرا لصعوبة التحكم في قواعد تنظيم الصفقات العمومية بسبب طابعها التقني، هنا يتطلب الأمر تكوين خاص للقضاة للتحكم في هذا المجال المعقد التقني.

كما يسهم التضخم التشريعي من صعوبة عمل القاضي الجزائي في مجال الصفقات العمومية، وهو أمر يشكل معضلة للمستثمرين العموميين في مسايرة هذه الحركية، وهو نفس المشكل الذي يواجهه القاضي الجزائي في حالة وجود قضية في مجال الصفقات العمومية على أساس وجود نص قانوني منظم أو غامض.

وبالنتيجة يشكل هذا الأمر ما يعرف باللأمن القانوني لدى الفاعلين في مجال الشراء العمومي، وهو ما يستدعي وجوب توضيح نصوص الطلب العمومي لتفادي الأخطاء من جانب الموظفين العموميين، ومنع الإخلال بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية. وعليه أصبح بإمكان القاضي من أن يبدي رأيه فيما يتعلق بمشروعية القرار الإداري خاصة إذا كان مؤثر في تحديد مسار الدعوى العمومية، وهو ما ذهبت إلى التأكيد عليه محكمة التنازع الفرنسية بإقرارها مبدأ الولاية الكاملة للقاضي الجزائي في تفسير القرارات الإدارية التنظيمية تطبيقا لمبدأ من يستطيع الكل يستطيع الأقل qui peut le plus peut le moins.

وبناءا عليه رخص للقاضي الجزائي تفسير القرارات الفردية والتنظيمية متى كانت مرتبطة بالدعوى العمومية.[38] وهو ما توجه إليه المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الوقاية من الفساد حيث يمكن للقاضي الجزائي أثناء نظر الدعوى الجزائية المرتبطة بالصفقات العمومية، أن يصرح ببطلان العقد أو الصفقة.[39] بحيث يشمل الحكم بالبطلان القرارات المنفصلة بحكم مبدأ الولاية الكاملة في تفسير القرارات ذات الصلة بالصفقة محل الدعوى الجزائية.

الإحالات و المراجع:

[1] أنظر أكثر تفصيلا رسالة دكتوراه: بوصوار عبد النبي: المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، 2016/2015، ص 5 وما يليها

[2] د. وهبة الزحيلي: التعريف بالفساد وصوره من الوجهة الشرعية: ص 16.

[3] د. كمال توفيق حطاب : العولمة والفساد من منظور إسلامي، أبحاث المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، ج 2، ص.

[4] أحمد رشيد: الوجه القبيح للبيروقراطية المصرفية، ط2، فيفري 1976.

[5] أ. د لحسن بونعامة: الفساد وأثره في القطاع الخاص، ص 685.

[6] د. صلاح الدين فهمي محمود : الفساد الإداري كمعوق لعمليات التنمية الاجتماعية والاقتصادية، 1984، ص 52 وما يليها.

[7] نفس المرجع : ص 75.

[8] الاختلاس نص المادة 29 من قانون الوقاية من الفساد والجريمة الجمركية 05-01، والتزوير المادة 222 من قانون العقوبات الجزائري.

[9] Catherine prebissy schmall, la pénalisation des marchés publics, L.G.D.J ,Paris ;2002 p 8.

[10] أنظر أكثر تفصيلا رسالة دكتوراه علة كريمة: جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، جامعة الجزائر 2013/2012 ص 10 ومايليها

[11] Cathrine Prebessy, schnall, op.cit. p13.

[12] د .بوصوار عبد النبي: مرجع سابق، ص 20 ومايليها

[13] المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 2014/04/19 يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة المقدمة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بنيويورك يوم 2003/10/31 جر عدد 26 بتاريخ 2014/04/23.

[14] قانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمة عدد 46 لسنة 2006 أنظر ديباجة إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.[15]

[16] Cathrine Presby-SCHANALL :la pénalisation des marchés publics, LGDJ, 2002, Paris, p., 8.

[17] أنظر أكثر تفصيلا: يوسف خليفة يوسف: الفساد الإداري والمالي، الأساليب والنتائج وطرق العلاج، كلية العلوم الاجتماعية، المجلد الثالث، العدد الثاني، مجلة النشر اعلمية، الكويت، 2002، ص 273-284.

[18] Cathrine Prebessy-SCHALL : op,cit, p. 23.

[19] بوصوار عبد النبي: رسالة دكتوراة: المسئولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، ص 6.

[20] قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والجرائم المتضمنة فيه نفس جرائم اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

[21] مرسوم رئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 2015/09/16 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضاتع المرفق العام ، ج، ر، رقم.

[22] Cathrine Prebessy-SCHALL : op, cit, p.6 .

[23] محمد سعد فودة: النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الجامعة العربية، الأسكندرية، ص 32.

[24] بوصوار عبد النبي: مرجع سابق، ص 23,

[25] المادة 26 من قانون 02/06.

[26] أنظر المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

[27] Cathrine Prebessy-SCHALL : op, cit, p . 29

[28] J-B. Avby :le mouvement de pénalisation de l'action publique. Adm. Janv. 1997. P.3.

[29] Cathrine Prebessy-SCHALL : op, cit, p. 30

[30] الأمن القانوني.

[31] المرسوم التنفيذي رقم 272/08.

[32] مجلس المحاسبة.

[33] M.J.leclercq,variation sur le theme pénalisation dépénalisation ; revue de pén.crim.1978.p.807.

[34] بوصوار عبد النبي : مرجع سابق، ص 272.

[35] أنظر أكثر تفصيلا: محمد أبوالعينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، ص 208.

[36] J-Benoit : les rapport d'interet entre les élus et l'administratioin locale, DALLOZ, 1997, p. 211.

[37] المادة 06 من قانون 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، والمادة 26 من قانون 01/06 المتعلق بجنحة منح امتيازات غير مبررة للغير.

[38] محمد ماهر أبو العينين: مرجع سابق، ص 226.

[39] أنظر المادة 55 من قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد.