جامعة محمد الصديق بن يحي: جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ملتقى وطني بعنوان:
الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15
تاريخ الانعقاد: يومي 12/11 ديسمبر 2018
مداخلة فردية:

الأستاذ الباحث: خلف الله شمس الدين
السيرة الذاتية:العديد من المشاركات في انتظار الرد،وقيد الانجاز.
التخصص: قانون جنائي.
البريدالإلكتروني:kadakaci123@gmail.com
رقم الهاتف:05.55.46.18.53
الوظيفة والرتبة العلمية: باحث دكتوراه LMD، **أستاذمؤقت**بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي التبسي.
المؤسسة المستخدمة: جامعة العربي التبسي_ تبسة.

المحور الخامس: الآليات الجديدة لرقابة الصفقات العمومية
عنوان المداخلة: رقابة القضائي الجزائي على الصفقات العمومية

الملخص
تعد الصفقات احد الشرايين الحيوية في حياة الدولة لذلك كان واجبا ان يحاط هذا الشريان بما يلزم من حماية ورقابة تمكنه من أداء مهامه وتضمن استمراريته وفي سبيل ذلك اوجد المشرع الجزائري عدة أجهزة مختصة في رقابة الصفقات العمومية في كل مراحلها بدءا بالتحضير لها ووصولا إلى تنفيذها، وقد تباينت انواع الرقابة المرافقة للصفقة ما بين راقبة داخلية واخرى خارجية ومابين رقابة ادارية واخرى قضائية، وحتى القضائية إنقسمت بين القضاء الاداري والقضاء الجزائي، كل حسب ما وقع بالصفقة وحسب ما يختص به الا أن الأمر الثابت أن كل رقابة من السابقين لا تقل أهمية إحداها عن الأخرى طالما كانت العلاقة بينهم علاقة تكامل وتعاضد، من هذا المنطلق ولعدم قدرتنا على تناول كل أنواع الرقابة الموجهة للصفقات العمومية اختارنا أن نسلط الضوء من خلال هذه الدراسة على رقابة القضاء الجزائي والتي يمارسها من خلال النصوص الجزائية المقررة لحماية الصفقات العمومية.
الكلمات المفتاحية: مكافحة الفساد، القضاء الجزائي، القانون 01/06، جرائم الصفقات، النصوص التجريمية.

مقدمة

لقد صاحب التطور الذي عرفه العالم منذ عقود طويلة من الزمن تأثيرا كبيرا على وظيفة الدولة وزيادة في تدخلها في المجتمع في كافة نواحيه الحياتية، مما أثقل كاهلها فأضحت عاجزة عن تلبية كل حاجيات مجتمعها بمفردها وأصبحت مجبرة على مشاركة جزءا من وظيفتها ، خاصة إذا تعلق الأمر بأعمال البناء والتشييد أو التموين بالسلع والخدمات، للقيام بهذه الأعمال التي تخصص لها سنويا مبالغ ضخمة يتم إنفاقها في مجالات مختلفة وذلك باللجوء إلى إبرام عقود مع القطاع الخاص ، تميزت بالعديد من التجاوزات خاصة في ظل ضعف الشفافية في إبرامها في وقت ليس بالبعيد من حياة الدولة الجزائرية، مما دفع بالمشرع إلى ضرورة الإسراع في إحاطتها بما يلزم من ضمانات تكفل حمايتها.

فكان نظام الصفقات العمومية السبيل الأمثل لإستخدام الأموال العمومية خاصة في ناحية ترشيد النفقات العمومية وتحقيق النجاعة الإقتصادية ولضبط أهم المعاملات المالية التي تقوم بها الإدارة بمناسبة قيامها بوظائفها والمتمثلة في الصفقات، ذلك بالنظر إلى أهميتها في إشباع الحاجيات العامة وإلى ما تستهلكه من أموال ضخمة ، إلا أنها ومع ذلك وحتى في وجود هذا النظام لم تسلم من أن تكون محلا لعدة أفعال فساد مختلفة صادرة من القائمين عليها بغرض الوصول إلى غايات معينة، بسبب ما تحويه النصوص القانونية والتنظيمية من ثغرات تسمح بهامش من الحرية للتلاعب ببعض مزاياها من قبل متولي إجراءات إبرامها وتنفيذها على حد سواء، وأيضا بسبب ما يخصص لهذا النوع من الأعمال من أموال طائلة تسيل لعاب المتعاملين وتثير طمعهم وشهيتهم في الحصول على ما يستطيعون تحصيله.

هذا ما دفع بالمشرع الجزائري مرة أخرى، وفي محاولة منه لحمايتها وإستدراك أي ثغرة في التنظيمات والأحكام التي تؤطرها إلى اللجوء للقضاء الجزائي ليكون أحد الأطراف المكلفين برقابة الصفقات العمومية وذلك عن طريق مجموعة النصوص الجزائية العقابية والتي جاء بها المشرع لتجريم كل أفعال الفساد التي قد تطالها متى كان بإمكان هذه الأفعال تهديد هذا المجال الحيوي والإنحراف به عن الهدف والغاية التي وجد لأجلها.

هذا التجريم الذي كان إلى ما قبل سنة 2006 جزءا لا يتجزأ من نصوص قانون العقوبات ليقرر المشرع الجزائري ونتيجة لعدة أسباب ومعطيات فرضها الواقع الوطني والتوجه العالمي الإنتقال بهذه النصوص إلى نصوص قانون مستقل وذلك سنة 2006 بموجب القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مع إدخال بعض التعديلات عليها ليصبح أكثر ذي دقة مما كان عليه وليواكب ما وصل له شر الفساد وفتكه في مجال الصفقات العمومية، ولتكون هذه النصوص التجريمية الواردة في القانون سالف الذكر وتحت تسميات مختلفة رادعا ومحاسبا لمن تسول له نفسه إستغلال أموال ونصوص الصفقات العمومية لقضاء مآربه الشخصية.

لذلك فإن النصوص التجريمية سالفة الذكر ستكون محلا لدراستنا في هذه المداخلة في محاولة منا لبيان ماهية الشروط أو الأركان اللازمة لتفعيل وتوقيع الجزاء الذي تنص عليه مع بيان أيضا مواطن القصور في هذه النصوص متى أمكن ذلك، إنطلاقا من الإشكالية التالية:

فيما تتمثل أركان قيام هذه الجرائم ؟

وذلك من خلال المحاور التالية

المحور الأول: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

رغم تجريم المشرع الجزائري في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته فعل رشوة الموظفين العموميين في المادة 25 منه إلا أنه عاد وجرم فعل الرشوة مرة أخرى في المادة 27 من نفس القانون ولكن حصره في مواجهة فئة معينة من الموظفين العموميين وفي مجال معين من الأعمال العامة وهما على التوالي الموظفين العموميين القائمين على إجراءات الإبرام في مجال الصفقات العمومية، هذه الإعادة التي عكس فيها المشرع مدى خطورة إنتشار جريمة الرشوة فيه وكذلك مدى معاملته لمجال الصفقات العمومية معاملة مميزة إنطلاقا من قيمتها وأهميتها في حياة الدولة ككل، مما دفعه إلى تقرير عقوبة مشددة لهذا النوع من الرشوة مقارنة بجريمة رشوة الموظفين العموميين متى قامت أركانها بالنسبة لمرتكبها والتي تتمثل في:

* **الركن المفترض:** وهو حمل الجاني لصفة الموظف العمومي وفقا لما نصت عليه الفقرة ب من المادة 2 من القانون 01/06 سالف الذكر[1].

تعد جرائم الفساد في الصفقات العمومية من جرائم ذوي الصفة، فهي بالدرجة الأولى جريمة الموظف العمومي، فوجودها مرتبط قبل كل شيء بصفة مرتكبها، لذلك إعتبر البعض أن صفة الموظف العمومي في جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية شرط مفترض بينما إعتبرها البعض الآخر ركنا خاصا، إلا أن الأمر الثابت أن صفة الموظف العمومي يعتبر شرطا أوليا مشتركا بين جميع مرتكبي جرائم الفساد في الصفقات لا فعلا مكونا للركن المادي الخاص بكل جريمة[2].

لذلك كان ثاني تعريف تناوله المشرع الجزائري في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته من خلال نص المادة 2 هو تعريف الموظف العمومي وذلك بموجب الفقرة ب من نفس المادة والتي نصت على أن الموظف العمومي: "... 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.

كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأس مالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.
كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما..."[3].

إذا فالمشرع الجزائري وبموجب القانون 01/06 سالف الذكر يكون قد وسع في مفهوم الموظف العمومي، هذا المفهوم الذي ظل طويلا مرتبطا في أصله بالخدمة في منصب دائم ضمن المؤسسات والهيئات والمصالح الإدارية والتنفيذية التابعة للدولة.

- أنواع الموظف العمومي طبقا للفقرة ب من المادة 2 من القانون 01/06:

أ- الشاغلون لمنصب تشريعي: والذين يتمثلون تحديدا في أعضاء البرلمان بغرفتيه سواء فيما يخص المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة وذلك بغض النظر عن طريقة إكتسابهم العضوية في كلتا الغرفتين فهم يعتبرون موظفين عموميين في مفهوم القانون 01/06 سالف الذكر[4].

ب- الشاغلون لمنصب تنفيذي: وينصرف هذا اللفظ للتعبير عن رئيس الجمهورية والوزير الأول وأعضاء الحكومة (الوزراء والوزراء المنتدبون).

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن رئيس الجمهورية لا يسأل عن الجرائم التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى، في حين تجوز مساءلة أعضاء الحكومة عن جرائم الفساد أمام المحاكم العادية.

ج- الشاغلون لمنصب قضائي: وهم الذين جاء على ذكرهم القانون الأساسي للقضاء ويتمثلون في:

- القضاة التابعون لنظام القضاء العادي مهما كان مركزهم الوظيفي.
- القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري سواء تعلق الأمر بقضاة المحاكم الإدارية أو قضاة مجلس الدولة[5].

د- الشاغلون لمنصب إداري: وهم كل من يتولون عملا في إدارة عمومية سواء أكان دائما أو مؤقتا في وظيفته، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بغض النظر عن أقدميته أو رتبته.

و- الشاغلون لمنصب في المجالس الشعبية المحلية المنتخبة: ويقصد بهم كافة أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية بمن فيهم الرئيس.

ه- الشاغلون لوظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال مختلط[6].

ز- من في حكم الموظف: وينطبق هذا المفهوم لا سيما على المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني والضباط العموميين الذين إستثنتهم المادة 2 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية من مجال تطبيقه[7].

*** الركن المادي:** والذي يتكون من:

- السلوك الإجرامي: ويتوفر متى أتى الجاني بأحد الأفعال التالية:

- القبض: وهو الفعل الذي يعبر عن تلقي الموظف العمومي الأجرة أو المنفعة أي أنها أصحبت بين يديه أو في حيازته أو إستفاد منها فعلا هو أو غيره.

ويستوي أن يكون فعل القبض قد تم بصفة مباشرة أو غير مباشرة كأن يكون عن طريق وسيط يتولى هو القيام بتسليم الأجرة أو المنفعة لحساب الموظف العمومي بغض النظر عن نوع الأجرة أو المنفعة وعن قيمتها الفعلية مقارنة بما سيقوم به الموظف العمومي وذلك راجع لأن درجة إحتياج الموظف العمومي للاجرة أو المنفعة أو رغبته فيها هي التي تعبر عن قيمتها الحقيقية.

- محاولة القبض: وهو الفعل الذي يفترض أن يكون بناءا على تعبير صادر من الموظف العمومي في رغبته عن قبض أجرة أو منفعة من الطرف الآخر، وهنا لا يستلزم تعبير محدد وإنما أي سلوك يفهم منه إتجاه إرادة الموظف العمومي إلى رغبته في تسلم المقابل.

ويلاحظ على المشرع الجزائري أنه وإن حدد محل النشاط الإجرامي إلا أنه لم يقرنه بعدم الإستحقاق وهذا في رأينا يجعل النص التجريمي غير دقيق[8].

- الغرض من الرشوة: تقتضي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أن يقبض الجاني بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها[9].

غير أن الفقهاء في الجزائر وإن إتفقوا على ضرورة توافر شرط أدوار العقد لتطبيق المادة 27 إلا أنهم إختلفوا حول النطاق الحقيقي لهذه الأدوار، فيرى بعضهم أن نطاق أدوار التعاقد للمادة 27 يشمل دور التحضير وإجراء المفاوضات فقط ولا يشمل دور الإبرام أو التنفيذ، فيما يرى البعض الآخر أن هذا ما هو إلا تعارض بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 27 إذ أن النص الفرنسي يخلو من لفظ "قصد" المستخدم في النص العربي، فإقترحوا حذفه من النص العربي ليطابق النص الفرنسي[10].

-المستفيد من الرشوة: يستوي الأمر أن يستفيد مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من الأجرة أو المنفعة هو نفسه أو غيره، فرغم أن الأصل العام أن يكون الجاني هو المستفيد من مقابل جريمته، إلا أن ذلك لا ينفي في بعض الأحيان أن يكون المستفيد غيره، مثل أصوله أو فروعه أو أي شخص آخر يعينه لهذا الغرض.

وتجدر الإشارة إلى أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تقوم ولو تسلم المنفعة أو الأجرة شخص لم يعينه الموظف العمومي، طالما علم هذا الأخير بالأمر ولم يبدي إعتراضه.[11]

وبالرجوع لمحل أعمال التحضير أو إجراء المفاوضات نجد المشرع حددها إما في صفقة أو عقد أو ملحق دون أن يأتي على ذكر الإتفاقية كما فعل ذلك في الجريمة المنصوص عليها في المادة 26 من القانون 01/06 سالف الذكر والمتمثلة في منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

*** الركن المعنوي:** جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من الجرائم العمدية والتي يجب لتمام بنيانها القانوني توافر قصد جنائي عام يتوفر متى علم الجاني بكافة الأركان المكونة للجريمة وإتجهت إرادته إلى قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة.

*** العقوبات:**

يعاقب الجاني المرتكب لجريمة الرشوة في مجال مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشر سنوات إلى 20 سنة وغرامة من 1000000دج إلى 2000000دج، هذه العقوبة التي تعتبر مشددة مقارنة بعقوبة رشوة الموظفين العموميين المنصوص عليها في المادة 25 من القانون 01/06 سالف الذكر، وذلك راجع:

- لأهمية الصفقات العمومية وما ينتج من التلاعب فيها من خسائر لا حدود لها.
- إعتبار الموظف العمومي هو الباب الوحيد لولوج الرشوة إلى مجال الصفقات العمومية فكانت العقوبة ذات هدف وقائي قبل أن تكون ردعية[12].

أما بالنسبة للعقوبات التكميلية فيمكن للجهة القضائية المختصة تسليط عقوبة تكميلية أو أكثر على الجاني متى رأت ذلك وفقا لسلطتها التقديرية[13].

المحور الثاني: جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

وهي أحد الجرائم التي نص عليها المشرع الجزائري أيضا في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والتي ضمنها في المادة 26 منه ولم يلبث أن أخضعها للتعديل بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2011/08/02[14]هذه الجريمة جاءت لإضفاء صفة التجريم على ما يمكن أن يقوم به الموظف العمومي من خرق للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية ليمنح أفضلية غير مبررة قانونا لأحد المتعاقدين.

وبالرجوع لتجريم فعل منح إمتيازات غير مبررة نجد أن النص الخاص بتجريم هذا الفعل قد أخضعه المشرع الجزائري للتعديل كليا وذلك بموجب المادة الثانية من القانون 15/11 سالف الذكر.

فبعدما كان النص التجريمي لفعل منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية حين صدور القانون 01/06 سالف الذكر هو نقل شبه حرفي للمادة 128 مكرر من الأمر 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1699 [15]والتي إتفقت مع نص المادة 1/126 قبل التعديل والتي نصت على أنه < يعاقب...كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير...>[16]

جاء القانون 15/11 سالف الذكر ليعدل هذه الفقرة ككل ويعيد صياغتها كالتالي <...يعاقب...كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات...>[17]

أما عن مرد هذا التعديل فقد جاء في عرض الأسباب المرفق بمشروع القانون 15/11 سالف الذكر بأن أهم أسباب تعديل المادة 26 فقرة 1 من القانون 01/06 سالف الذكر هو تشكيلها عائقا أمام المسيرين، ذلك أن النص قبل التعديل كان يعتبر أن أي مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الحاكمة للصفقات العمومية تقوم به الجريمة، فجاء التعديل ليشترط أن تتعلق تلك المخالفة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

وإلى جانب ذلك إستبدال عبارة <بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير> بعبارة <منح الغير امتياز غير مبرر> وذلك تمييزا للجريمة التامة المعاقب عليها في المادة 26 عن المحاولة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 52 من نفس القانون.[18]

وتستلزم هذه الجريمة لإكتمال بنيانها القانوني ما يأتي:

* **الركن المفترض:** وهو أن يكون مرتكب هذه الجريمة حاملا لصفة الموظف العمومي كما هو معرف وفقا للمادة 2 فقرة ب من القانون 01/06 سالف الذكر**(19)**.

* **الركن المادي:** والذي يتكون من عنصرين أساسيين هما:

* إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية: ويتحقق هذا متى كان هناك:

- إبرام: ويقصد بالإبرام الكيفيات والأشكال والإجراءات التي يتطلبها القانون لإعتماد صفقة أو عقد أو ملحق أو إتفاقية بشكل يرتب عليه القانون آثارا**(20)**.

- تأشير: ويقصد به الفعل الذي تعبر من خلاله لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة على قبول الصفقة خلال أجل أقصاه 20 يوما إبتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة**(21)**.

وينصب على:

- عقد: حسب المادة 5 من المرسوم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية العقد يشمل كل الطلبات التي تقل عن المبلغ المحدد لإبرام الصفقة وكل طلب يجب أن تبرم بشأنه صفقة وهذا بالإعتماد على مفهوم المخالفة للمادة 5 سالفة الذكر[22].
- أو إتفاقية: وهي المصطلح الذي عبر به المشرع على شكل عقد البرنامج المنصوص عليه في المادة 14 من المرسوم الرئاسي 250/02 سالف الذكر[23].
- أو صفقة: عرفها المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة الثانية منه بأنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين إقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.
- الملحق: عرفته المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة[24].

ووقع فعل الإبرام أو التأشير مخالفة للاحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات بما في ذلك من تفضيل متعامل على آخر بعيدا عن أي قرار إختيار موضوعي مما ينتج عنه حصول الدولة ومؤسساتها على خدمات أقل مما كان من الممكن أن تحصل عليه في حالة إحترام القانون[25].

* منح إمتيازات غير مبررة: لا تقوم جريمة الإمتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية لمجرد عدم إحترام الموظف العمومي الأحكام التشريعية والتنظيمية بل يجب أن يكون عدم الإحترام مرده أساسا رغبة الموظف العمومي في تفضيل أحد المتنافسين وتمييزه بشكل غير قانوني[26]. وذلك بمنحه إمتيازا غير مبرر، والامتياز في اللغة جمعه إمتيازات من مصدر إمتياز، وهو تمكين شخص أو جماعة من القيام بعمل دون سواهم.

وقد ذهب بعض الفقه إلى محاولة تحديد مفهوم الامتياز غير المبرر فاعتبره ذلك الامتياز أو المزية التي تمنح للغير في غياب لتبريرات موضوعية بشأن الأعمال التي تقوم بها الإدارة في إطار منح صفقة عمومية أو عقد تفويض مرفق عام، وتمثل مخالفة لمبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية وكذا المساواة بين المترشحين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أما قانونا فيسجل أن الامتياز غير المبرر لا يعتبر مصطلحا حديثا جدا، ففي التشريع الفرنسي تضمن القانون الصادر في 25 سبتمبر 1948 المتعلق بالمجلس التأديبي الخاص بالمخالفات في مجال الميزانية والمالية ضمن المادة 6 منه التنصيص على منح إمتياز غير مبرر حيث تم تعريفه على أنه ذلك الإمتياز الذي يشكل إضرارا ذي طبيعة وأثر مالي بالخزينة أو الجماعة الوطنية أو الهيئة المستخدمة المعنية.[27]

وهنا يطرح التساؤل حول طبيعة العلاقة بين مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المشار إليها والإمتيازات غير المبررة هل هي علاقة تلازم، أي أن كل مخالفة تنتج إمتيازا غير مبرر أم أنه يمكن منح إمتياز غير مبرر دون مخالفة النصوص، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أن محكمة الجنايات التي أجابت بنعم على السؤال المتعلق بواقعة إبرام إتفاقيات مخالفة للتشريع ثم أجابت بالنفي على السؤال المتعلق بغرض منح إمتياز غير مبرر خلقت تناقضا بين السؤالين، وبهذا تكون المحكمة العليا رافضة لإمكانية وجود مخالفة للتشريع من جهة وعدم منح إمتياز غير مبرر.

إلا أن هناك إجتهاد قضائي فرنسي إعتبر أن المزية غير المبررة ليست مرتبطة بمدى شرعيتها فقد نكون أمام مزية مبدئيا غير شرعية لكنها مبررة، فمعيار الأفضلية المحلية المعتبرة غير شرعي مبدئيا يمكن أن يصبح مبررا إذا كان قرب المؤسسة شرط أساسي لحسن تنفيذ الصفقة

فهنا تطرح مدى سلطة القاضي الجنائي في الحلول محل النص القانوني الجامد لتقدير المبرر وغير المبرر[28].

* **الركن المعنوي:** جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، جريمة عمدية يلزم لقيامها وإكتمال بنيانها توافر قصد جنائي عام يتمثل في:

علم الجاني بأنه موظف ومختص بإبرام أو بتأشير العقود أو الإتفاقيات أو الصفقات أو الملاحق وبأنه يخالف النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها وأن تتجه إرادته إلى إتيان الفعل المجرم.

بالإضافة إلى قصد خاص يتمثل في إعطاء الغير إمتيازات غير مبررة مع العلم أنها تشكل جريمة[29].

* **العقوبات:**

عاقب المشرع الجزائري في المادة 26 من القانون 01/06 سالف الذكر مرتكب جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من شهرين إلى 10 سنوات وغرامة مالية تتراوح بين 200000دج إلى 1000000دج.

بالإضافة إلى إمكانية أن يكون محلا لعقوبة تكميلية واحدة أو أكثر من المنصوص عليهم في قانون العقوبات[30].

المحور الثالث: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة 35 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والتي نص عليها المشرع لتغطية كل السبل التي قد يحصل منها الموظف العمومي بمناسبة أعماله الوظيفية على منفعة أو مزية غير مستحقة خاصة في مجال الصفقات والأعمال المالية التي يقوم بها فبعدما جرم سلوك الموظف العمومي الموجه للحصول على مزية غير مستحقة مقابل منفعة يقدمها للمتعامل المترشح للتعاقد مع هيئة عمومية وبعد تجريم إساءة إستغلال الموظف العمومي وظيفته دون مقابل لمنح إمتيازات غير مبررة للغير، ، جاء المشرع في هذه الجريمة لتجريم إنتفاع الموظف العمومي من الأعمال التعاقدية أو المالية التي يكون متدخلا فيها وذلك متى توافرت الأركان التالية:

* **الركن المفترض:** ويتمثل في صفة الموظف العمومي التي يجب أن تتوافر في الجاني مرتكب الجريمة وفقا لأحكام الفقرة ب من المادة 2 من القانون 01/06 سالف الذكر[31].

وأن يكون مكلفا بالإدارة أو الإشراف على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو أن يكون مكلفا بإصدار أذونات الدفع أو القيام بإجراء تصفية[32].

* **الركن المادي:** والذي يتحلل إلى التالي:

- **السلوك الإجرامي:** والذي يتخذ صورتين:

- الأخذ: وهو تسلم الموظف العمومي للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية أو معنوية بصفة غير مشروعة من الأشخاص الذين لديهم مصلحة في العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات.

- التلقي: وهو تلقي الموظف العمومي للفائدة وهنا يشترط أن يكون هناك إيجاب من صاحب المصلحة في العقود والمناقصات والمزايدات والمقاولات وقبول من الموظف العمومي[33].

- مناسبة الحصول على الفائدة:

قرن المشرع الحصول على الفائدة بمناسبة الإدارة أو الإشراف التي يتولاها الموظف العمومي على الأعمال التالية:

- العقود: تأخذ العقود في نص المادة 35 من القانون 01/06 مفهوما واسعا، سواء كان هدفها إقتناء خدمات وإنجاز أشغال أو بيع سلعة أو تقديم خدمة أو إستئجار أو إيجار عقارات أو عتاد[34].

- المزايدات: عرفها المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 27 منه بأنها: "المزايدة هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض..." وهو التنظيم الذي صدر القانون 01/06 سالف الذكر في عهده[35].

فيما عرفها المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في مادته 33 بأنها: "المزايدة هي الإجراء الذي يمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا..."[36].

- المناقصة: عرفها المرسوم الرئاسي 250/02 على أنها: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروش من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض" في المادة 21 منه[37]، وهو نفس ما أكد عليه المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 26[38].

وهنا تجدر الإشارة إلى أن كل من المناقصة والمزايدة لم يعد لهما وجود كآلية لإبرام الصفقات العمومية بعد صدور المرسوم الرئاسي 247/15 حيث نص في المادة 39 منه على أن: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي"، فيما عرف إجراء طلب العروض في المادة 40 منه على أنه: "... إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إستنادا إلى معايير إختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"[39].

هذا ما نتج عنه تناقض بين نص المادة 35 من القانون 01/06 سالف الذكر وبين المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نتيجة إعتماد المشرع في صياغة المادة 35 على كيفيات إبرام الصفقات العمومية رغم أن تنظيم الصفقات العمومية يعد من التنظيمات التي لا تخضع لمبدأ الثبات والإستقرار[40] وهنا من رأينا أنه كان بإمكان المشرع حين صياغته للمادة 35 وضع هذه الإعتبارات نصب عينه والإكتفاء فقط بإستعمال لفظ العقود لشموليته الصفقات العمومية وذلك إنطلاقا من التعريف الذي أعطاها إياها التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الذي إعتبرها في المادة 2 منه عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به[41] ولشموليته أيضا باقي أنواع العقود الأخرى مهما كان نوعها.

- المقاولات: عرف المشرع الجزائري المقاولة في المادة 549 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 بقوله < المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر>[42]

- الإذن بالدفع: يعرف بأنه الأمر الكتابي الصادر من الآمر بالصرف لشخص المحاسب العمومي بدفع مبلغ مالي معين من حساب الهيئة العمومية المعينة لشخص معين.

وعلى هذا يظهر أم الامر بالصرف يمثل الطريق التنفيذي لعملية تصفية النفقة إذ أن هذه الأخيرة وإن كانت تقر حق دائن الإدارة في إستيفاء حقه، إلا أنها تبقى دون قوة تنفيذية قبل صدور الأمر بالصرف[43].

والملاحظ أن القانون رقم 21/90 المتعلق بالمحاسبة العمومية لم يورد مصطلح الإذن بالدفع حين تطرقه لتصفية النفقة وإنما إستعمل مصطلحي الأمر بالصرف أو تحرير الحوالات كإجراء يأمر بموجبه دفع النفقات العمومية[44] على خلاف المادة 35 من القانون 01/06 سالف الذكر والتي وإن كان تاريخ صياغتها لاحقا على القانون 21/90 سالف الذكر إلا أنه لم يحترم فيها ضرورة تناسق الألفاظ[45].

- التصفية: يقصد بالتصفية في الفقه القانوني مجموعة العمليات التي ترمي إلى إنهاء الأعمال الجارية للشركة، وإستيفاء حقوقها، ودفع ديونها، وتحويل عناصر موجوداتها إلى نقود تسهيلا لعمليات الدفع والقسمة، وتحديد حصة كل شريك من الشركاء في موجوداتها المتبقية، أو ما يترتب على كل منهم دفعه تسديدا لديونها إذا تعذر عليها التسديد من موجوداتها[46].

* **محل الجريمة:** لم يقم المشرع الجزائري في نص المادة 35 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بتحديد نوع الفائدة التي يتلقاها الموظف ولا مقدارها بل إكتفى بتعميم تجريم أخذ الفوائد أيا كانت أو تلقيها أو الإحتفاظ بها ولكن بشرط أن تكون هذه الفوائد من حصيلة الأعمال التي يديرها الجاني أو يشرف عليها[47].

* **الركن المعنوي:** تعد جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية جريمة عمدية يتطلب بنيانها القانوني توافر القصد الجنائي لدى الفاعل بعنصريه إرادة السلوك والعلم بكافة العناصر القانونية.

فينصب العلم على صفة الجاني بإعتبارها ركنا في الجريمة، وعلمه بأن العملية التي كلف بإدارتها أو الإشراف عليها فيها مصلحة خاصة له، ويستوي أن يكون على علم بالفائدة أو عدم العلم طالما كانت مقترضة لمجرد الجمع بين المصلحتين.

ولا يشترط أن تكون إرادة الجاني قد إتجهت بصفة أساسية إلى الحصول على ربح بل يكفي إرادة القيام بالعملية مع العلم بتوفر الجمع بين المصلحتين العامة والخاصة[48].

* **العقوبات:**

عاقب المشرع الجزائري مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بعقوبة الحبس لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات وغرامة حدها الأدنى 200000دج وحدها الأقصى 1000000دج.

مع إمكانية توقيع الجهة القضائية المختصة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات على الجاني[49].

خاتمة

أفصح المشرع الجزائري من خلال القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ومن خلال ما جاء فيه من نصوص تجريمية لأفعال وممارسات الفساد في مجال الصفقات العمومية على نية حسنة تعبر عن رغبة كبيرة في التصدي لكل ما قد يمس بهذا المجال الحيوي، إلا أن هذا لا يعد كافيا طالما كان الفساد في الصفقات العمومية شأنه شأن باقي أشكال الفساد الأخرى لا يتخلى عن كونه ظاهرة مركبة ليس بإمكان للنص الجزائي الموضوعي فقط معالجته بعيدا عن النصوص والاستراتيجيات الأخرى

وفي إطار دراستنا هذه توصلنا إلى النتائج التالية

- غموض صياغة المادة 27 من القانون 01/06 سالف الذكر والمتعلقة بالرشوة في مجال الصفقات العمومية فيما يخص الغرض من الرشوة والتي يظهر من خلالها أن المشرع لم يقصد إلا مرحلة التحضير أو إجراء مفاوضات لغرض إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق.
- عدم ذكر المشرع أحد الأنواع التي قد تتخذها الصفقة وهو عقد البرنامج الذي نص المشرع على أن يأخذ شكل الاتفاقية.
- عدم توضيح المشرع في المادة 26 من القانون 01/06 سالف الذكر والمتعلقة بمنح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية العلاقة التي تحكم مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية من جهة والإمتياز غير المبرر من جهة أخرى، فهل كل امتياز جاء

نتيجة لمخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية يعد إمتيازا غير مبرر آليا أو أنه يجب إثبات هذه العلاقة وإلا إنتفت الجريمة.

- عدم قابلية المادة 35 من القانون 01/06 سالف الذكر والمتعلقة أخذ فوائد بصفة غير قانونية للتطبيق في ظل ما جاءت به أحكام المرسوم 247/15 سالف الذكر من أشكال جديدة لكيفيات إبرام الصفقات العمومية.

التوصيات:

- إعادة صياغة المادة 27 والمتعلقة بالرشوة في مجال الصفقات العمومية وذلك بحذف مصطلح <قصد> لجعل التجريم يشمل كافة مراحل الصفقة.
- تعديل المادة 27 سالفة الذكر وذلك بزيادة لفظ الإتفاقية
- تعديل المادة 26 بمنح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بتبيان العلاقة التي تحكم مخالفة القواعد التشريعية والتنظيمية والإمتياز غير المبرر.
- تعديل المادة 35 والمتعلقة أخذ فوائد بصفة غير قانونية والاكتفاء بلفظ العقود مع حذف لفظي المزايدات والمناقصات.

---

[1]- المادة 2 من القانون 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 14، لسنة 2006، ص4.

[2]- علة كريمة، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص49،48.

[3]- المادة 2 من القانون 01/06، سالف الذكر.

[4]- تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص119-120.

[5]- حماس عمر، جرائم الفساد المالي وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص28-31.

[6]- ولد علي لطفي، جريمة الإختلاس في ظل القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، وهران، 2013، ص63.

[7]- بكوش مليكة، جريمة الإختلاس في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، وهران، 2013، ص104.

[8]- المادة 27 من القانون 01/06 سالف الذكر.

[9]- دليلة جلايلية، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يومي 20 ماي 2013، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، 2013، ص6.

[10]- بوبرقيق عبد الرحيم، مدلول العمل التعاقدي في جريمة الرشوة في القانون الجزائري وفي التشريعات الجزائية الأجنبية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2007، ص498-499.

[11]بلخضر يحي، الرشوة وآليات مكافحتها في ظل القانون 01/06، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، دس، ص 96.

[12]- المادة 27 من القانون 01/06 سالف الذكر.

[13]- المادة 50 من القانون 01/06 سالف الذكر.

[14] عدلت بالمادة 2 من القانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 44، لسنة 2011، ص 4.

[15] المادة 128 مكرر، من القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 34، لسنة 2001، ص 16.

[16] المادة 26 من القانون 01/06، سالف الذكر.

[17] المادة 2 من القانون 15/11، سالف الذكر.

[18] سامي محمد غنيم، جرائم الفساد في التشريع الجنائي الفلسطيني والجزائري –دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017، ص 440.

[19]- المادة 2 من القانون 01/06 سالف الذكر.

[20]- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2013، ص113.

[21]- المادة 178 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد50، لسنة 2015، ص3.

[22]- المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، لسنة 2002، ص3. ملغى

[23]- المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 سالف الذكر.

[24]- المادة 2 و136 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 سالف الذكر.

[25]- المادة 26 من القانون 01/06 سالف الذكر.

[26]- رمزي بن الصديق، دور الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2013، ص58.

[27] تبون عبد الكريم، الأطروحة السابقة، ص 194-195.
[28]- علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص230-232.
[29]- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص35.
[30]- المادة 26 و50 من القانون 01/06 سالف الذكر.
[31]- المادة 2 من القانون 01/06 سالف الذكر.
[32]- المادة 35 من القانون 01/06 سالف الذكر.
[33]- حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص123.
[34]- بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص161.
[35]- المادة 27 من المرسوم الرئاسي 250/02 سالف الذكر.
[36]- المادة 33 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 58، لسنة 2010، ص3. ملغى
[37]- المادة 21 من المرسوم الرئاسي 250/02 سالف الذكر.
[38]- عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 سالف الذكر المناقصة على أنها: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".
[39]- المادة 39 و40 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.
[40]- المادة 35 من القانون 01/06 سالف الذكر.
[41]- المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.
[42]- المادة 549 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد78، لسنة 1975.
[43]- يوسف جيلالي، النظام القانوني للآمر بالصرف في القانون الجزائري، مجلة القانون، العدد 6، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، 2016، ص89.
[44]- المادة 21 من القانون رقم 21/90 المؤرخ في 15 أوت 1990، المتضمن المحاسبة العمومية، جريدة رسمية عدد 35، لسنة 1990، ص1131.
[45]- المادة 35 من القانون 01/06 سالف الذكر.
[46]- بلهون حسين، النظام القانوني لإنقضاء الشركات التجارية - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013، ص60-61.
[47]- جدي وفاء، جريمة أخذ فوائد غير قانونية في ظل قانون مكافحة الفساد، مجلة دراسات قانونية وسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2016، ص210.
[48]- علة كريمة، المرجع السابق، ص100-101.
[49]- المادة 35 و50 من القانون 01/06 سالف الذكر.