الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة دكتور مولاي الطاهر – سعيدة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر الموسومة بـ

الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري

إعداد الطالبة:
ياحي صورية

تحت إشراف الأستاذ:
د.عثماني عبد الرحمن

أعضاء لجنة المناقشة

د/محمد بن زايد.....رئيسا
د/ عثماني عبد الرحمن.....مشرفا ومقررا
د/فليح كمال محمدعبد المجيد.....مناقشا

السنة الجامعية: 2019-2020

إهداء

نهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: «وقل ربي أرحمهما كما ربياني صغيرا».

وإلى كل أخواتي وإخوتي الذين وقفوا معي

إلى أستاذنا الكريم الدكتور "عثماني عبد الرحمن " لإشرافه على هذه المذكرة، وما قدمه لنا من نصائح قيّمة وتوجيهات صائبة وهذا في جميع مراحل مذكرتنا، كما نتوجه له بخالص الشكر والعرفان والامتنان

إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

وإلى كل الزملاء والزميلات

صورية

شكر وعرفان

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «من لم يشكر الناس لم يشكر الله»

اقتداء بهذا القول يشرفني أن أتوجه بالشكر والعرفان

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد

في إنجاز هذا العمل المتواضع

يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذنا

المشرف الدكتور "عثماني عبد الرحمن"

على المجهودات التي بذلها في تصحيحها وتقييمها

صورية

مقدمة

مقدمـــــة:

أصبح الفساد يشكل موضوعاً من مواضيع الساعة، ذلك أنه لم يعد شأناً محلياً بل ظاهرة عابرة للحدود الوطنية، تمس جميع المجتمعات وتمتاز بخطورتها وآثارها الممتدة إلى جميع المجالات وضمن أبعاد متعددة.

ولعل وجود أوصاف متعددة لظاهرة الفساد لا ترجع فحسب إلى تغير الزوايا التي ينظر منها إلى الظاهرة، بل هو راجع كذلك إلى مسائل أخرى، من بينها وعلى الأخص، كثرة أساليب الفساد وكذا التنوع في سبل تغلغله في المجتمعات، وفي هذا الصدد يوجد من يعتبر أن ظاهرة الفساد تأخذ معنى الرشوة تارة وتأخذ معنى الاختلاس تارة أخرى، وفي تارة أخرى معنى المحاباة.

وعليه يظهر تعقد ظاهرة الفساد، الأمر الذي دفع الكثير من الباحثين في هذا المجال إلى اعتماد عدة تصنيفات بهدف تحديد هذه الظاهرة، من بين هذه التصنيفات فساد صغير يشمل آلية دفع الرشوة والعمولة وآلية وضع اليد على المال والحصول على مواقع للأقارب،وفساد كبير يشمل صفقات السلاح وكذا وكالات تجارية للشركات عبرة القومية.

ويعد الفساد الإداري من أخطر أنواع الفساد لأن الإدارة تمثل المحرك الرئيسي في حركة الدولة والسلطات القائمة، ويتمثل الفساد هنا في التصرفات غير القانونية والتعقيدات البيروقراطية كما أن ظاهرة الفساد الإداري والمالي ظاهرة شديدة الانتشار، تأخذ أبعاداً واسعة تتداخل فيها عوامل مختلفة ولا يعد الفساد الإداري مشكلة تعاني منها دولة بعينها بل تحول إلى ظاهرة عالمية تعاني منها جميع الدول.

ولا ريب في أن الفساد في جوهره ينطوي على أفعال تمثل الخراف ضمن نطاق الأعمال المتصلة بالحياة العامة، وفي محيط الأعمال الخاصة أيضاً، على أن الفاعل في أغلب الأحيان يكون ذلك الشخص صاحب صفة الموظف في نطاق الوظيفة العمومية.

إن الصفقات تمثل أهم عملية ضمن عمليات الشراء، العمومي وهي الأداة الحقيقية للتجسيد الميداني المختلف المشاريع العمومية، فقد ورد أنه في ظل الوفرة والرخاء المالي، فالصفقات العمومية الأداة والوسيلة التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها، فهي تحتل نسبة معتبرة من الموارد المالية وتمثل آلية أساسية في النمو الاقتصادي.[1]

فالصفقات العمومية عنصر مهم مكون للفساد، تنطوي على الاتجار بالوظيفة العامة، حيث تتعدد هذه الجرائم لتشمل ماله صلة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، بالإضافة إلى الرشوة واستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية، وقد عرفت الجزائر تنظيمات للصفقات العمومية تطورات عدة منذ الاستقلال إلى غاية صدور المرسوم 247/15 بدأ بالأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية،[2] ثم تلاه المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1984/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي،[3] وبعد انفتاح الجزائر على اقتصاد السوق 1989 صدر المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية،[4] وعلى إثر التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في مطلع التسعينات بتخليها عن نظام الاقتصاد الموجه، وتبيينها لنظام اقتصاد السوق القائم على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين.

جاء المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 الذي كرس مبادئ المساواة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية ثم تلاه صدور المرسوم الرئاسي

[1] أكروم ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص 01.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52 الصادرة بتاريخ 1967/6/17.

[3] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15 الصادرة بتاريخ 1982/04/23.

[4] دستور 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09 الصادرة بتاريخ 1989/03/01.

236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،[1] ثم تلاه صدور المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وبالتالي فإن مجال الصفقات العمومية يشكل السمار المتحرك للأموال العامة فهو مجال خصب للفساد، وقد اهتم المشرع بتجريم الأفعال المتعلقة بالصفقات العمومية، وبرز ذلك من خلال تعديله لقانون العقوبات بموجب رقم 09/01[2]، الذي استحدث تجريم الوقائع التي ترتكب أثناء إبرام وتنفيذ الصفقة.

وكما كان الفساد بما يتضمنه من أفعال خطيرة، من بينها تلك المشار إليها، والتي ستكون محل هذه الدراسة، قد أخذ منحى الدراسة التي تتعدى الحدود الوطنية، كان من الضروري اتخاذ تدابير قانونية لمكافحته على نطاق أكثر اتساعاً، ضمن منظور عالمية النص العقابي، حيث تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2003/10/31 التي صادقت عليها الجزائر سنة 2004،[3] واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته سنة 2003 والتي صادقت عليها الجزائر أيضاً، ثم سن قانون خاص بالوقاية من الفساد ومكافحته بتاريخ 2006/02/20، والذي جاءت معظم أحكامه مستوحاة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

[1] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58 الصادرة بتاريخ 2010/10/07.

[2] القانون رقم 09/01 المؤرخ في 2001/06/26 المتضمن تعديل قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 34 الصادرة بتاريخ 2001/06/27.

[3] تمت المصادقة بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الفساد بموجب المرسوم الرئاسي رقم 128/04 المؤرخ في 2004/04/19.

وقد عدل مرتين، أولها بموجب الأمر 05/10،[1] وثانيها بموجب القانون رقم 15/11،[2] حيث تضمن أحكاماً من بينها تلك التي أفردها المشرع بالوقاية من جرائم الصفقات العمومية من جهة، وأحكاماً أخرى خصصها لتجريم هذه الأفعال والعقوبات المقررة لها.

وبغية التصدي لمختلف هذه الجرائم، عمد المشرع الجزائري إلى وضع منظومة قانونية لمكافحتها، باتخاذ التدابير اللازمة في إطار القوانين والتنظيمات، عن طريق إعمال الآليات القانونية للوقاية منها، قصد تعزيز الشفافية، والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام الصفقات العمومية وفرض المشرع الجزائري مجموعة من الالتزامات على المواطن العمومي للوقاية من حدوث هذه الجرائم في مجال الصفقات العمومية، والارتقاء إلى مكافحة فعالة تتطلب ازدواجية في الآليات المرصودة لهذا الغرض، وذلك بإتباع إستراتيجية وقائية تكون لها فعالية، وكفاءة قبل وقوع الجريمة من رقابة ومساءلة، كما تتطلب تدخلاً قانونياً عقابياً يقوم على توقيع العقوبات في حال اكتشاف الضالعين في ارتكاب هذه الجرائم.

ومن هنا فإن الأبعاد التي تأخذها هذه الجرائم تمثل سبباً رئيسياً لاختيار هذا الموضوع ذلك أنها من شأنها الإخلال بأهم المبادئ، وهي مبادئ الشفافية والنزاهة، مما يؤدي إلى زعزعة الثقة العامة.

وبذلك فالأهداف التي تصبو إليها هذه الدراسة، تكمن أساساً في البحث في هذه الجرائم من الناحية النظرية وإبراز خصوصياتها.

وعليه فالإشكالية الرئيسية التي تطرح بشأن هذا الموضوع، تتمثل في مدى مبررات سن قانون خاص بالوقاية من الفساد ومكافحته بشكل عام، والذي تضمن أحكاماً تتعلق بجرائم الصفقات العمومية على الخصوص، أو بمعنى آخر هل أن قانون العقوبات وبما تضمنه من تجريم وعقوبات مقررة

[1] القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 الصادرة بتاريخ 2006/03/08، المتمم بالأمر رقم 05/10 المؤرخ في 2019/08/26، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49 الصادرة بتاريخ 2010/08/29.

[2]

لجرائم الفساد عموماً والأفعال موضعه هذه الدراسة كان قاصراً على تحقيق الأهداف المتوخاة من أحكام التجريم والعقاب هذه.

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من الإشكاليات الفرعية، التي تتصل بالموضوع ذلك أنه يطرح العديد من التساؤلات، إذ أن أول تساؤل يتعلق بالإطار القانوني للصفقات العمومية.

فقد سن المشرع قانوناً يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فالتساؤل يطرح بشأن أهم خصوصيات هذا النص القانوني خاصة تلك المتصلة بموضوع المذكرة.

ومنه يطرح التساؤل حول الأركان المكونة لمختلف جرائم الصفقات العمومية وكيف تم قمعها من طرف المشرع الجزائري.

وللإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية وكذا الإشكاليات الفرعية سالفة الذكر، تمت الاستعانة بمجموعة من المصادر والمراجع والمذكرات والأطروحات.

وقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي بالوقوف حول قيمة الأحكام التي أفردها المشرع للوقاية من جرائم الصفقات العمومية ومحاربتها، كما تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام القانونية لصدور النصوص سارية المفعول التي تلت سن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والأحكام سارية المفعول، ومن أجل الإلمام بموضوع المذكرة تم تقسيمه إلى مبحث تمهيدي وفصل أول وفصل ثاني، فتم تخصيص المبحث التمهيدي لبيان الإطار القانوني للصفقات العمومية، أما الفصل الأول، فقد تم تخصيصه لدراسة جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة جريمة الرشوة بصورها وجريمة استغلال النفوذ وتوج البحث بخاتمة عامة.

مبحث تمهيدي:
المدلول القانوني للصفقات العمومية

المبحـــث التمهيـــــدي: المدلول القانوني للصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة قانونية هامة لتنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية والاجتماعية، كما تعتبر أسلوب قانوني هام تستعمله الدولة في ضخ الأموال العامة للحفاظ على توازن اقتصاد البلاد، والتي ما انفكت تسجل حضوراً قوياً بالنظر إلى عدد المؤسسات العمومية الموجودة في الجزائر، تعتمد على استعمال الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية، فكلمة صفقة تدل أساساً على تعاقد بين طرفين، يهدف إلى إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات أو دراسات، أما كلمة عمومية فهي تعني الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية.[1]

فمن حيث الأموال الضخمة المنفقة مقابل إنجاز الصفقات العمومية تجذب المتعامل الاقتصادي الراغب في تحقيق الربح، ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها من قبل الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية ،[2] التي نظمت أحكامها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16، وعليه سوف نتناول في هذا المبحث ضمن المطلب الأول مفهوم الصفقات العمومية فيما سوف يخصص المطلب الثاني كيفيات إبرام الصفقة العمومية وممارسة الأعمال الملحقة بها.

[1] علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، جامعة الجزائر -01-، كلية الحقوق، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية 2013/2012، ص 05.

[2] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم، والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط04، سنة 2014، ص07.

المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية

بالنظر إلى التنظيمات التي مر بها قانون الصفقات العمومية يمكن القول بأنه الكثير من التطورات حسب التغيرات التي كانت تعرفها البلاد، حيث صدر لها أول تنظيم أساسي في هذا المجال سنة 1967، وقد بدا واضحاً أن هذا التشريع مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي مع بعض الخصوصيات الراجعة إلى الهيكلة القانونية الاشتراكية، وصدر بعد ذلك الأمر 90/74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 الذي تضمن إعادة هيكلة تنظيم الصفقات العمومية الذي صدرت بعده الكثير من النصوص التنظيمية وصولاً إلى آخر مرسوم رئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، لاسيما المادة 02 منه حيث جاء فيها: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على صفقات محل نفقات"، وهي تعني عقود معينة تبرمها الأشخاص المعنوية العامة، التي أتى ذكرها وفق شروط خاضعة لأحكام هذا المرسوم.[1]

كما ذكرت كلمة "الصفقة" في موضع آخر، وهو تعريف الخوصصة، حيث نص المشرع على أنها: "يقصد بالخوصصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص..." وهي تعني عقد يتم بموجب التنازل عن ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى الخواص.

أما كلمة "العمومية" كل ما يتصل بالدولة من مصالح، أموال، أشغال، ...

أما الكلمة المركبة "الصفقة العمومية" فهي تعني نوعاً من أنواع العقود الإدارية الذي يعتبر أهم أطرافه جهة عمومية تستعمل أموالاً عامة لغرض مصلحة عامة.[2]

[1] حضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (غير منشورة)، 2005، ص 05.

[2] المادة 13 من الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها (ج.ر 47، بتاريخ 2001/08/22).

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية وتحديد معاييرها التنظيمية

خصصنا هذا الفرع لتحديد تعريف الصفقات العمومية في المقام الأول، وفي المقام الثاني المعايير التنظيمية المحددة لمفهومها.

أولاً: تعريف الصفقات العمومية

بهدف التحكم في مصطلح الصفقات العمومية يقتضي الأمر منا إعطاء تعريف من ناحية التشريع والقضاء والفقه:

1- من الجانب التشريعي:

تعرف الصفقة العمومية على أنها: عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، وهو ذات التعريف الذي كرسه المشرع في ظل المرسوم الرئاسي السابق رقم 250/02 المؤرخ في 04 يوليو 2002 المعدل والمتمم.

فالصفقة العمومية عقد إداري مكتوب يبرمه أحد أشخاص القانون العام، الدولة، البلدية، الولاية والمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري في النظام القانوني الجزائري، مع أحد الأشخاص القانونية الأخرى، عام أو خاص، طبيعي أو معنوي، كمقاول أو مورد وفق شروط معينة ومحددة قانوناً، بهدف إنجاز أو تنفيذ أشغال عامة أو توريدات أو أداء خدمة على أن تسلك الإدارة المتعاقدة في ذلك أساليب القانون العام.[1]

[1] المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، 07 أكتوبر 2010، العدد 58، ص 22.

2- من الجانب الفقهي:

رغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية نظم تقنين جوانب في النشاط التعاقدي للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزاً في كل الدول وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد، إلا أن تميز العقد الإداري عن العقد المدني يظل واضحاً في كثير من الجوانب والأجزاء، وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله.[1]

3- من الجانب القضائي:

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف النصوص المنظمة لها، إلا أن القضاء الإداري الجزائري، حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفاً للصفقات العمومية ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني خاصة إن كانت هذه الجهة تتموقع في قمة هرم القضاء الإداري وهذا هو الدور الطبيعي لجهة القضاء، فقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية "ليوة" ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 على القول: "...وحيث أن تعريف الصفقات العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."[2]

يبدو من خلال هذا المقطع أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص في حين أن العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرف آخر غير الدولة ممثلاً في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة وأن القوانين الجاري بها العمل تعترف لهذه الهيئات بحق التراضي، كما أن التعريف أعلاه حصر الصفقة العمومية على أنها

[1] عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط04، سنة 2014، ص 07.

[2] المرجع نفسه، ص 37.

عقد يجمع الدولة بأحد الخواص في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى.

وتجدر الإشارة أن التعريف استعمل مصطلح مقاولة بقوله ... حول مقاولة أو إنجاز مشروع... وكان الجدير بمجلس الدولة أن لا يستعمل هذا المصطلح ذو المفهوم المدني.[1]

ثانياً: معايير تحديد الصفقة العمومية

لقد اعتمد المشرع الجزائري على عدة معايير لتحديد هذا النطاق، وردت بشكل موزع بين عدة نصوص وهي: المواد 2، 4، 6 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يمكن حصر هذه المعايير كما يلي: المعيار العقدي، المعيار الشكلي، المعيار الحالي، المعيار الموضوعي.

1- المعيار العقدي:

يقصد بالمعيار العقدي وهو التقاء إرادتين وفقاً للتشريع المعمول به[2] مستبعداً التصرف الانفرادي المتمثل في القرار الإداري، إن إشارة المشرع إلى الإطار التشريعي لهذا النوع من العقود، يدخل الصفقات العمومية شأنها شأن أي عقد إداري، تحت ظل الأحكام المتعلقة بالعقود الواردة في الشريعة العامة، بضرورة توافر أركانها المعروفة المتمثلة في الرضا، المحل والسبب، ولو اختلفت شروط إبرام هذا العقد، إنما ذلك عائد بالأساس إلى الإطار القانوني العام الذي يحكم الأشخاص المعنوية العامة التي تمثل المصلحة المتعاقدة والتي تعتبر الطرف المبادر بالعقد، بغرض تسيير وتنظيم مرافق عامة خدمة للصالح العام متصرفة بذلك في أموال عامة، يقتضي صرفها إتباعاً لإجراءات قانونية محددة وصارمة.

[1] عرفت المادة 549 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم، ج ر ج ج، ع78 الصادرة بتاريخ 1975/09/30، ص 990، عقد المقاولة على أنه: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

[2] عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2007، ص 54.

2- المعيار الشكلي:

يتمثل في الكتابة، أي وجوب إفراغ عقود الصفقات العمومية في شكل مستندات مكتوبة تحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وفقاً لشكليات محددة[1] بموجب النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية لاسيما المادة 07، 08، 10، 62 منه، ويجب أن تتضمن عقود الصفقات العمومية الإشارة إلى التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل، وإلى هذا المرسوم، كما يجب أن تحتوي أيضاً بيانات مثل: التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة، هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الصفقة وصفتهم، تحديد موضوع الصفقة تحديداً دقيقاً، المبلغ المفضل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري.

3- المعيار المالي:

يعتبر المعيار المالي العنصر الحاسم في تحديد مفهوم الصفقة العمومية، وعلى أساسه يمكن تمييز عقود الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى مثل عقد الامتياز، الذي من أهم معالمه أن المتعاقد مع الإدارة هو من ينفق على المشروع من ماله الخاص ويجمع مستحقاته على شكل رسوم من جراء استعمال المرفق العام من طرف المنتفعين، أما الإدارة فإنها هي من يقبض المال، بمناسبة عقد امتياز إنشاء وتسيير مرفق عام، بعد إجراء مزايدة لاختيار المتعامل الذي يقدم أعلى عرض مالي، مع مراعاة الجودة طبعاً.

أما في الصفقات العمومية، فإن الأمر مختلف، إذ الإدارة هي من ينفق الأموال من أجل إنشاء أو تسيير مرفق عام.[2]

[1] المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

[2] عامر بوضياف: المرجع السابق، ص 63.

4- المعيار الموضوعي:

يتعلق المعيار الموضوعي بمحل أو موضوع العقد، ويقصد بمحل الصفقة العمومية موضوع الخدمات التي يقدمها المتعاقد –بصفة عامة– لهذه الإدارة المتعاقدة، ولا يقصد به محل الالتزامات كما هو الحال في عقود القانون الخاص.[1]

تبرم المرافق الإدارية الكثير من العقود، بالنظر إلى حجم نشاطها وكذا تنوع حاجاتها وغيرها من الاعتبارات، وبالتالي لا يمكن اعتبار جميع ما تبرمه من عقود بمثابة صفقات عمومية لذلك يتدخل المشرع بغية تحديد موضوع المعقود هذه، حتى تعتبر صفقات عمومية، وقد استقر على تحديد أربعة أصناف من العقود تتمثل في: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، وتقديم الخدمات.[2]

5- المعيار العضوي:

ككل عقد تنتج الصفقات العمومية عن التقاء إرادتين، إرادة الإدارة العامة متصرفة كسلطة صاحبة المشروع، وتدعى اصطلاحاً المصلحة المتعاقدة من جهة، ومتعامل اقتصادي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص (مقاول، مورد، مقدم خدمة، أو مكتب دراسات) هذا من جهة ثانية، من أجل تلبية الحاجات المعبر عنها من طرف الأشخاص المعنوية المشار إليها في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: أنواع الصفقات العمومية وإجراءات إبرامها

من أجل استكمال البحث في مفهوم الصفقات العمومية، يكون من الضروري التطرق إلى أنواعها وكذا إجراءات إبرامها.

---

[1] Laurent richer : op.cit, p322.

[2] أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رق 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أولاً: أنواع الصفقات العمومية

من أهم وسائل الإدارة العامة، العقود التي تبرمها مع غيرها من الأشخاص سواء كانوا من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، وهذه العقود ليست كلها من طبيعة قانونية واحدة، وباستقراء المادتين 4 و11 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نجد تحديد أنواع العقود التي تبرمها الإدارة أو الهيئة العامة.

وما يجدر الإشارة إليه هو أن الإدارة أو الهيئة العامة تتحرر من الخضوع لقانون الصفقات العمومية إذا تعلق الأمر بإبرام بعض العقود التي تخضع لتشريعات خاصة أو تنظيمات أخرى كعقود التأمين والنقل والتزويد بالغاز والكهرباء والماء والأشغال المتعلقة بتوصيلها،[1] وتشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات التالية:

1- صفقة إنجاز الأشغال:

يعتبر عقد إنجاز الأشغال على أنه اتفاق يهدف إلى تحقيق منفعة عامة يبرم بين إدارة أو هيئة عمومية أو أحد أشخاص القانون الخاص للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني ومنشآت لحساب وتحت مسئولية شخص من أشخاص القانون العام، في مقابل نقدي يتم تسديده وفقاً لشروط التعاقد.[2]

ذلك أن ينصب العقد على العقار لأن المنقول لا يصلح محلاً لعقد الأشغال العامة كإصلاح وصيانة سيارات الإدارة، كأن يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات، أو يتعلق بترميم سقفها أو جدرانها.

[1] عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 67.

[2] هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ص2009، ص 23.

إذ أن القضاء الفرنسي توسع في مفهوم الأشغال العامة فلم يقصرها على أعمال البناء أو الترميم، بل أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بصيانة العقارات العامة كنظافة المنشآت أو الطرق العامة، وأيضاً اعتبر العقد إدارياً إذا تعلق بنقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل.[1]

أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام بمعنى أن يكون الشغل العام لحساب الإدارة العامة المتعاقدة لو كان العقار ملكية خاصة.

تحقيق منفعة عامة بحيث يجب أن يهدف عقد الأشغال العامة الذي يرد على عقار تحقيق النفع العام، فلا يصدق وصف صفقة عمومية إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة.[2]

2- صفقة اقتناء اللوازم:

تهدف إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد وفقاً للمادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون لوازم، يمكن أن تشمل الصفقة المتضمنة اقتناء اللوازم، مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان.

3- صفقة الدراسات:

تهدف صفقة الدراسات طبقاً للمادة 13 من المرسوم الرئاسي إلى القيام بدراسة نضج واحتمال تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها أو استغلالها، تشمل صفقة

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام، التنفيذ في ضوء مجلس الدولة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 47-48.

[2] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 22.

الدراسات، عند إبرام صفقة أشغال مهمة المراقبة التقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع.

4- صفقة تقديم الخدمات:

هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات، وفي هذا الصدد يمكن إدراج الخدمات المتعلقة بالإيواء والإطعام، وتقديم عروض فنية وهذا لنص المادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي.

ثانياً: إجراءات إبرام الصفقات العمومية

نظراً لأهمية الصفقات العمومية وارتباطها الوثيق بالخزينة العامة، حدد المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقات العمومية وذلك بفتح المجال أمام المتنافسين لتقديم عروضهم وتمكينهم من الإطلاع على كل المعلومات المتعلقة بالصفقة المراد إبرامها، مراعياً في ذلك جملة من المبادئ الأساسية، المتمثلة في مبدأ العلانية والشفافية، وكذا مبدأ المنافسة الشريفة، ومبدأ المساواة بين المتنافسين، هذه المبادئ التي عرفت تكريساً أكبر بصدور قانون الصفقات العمومية الجديد وذلك نظراً لما شهدته الجزائر في الآونة الأخيرة من فضائح مالية وانتشار أكب ر لمختلف صور الفساد وخاصة في مجال إبرام الصفقات العمومية، هذه المبادئ تقتضي جميعها إعلام المتنافسين ومنحهم أجلاً واحداً محدداً ومعروفاً وإخضاعهم لقواعد منافسة واحدة دون أدنى تمييز فيما بينهم، وأن تكون قواعد اختيار متنافس عن آخر واضحة ومحددة.[1]

فض القانون الحالي للصفقات العمومية الرابط بين المنافسة والصفقة محددة بمفاهيم عامة من المادة الأولى: إن الصفقات العمومية تحترم مبادئ حرية الحصول على الطلب العام والمساواة في معاملة

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 97.

المترشحين وشفافية الإجراءات، وفعالية الطلب العام وحسن استعمال الأموال العامة هي مضمونة ومؤمنة، واحترام إلزامية الإشهار والمنافسة في اختيار المناقصة الاقتصادية الأكثر امتيازاً.[1]

وفي ظل تنوع المفاهيم في القوانين المطبقة، فإن المبادئ التي تقوم عليها المنافسة هي كالآتي:

- من ناحية الشكل فإن إبرام الصفقة العمومية هو عملية إجرائية في الكثير من مراحلها يجب أن تكون متسلسلة ضمن شروط موضوعة من طرف النصوص أو إشارة مكتوبة حسب المادة 56 من القانون الجديد.
- الإشهار هو وسيلة ضرورية للمنافسة لإعلام المقاولين من أجل تقديم تعهداتهم، كما يعد وسيلة لإعلامهم في ظل الشفافية واحتراماً للقواعد المقررة قانوناً.[2]

لذلك نتطرق لهذه الإجراءات موضحين من خلال ذلك الأحكام الواجب مراعاتها عند إبرام الصفقات العمومية.

1- الإعلان عن الصفقة:

بعد التحضير للصفقة باختيار المشرع وفقاً للحاجات الاجتماعية والاقتصادية، وكذا دراسة إمكانية تنفيذ المشروع من الناحية الفنية ودراسة تكاليف المشروع ومقارنتها بالمردود الاقتصادي.[3]

تقوم المصلحة المتعاقدة بإعلام جميع الراغبين في التعاقد بموضوع الصفقة المراد إبرامها ووسيلتها في ذلك الإعلان.

[1] Laurent Richer, op.cit. p :386.

[2] Laurent Richer, op.cit. p :369.

[3] فيصل نسيغة، النظام القانون للصفقات العمومية وآليات مكافحتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، سبتمبر 2009، ص 117.

يهدف الإعلان عن المناقصة إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري، حيث يتم من خلاله إعلام المعنيين المقاولين، والموردين مما يفسح المجال للمنافسة بينهم ويضمن احترام مبدأ المساواة.[1]

كما يبين الشروط الموضوعية التي على أساسها يتم التقدم بالعروض.[2]

ويكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الدعوة إلى الانتقاء الأولي للمسابقة، المزايدة.[3]

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة مفتوحة كانت أو وطنية أو دولية، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المزايدة والمسابقة.[4]

بحيث يكتسي الإعلان أهمية بالغة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة فلا تعاقد دون الإشهار الصحفي عن الصفقة، ويشكل عدم اللجوء إلى الإعلانات وعدم اتباع القواعد المنظمة له بموجب قانون الصفقات العمومية جنحة المحاباة وهذه القواعد تتمثل في أن يحرر إعلان المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، أن ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما يجب أن ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما يجب أن ينشر في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني،[5] إلا أنه لم يعد الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الطريقة الوحيدة المستعملة في إعلام المتنافسين عن وجود الصفقات العمومية، فقد شهدت وسائل الإعلان تطوراً كبيراً وأصبحت الوسائل الإلكترونية الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت، والتي تلعب دوراً لا يستهان به بعد أن أثبتت فوائد علمية حقيقية وكبيرة، فالإعلان عن المناقصة أصبح بذلك يتخطى

[1] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 36.

[2] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 131.

[3] المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[4] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 98.

[5] المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الحدود الإقليمية للدول بمجرد عرضه على شبكة الإنترنت،[1] وهو ما جاء به قانون الصفقات العمومية الجديد حيث أدرج المشرع الجزائري وسيلة الإعلان الإلكتروني، في الباب السادس من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

وإدراج الإعلان الإلكتروني ضمن مرسوم الصفقات العمومية إن دل على شيء، فإنما يدل على مواكبة المشرع الجزائري لوسائل الإعلان الحديثة في مجال الصفقات العمومية إلا أن المشرع الجزائري وسعياً منه في توسيع دائرة المنافسة وفتح المجال لأكبر عدد ممكن من العارضين أجاز بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 2003/09/11 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية واللجوء إلى الإشهار المحلي بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها.[2]

كما بين قانون الصفقات العمومية المعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان، والتي تمكن المهتمين من الموردين أو المقاولين من اتخاذ القرار حول الدخول في المنافسة، لذلك لابد أن يحتوي الإعلان على البيانات التالية:

عنوان المصلحة المتعاقدة، ورقم تعريفها الجبائي، كيفية المناقصة موضوع العملية وقائمة موجودة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض، والتقديم.

وتضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد، الوثائق التي تتعلق بتفاصيل عملية التعاقد، كما يمكن أن ترسل هذه الوثائق أيضاً إلى المرشح الذي يطلبها،[3] وتحتوي الوثائق معلومات تتعلق بالمناقصة أو عند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة، وتتضمن الوصف الدقيق لموضوع الخدمة المطلوبة والمواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في

[1] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 136.
[2] المرجع نفسه، ص 137.
[3] المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المنتوجات أو الخدمات،[1] وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، واللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والأجل الممنوح لتحضير العروض.

2- تقديم العطاءات:

بعد عملية الإعلان، وإعطاء مهلة محددة للمعنيين لتحديد مواقفهم اتجاه المناقصة وتمكينهم من الوثائق والمعلومات عن المشروع المراد تنفيذه، وعلى المهتمين أن يحرروا عروضهم حسب النموذج المحد من طرف الإدارة أو المصلحة المتعاقدة.[2]

ويقصد بتقديم العطاءات الكيفية التي يقدم بها الموردون أو المقاولون عروضهم أو عطاءاتهم للجهة المعنية، وتأتي أهمية القواعد والمعلومات المنظمة لهذه المرحلة في كونها تساعد على تحقيق النزاهة والشفافية في إجراءات التعاقد ويعامل فيها جميع الموردين أو المقاولين على قدم المساواة، وينبغي تقديم العطاءات أو العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن المناقصات في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات.[3]

كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة عند تحديد الأجل بمراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها، والمدة التقديرية اللازمة لتحضير وإيصال التعهدات، ويجوز للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة لابد لها من أن تخبر المرشحين بذلك بكل الوسائل، كما فرض المشرع على الجهة المعنية أن تفسح الأجل المحدد لتحضير العروض.[4]

---

[1] المادة 48 من المرسوم رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[2] قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص20.

[3] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص101.

[4] المادة 02/50 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

بهذه القواعد ستتاح الفرصة لكل المتنافسين لإعداد عروضهم وعطاءاتهم كما أن تطبيق هذه القواعد لا يدع مجالاً للجهة المعنية بأن تنكر عدم استلامها العرض أو عطائها، ومراعاة هذه القواعد سينحي أيضاً الموردين أو المقاولين من أية احتمالات أو خوف من استبعاد عطاءاتهم بحجة مخالفة القواعد المتعلقة بتقديم العطاءات.

كما حددت المادة 51 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ضرورة أن تشمل التعهدات على عرض تقني وعرض مالي، كما يجب أن يوضع كل من العرض التقني والعرض المالي في ظرف منفصل ومقفل ومختوم.

فمرحلة إيداع العروض من أهم المراحل التي تسربها عملية إبرام الصفقات العمومية وفيها من الثغرات ما يمكن أن يفتح مجالاً للتلاعب، فبإمكان أي موظف أن يقوم بفتح مسبق للعروض ليعلم صديق له فائدة فيخفض السعر ويأخذ الامتياز، وهنا يتوجب على الإدارة اتخاذ جميع التدابير الكفيلة بضمان الشفافية والنزاهة بين كل المتعهدين.

كما يشترط العمل بهذا التصريح في جميع أنواع الصفقات التي تبادر بها المؤسسات المملوكة للدولة، أو تلك التي تملك الدولة جزءًا من رأسمالها،[1] وأهم المبادئ التي يكرسها هذا التصريح هو تعزيز مبادئ الشفافية والنزاهة أكثر في إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

كما أن المشرع الفرنسي يكرس مبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ويرى أنه يجب معاملة كل المترشحين بطريقة محددة، وذلك بالنظر إلى الشروط المتعلقة بالمعلومات حول الصفقة المراد إبرامها، كما أن هذا المبدأ عني أن إجراءات إبرام الصفقات العمومية يجب أن تتم في شفافية في مختلف مراحل إبرامها.[2]

[1] أنظر الملحق الأول، التعليمة الرئاسية رقم 03 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد.

[2] Christophe Lajoye, droit des marches publics, op.cit, pp 76-77.

3- إرساء الصفقة:

وتأتي هذه المرحلة بعد ما تقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من قدرات المتعاقد الذي يتوافر عرضه على الشروط والمواصفات المطلوبة لإبرام الصفقة العمومية، وعليه يتم إرساء الصفقة على صاحب أفضل عرض فنياً ومالياً.

ويتم فتح مظاريف العروض الفنية والمالية في جلسة علنية يحضرها أصحاب العطاءات، والقرارات التي تتخذها اللجنتين في حقيقتها لا تخرج عن كونها قرارات إدارية يجوز الطعن فيها.[1]

وحتى لا تحيد الإدارة المتعاقدة عن الإطار القانوني فتميز بين العارضين أو تفضل أحدهم على الآخر جاءت المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ملزمة الإدارة المعنية بالصفقة بإلزامية إعلام المتنافسين بواسطة دفتر الشروط الخاصة بمعايير الاختيار وقيمة كل معيار حتى يكون كل متنافس على علم بمعايير التقييم فيكفي مجرد الاطلاع على دفتر الشرط الخص لمعرفة المقاييس التي سيتم على إثرها انتقاء المتعامل العمومي والعرض.[2]

ومن أهم ما تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وكرسه من قبل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 تكريس أكثر لمبدأ الشفافية فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية، ويظهر هذا التكريس من خلال ما يسمى المنح المؤقت للصفقة الذي تضمنته المادة 43 من المرسوم الرئاسي السابق وكرسته المادة 49 من قانون الصفقات العمومية الحالي هو إدراج إعلان بالمنح المؤقت للصفقة في إدراج الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد كل من السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة،[3] فإجراء المنح المؤقت على الرغم من أنه يطيل بعض الشيء في إجراءات إبرام الصفقة، إلا أنه يضفي شفافية أكثر من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت للصفقة، مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط كما يحمي حق المتعاملين في ممارسة الطعن أمام لجنة

[1] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 60.

[2] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 108.

[3] ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار مجدد للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص 23.

الصفقات المعنية، كما يحمي الإدارة ويبعد عنها كل الشبهات، ويمكن القول أن كل هذه المبادئ كرسها الأمر 06-01 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته.[1]

وللأهمية التي تكتسبها الصفقات العمومية فلا بد على المصلحة المتعاقدة أن تختار بدقة وشفافية الطرف المتعاقد، وعليه يجب أن تكون معايير اختيار المتعاقد ووزن كل منها مذكور إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويستند هذا الاختيار على الخصوص على:

- الضمانات التقنية والمالية.
- السعر والنوعية وآجال التنفيذ.
- شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية والضمانات التجارية وشروط دعم المنتوجات.
- اختيار مكاتب الدراسات.
- المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتوج، والإدماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتوجات موضوع التعامل الثانوي في السوق الجزائرية.

ولقد أضاف المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية الجديد معايير أخرى لا تقل أهمية عن المعايير التي كانت مدرجة في ظل المرسوم الرئاسي 02-250 السابق.

مراجعة الصفقة والمصادقة عليها:

يقصد بمراجعة الصفقة تحيينها وفقاً للصيغ والكيفيات المتفق عليها والمحددة في الصفقة أو إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.[2]

تم تنظيم طرق مراجعة الصفقات العمومية في القسم الثاني من الباب الرابع تحت عنوان (أسعار الصفقات) من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بحيث

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص110.
[2] المرجع نفسه، ص112.

يمكن قبول تحيين الأسعار إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك،[1] ويكون هذا التحيين في الحالة العادية أي في الحالة التي تبرم فيها الصفقة العمومية وفق إجراء المناقصة العامة وكما أشرنا سابقاً أن عملية إبرام الصفقة العمومية تلجأ الإدارة للإعلان عن المشروع المراد تنفيذه، سواء كانت طريقة إبرام المناقصة العامة أو أسلوب التراضي فإ،ه وضمن الشروط المنصوص عليها في الإعلان تحدد الإدارة تاريخاً معيناً كآخر أجل لتقديم العروض، أما المناقصة فهي تعتبر آخر مرحلة من مراحل المناقصة، حيث يتم اعتمادها بقرار منتج لآثاره القانونية ويسمى قرار المصادقة على الإرساء، يصدر عن اللجنة المختصة لجنة البث والإرساء، وتصبح نهائية بهذه المصادقة التي يجب تبليغها في أجل شهر.

ولا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي الوزير فيما يخص صفقات الدولة، مسئول الهيئة الوطنية المستقلة، الوالي فيما يخص صفقات الولاية، رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية، المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة ذات الطابع العلمي والتقني، مدير المؤسسة الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،مدير المؤسسة ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

باعتماد الصفقة وتزكية الانتقاء أو بالاختيار تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة بذلك مرحلة هي مرحلة التنفيذ.

تأشير الصفقة العمومية:

وضع المشرع الجزائري لجان الصفقات العمومية على المستوى الوطني والوزاري والولائي والبلدي لتتولى الرقابة على مدى مشروعية الصفقة العمومية، وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية بإصدار تأشيرة في غضون خمسة وأربعين (45) على الأكثر، وهي المصادقة على الصفقة العمومية

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص114.

توقعها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد ويعطى له أمر بداية الأشغال، ويمكن للجنة المختصة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها، وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللاً ويكون الرفض في حالة مخالفة التشريع أو التنظيم المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، وعليه تعاد إجراءاتها من جديد ويتجسد الهدف ن منح التأشيرة إلى توسيع دائرة الرقابة في استعمال الأموال حفاظاً على المصلحة العامة وتجسيداً لمبدأ المشروعية من حيث احترام القواعد القانونية المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية، كخرق الأحكام المتعلقة بالإعلان عن الصفقة العمومية والذي يشكل صورة من صور المحاباة.

تنفيذ الصفقة العمومية:

بعد توافر الشروط الواجبة في إبرام الصفقة العمومية يترتب على ذلك دخول الصفقة حيز التنفيذ، ويترتب عن آثارها لكلا طرفي الصفقة العمومية، المتمثلة في حقوق والتزامات في ذمة كل من الإدارة والتي لها حق الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله، إضافة إلى حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وحقوق والتزامات المتعامل المتعاقد معها، فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر معها أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، تمثل امتيازاً كبيراً، للإدارة لا تعرفه مبادئ عقود القانون الخاص، وقد تأكد هذا الامتياز للإدارة بموجب العدد من الأحكام القضائية التي أقرها القضاء الإداري وليس ذلك فحسب، وإنما استناداً كذلك إلى تلك الأحكام التي صدرت عن القضاء العادي بهذا الشأن، كما يتفق المتعاقد مع الإدارة بحقوق مقابل أداء التزامه التعاقدي بنفسه وفي المواعيد المتفق عليها مع الإدارة.

المطلب الثاني: كيفيات إبرام الصفقة العمومية والأعمال الملحقة بها

تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية أو وفق إجراء التراضي.[1]

من أهم ما تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مقارنة بأحكام النصوص القانونية السابقة، تكريس المشرع أكثر لمبدأ الشفافية فيما يتعلق بإجراءات منح الصفقات العمومية، وذلك لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.[2]

بحيث أن المشرع الجزائري نص على أن المناقصة العامة قد تكون وطنية عند الإعلان عنها في الداخل، ودولية عندما يعلن عنها في الداخل والخارج، في حين أن الفقه الفرنسي والمصري ينص على ثلاث صور للمناقصات وهي المناقصة العامة، المناقصة المحدودة، والمناقصة المحلية.[3]

أولاً: أسلوب المناقصة العامة

تعرف المناقصة كأسلوب للتعاقد على أنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، لذا فإن المناقصة هي جملة الإجراءات التي حددها المشرع للإدارة، وقيد بها سلطتها في اختيار المتعامل معها، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، كما حدد المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم

[1] المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
[2] المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
[3] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 62.

الصفقات العمومية أشكال المناقصة وهي خمسة أشكال: المناقصة المفتوحة والمناقصة المحدودة والاستشارة الانتقائية.[1]

1- المناقصة المفتوحة:

هي إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد ويسمح فيه بالاشتراك لمن يشاء وهذا بعد إجراء الإعلان وتلتزم الإدارة باختيار أفضل المتنافسين من حيث الشروط المالية.[2]

هذا الأسلوب من أساليب التعاقد في شكل مناقصة مفتوحة يكفل لكل عارض تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروط انتقائية أو اقصائية.[3]

بمعنى يسمح فيها بالاشتراك لمن يشاء، وذلك بعد إجراء الإعلان، وتلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدم من المتنافسين من حيث الشروط المالية، كما تلجأ الإدارة إلى هذا النوع من المناقصات في المشاريع أو الأعمال التي تتطلب خبرة فنية دقيقة ومعمقة.[4]

2- المناقصات المحدودة:

تعد المناقصة المحدودة صورة من صور المناقصة، توفر الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، وتعد شكل خاص من أشكال المناقصات تفرضها بعض التعاقدات التي تتطلب كفاءات فنية خاصة، حيث يقتصر الاشتراك فيها على مودين أو مقاولين معينين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء كانوا في الداخل أو الخارج، وتختارهم الإدارة مسبقاً لثبوت كفاءتهم الفنية والمالية.[5]

---

[1] المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[2] المادة 29 المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[3] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 89-90.

[4] خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (غير منشورة)، 2005، ص 14.

[5] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 63-65.

وعليه يمكننا القول أن المناقصة المحدودة تخضع لذات القواعد والإجراءات المقررة بالنسبة للمناقصات المفتوحة.[1]

وذلك فيما يتعلق بكيفية الإعلان عنها حيث أخضعها المشرع لإجراء الإشهار الصحفي كما هو الحال في المناقصة المفتوحة.

الاستشارة الإنتقائية:

وتلجأ المصلحة المتعاقدة لهذا الأسلوب عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة، وتتم دعوتهم للمنافسة بموجب رسالة توجه إليهم، ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد حدد عدداً معيناً من المرشحين الذين يجب دعوتهم للمنافسة بثلاثة مرشحين على الأقل.

أما المشرع الفرنسي فإنه يشترط أن لا يقل عدد المؤسسات المدعوة للمشاركة عن خمسة (05) مرشحين، ولذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن إجراء انتقاء أولي بهدف اختيار أحسن العارضين وذلك وفقاً لاعتبارات ومقاييس تقنية ومالية موضوعة، ويتم الإعلان عنه إلزاماً عن طريق الإشهار الصحفي.[2]

المزايدة:

استقرت الأنظمة القانونية العالمية على أن المناقصة والمزايدة هما طريقتان أساسيتان لإبرام العقود الإدارية، غير أن النظام القانوني الجزائري يعتبر المزايدة شكل من أشكال المناقصة، وطريقة لإجراء الصفقات العمومية، فأسلوب المزايدة تلجأ إليه الإدارة العمومية عندما تريد أن تبيع أو تؤجر شيئاً من أملاكها وتستعملها كذلك عندما تريد الحصول على توريدات، فتلتزم الإدارة بمقتضاها في الحالة الأولى باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى ثمن ممكن، أما في الحالة الثانية فإن الإدارة تلتزم

[1] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 65.

[2] المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم العرض الأقل ثمناً ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.[1]

غير أن المشرع الجزائري لم يخص أسلوب المزايدة بأحكام قانونية خاصة فإجراءاتها هي ذاتها المرصودة للمناقصة أخضعها الإعلان الصحفي، فيحدد الإعلان موضوع الصفقة، ومكان استلام دفتر الشروط، وآخر أجل لإيداع العروض والنوعية، كما ينشر الإعلان بالطرق القانونية بالتعليق، وذلك قبل ثلاثين يوماً من آخر أجل لإيداع العروض، ويمكن تقليص هذا الأجل في حالات الاستعجال.[2]

المسابقة:

تعد المسابقة شكل من أشكال المناقصة وتعرف على أنها إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم مشروعاً يشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية ما يفيد أن المصلحة المتعاقدة تلجأ للمسابقة كأسلوب للتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض المقدمة من قبل المتنافسين أو كما ساهم المشرع رجال الفن بفتح المجال أمام الجميع لتقديم عروضهم.[3]

ثانياً: أسلوب التراضي البسيط

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، وهي طريقة أكثر مرونة لأنها تترك للإدارة العمومية حرية أكبر لاختيار الشخص الذي ستتعاقد معه، ويتميز أسلوب التراضي باختصار الإجراءات الطويلة التي تستغرقها غالباً المناقصة العامة، كما يكتسي

[1] المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
[2] هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 72.
[3] المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

هذا الأخير شكل التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة وتنظيم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.[1]

غير أن إجراء التراضي البسيط يعد قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية لا يمكن اعتمادها إلا في حالات محددة في قانون الصفقات العمومية وهذه الحالات حددتها المادة 43 من القانون رقم 10-236.

أما الحالات التي يمكن على أساسها اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة هي:

عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط، بعد تقييم العروض المستلمة مثال ذلك: أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى طريقة المناقصة المفتوحة من أجل إبرام صفقة أشغال عمومية، فتقوم بالإعلان عن الصفقة وتفتح باب المنافسة حولها طبقاً للإجراءات القانونية، ومع ذلك قد لا يتقدم أي متعاهد، أو يتقدم متعهدون مقاولون لا تتوافر فيهم الشروط اللازمة،[2]وفي حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.[3]

نجد أن مخالفة إبرام الصفقات العمومية التي جاء بها قانون الصفقات العمومية يشكل جنحة المحاباة، فقد تعددت صور الإخلال بالقواعد المعمول بها في إبرام الصفقات العمومية، خاصة ما يتعلق بأحكام الوضع في المنافسة والمساواة بين المترشحين، والجدير بالذكر أنه وعلى المستوى الداخلي تسعى الجزائر جاهدة من أجل تجسيد مبدأ شفافية المنافسة على أرضية الواقع الاقتصادي، ونذكر

[1] عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات، الجنايات والجنح بالمصلحة العامة في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 90.

[2] محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2005، ص 34.

[3] لطاش نجية، مبدأ الشفافية في قانون المنافسة بالجزائر، (مذكرة مقدمة بكلية الحقوق، فرع قانون الأعمال لنيل شهادة الماجستير)، جامعة الجزائر، (غير منشورة)، 2009، ص 09.

على سبيل المثال مبادرة مجموعة سونطراك التي قدمت خطوات كبيرة نحو الشفافية مع العلم أنها تحتل الصدارة في جلب العملة الصعبة للبلاد، حيث تعقد صفقات جد معتبرة من الناحية المالية.[1]

الفرع الثاني: الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية

يعتبر كل من الملحق وصفقات التسوية من بين أهم الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية ويمكن أن نشملها محل الدراسة.

أولاً: الملحق

يعرف الملحق بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، تبرم في جميع الحالات بهدف زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة كما يمكن أن يتضمن عمليات جديدة، هذا كله على أن لايؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، إلا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالية، هذا وإبرام الملحق لا يخضع لنفس إجراءات إبرام الصفقة كما هي محددة بالمرسوم 10-236 خاصة فيما يتعلق بالرقابة إلا إذا تجاوز مبلغ الملحق النسب المحددة.[2]

ومن ثم فإن الصفقات العمومية التي يقصدها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا تنحصر في الصفقات العمومية، وإنما تشمل كل العقود التي تبرمها الإدارة والمؤسسات المعنية والتي لا تتجاوز قيمتها السقف المحدد في قانون الصفقات العمومية، وإنما تشمل كل العقود التي تبرمها الإدارات والمؤسسات المعنية، الصفقات التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية مجمل صفقات التوريد التي

[1] عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 97.

[2] المادة 103 المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 58، ص 22.

تتم عن طريق طلبات أو فواتير أو بناء على مذكرات فإن كان هذا النوع من الصفقات لا يخضع لأحكام المرسوم 10-236 فلا يعني أنها لا تقع تحت طائلة المادة 26 من قانون مكافحة الفساد.[1]

ثانياً: صفقة التسوية

تقوم المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى إبرام صفقة تسوية بصفة استثنائية خلال السنة الموالية، بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات من النوع الكثير الاستعمال وذي الطابع المتكرر، وهذا في حالة عدم تمكنها من إبرام صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقاً ومع نفس المتعامل، وعرضها على الرقابة الخارجية المسبقة خلال نفس السنة المالية.

تجدر الإشارة إلى أن الخدمات واللوازم المعنية بهذا الإجراء تكون محل ضبط في شكل قائمة وذلك بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني.[2]

الفرع الثالث: الرقابة على الصفقات العمومية

لما كان للصفقات العمومية بمختلف أنواعها صلة بالخزينة العامة فإنه أضحى من الضروري إخضاعها لصور شتى من الرقابة تلازم مختلف مراحلها سواء قبل إبرام الصفقة أو دخولها حيز التنفيذ أو بعد التنفيذ، والغرض الأساسي من هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد، وإلزام الإدارات العمومية والهيئات المستقلة بالتنفيذ بأحكام تنظيم الصفقات العمومية.[3]

الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية وإجراء حقي تفرضه من جهة مكانة الصفقة في تنفيذ المشاريع الحيوية والتنموية للدولة، ومن جهة أخرى ضخامة الأموال المصروفة في تمويل هذه الصفقات، هذه الرقابة تنصب على إجراءات الإبرام منذ بدايتها إلى غاية تنفيذها بغرض منع وقوع خرق القواعد

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال وجرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 114.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 250.

[3] Ahmed mahio, cours d'institution administratives, 3eme ED, office des publications universitaire, 1981, p242.

القانونية الخاصة بإبرامها سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو من طرف المصلحة المتعاقدة أو أي طرف من الأطراف المتعاقدة للحد من الجرائم السائدة في هذا المجال والتي تشكل صوراً متعددة من الفساد.

وقد جاءت المادة 156 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، معلنة أن الرقابة على الصفقات تشمل مختلف مراحل الصفقة أي تقبل دخولها حين التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده، وتمارس عمليات الرقابة في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية.

أولاً: الرقابة الداخلية

تكون قبل الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية، بمعنى تكثيف وفرض القواعد والإجراءات الموضوعة لضمان النتائج المحددة، وأن الموارد المستعملة تطابق الأهداف المعلن عنها، وأن القرارات تم اتخاذها بناء على معلومات حقيقية فهي تسمح بضمان التحكم في إجراءات الصفقات العمومية وكذلك ضمان النوعية المرغوبة اقتصادياً في الوقت المطلوب بسعر ممتاز من طرف متعامل مؤهل وأخيراً ضمان مبدأ المساواة أمام الطلب العمومي والذي يفرض حرية الوصول للصفقة مهما كان نوعها وهي رقابة دائمة تمارس من طرف أجهزة خاصة بكل مصلحة متعاقدة.[1]

ألزم سلطاتها الوصية بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة على الصفقات بما يتماشى مع آليات الرقابة المقررة في تنظيم الصفقات العمومية.

عهد المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ممارسة الرقابة الداخلية إلى لجنة دائمة تدعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تتشكل من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة لا يختارون لكفاءتهم.[2]

[1] Houri Belkesem, les institutions superérieure de control des finances publique et les sustemes contrôle interne, cour des comptes, février 2001, p03.

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 251.

ثانياً: الرقابة الخارجية

إذا تم اختيار المتعامل المكلف بإنجاز المشروع، يتم إعداد صفقة تخضع قبل دخولها حيز التنفيذ لرقابة خارجية قبلية، الغرض منها هو التحقق من طرف لجان متدرجة من المستوى المحلي إلى المركزي متخصصة في تدقيق مطابقة هذه الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول به وكذا البرامج والأموال المرصودة لكل سنة مالية، حيث ترتبط الرقابة بالبرامج لدرجة تجعل من البرنامج هو المرجع الأساسي لها فهي ذات طابع علاجي هدفها تحقيق غاية البرنامج بكل فعالية.[1]

تمارس الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية لجان تتمثل في:

- اللجنة الجهوية للصفقات المنصوص عليها في المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والتي تختص بدراسة الصفقات الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المنصوص عليها في المادة 172 من نفس المرسوم.
- اللجنة الولائية للصفقات المنصوص عليها في المادة 173 من نفس المرسوم.
- اللجنة البلدية للصفقات المنصوص عليها في المادة 174 من نفس المرسوم.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المنصوص عليها في المادة 175 من نفس المرسوم.
- اللجنة القطاعية للصفقات المنصوص عليها في المواد 179 إلى 190 من نفس المرسوم.

بالإضافة إلى الرقابة التي تمارسها اللجان المذكورة أعلاه هناك رقابة إدارية تكميلية تتمثل أساساً في الرقابة المالية على الصفقات العمومية والتي تخضع لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المؤرخ في 1992/11/14 المتعلق بالرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها، المعدل والمتمم بحيث أن كل نفقة مهما

[1] رمضان محمد بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز، دار النهضة العربية، بيروت، ط ب ر ، سنة 1998، ص16.

كانت طبيعتها، لابد أن تخضع للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي قبل أي دفع وباعتبار الصفقات العمومية نفقات عمومية في أصلها فهي تخضع لهذه الرقابة.[1]

وتمارس هذه الرقابة قبل أن يدخل التصرف المالي حيز التنفيذ، أي قبل أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافاذاً، إذ تواكب عملية الإبرام والتنفيذ، وتمارس من طرف المراقب المالي الذي يعهد إليه بالرقابة على الالتزام بالنفقة، والتأكد من نظامية النفقة العمومية، حسب مجالات ممارسة الرقابة المسبقة المحددة للقوانين والتنظيمات المعمول بها، بحيث تعد من الأعمال الإدارية المرتبطة بالالتزامات المادية التي تستوجب التأشيرة المسبقة للمراقب المالي: قرارات المساعدة، تفويض الاعتمادات، قرارات ربط الاعتمادات، نقل الاعتمادات ونفقات التسيير، نفقات التجهيز والاستثمار،[2] وعلى هذا الأساس، تخضع جميع الالتزامات المالية المتخذة من طرف الهيئات الموضحة في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 414/92 لرقابة المراقب المالي المختص، زيادة على مسك محاسبة الالتزام بالنفقات.

وفي إطار الصفقات العمومية، يدخل المراقب المالي في الالتزام ضمن التأشيرة الشاملة، الصادرة عن لجنة الصفقات العمومية المختصة،[3] والتي يعتبر عضواً من أعضائها بصفته أحد ممثلي الوزير المكلف بالمالية، وتعني التأشيرة الشاملة أن الرأي الصادر بالموافقة عن لجنة الصفقات المختصة، هو

[1] اقتصرت الرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها قبل تعديل المرسوم التنفيذي رقم 414/92، على ميزانية الدولة والمؤسسات العمومية والولايات، دون البلديات التي استعبدت في مجال تطبيق هذه الرقابة، إلا أنه وبصدور المرسوم التنفيذ رقم 374/09 بهذه الرقابة بعد أن كانت تتم من طرف المحاسب العمومي للبلدية.

[2] المواد 05 و06 و07 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 374/09.

[3] يعتبر المراقب المالي مسئولاً قانونياً عن أي إخلال يسير قواعد المنافسة يتم على مستوى لجنة الصفقات المختصة باعتباره عضواً من أعضاءها، أنظر/ بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، مداخلة في الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة سيدي بلعباس، 24 و 25 أبريل 2013، غير منشورة، ص05.

رأي يغطي كل جوانب الرقابة التي يمارسها أعضاء اللجنة، كما يمارس المحاسب العمومي، دوراً تكميلياً لرقابة المراقب المالي.[1]

أما رقابة مجلس المحاسبة،[2] فيمارس هذا الأخير رقابة خارجية لاحقة لعمليات الإنفاق المتعلقة بالصفقات العمومية، وهو يراقب إجراءات إبرام الصفقة وكذلك تنفيذها وتتوج رقابة مجلس المحاسبة في حالة إثبات المخالفة بتقرير يرسل إلى النيابة العامة لأجل اتخاذ إجراءات المتابعة.

ثالثاً: رقابة الوصاية على إبرام الصفقة

أكد المشرع الجزائري على أن كل الصفقات العمومية تخضع لمختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وخص هذا النوع من الرقابة بمادة وحيدة هي المادة 164 والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه: تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في مفهوم هذا المرسوم، في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع.

وتستمر هذه الرقابة حتى بعد تنفيذ الصفقة، ذلك أن المصلحة المتعاقدة عند الاستلام النهائي للمشروع، تعد تقريراً تقييمي عن ظروف إنجازه وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلاً، ويرسل هذا التقرير حسب طبيعة النفقة الملتزم بها إلى مسئول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة، وترسل كلك نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[1] وفقاً للقانون رقم 21/90 المؤرخ في 1990/0/15 المعدل والمتمم المتعلق بالمحاسبة العمومية، يعتبر محاسباً عمومياً كل شخص يعين قانونياً للقيام بالعمليات التالية: تحصيل الإيرادات ودفع النفقات، ضمان حراسة الأموال أو السندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها وحفظها، تداول الأموال والسندات والقيم والممتلكات والعائدات والمواد وحركة حسابات الموجودات.

[2] الأمر رقم 20/95 المؤرخ في 1995/07/17 المتعلق بمجلس المحاسبة، العدل والمتمم بالأمر رقم 02/10 المؤرخ في 2010/08/26.

الفصـــــــل الأول:
جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

الفصـــــل الأول
جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

إن وجود الفساد في مجال الصفقات العمومية يعد أمراً خطيراً، لذا يتعين الوقوف عنده، فجرائم الصفقات العمومية من بين الجرائم الخطيرة التي تنخر المجتمع ومؤسسات الدولة على حد سواء وقد أخذ منحنى هذه الجرائم تصاعداً مستمراً لاسيما أثناء التحولات التي لا يزال يعرفها الاقتصاد الوطني وتبرز العلاقة بين الاقتصاد والجرائم التي ترتكب في مجال الصفقات العمومية من خلال التأثير السلبي على الاقتصاد الوطني، لذلك فإن المشرع يهدف لحماية السياسة الاقتصادية للبلاد بإجراءات صارمة توقع على مرتكبيها،[1] وبصدور القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، والذي تضمن جملة من الأفعال التي يمكن أن ترتكب في مجال الصفقات العمومية ومنها منح امتيازات غير مبررة، فيما سوف يتم دراسة جريمة المحاباة ضمن المبحث الأول ونخصص المبحث الثاني لدراسة جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

[1] وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013، ص03.

المبحث الأول:جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

إن جريمة منح امتيازات غير مبررة كفكرة أوجدت لتطهير الصفقات العمومية من الفساد الذي عم وانتشر وتفاقمت آثاره في المجتمع، ولو أن ظاهرة الفساد قديمة قدم البشرية عالجتها حتى الشرائع السماوية ومنها القرآن الكريم.[1]

وقد تبينت فكرة تجريم هذا الفعل في تشريعات الدول تدريجياً وتزايدت في ظرف وجيز، إذ عرفت أغلب الدول في العالم تعديلات متعاقبة، ففي فرنسا مثلاً ظهرت هذه الجريمة سنة 1991 إذ أن المشرع الفرنسي حذا حذو القوانين الأوروبية في الذهاب لفكرة تجريم المحاباة.

لقد جرم المشرع الجزائري فعل منح امتيازات غير مبررة بموجب المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدل بالقانون رقم 11 المؤرخ في 2011/08/02 هذه الجريمة لم يستحدثها قانون مكافحة الفساد بل سبق النص عليها في قانون العقوبات سنة، هذا الأخير حيث صدوره سنة 1960 لم يكن يتضمن نصاً تجريمياً لإبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية هذا النص عدل بدوره ثلاث مرات قبل أن يتم إلغاءه بموجب القانون رقم 09/01 المؤرخ في 2011/06/26 الذي أوجد المادة 128 مكرر التي ألغيت بعد بموجب القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد.[2]

من خلال ذلك يتضح أن المشرع بسنه لجريمة منح امتيازات غير مبررة قصد حماية الصفقات العمومية التي تشكل مجالاً للفساد ولهذا السبب أعطاها خصوصية معينة تنفرد بها لوحدها من حيث التجريم، وتعرف بأنها: "تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق الحصول على مصالح معينة".[3]

[1] ذكر الفساد في القرآن الكريم في عدة صور منها: الروم، القصص، المائدة.

[2] محمد علي إبراهيم الخصبة، الفساد المالي والإداري وسبل مكافحته، ورقة عمل مقدمة في الملتقى العربي الثالث بعنوان آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، المنعقد في الرباط، المغرب، ماي 2008، ص 148.

[3] المرجع نفسه، ص149.

بهذا التعريف يمكن القول بأن المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تفضيل مرشح لصفقة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة بهذا التعريف يمكن القول بأن المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تفضيل مترشح لصفقة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة، ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين.[1]

وقد جرم فعل منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية كما سبق ذكره بموجب المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدلة بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2011/08/02، حيث كان هذا النص قبل تعديله يربط جريمة المحاباة بمخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل دون أن يحددها بتلك المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، أما قانون مكافحة الفساد فقد أكد في المادة 09 منه المعدلة بموجب المادة 02 من الأمر رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/26، على وجوب تأسيس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة وبذلك سيتم دراسة جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية من خلال التطرق إلى الأركان المتطلبة لقيامها ثم الأحكام العقابية الخاصة بها ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول: جـريـمـة المحـابـاة

هي الجنحة المنصوص عليها في المادة 26 الفقرة الأولى من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والتي حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة الأولى الملغاة من قانون العقوبات وعليه سنتناول في هذا المطلب الأركان العامة التي تقوم الجريمة بتوافرها على العنصر المشترك في معظم جرائم الصفقات العمومية وهو صفة الجاني الموظف العمومي، الركن المفترض، الركن المادي للجريمة، والركن المعنوي.

[1] محمد علي إبراهيم الخصبة، نفس المرجع السابق، ص 151.

الفعل الأول: الركن المفترض

بما أن دراستنا تنصب على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية التي يفترض لقيامها صفة معينة في مرتكبها، ومن بينها جنحة المحاباة التي تتطلب أن يكون القائم بها موظفاً عاماً، سندرس هذا الركن في جريمة المحاباة فقط لنكتفي في باقي جرائم الصفقات العمومية بالإشارة إليه تجنباً للتكرار، فيفترض لقيام جريمة المحاباة صفة خاصة في مرتكبها والصفة المتطلبة أن يكون القائم بها موظف عمومي غير أن مفهوم الموظف العمومي يختلف في كل من القانون الإداري والقانون الجنائي فأي المفهومين قصد المشرع مفهوم الموظف العمومي.

أولاً: مدلول الموظف العمومي في القانون الإداري

إذا تم البحث في مفهوم الموظف العمومي لا يتضح خلافاً كبيراً بين القانون الإداري والقانون الجنائي، ذلك أن جل التعريفات في تحديد مفهومه قد جاءت متباينة مع إنقاص أو زيادة بعض العناصر.

1- تعريف الفقه الإداري للموظف العمومي:

نجد أن فقهاء القانون الإداري استقروا على تعريف الموظف العمومي وفقاً لتعويض من قبل المحكمة الإدارية العليا بأنه الشخص الذي يعين بصفة مستمرة غير عارضة للمساهمة في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو الحكومة المركزية أو السلطات اللامركزية بالطريق المباشر.[1]

هذا التعريف جعل الموظف العام هو موظف الدولة أو ممثلها الذي ينوب عنها في إدارة المرافق وتقديم الخدمات العامة، كالتعليم والصحة وحفظ الأمن ومكافحة الجرائم بأنواعها والدفاع عن أمن الدولة داخلياً وخارجياً، وهذا خلافاً لما نشهده اليوم فكثير من الموظفين العموميين جعلوا من

[1] بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن مقارنة بالشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 17.

مناصبهم الوظيفية وسيلة لارتكاب جرائم الفساد كالاتجار بأعمال وظيفية، والرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ، والمحاباة ما حاد به عن الهدف من وراء وضعه في منصبه.[1]

2- تعريف القضاء الإداري للموظف العمومي:

يعرف القضاء الإداري الموظف العمومي حسب ما عرفته محكمة العدل العليا على أنه كل شخص كلف بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو غيرها من الوحدات الإدارية بأسلوب الاستغلال المباشر.[2]

ويضيف البعض بأنه الشخص الذي يساهم في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى.[3]

حيث بالإمعان في التعاريف التي قيلت بشأن الموظف العمومي نجد أنها تقتصر مفهوم الموظف العمومي مع الشخص الذي تتوافر فيه جملة من الشروط وهي أن يتصف العمل الذي يقوم به بالاستمرار ما يدل على أن الموظف المتعاقد خارج هذه الفئة، ضف إلى ذلك أن يكون العمل الذي يقوم به الموظف يساهم في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة ليشمل كل شخص يمكن أن يساهم في تحقيق المصلحة العامة في إحدى الهيئات أو المرافق الخاضعة للقانون العام.

3- تعريف القانون الإداري للموظف العمومي:

أما القانون الإداري فهو يعرف على أنه الشخص الذي يعهد إليه القانون بأداء عمل أو مرفق عام تملكه الدولة أو شخص معنوي عام على نحو من الانتظام أو الاعتياد وفي مقابل راتب معين،[4]

---

[1] بلال أمين زين الدين، نفس المرجع السابق ، ص 17.

[2] ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 28.

[3] حمدي رجب عطية، الحماية الجنائية للموظف العام، دراسة في التشريعين المصري والليبي، مطابع جامعة المنوفية 2010، ص06.

[4] محمد أحمد غانم، المحاورة القانونية والشرعية للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2008، ص 176.

ويعرف أيضاً على نحو وجه قانوني بأداء عمل مقابل في مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إدارة مباشرة.[1]

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن فكرة الموظف العمومي في نطاق القانون الإداري تختلف بعض الشيء عنها في القوانين الأخرى كالقانون الجنائي والمدني، فمعناه في هذه القوانين قد يكون أوسع أو أضيق مما هو عليه في القانون الإداري كفكرة الموظف في القانون الإداري تقوم على اعتبارات علاقة قانونية تنظيمية تحكمها القوانين والأنظمة التي تحدد بموجبها القواعد التي تحكم شؤون الوظائف والموظفين.[2]

كما عمد المشرع الفرنسي على تعريف الموظف العمومي على أنه ذلك الشخص الذي يتم تعيينه في وظيفة دائمة وبصفة مستمرة وتم ترسيمه في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الإدارة المركزية أو في الهيئات العامة التابعة للدولة.[3]

أما بالنظر إلى المشرع الجزائري فقد عرف الموظف العام في المادة الأولى من الأمر 66-133 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة على أنه يعتبر موظفون عموميون الأشخاص المعينين في وظيفة دائمة، الذين رسموا في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الإدارات المركزية وفي الجماعات المحلية وكذلك في المؤسسات والهيئات العامة، وهو يختلف عن تعريفه في المادة الرابعة من الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية حيث عرفه على أنه يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.[4]

---

[1] أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، قانون جرائم التزييف والتزوير والرشوة واختلاس المال من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998، ص 271.

[2] نوفل علي عبد الله صفو الدليمي، الحماية الجزائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 199.

[3] كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 23-24.

[4] الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 46 المؤرخ في 16 جويلية 2006.

يمكننا القول من خلال ما تبين أن القانون الإداري يصب اهتمامه أكثر على المركز القانوني للموظف العمومي في الجهاز الإداري وذلك قصد تحديد حقوقه والتزاماته إلا أن مدلول الموظف العمومي في القانون الإداري، لا يكفي وحده في مجال جرائم الصفقات العمومية، لأنه يشمل كل الأشخاص الذين يقومون بأداء خدمات الجمهور ويمكن أن يرتكبوا خطأ أو فعل يعرضهم للمساءلة الجزائية.

رابعاً: مدلول الموظف العمومي في القانون الجنائي

اهتمت معظم القوانين الجنائية بتقديم تعاريف للموظف العمومي، وتحديد كل الفئات التي تشملها، إذ يعرف فقهاء القانون الجنائي الإسلامي الموظف العمومي بأنه كل من يقلده الخليفة أو ولي الأمر أو يستعمله في عمل معين يعتبر موظفاً عاماً، بغض النظر عن العلاقة التي تربط الموظف العام بالدولة، فالنشاط الذي يباشره هو الذي يضفي على صاحبه صفة الموظف العام.[1]

والفقه الجنائي توسع في مفهومه للموظف العام ليشمل كل من يقلده الخليفة عملاً معين، فهو يعد موظفاً عاماً.

وذهب البعض إلى القول بأن تعبير الموظف العام كما هو معرف في القانون الإداري لا يكفي لتوفير وضمان الحماية اللازمة لتحقيق المصلحة العامة التي ينبغي على القانون الجنائي حمايتها، لذلك لا ضرورة للالتزام بمعناه الضيق ولابد من أن يحدد له المفهوم المناسب كي تتحقق الحماية الجنائية لذا توسع من أخذ بهذا الرأي في تعريف الموظف العام على أنه كل من يباشر وظيفة عامة في مرفق عام يعتبر موظفاً عاماً في القانون الجنائي.[2]

[1] هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة، الاختلاس، تكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010، ص 42.

[2] المرجع نفسه، ص 44-45.

فقد توسع القانون الجنائي في تحديد مدلول الموظف العام وأضاف على مفهومه في القانون الإداري مفهوماً آخر أكث اتساعاً سواء كان الشخص يعمل في مرفق عام تملكه الدولة، أو شخص معنوي آخر، على نحو ثابت ومنتظم أو نحو عارض ومؤقت وسواء كان اختصاصه مستمداً من القانون مباشرة أو بطريق غير مباشر، فهو في كل الحالات يرتبط بالدولة، برابطة قانونية تجعله يساهم في تسيير، الإدارة العامة من أجل تحقيق الصالح العام، لأن النظرية الجنائية للموظف العام تهتم بالعلاقة بين الدولة وجمهور الناس وتجتهد في صيانة نقاء هذه العلاقة.[1]

إن الموظف العام هو المعبر عن إرادة الدولة في مواجهة المواطنين، لذلك لابد من اختيار الشخص المناسب، فإذا أقدم الموظف العمومي على أي فعل من الأفعال المخلة والمضرة بالمصلحة العامة في أي صورة كانت سواء رشوة أو اختلاس أو استغلال نفوذ، ستؤدي حتماً إلى اهتزاز ثقة المواطنين في عدالة الدولة وشرعية أحكامها ويعرض القائم بها للمساءلة الجزائية، ولا أهمية لكونه يشغل الوظيفة بصفة دائمة أو مؤقتة أو كونه يتقاضى أجراً أو مكافأة أو كان عمله تبرعاً.[2]

نلاحظ مما تقد تباين وجهات النظر لدى كل من القانون الإداري والجنائي فيما يتعلق بتحديد مفهوم الموظف العمومي، فمفهومه في القانون الإداري مخالف للقانون الجنائي، ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة كل من القانونين وأهدافهما، فالقانون الإداري ذو طبيعة تنظيمية يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الشخص والحكومة، أم القانون الجنائي فهو ذو طبيعة جزائية غايته حماية الحقوق والحد من الجريمة، والقانون الجنائي قد توسع في توضيحه لفكرة الموظف العمومي بخلاف القانون الإداري، فإذا كان يركز اهتمامه على المركز القانوني للموظف العام بإقامته على أساس قانوني تنظيم الهدف منه تحديد والتزامات الموظف العام.[3]

ثالثاً: تعريف الموظف العمومي في قانون العقوبات

[1] محمد أحمد غانم، مرجع سابق، ص 176-177.

[2] هنان مليكة، مرجع سابق، ص 43.

[3] نوفل علي عبد الله صفو الدليمي، مرجع سابق، ص 203.

لم يورد قانون العقوبات تعريفاً للموظف العمومي وإنما اكتفى بذكر بعض الفئات التي اعتبرها ضمن طائفة الموظفين العموميين.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد حدد مفهوم خاص للموظف العمومي يقترب من المفهوم الإداري وقد يختلف أحياناً باختلاف نوع الجريمة كما أنه وسع بشكل ملحوظ في مفهوم الموظف العمومي وطبق مفهوم الموظف العمومي،[1] كما هو معرف في القانون الإداري في مجال القانون الجزائي، لكن نظراً لضيق هذا المفهوم عمد الاجتهاد القضائي في فرنسا إلى توسيعه، فقضي بوجوب أخذ عبارة الموظف العمومي بمفهومه الأوسع مع حصره في المواطنين الذين يتمتعون بقسط من السلطة العامة، أي أولئك الذين يتولون وكالة عمومية سواء عن طريق انتخاب شرعي أو بمقتضى تفويض من السلطة التنفيذية وساهمون بهذه الصفة في تسيير شؤون الدولة أو الجماعات المحلية الولاية والبلدية.[2]

لما كان هذا النوع من الجرائم لا يقع عادة إلا على الأموال الموجودة بالمؤسسات والمرافق العامة التي تسيرها أو تشرف على إدارتها فروع الدولة مثل البنوك والشركات الاقتصادية وأنه لا يقع عادة إلا من موظفي الدولة وإطاراتها، فإن المشرع الجزائري حاول التقليل من أخطار الظاهرة بالتوسع في مفهوم الموظف العمومي ليشمل عدة فئات.

رابعاً: مدلول الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد

الأصل أن جنحة المحاباة من جرائم ذوي الصفة، فقانون مكافحة الفساد في تعريفه للموظف العمومي قد توسع نظراً لما جاء به القانون الإداري، ليدرج فيه كل من يتمته بصفة الموظف العمومي، بالإضافة إلى فئات اعتبرها في حكم الموظفين العموميين وهم ليسوا كذلك طبقاً لما هو معمول به في

[1] حمدي رجب عطية، مرجع سباق، ص 09.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم الاقتصادية وبعض الجرائم الخاصة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 13-14.

القانون الإداري ولعل السبب في ذلك يعود لرغبة المشرع في سد الطريق أمام كل من تسول له نفسه بالاتجار بالوظيفة والتلاعب بالمال العام، وحصر كل أشكال الفساد في الأجهزة الإدارية.

عُرف قانون الفساد خلال المادة 02 فقرة –ب– من القانون رقم 06-01 بحيث اعتبر ت كل شخص يشغل أحد المناصب التشريعية أو التنفيذية أو الإدارية أو القضائية أو عضواً في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة وأضافت على ذلك كل شخص يتولى ولو بصفة مؤقتة، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويسهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية، أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

والمشرع الجزائر لم يحصر قيام هذه الجريمة في صفة الموظف العمومي وحده، بل أضاف فئات أخرى لها صفة الموظف العمومي ومن في حكمه، وعليه تشمل صفة الموظف العمومي الفئات التالية:

1- فئة المناصب: سيتم تناول طائفة إدارية كل من يعمل في إدارة عمومية سواء كان دائماً في وظيفته أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر وبصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.
2- المناصب التنفيذية: ويقصد بها كل شخص منصباً تنفيذياً وتضم رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة وأعضاء الحكومة الوزراء والوزراء المنتدبون.

فرئيس الجمهورية جعله الدستور الجزائري على رأس السلطة التنفيذية وهو منتخب،[1] والأصل أن لا يسأل رئيس الجمهورية عن الجرائم التي قد يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى، ويحال في هذه الحالة إلى المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية، في حين تجوز مساءلة أعضاء الحكومة عن جرائم الفساد أمام المحاكم العادية وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة، وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية،[2] فقد أراد المشرع بذكرهم التأكيد على شمول النص

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، مرجع سابق، ص 08.
[2] هنان مليكة، مرجع سابق، ص 47.

على الموظفين العموميين أيا كانت مراكزهم القانونية والوظيفية، وعليه يقع تحت طائلة مكافحة الفساد كل أعضاء الحكومة بصفة عامة.

3- المناصب الإدارية: تضم طائفة المناصب الإدارية كل من يعمل في إدارة عمومية، سواء كان دائماً في وظيفته أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته وينطبق هذا التعريف على فئتين هما: الموظفون الذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة، ويقصد بهم الموظفون كما عرفهم القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية،[1] بموجب المادة الرابعة (04) التي تنص على: "يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبته في السلم الإداري"،[2] ويستخلص من خلاله أنه لكي يحمل الشخص صفة الموظف يشترط فيه توافر أربع شروط هي:

- أن يكون العمل القائم به الموظف دائماً أي أن يكون العمل المكلف به الموظف دائماً حتى يصير موظفاً عاماً دائماً له صفة الاستمرار والدوام فهذا الشرط له جانب موضوعي يتعلق بالوظيفة التي يشغلها الشخص دائمة وجانب آخر شخصي هو أن يقوم الشخص بالعمل على سبيل الدوام.[3]
- ولا الموظف المتعاقد الذي تستخدمه الإدارة ليقوم بمهام لخدمة المرفق العام بموجب عقد محدد المدة في حدود آجال إنجاز العمليات التي تكتسي طابعاً مؤقتاً.
- أن يتم التعيين في وظيفة عمومية في مرفق إداري تديره الدولة بمعنى أن يمارس الموظف نشاطه في مؤسسة أو إدارة عمومية تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وأن يدار هذا المرفق مباشرة من قبل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طبقاً للمادة 02 الفقرة 01 من الأمر رقم

[1] هنان مليكة، المرجع نفسه، ص47.

[2] شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، (مذكرة تخرج مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، الجزائر، 2008، ص 23.

[3] المادة 10 من المرسوم رقم 07-308 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كيفيات توظيف الأعوان المتعاقدة وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم.

03/06 فإنه يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية: المؤسسات العمومية، الإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات العلمي والتكنولوجي، وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي، على أن هذا الأخير قد أخرج من نطاق تطبيقه طوائف أخرى، بالنظر لخصوصيتها.

ويتعلق الأمر بمؤسسات وهيئات تمثل الجانب الأكبر من القطاع العام الذي تنصب عليه هذه الدراسة وهي: المؤسسات العمومية، وهي تلك الهيئات التي يكون تأسيسها بناء على نص خاص صادر عن السلطات العمومية وتكون خاضعة للقانون العام، ومن خلال استقراء بعض النصوص القانونية منها المرسوم التنفيذي رقم 227/90 المؤرخ في 1990/07/25 المعدل والمتمم، الذي يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة، والذي تضمنته المادة 01 في فقرتها 02 أحكاماً تتعلق بالوظائف العليا، تحت عنوان "المؤسسات والهيئات العمومية"، حيث عددت من ضمنها مجلس المحاسبة، المجلس الإسلامي الأعلى، المجلس الأعلى للأمن، المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة، والديوان الوطني للإحصائيات، الإدارات المركزية في الدولة وهي المصالح الإدارية الموجودة في قمة المهام الإدارية وعلى وجه التحديد الموجودة بالعاصمة وهي رئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة والمصالح غير الممركزة التابعة لها وفي المديريات الولائية الموجودة على مستوى الولاية كمديرية الأشغال العمومية، مديرية الصحة وإصلاح المستشفيات...[1] والتابعة للوزارات وكذا بعض المصالح الخارجية التابعة لرئاسة الجمهورية أو لرئاسة الحكومة أو الوزارات.

[1] بخباز عبد الله، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية –دراسة مقارنة– مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، التجريم في قانون الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014، ص99.

- الجماعات الإقليمية وتتمثل في البلدية والولاية طبقاً لأحكام الدستور،[1] فالبلدية حسب المادة 01 من قانون 10/11 هي: "الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة"[2] أما الولاية عرفها المشرع الجزائري في المادة 01 من قانون الولاية رقم 07/12 المؤرخ في 2010/02/21 بأنها "الجماعة الإقليمية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة"، وكلا المرفقين أو الهيئتين تحتويان على إدارة يعمل بها مجموعة من الموظفين يخضعون لقانون الوظيفة العمومية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والتي تعتبر نوعاً من المؤسسات العمومية، إذ بين المشرع أنها تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة ولمبدأ التخصيص.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وهي مؤسسات تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 05/99 المؤرخ في 1999/04/04 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/08 المؤرخ في 2008/02/23.[3]
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وهذا النوع من المؤسسات تم إنشاؤه بموجب القانون رقم 11/98 المؤرخ في 1998/08/22.

4- المكلفون بتولي وظائف أو وكالة في خدمة مرفق عام:[4]

وسع المشرع في مفهوم الموظف العمومي ليمتد إلى الأشخاص الذين يتولون وظائف أو وكالة بأجر أو بدون أجر، على أن يساهموا في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تكون الدولة مالكة لكل رأسمالها أو جزء منه، أو خدمة مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

---

[1] تنص المادة 16 من الدستور على أن: الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.

[2] قانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 المتضمن قانون البلدية.

[3] تنص المادة 17 من القانون رقم 11/98 الصادر بتاريخ 1998/08/22 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/08 المؤرخ في 2008/02/23 على أنه: تنشأ مؤسسة عمومية خصوصية ذات طابع علمي والتطوير التكنولوجي لتحقيق نشاطات البحث العلمي والتطوير التكنولوجي.

[4] تبون عبد الكريم، الرشوة والتستر على جرائم الفساد في القطاع العام بين التدابير الوقائية والتدابير العقابية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص قانون جبائي، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2012/2011، ص 52.

فبالنسبة للهيئات العمومية، ويقصد بها كل شخص معنوي عام أخر غير الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عمومي، ويتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهيئات الضمان الاجتماعي، ولكن يبقى الشرط الجوهري لاعتبار الأشخاص المنتمين إلى هذه الهيئات هو توليهم وظائف أو وكالة خدمة لمدة الهيئات العمومية أما بالنسبة للمؤسسات العمومية، وباعتبار أنها ترتبط بملكية الدولة كل رأسمالها، أو بعضه فالأمر يتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية.[1]

ويضاف إلى هذه المؤسسات نوع آخر وهو المؤسسات ذات الرأسمال المختلط، حيث في جوهرها لا تخرج عن كونها مؤسسات عمومية اقتصادية، إلا أنها قامت بفتح رأسمالها الاجتماعي للخواص، سواء كانوا أفراد أو شركات، مواطنين جزائريين أو أجانب عن طريق بيع بعض الأسهم في السوق.[2]

5- الأشخاص في حكم الموظف:

لقد ذكر المشرع في نهاية الفقرة المتعلقة بالأشخاص الذين يعتبرون موظفين عموميين، الأشخاص الذين هم في حكم الموظف إذ ينطبق هذا المفهوم أساساً على طائفة من الأشخاص يعتبرون ضباطاً عموميين، وهم في الحقيقة في حكم الموظف، ذلك أنهم يتولون القيام بمهامه بتفويضها من السلطة العمومية، فتظم هذه الطائفة كل من:

- الموثقين ويحكمهم القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

[1] تنص المادة 02 من الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها على أنها شركات تجارية تحوز الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمالها الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام.

[2] لحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 21.

- المحضرين القضائيين ويحكمهم القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- محافظوا البيع بالمزاد العلني ويحكمهم الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 1996/01/10 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة.
- المترجمين الرسميين ويحكمهم الأمر رقم 13/95 المؤرخ في 1995/03/11 المتضمن تنظيم مهنة المترجم والترجمان الرسمي.

الفرع الثاني: الركن المادي

هذا الركن هو المظهر الذي تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجي وهو يقوم أساساً على وجود فعل أو سلوك، يتنوع ويختلف باختلاف الجرام على تعددها يتحقق الركن المادي الجنحة المحاباة حسب المادة 26 في فقرتها الأولى من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بإقدام الجاني على المنح عمداً للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشيرة أو مراجعته مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية أو اللوائح التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ويمكن تعريف المحاباة على أنها: "تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة".[1]

وبهذا التعريف سيتم التطرق إلى عناصر هذا الركن:

أولاً: منح امتياز غير مبرر

الامتياز يقوم على فكرة التفضيل والفرز عن الغير، فتفضيل مترشح لصفقة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة، ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية فهي الجنحة التي تثبت إفادة الغير بامتياز غير مبرر، إذ أن التفضيل يكون بخرق قواعد حرية

[1] هنان مليكة، مرجع سابق، ص 50.

الحصول ومساواة المترشحين هذه، الجنحة حددتها المادة 07 من قانون 03 جانفي 1991 المرتبطة بشفافية الإجراءات المنظمة للصفقات العمومية، وتحديد معنى عبارة غير مبرر يفترض وجود معيار مرجعي للقول بأن الامتياز مبرر أولاً، ففي القانون الاقتصادي الخاص، المرجع هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساساً على حرية المنافسة وبالتالي يعتبر امتياز غير مبرر ذلك الامتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق.[1]

بحيث يبدو أن القضاء الجزائري قد حذا حذو القضاء الفرنسي في هذه المسألة إذ أن المحكمة العليا قضت بأن محكمة الجنايات التي أجابت بنعم على السؤال المتعلق بواقعة إبرام اتفاقيات مخالفة للتشريع ثم أجابت بالنفي على السؤال المتعلق بمنح امتياز غير مبرر خلقت تناقضاً بين السؤالين.[2]

فالمحكمة العليا رفضت إمكانية وجود مخالفة للتشريع من جهة وعدم منح مزية غير مبررة من جهة ثانية لأن القرار المطعون ضده كان قد قضى بالبراءة لعدم ثبوت عنصر منح المزية غير المبررة رغم ثبوت مخالفة النصوص التشريعية، وقد ذكرت المحكمة في نفس القرار أن مخالفة التشريع ومنح المزية غير المبررة هما عنصرين مختلفين يكونان محل سؤالين منفصلين، لكن في ذات الوقت نستخلص من خلال موقفها الثاني مفترض لمجرد ثبوت الأول.

ثانياً: استفادة الغير من المزية غير المبررة

إن جريمة منح امتياز غير مبررة في مجال الصفقات العمومية هي من جرائم الفساد وبالتالي هي قائمة على أساس حماية الوظيفة العامة، لذلك فإن المشرع لم يربط الجريمة باستفادة مرتكبها من مزية خاصة به بل جعل المستفيد من المزية غير المبررة هو الغير، وهذا العنصر هو الذي يميز بالدرجة الأولى جريمة المحاباة عن العديد من جرائم الفساد الأخرى التي قد تقع في إطار إبرام الصفقات العمومية،

[1] عمراني مصطفى، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2019، ص 350.

[2] علة كريمة، المرجع السابق، ص230.

فالمستفيد من المزية غير المبررة ليس هو الموظف مرتكب الفعل وإنما هو الغير، والغير هو الفائز بالصفقة.[1]

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول باستحالة تصور منح صفقة عمومية بصفة غير قانونية دون أن يكون ذلك بمقابل يعود على الموظف سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وقد جرم المشرع بصفة خاصة فعل استفادة الغير من المزية غير المبررة بموجب الفقرة 02 من المادة 26 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، إذ أنها تعاقب كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة، أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة من أجل التعديل لصالحهم أو أجل التسليم أو التموين.[2]

ثالثاً: صور جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية

تأخذ جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية الصور التالية:

1- مخالفة أحكام للصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة:

ويحدث ذلك في حالة اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير، ذلك أن هناك من الصفقات العمومية التي تتطلب شكليات أولية، وذلك عن طريق تجزئة الصفقات العمومية،[3] فكل عقد أو طلب يساوي

[1] طاهير العيد، الإخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء تنفيذها كركن من أركان جريمة المحاباة، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة دكتوراه تخصص –التجريم في الصفقات العمومية–، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014، ص 61.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 135.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، مرجع سابق، ص 124.

مبلغه ثمانية ملايين د ج أو يقل عنه للخدمات، الأشغال أو اللوازم، وأربعة ملايين د ج لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقضي وجوب إبرام صفقة عمومية.[1]

قد يتم اللجوء إلى تجزئة الصفقة العمومية، وذلك لتفادي إجراءات الوضع في المنافسة كعدم نشر إعلان المناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.[2]

غالباً ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة، تكون هذه الفواتير عموماً من فعل شركات تابعة للشركات المستفيدة من الصفقة، وتتضمن بذلك بيانات مزورة سواء في المبلغ المذكور أو في التاريخ أو حتى طبيعة أداء الخدمة وذلك من أجل إظهار الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب إجراء مناقصة لم تتم بلوغه في حين الأشغال المنجزة تفوق ذلك المبلغ.[3]

فالمشرع غالباً ما يمنع اللجوء إلى التجزئة محل العقود في حال تكاملها بحسب طبيعتها تؤدي إلى التهرب من مراعاة الشروط والقواعد والإجراءات الموضوعية لقيمة العقد قبل تجزئته وهذا أمر محظور.

وحسب ما هو معمول به في إبرام الصفقات العمومية فتعتبر القاعدة في إبرام الصفقات العمومية اللجوء إلى إجراء التراضي يعد استثناء لهذه القاعدة وبهدف حصر الوضع في المنافسة على بعض المتعاملين قصد تبجيلهم عن غيرهم من المتعاقدين الذين قد تتوفر لهم فرصة الحصول على الصفقة العمومية فقد يلجأ إلى أسلوب التراضي بدعوى أن المشروع يتطلب مهارة خاصة وهو ما يشكل صورة من صور المحاباة كما أن المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المترشحين بمناسبة إجراء الوضع في المنافسة هو من صور المحاباة ومثاله: المتعامل العمومي الذي ينوي إبعاد مؤسسة مؤهلة

[1] المادة 01/06 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[2] المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[3] ممدوح طنطاوي، المنقصات والمزايدات، القانون واللائحة التنفيذية وأحكام المحاكم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 494.

للفوز بالمشروع على حساب مرشح يحظى برضاه، فيقرر أن تلك المؤسسات لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة وهذا فيما يتعلق بالكفاءات المهنية، أو أن يتم اختيار مؤسسة من المفروض أن لا تكون ضمن المرشحين اعتبارا إلى كون ترشيحها غير مقبول،[1] فإفشاء الموظف العام سرية بعض المعلومات بأي صورة من شأنها تخفيض الإنتاج أو تفويض فرص اقتصادية على الدولة، كالمعلومات المتعلقة بالعقود أو المناقصات والمزايدات.[2]

وعلى مستوى بعض البلديات كشفت مصادر مؤكدة من وزارة الداخلية والجماعات المحلية على أن 1174 منتخب محلي تورطوا في قضايا مشبوهة وتعاملات غير قانون خاصة ما تعلق منها بمجال العقار والتلاعب في منح الصفقات العمومية.

كما هو الحال في تمكين الغير من الاستيلاء على المال العام بغير وجه حق عن طريق المحسوبية والمحاباة في ترسية العطاءات والمناقصات عمداً على شخص بعينه والتغاضي أو تجاهل أفضل المتقدمين.

2- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض:

يظهر تكريس المشرع الجزائري لمبدأ شفافية المنافسة فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية، حيث لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين، بعد فتح الأظرفة وأثناء تقسيم العروض لاختيار الشريك المتعاقد.[3]

حيث تقوم الجريمة في حال التفاوض مع بعض المرشحين بعد فتح العروض بغية تعديل العروض من أجل الحصول على الصفقة العمومية يشكل جنحة المحاباة ويهدف هذا المبدأ إلى ضمان

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، مرجع سابق، ص 119.

[2] نواف سالم كنعان، الفساد الإداري المالي، أسبابه، آثاره، وسائل مكافحته، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثلاثة والثلاثون، يناير 2008، ص 116.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم ، مرجع سابق، ص 125.

المساواة في الحظوظ بين المترشحين، ويتعين على كل منهم تقديم عرضه بالنظر إلى المعايير المتعلقة بالصفقات ليس إلا ودون الأخذ بعين الاعتبار العرض الذي قدمه منافسوه.[1]

يشكل اختيار المستفيد من الصفقة بطريقة غير شرعية صورة من صور الجريمة ويكون ذلك في حال عدم احترام معايير الاختيار والعلن عنها والتي تستوجب احترامها لذلك فإنه في حالة غياب أي احترام أي التزام بإجراء الاختيار فإن أحسن عرض هو الذي يستوجب التمسك به، وعليه فإن إسناد المشروع يكون المرشح الذي استجاب أكثر من غيره للحاجة المطلوبة واقتراح أحسن الخدمات بسعر مناسب.[2]

كما قد تتم الجريمة أثناء مراجعة الأسعار وذلك بمخالفة للإجراءات المعمول بها أساساً عند مراجعة سعر الصفقة، وكل ذلك بغرض منح الغير امتيازات غير مبررة تمكنه من الحصول على الصفقة على حساب مرشح آخر قد يحظى بالصفقة لتوافر كل الشروط المطلوبة في العرض الذي تقدم به.

3- مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة:

بعد أن يتم تخصيص الصفقة، قد يتم تنظيم صفقات تصحيحية أو إبرام ملحقات مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به.

الصفقات التصحيحية تخصص بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة، ويتم تسويتها كي تظهر في مظهر الشرعية، عن طريق تنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال أد أنجزت،[3] أما بالنسبة للملحقات فأثناء تنفيذ الخدمات يمكن أن تطرأ مستجدات تؤدي إلى تعديل بند أو أكثر من الصفقة دون المساس بجوهر موضوع الصفقة، وهكذا قضى بقيام الجريمة في قضية تتلخص وقائعها

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم ، مرجع سابق، ص 125.

[2] فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، سبتمبر 2009، ص 125.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم ، مرجع سابق، ص 127.

كالتالي: بعدما تم التعديل محل الصفقة بصفة غير شرعية، وهذا بإلغاء أداء خدمة من أجل تفضيل مؤسسة، ثم بعدها إبرام ملحقة مع تلك المؤسسة لإعادة أداء تلك الخدمة بغية العودة إلى الصفقة الأولى.[1]

ومع ذلك يمكن القول أن الجريمة لا تقوم إلا في حالة ما إذا كانت المخالفات المرتكبة لها تأثير على تخصيص الصفقة وعلى القرار الصادر بشأنها.

هذا بالنسبة للصفقات العمومية التي يحكمها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فقد تضمن هذا الأخير إجراءات إبرام الصفقة وحدد المؤسسات والهيئات العمومية المعينة بالإجراءات السالف ذكرها.

من خلال المادة 02 من هذا المرسوم، والتي يشكل الإخلال بها عنصراً مكوناً للركن المادي لجنحة المحاباة وهي تخص الصفقات العمومية التي تتجاوز قيمتها أربع ملايين د ج عندما يتعلق الأمر باقتناء الخدمات أو إنجاز الدراسات أو تتجاوز ستة ملايين عندما يتعلق الأمر بإنجاز الأشغال أو اقتناء المواد.[2]

أما فيما يتعلق بالعقود التي تتضمن عمليات خاصة بالصفقات كما هي محددة بالمرسوم السابق ذكره، والتي لا تتجاوز قيمتها المبلغ المحدد لإبرامها على شكل صفقة فإن الإدارة تبرمها على شكل اتفاقية ولا يتطلب فيها مراعاة جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إنما يجب أن تؤسس على قواعد المنافسة والشفافية والنزاهة حفاظاً على المال العام.

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم ، مرجع سابق، ص 127.

[2] شروقي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص 33.

4- مخالفة أحكام التأشير:

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجبارياً التأشيرة، وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية إلى المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب والمكلف.[1]

فلا يمكن تنفيذ أي عقد أو صفقة عمومية من دون تأشيرة وهذا يدخل في صلب موضوع رقابة لجان الصفقات العمومية.

بمعنى أنه ينبغي أن يكون التأشير على الصفقة حسب ما ينص عليه التشريع المعمول به في مجال الصفقات العمومية، دون أن يكون هناك تواطؤ من موظفي الهيئة أو المصلحة المتعاقدة مع أحد المرشحين للصفقة العمومية، وعليه تقوم جنحة المحاباة في حالة خرق أحكام التأشير على الصفقة العمومية بهدف تبجيل أحد المتعاملين بغرض منحه امتياز غير مبرر.

رابعاً: الغرض من ارتكاب الجريمة

لا يكفي لقيام الركن المادي في جريمة المحاباة قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية بل يجب أن يكون الغرض من النشاط إفادة للغير بامتيازات غير مبررة، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط، فإذا استفاد منه الجاني جاز أن يكون الفعل رشوة.[2]

لا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية، والتي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية، وإنما يشترط

[1] المادة 01/166 المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم، مرجع سابق، ص 120.

زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل أحد المتنافسين على غيره مثل تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة.[1]

تبرز الغاية من تجريم هذا الفعل وهو إرساء مبادئ الشفافية والمساواة والنزاهة بين المترشحين للحصول على الصفقات العمومية، وتكريس القواعد الموضوعية في مجال إبرام الصفقات العمومية.

وتبعاً لذلك تنتفي الجريمة بانعدام الغرض المتمثل في إفادة الغير بامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، ولذلك تشدد المحكمة العليا رقابتها على إبرازه في حكم الإدانة.

وعلى القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهذه الجريمة، وذلك بكشف الإجراء المخالف للقانون، وربطه بمن رست عليه الصفقة مبرزاً العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفقة لأحد المترشحين ويتضح ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف القضية.[2]

الفرع الثالث: الركن المعنوي

الركن المعنوي هو انعكاسات لماديات الجريمة في نفسية الجاني، فليس من العدالة في شيء أن يسأل إنسان عن وقائع لم تكن له بها صلة نفسية، طالما أن غرض الجزاء الجنائي، هو ردع الجاني وتقويمه أو درء خطره، فإن ذلك لن يتحقق إلا بالنسبة لمن توافرت لديه إرادة انتهاك القانون.[3]

فتحقق السلوك الإجرامي، غير كاف لقيام المسئولية الجنائية للفاعل، بل لابد من توافر شرط ضروري لقيام هذه المسئولية، وذلك بصدور الفعل شخص متمتع بالأهلية المطلوبة لتحمل المسئولية

[1] شروقي محترف، مرجع سابق، ص 33.

[2] المرجع نفسه، ص 34.

[3] رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، مصر 1997، ص 922.

الجنائية، أي شخص يتمتع بالملكات النفسية والعقلية، إضافة إلى ضرورة أن يتوافر عنصر الإرادة أي إرادة تحقيق نتيجة إجرامية.[1]

ولا يكفي لقيام الجريمة مجرد ارتكاب العمل المادي المكون لها بل لابد أن يصدر هذا العمل المادي عن علم وإرادة.

وعليه جريمة المحاباة تعد من الجرائم العمدية، التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص.

أولاً: القصد العام

يتجسد الركن المعنوي في علم الموظف وإدراكه واتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير.[2]

ثانياً: القصد الخاص

يمكن استخلاص القصد الجنائي من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية، فقضى في بقيام القصد الجنائي على أساس أن الجاني يمارس وظائف انتخابية منذ مدة طويلة وإن له تجربة كبيرة في إبرام الصفقات العمومية.[3]

[1] هدى زوزو، الإثبات بالقرائن في المواد الجنائية والمدنية دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة بسكرة، غير منشورة، 2011، ص 230.

[2] جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الفكر البرلماني، العدد الخامس عشر، فيفري 2007، ص 106.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، مرجع سابق، ص 121.

ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائدته الخاصة وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية، كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية.[1]

المطلب الثاني: الأحكام العقابية الخاصة بالجريمة

تبدو الأهمية في النصوص القانونية على مثل هذه الأحكام التي سيتم تناولها في دعم لتدابير الإلزامية إلى مكافحة الفساد، إذ لم يكتفي المشرع بتجريم الأفعال التي تمثل جرائم الفساد والعقاب عليها بل تعداه إلى النص على جملة من الأحكام من شأنها دعم هذه التدابير، وكذلك تحقيق عدم الإفلات من العقاب.

الفرع الأول: العقوبات المقررة للجريمة

تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته العقوبات الواجب تطبيقها على مرتكب جريمة المحاباة، وحددها المشرع لمكافحة هذه الجريمة مجموعة من العقوبات الأصلية التي تشمل الحبس والغرامة المالية، إضافة إلى عقوبات تكميلية، كما نص على الأحكام المتعلقة بالشروع والاشتراك والتقادم في هذه الجرائم، وعلى الظروف المخففة والمعفية من العقاب.

أولاً: العقوبات الأصلية

حدد المشرع الجزائري العقوبات الأصلية المقررة لجرائم الصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ويقصد بالعقوبات الأصلية، هي تلك التي يجود الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى.[2]

[1] شروقي محترف، مرجع سابق، ص 34.

[2] المادة 02/04 من الأمر رقم 66/156 المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من القانون رقم 23/06 المتضمن قانون العقوبات.

1- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

يعاقب القانون على جريمة المحاباة في المادة 26 بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من مائتي ألف دينار 200.000 د ج إلى مليون 1.000.000 د ج.[1]

2- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

أقر المشرع المسئولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية، حيث نص على المسئولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات رقم 04-15 التي تقضي (باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسئولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك).

وأن المسئولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك.[2]

استناداً إلى النص المذكور نجد أنها حصرت مجال المسئولية الجزائية للشخص المعنوي من القانون الخاص، حيث استثنت منها الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

كما نصت غالبية التشريعات التي أقرت المسئولية الجزائية للشخص المعنوي على أن هذا الأخير يكون مسئولاً عن الجرائم المرتكبة لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه حسبما ورد بالمادة 51 مكرر من قانون العقوبات.

[1] المادة 26 من القانون رقم 01/06 المعدلة بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون العقوبات المتمم بموجب المادة 05 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية عدد 71، المؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

ويقصد بعبارة "لحسابه" أن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الأفعال التي يتم تحقيقها لمصلحته، أو لفائدته، مثال ذلك تقديم رشوة لحصول مؤسسة اقتصادية على صفقة، وبالمقابل لا يسأل الشخص المعنوي على الأعمال المنجزة لحساب المدير، أو أي شخص آخر.[1]

ويقصد بأجهزة الشخص المعنوي ممثليه القانونيين كالرئيس، والمدير العام، والمسير، وكذا مجلس الإدارة والجمعية العامة للشركاء، أو الأعضاء، ويقصد بممثلي الشخص المعنوي، الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف باسم الشخص المعنوي، سواء كانت السلطة قانونية أو بحكم قانون المؤسسة، لذلك لابد أن يكون مرتكب الجريمة، الرئيس المدير العام، أو المسير أو رئيس مجلس الإدارة، أو المدير العام، وقد يكون أيضاً المصفي في حالة حل الشركة.[2]

وعليه يتعرض الشخص المعنوي المدان للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، وهي الغرامة التي تساوي 01 مرة إلى 05 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي.

عمم المشرع الجزائري المسئولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد، بما فيها جريمة المحاباة، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسئولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات.[3]

وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 د ج و 5.000.000 د ج.

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 210.
[2] المرجع نفسه، ص 211.
[3] المادة 53 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

فلا يحكم على الأشخاص المعنوية إلى بالغرامة المالية ونجد أن المشرع قد لجأ لتغليظ الغرامات المالية والتي تعتبر من أهم العقوبات بالنسبة للجرائم التي تهدف إلى إثراء الذمة المالية بدون سبب مشروع.[1]

ثانياً: العقوبات التكميلية

العقوبة التكميلية هي تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجباية أو اختيارية،[2] وينص القانون على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني لعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.[3]

يميز المشرع الجزائري في إقراره العقوبات التكميلية بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والعقوبات المقررة للشخص المعنوي.

1- العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية المقررة للشخص الطبيعي:

يجوز الحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات وهي:[4]

[1] مصطفى محمود محمود، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مصلحة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 1979، ص 156.

[2] المادة 03/04 من الأمر رقم 66-156 المعدل والمتمم بموجب المادة 02 من القانون رقم 06-23 المتضمن قانون العقوبات.

[3] المادة50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[4] المادة 50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

حجر قانوني: يتمثل الحجر القانوني في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبات الأصلية، وتتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي.[1]

الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية: يتمثل هذا الحرمان في:

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف أو المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.
- الحرمان من حق الانتخاب أو التشرح ومن حمل أي وسام
- عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً أو شاهداً على أي عقد.
- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس.
- عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيماً.
- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.
- تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال.

المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر الحكم أو تعليقه.

هذا ولم يكتف المشرع بالعقوبات التكميلية الواردة في قانون العقوبات، والتي يمكن توقيعها على مرتكب جريمة المحاباة، وإنما نص على عقوبات تكميلية أخرى في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك في إطار المادة 51 منه، وتشمل: مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب الجريمة، ورد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، وتضمنت المادة 55 من ذات القانون حكماً جديداً، يتعلق بإمكانية التصريح ببطلان وانعدام أثر العقود أو الصفقات أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل من ارتكاب إحدى جرائم الفساد بهذا البطلان من طرف الجهة القضائية الناظرة في الدعوى.

[1] المادة 09 مكرر من الأمر رقم 66-156 متمم بموجب المادة 04 من القانون رقم 06-23 يتضمن قانون العقوبات.

2- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

حد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي كالآتي:

- حل الشخص المعنوي:

إن عقوبة حل الشخص المعنوي تماثل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي ولا توقع إلا بتوافر إحدى الحالتين أن يكون الشخص المعنوي قد وجد بغرض ارتكاب الجريمة وهذا يعني هناك غرضاً رئيسياً لمؤسسي الشخص المعنوي من الناحية القانونية، والحالة تتمثل في خروج الشخص المعنوي عن الغرض الذي أنشأ من أجله بغرض ارتكاب النشاط الإجرامي.[1]

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات:

الغلق يعني وقف الترخيص بمزاولة النشاط لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وخلال هذه المدة المقضي بغلق المؤسسة فيها لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها طوال مدة الغلق لذا قيل أن عقوبة الغلق من العقوبات المضرة بمصالح الشركاء والدائنين معاً وأيضاً هي من العقوبات المؤقتة خلاف الحل الذي يعني الإنهاء الكلي لها.[2]

يترتب على عقوبة غلق المؤسسة منع المحكوم عليه أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته، ويحكم بهذه العقوبة إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة.[3]

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات:

[1] محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ب ر، سنة 2004، ص 78.

[2] المرجع نفسه، ص 79.

[3] علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصل النظرية العامة، دار الفكر الجامعي، مصر.

بمعنى حرمان الشخص المعنوي من المساهمة في أي صفقة تكون الدولة أو أحد مؤسساتها العامة، والمقصد من وراء ذلك كله هو إبقاء الهيبة للمال العام والحفاظ على مصالح الوطن.

- المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات:

هذه العقوبة مفادها أن يكون المنع من مزاولة النشاط المحظور هو الذي وقعت الجريمة بسببه أو تعتري المنع أنشطة أخرى.

- مصادرة شيء استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها:

وتعرف المصادرة على أنها عقوبة مادية أو عينية، من شأن الحكم بها أن ينقل جانب الحكومة ملكية الأشياء التي تحصلت من الجريمة، أو التي استعملت، أو كان من شأنها أن تستعمل فيها.

- تعليق ونشر حكم الإدانة:

ويعني نشر الحكم، وإعلانه بحيث يصل إلى علم عدد كاف من الناس يؤثر عددهم في اعتبار الشخص المعنوي ومكانته، وذلك بأية وسيلة كانت سواء سمعية، أو بصرية.

- الوضع تحت الحراسة القضائية:

تنصب الحراسة على النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته، ويجب على المحكمة التي تصدر بالوضع تحت الحراسة القضائية أن تحدد وتعين الوكيل القضائي الذي يقوم بهذه الحراسة ويقدم تقريره لقاضي تنفيذ العقوبات.[1]

[1] محمد مجدة، المسئولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، ع 01، مارس 2006، ص 58.

الفرع الثاني: أحكام أخرى متعلقة بجريمة المحاباة

يشمل الجزاء كل من العقوبات من حيث تشديدها، التخفيض منها وكذا الإعفاء منها فضلاً على العقوبة على الشروع والاشتراك فيها إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة التي تمثل جانباً يستوجب التوقف عنده، بالنظر إلى أهميته.

1- الظروف المشددة:

تشدد عقوبة الحبس لتصبح من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة، إذا كان مرتكب جريمة المحاباة قاضياً، أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطاً عمومياً، أو عضو في الهيئة، أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط.[1]

2- الأعذار المخففة والمخففة:

يستفيد مرتكب جريمة المحاباة من الإعفاء أو بتخفيض العقوبة حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد.

حيث يستفيد من العذر المعفي من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية كمصالحة الشرطة القضائية، عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبيها،[2] ويشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية، أو بمعنى آخر قبل تصرف النيابة العامة في ملف التحريات الأولية.[3]

[1] القانون رقم 01/06 المادة 48 منه.

[2] المادة 01/49 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 37.

ويستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الصالحين في ارتكاب الجريمة، ومرحلة ما بعد مباشرة إجراءات المتابعة تظل مفتوحة إلى أن تستنفذ طرق الطعن،[1] فتظهر الحكمة من وضع المشرع للأعذار المعفية وتخفيض العقوبة، أنه مرتبط بغايته في تحقيق المصلحة العامة.[2]

ثانياً: أحكام الشروع والاشتراك في جريمة المحاباة

يعاقب المشرع الجزائري على الشروع والاشتراك في جريمة المحاباة، وتطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات،[3] أما الشروع في ارتكاب جريمة المحاباة فيعاقب المشرع مرتكبه بمثل العقوبة المقررة للجريمة نفسها.[4]

والشروع في المرحلة التي تنصرف فيها إرادة الجاني إلى تنفيذ الجريمة فعلاً، فيبدأ في تنفيذ الركن المادي، ولكنها لا تتم لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها.[5]

وهو المرحلة التي تلي التفكير والعزم على ارتكاب الجريمة، وهو معاقب عليه بناءً على نص صريح في القانون.

أما الاشتراك فيعاقب الشريك في الجنحة بنفس العقوبة المقررة للجريمة.

[1] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 37.

[2] ياسر الأمير فاروق، الاعتراف المعفي من العقاب في جريمة الرشوة، ماهيته، طبيعته، شروطه، آثاره، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 37.

[3] المادة 01/52 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[4] المادة 02/52 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[5] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 94.

ثالثاً: أحكام التقادم في جريمة المحاباة

لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة لجريمة المحاباة في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وفي غير ذلك من الحالات، تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.[1]

وتتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنح بمضي (03) ثلاث سنوات من ارتكاب الجريمة والعقوبة تتقادم بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح القرار أو الحكم نهائي.[2]

المبحث الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية نصت عليها المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، التي تقتضي بأن كل موظف يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات، أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية، أو يكون مكلفاً بأن يصدر إذناً بالدفع في عملية ما أو مكلفاً بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أياً كانت.

لذلك سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى أركان هذه الجريمة فيما سوف يخصص المطلب الثاني للأحكام العقابية الخاصة بالجريمة.

المطلب الأول: أركان الجريمة

لكي تقوم هذه الجريمة لابد من توافر أركانها وهي الصفة الخاصة في مرتكبها وركنها المادي والركن المعنوي على غرار باقي الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

[1] المادة 54 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 01/614 من الأمر رقم 66-155 المعدل والمتمم.

الفرع الأول: الركن المفترض

تقتضي جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية صفة خاصة في مرتكبها وهي أن يكون موظفاً عمومياً على النحو الذي سبق بيانه في جريمة المحاباة، علاوة على صفة الموظف العمومي، يشترط المشرع أن يكون للجاني شأن في إعداد الأشغال أو المقاولات أو التعهدات أو إحالتها أو تنفيذها أو الإشراف عليها.[1]

أولاً: أن يكون الموظف العمومي مختصاً

بالنظر إلى المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، نجدها تشترط أن يكون الجاني موظفاً عمومياً ومختصاً بعمل من أعمال وظيفته وله مسئوليات تمنحه سلطة فعلية بشأن العقود والصفقات العمومية التي أخذ أو تلقى منها فوائد بصفة غير قانونية، لذلك اشترط المشرع أن يكون للموظف شأن في أعمال الوظيفة التي استعملها للحصول على الربح، فقد يكون الموظف مختصاً اختصاصاً مباشراً في أعمال الوظيفة العامة كما قد يكون مختصاً اختصاصاً غير مباشر كأن يكون له سلطة في الإشراف والرقابة،[2] لذلك يمكن القول أنه لا يشترط أن يكون الموظف مختصاً وحده بكل العمل الذي تربح منه، وإنما يكفي أن يكون مختصاً بجزء منه أياً كان قدره، أي أن أقل نصيب من الاختصاص بالعمل ولو كان ضئيلاً يكفي لتوافر الصفة الخاصة لقيام الجريمة.[3]

ولا أهمية لمصدر الاختصاص، فيجوز أن يكون القانون أو اللائحة أو القرار الإداري، أو التكليف الكتابي أو الشفهي متى كان صادراً من رئيس مختص،[4] لذلك يقع على عاتقه، ولا يجوز له اغتنام الفرصة لتحقيق مصالحه الشخصية، وأن لا يجعل وظيفته مصدر الإثراء على حساب المصلحة

[1] نوفل علي عبد الله صفو الدليمي، الحماية الجزائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ص 252.

[2] بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 266.

[3] فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة.

[4] سليمان عبد المنعم، القسم الخاص من قانون العقوبات، الجرائم المضرة للمصلحة العامة، بدون نشر، 2002، ص 34.

العامة، وبالرغم من أن المشرع قد نص على تجريم هذا الفعل إلا أننا لا نجد أي حكم فيها يخص هذه الجريمة.

ثانياً: مساءلة الموظف عن فعله بعد ترك الوظيفة العامة

القاعدة أن الموظف العام لا يسأل عن أعماله بعد تركه العمل وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 01 جانفي 1966 حيث تقول: الأصل في التأديب أنه مرتبط بالوظيفة بحيث إذا انقضت رابطة التوظيف لم يعد للتأديب مجال.[1]

إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة، وهو أن هذه الجريمة تصدق على الموظف حتى بعد انتهاء أعمال وظيفته وذلك خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته.[2]

فهناك حالات تقتضي وضع الموظف العام تحت طائلة العقاب ومحاكمته عن أعمال الفساد الذي يكون قد شاب علمه الوظيفي بعد ترك الخدمة خروجاً على الأصل العام، كما أن هناك من الحالات التي تتعلق بالفساد الإداري التي لا ينكشف أمرها إلا بعد ترك الموظف للعمل فالعدالة هنا تقتضي بالطبع ضرورة تدخل المشرع بالجزاء المناسب.[3]

يهدف المشرع من ملاحقة الموظف حتى بعد انقطاع علاقته الوظيفية، حصر جميع أفعال الفساد التي يمكن أن ترتكب من قبل الموظف قبل تركه عمله حتى لا يفلت من العقاب من يهيء لنسه ترك منصب بعد ارتكاب جريمته بحجة أنه لا يزاول مهامه ولا يكسب صفة الموظف العمومي وقت ارتكاب الجريمة.

وعلى ذلك تقتضي الجريمة أن يكون العمل داخلاً في اختصاص الموظف وقت ارتكاب الفعل، فلا تقوم الجريمة إذا تجاوز الموظف اختصاصه أو أقحم نفسه في عمل لا يدخل في اختصاصه

[1] بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 34.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم الاقتصادية وبعض الجرائم الخاصة، مرجع سابق، ص 84.

[3] بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 35.

ولو حصل على فائدة من وراءه، وهذا قضى في فرنسا بعدها قيام الجريمة في حق قابض الضرائب على مستوى بلدية شارك في مزايدة لإنجاز أشغال لا لسبب إلا لكونه غير مكلف بمراقبة هذه المزايدة.[1]

الفرع الثاني: الركن المادي

يتمثل الركن المادي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، بقيام الموظف بأخذ أو تلقي فائدة ما من عمل من الأعمال التي يديرها الموظف أو يشرف عليها أو كان فيها آمراً بالدفع أو مكلفاً بالتصفية حسب المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بمعنى حصول الموظف على منفعة من العقود والمزايدات والمناقصات والمقاولات من المؤسسات التي تدخل في نطاق اختصاصه أو إحالتها أو تنفيذها والإشراف عليها.[2]

وعليه يتمثل السلوك الإجرامي في أخذ وتلقي فائدة، كما أضافت المادة 35 من قانون الفساد في نسختها باللغة الفرنسية صورة ثالثة وهي الاحتفاظ بالفائدة وصورة لم يرد ذكرها في نسخة المادة 35 من قانون الفساد باللغة العربية.[3]

أولاً: أخذ أو تلقي الفائدة

أخذ الفائدة ومعناه أن يكون للجاني نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود عليه بالفائدة أما الفائدة وهو أن يستلم الجاني بالفعل الفائدة سواء حصل عليها بنفسه، أو حصل عليها شخص آخر لحسابه.

[1] Walfrid jandidier, droit pénal des affaires, 2ème édition, dalloz paris, France, 1996, p236.

[2] وفل علي عبد الله صفو الدليمي، مرجع سابق، ص 252.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 102.

ثانياً: الاحتفاظ بالفائدة

نجد أن المشرع قد أدرج ثلاثة مصطلحات هي: (consommer) prix, reçu ما يعني وجود صورة احتفاظاً بالفائدة.[1]

ويشترط أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير المقاولة أو العملية التي يشرف عليها أو مكلف بالأمر بالدفع فيها أو مكلف بالتصفية، وتبعاً لذلك لا تقوم الجريمة في صورة الاحتفاظ بالفائدة إذا أخذ الموظف العمومي الفائدة أو تلقاها في وقت لم يكن فيه مكلف بإدارة المشروع أو العملية أو العقد أو الصفقة أو مشرفاً عليها.

ثالثاً: طبيعة الفائدة أو المنفعة

لم يحدد المشرع طبيعة الفائدة أو المنفعة التي تعود على الجاني، ما يعني مدلول الفائدة لا يقتصر على ما يحصل عليه الفاعل من ربح مالي أو مادي مباشر وإنما يشمل أيضاً الربح الذي يحصل عليه بطريق غير مباشر، كما قد تكون الفائدة معنوية أو اعتبارية هذا ما يفيد عبارة فائدة أياً كانت فالمهم أن يكون الحصول على هذه المنفعة أو الفائدة من العقود أو المقاولات أو المزايدات أو المناقصات التي يديرها الجاني أو يشرف عليها أو مكلف بالدفع فيها.

هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر الجريمة قائمة سواء كانت الفائدة ذات طبيعة مالية أو معنوية.[2]

[1] عومار بوهطو، مكافحة جرائم الفساد، (مذكرة لنيل شهادة إجارة المدرسة العليا للقضاء)، الدفعة 14، الجزائر، 2006.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 106.

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن أكثر الفوائد شيوعاً متمثلة في الفوائد من عقود التوريد وفوائد عقود الاقتراض لمصلحة المرفق العام وشراء الأراضي كما في حالة الموظف المختص بالإشراف على الأغذية في قسم داخلي أو مستشفى يشترك مع المتعهد في توريدها.[1]

أما الحصول على الفائدة بطريق غير مباشر، فيتحقق في كل حالة يوجد فيها وسيط يعمل لحساب الموظف كما لو كانت الشركة التي تنفذ الأعمال التي يختص بها الموظف مملوكة لابنه أو لزوجته أو كان الموظف قد اتفق مع أحد الأشخاص على الحلول محله في تنفيذ الأعمال المكلف بها أو على الدخول في المزاد باسمه شخصياً ولكن لحساب الموظف المختص.[2]

إن قيام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ليس مرتبطاً بكسب فائدة مؤكدة، إذا لم يشك الموظف أنه ليس للعملية فائدة مادية معينة فلا عبرة بقيمة المنفعة التي يتم الحصول عليها فيستوي أن يكون للمنفعة مظهر مالي أو اقتصادي أو أن تتحقق فائدة اعتبارية، وتطبيقاً لذلك فإنه يرتكب جريمة التربح الموظف الذي يعين شخصياً في وظيفته أو أن يرقيه دون استحقاق.[3]

بمعنى أن الجريمة قائمة في كل الأحوال سواء كانت الفائدة مؤكدة أو مجرد وعد بها أو ظاهرة أو مستترة.

فقد يحدث أن يأخذ الجاني الفائدة أو يتلقاها عن طريق شخص آخر، قد يكون شريكه أو أي شخص يتفق معه لإرساء العقد أو المناقصة أو المزايدة عليه.

[1] نوفل علي عبد الله صفو الدليمي، مرجع سابق، ص 252.

[2] فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 260.

[3] سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 345.

ولا يشترط في الإدارة أو الإشراف أن يكون عاماً وشاملاً لإرادة العميلة أو الإشراف عليها بكاملها، بل يكفي فيها أن يتمتع الموظف باختصاص معين يجعل لرأيه نوع من التأثير على إبرام صفقة أو تنفيذها.[1]

من بين القرارات الكثيرة الصادرة عن القضاء الفرنسي بشأن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، قرار أدين بموجبه رئيس بلدية من أجل هذه الجريمة وهي أخذ فوائد بصفة غير قانونية من صفقة، حيث وقع بصفته عقداً مع مؤسسة قام فيها زوج ابنته بإنجاز عملية أداء خدمات على أساس أن رئيس البلدية حصل عمداً على مصلحة في عملية هو مكلف بها، بصرف النظر عما إذا كان رئيس البلدية لم يحصل أية فائدة مالية مباشرة من هذه العملية.[2]

كما حكم في فرنسا بتوافر الجريمة في حق رئيس بلدية رسا عليه مزاد أراضي مملوكة للبلدية التي كان يشرف على أعمالها، وفي حق آخر انظم إلى شركة أنشئت لاستغلال نبع البلدية التي يديرها شؤونها رغم أن هذه الشركة أعلن بعدئذ بطلانها بسبب عدم إقرار السلطة تأسيسها.[3]

ولا يشترط القانون الإضرار بمصلحة الدولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها، فالضرر ليس عنصراً من عناصر الركن المادي للجريمة.

تكمن علة تجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية في حقيقة الأمر راجع لاختصاص الموظف العمومي بعمله، الذي يفترض فيه السهر على المصلحة العامة ومباشرة الرقابة على من يتعاقدون مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العمومية التابعة لها، أو يؤدون عملاً لحسابها، فإذا ربط بين

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 105.
[2] Wolfrid jeandidier, op-cit, p337.
[3] سليمان عبد المنعم، مجرع سابق، ص 344.

العمل المنوط به وبين المصلحة الخاصة لشخص آخر فإنه لا يستطيع أن يؤدي واجبه في الرقابة التي يفرضها عليه اختصاصه وإنما سيحابي مصلحته الخاصة عن المصلحة العامة.[1]

الفرع الثالث: الركن المعنوي

تعد جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من الجرائم العمدية التي لابد من توافر القصد الجنائي لقيامها، والقصد المتطلب هنا هو القصد الجنائي العام الذي يتمثل في اتجاه الجاني للحصول على المنفعة أو الفائدة، مع علمه بكل عناصر الجريمة، وعلاوة على القصد العام، كان الفقه والقضاء الفرنسيين يجمعان على ضرورة توافر قصد خاص يتمثل في الطمع والجشع، غير أنه منذ مطلع القرن العشرين أصبحت محكمة النقض الفرنسية تكتفي بالقصد العام، وهو مجرد الوعي بأخذ فوائد غير مشروعة.[2]

يجب على الجاني أن يعلم بأنه موظف عام، وأنه مختص بالعمل الوظيفي، وأن السلوك الذي يأتيه فضل فيه مصلحته الخاصة على المصلحة العامة، كما يجب أن يعمل أن له شأناً في الأشغال، أو المقاولات، أو التعهدات التي تدخل في نطاق اختصاص إعدادها، أو تنفيذها أو الإشراف عليها، ويجب أن تنصرف إرادته أيضاً إلى الحصول على المنفعة أو الفائدة.

فتقوم الجريمة بمجرد مخالفة الموظف عمدا الحضر المنصوص عليه في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد، ولابد أن يكون الموظف في كل ذلك مدركاً مختارا فيما أقدم عليه فإن كان مكرهاً انعدم القصد الجنائي بالتبعية.[3]

[1] أمجد العمروسي، أنوع العمروسي، جرائم الأموال العامة وجرائم الرشوة، الطبعة الثانية، النسر الذهبي، للطباعة، مصر بدون سنة نشر، ص 218.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 131.

[3] محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة بدون رقم، سنة 2002، ص 69.

المطلب الثاني: الأحكام العقابية لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تظهر الأهمية في النص على مثل هذه الأحكام التي سيتم تناولها في دعم التدابير إلزامية مكافحة الفساد، إذ لم يكتفي المشرع بتجريم الأفعال التي تمثل جرائم الفساد والعقاب عليها بل تعداه إلى نص جملة من الأحكام من شأنها هذه التدابير، وكذلك تحقيق عدم الإفلات من العقاب.

سنتطرق من خلال هذا المطلب وضمن الفرع الأول إلى العقوبات المقررة لهذه الجريمة سواء منها المطبقة على الشخص الطبيعي أو المعنوي، الأصلية منها أو التكميلية فيما سوف يخصص الفرع الثاني للأحكام الخاصة المتعلقة بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، سواء ما تعلق بالظروف المشددة المخففة والمعفية من العقاب، وكذا الشروع والاشتراك والتقادم.

الفرع الأول: العقوبة المقررة للجريمة

تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته العقوبات الواجب تطبيقها على مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، وقد ذهب إلى ما ذهب إليه لمشرع الفرنسي في اعتبارها جنحة، ولقد حدد المشرع لمكافحة هذه الجريمة مجموعة من العقوبات الأصلية التي تشمل الحبس والغرامة المالية، إضافة إلى عقوبات تكميلية.

أولاً: العقوبات الأصلية

تنقسم العقوبات المقررة للشخص الطبيعي إلى عقوبات أصلية وإلى عقوبات تكميلية، ويمكن تسديد العقوبة أو الإعفاء منها أو حتى تخفيضها.

1- **العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:**

يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين (02) إلى عشرة (10) سنوات، وبغرامة مالية من مائتي ألف 200.000 د ج إلى مليون 1.000.000 د ج.[1]

2- **العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي:**

عمم المشرع المسئولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد، بما فيها جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسئولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات.[2]

ويتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، والتي تتمثل في غرامة تساوي من مرة (01) إلى (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي.

ثانياً: العقوبات التكميلية

هي تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية.

[1] المادة 35 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 53 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

1- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

ينص القانون على أنه في حال الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.[1]

وهي ذات العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية والتي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي سبق الإشارة إليها في جنحة المحاباة.

2- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

حدد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي: حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، تعليق ونشر حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية والتي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة.

الفرع الثاني: أحكام أخرى متعلقة بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

يشمل الجزاء كل من العقوبات من حيث تشديدها، التخفيض منها وكذا الإعفاء منها، فضلاً على العقوبة على الشروع والاشتراك فيها، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة.

[1] المادة 50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

أولاً: الظروف المشددة

تشدد عقوبة الحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة، إذا كان مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية قاضياً، أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطاً عمومياً أو عضو في الهيئة، أو ضابط أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط.[1]

ثانياً: الأعذار العفية والمخففة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

يستفيد مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من الإعفاء أو بتخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد.

حيث يستفيد من العذر المعفي من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية كمصالح الشرطة القضائية، عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبيها ومعرفتهم،[2] ويشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية، أو بمعنى أخر قبل تصرف النيابة العامة في ملف التحريات الأولية،[3] ويستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد، بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكاب الجريمة، ومرحلة ما بعد مباشرة إجراءات المتابعة تظل مفتوحة إلى أن تستنفذ طرق الطعن، فتظهر الحكمة من وضع المشرع الأعذار المعفية وتخفيض العقوبة، أنه مرتبط بغايته في تحقيق المصلحة العامة.[4]

ثالثاً: أحكام الشروع والاشتراك في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

[1] المادة 48 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 01/49 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 37.

[4] ياسر الأمير فاروق، الاعتراف المعفى من العقاب، في جريمة الرشوة، ماهيته، طبيعته، شروطه، آثاره، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2006، ص 37.

يعاقب القانون على الشروع والاشتراك في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وتطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات،[1] أما الشروع في ارتكاب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية فيعاقب المشرع مرتكبه بمثل العقوبة المقررة للجريمة نفسها.[2]

الشروع هو المرحلة التي تنصرف فيها إرادة الجاني إلى تنفيذ الجريمة فعلاً، فيبدأ في تنفيذ الركن المادي، ولكنها لا تتم لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها.[3]

وهي المرحلة التي تلي التفكير والعزم على ارتكاب الجريمة، وهو معاقب عليه بناءً على نص صريح في القانون.[4]

أما الاشتراك فيعاقب الشريك في الجنحة بنفس العقوبة المقررة للجريمة.

الفرع الثالث: جريمة تلقي الهدايا

تعتبر جريمة تلقي الهدايا من الجرائم المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي لم تكن موجودة في ظل قانون العقوبات، وتعد صورة من صور الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

تقتضي هذه الجريمة صفة خاصة في مرتكبها وهي أن يكون الجاني موظف عمومي، على النحو الذي سبق بيانه في جريمة المحاباة.

سوف نتطرق للأركان التي تقوم عليها الجريمة، وهي الركن المادي والركن المعنوي.

أولاً: الركن المادي

[1] المادة 52-01 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
[2] المادة 52-02 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
[3] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 94.
[4] المادة 42 من الأمر 66-158 المعدل والمتمم.

ينص المشرع على جريمة تلقي الهدايا في المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تقتضي على أنه يعاقب ... كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه.

1- السلوك الإجرامي:

استناداً إلى نص المادة نجد أن جريمة تلقي الهدايا يقوم النشاط الإجرامي فيها بقبول الموظف العمومي هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر على إجراء ما أو معاملة ما لها علاقة بمهامه، كما يلحق التجريم مقدم الهدية.

2- أن يكون قبول الهدية من شأنه التأثير في سير إجراء ما أو معاملة ما:

اشترط القانون أن يكون قبول الهدية أو المزية التي يقبلها الموظف العمومي من شأنها أن تؤثر في معالجة ملف أو سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه دون ما حصر أو تحديد ما هو الإجراء.[1]

بمعنى آخر لابد أن يكون لمقدم الهدية أو المزية حاجة أو مصلحة أو مطلب معروض على الموظف العمومي، الذي يقبل الهدية أو المزية وقد يأخذ المطلب أيضاً شكل الدعوى القضائية أو العريضة الإدارية أو الترشح لمشروع أو التظلم أو الطعن في قرار.[2]

ثانياً: الركن المعنوي

تعد جريمة تلقي الهدايا من الجرائم القصدية التي تتطلب توافر عنصري العلم والإرادة، فالعلم بكافة الأركان التي يقوم عليها النموذج القانوني للجريمة هو أحد عناصر القصد الجنائي، وفي صدد جريمة تلقي الهدايا ينبغي أن يكون الموظف العمومي على علم بأن مقدم الهدية أو المزية له حاجة لديه، أي أن المقابل الذي يقدم إليه نظير العمل الوظيفي الذي يقوم به، فتتوافر بذلك صلة ارتباط

[1] فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 65.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 85.

نفسي لديه بين المقابل الذي يحصل عليه والعمل الذي يلتزم به،[1] قد يعلم الموظف بوجود العطية أو الهدية، لكنه لا يعلم بقيام ارتباط بينها وبين العمل الوظيفي أي لا يعلم بالغرض منها ويعني ذلك انتفاء عمله بالصلة التي توافرت في ذهن صاحب المصلحة وحده، بين المقابل الذي قدمه للموظف أن للعطية أو الهدية غرض آخر غير كونها مقابل للعمل الوظيفي، كما لو اعتقد أنها هدية تبررها صلات القرابة أو الصداقة.[2]

أما العنصر الثاني المتمثل في الإرادة هو إرادة إتيان السلوك المحقق للجريمة، فلا يكفي توافر العلم بمعناه السابق وإنما توجب إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة.

ولا يثور شك في توافر عنصر الإرادة حيث يطلب الموظف مقابلاً لأداء العمل الوظيفي هدية كانت أو عطية وأن تتجه إرادته إلى قبولها وتلقيها.

والشيء الملاحظ على هذه الجريمة أنه من الصعب إثباتها من الناحية العملية، لأنه يصعب إثبات أن الهدية أو المزية هي التي أدت وأثرت على سير الإجراءات، ولم يكن للطرف الآخر أي دخل في تغيير مسار الإجراءات.

ونجد أن المشرع الجزائري باستحداثه لهذه الجريمة قد تفطن إلى انتشار الفساد أكثر، وخاصة في صور الرشوة التي تعد آفة تنخر الإدارة الجزائرية، كما أن المشرع يكون قد غطى العجز والنقص الذي كان ينتاب جريمة الرشوة السلبية والتي أدت إلى خروج الكثير من التصرفات خارج نطاق جريمة الرشوة لأنها تدخل تحت نطاق الهدية، وهذا في حقيقة الأمر تطبيقاً لما جاء في الشريعة الإسلامية التي تعتبر الهدايا من الجرائم الملحة بالرشوة.[3]

ثالثاً: العقوبة المقررة لجريمة تلقي الهدايا

[1] فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 99.

[2] أمال يعيش، مرجع سابق.

[3] عزت حسين، الجرائم الماسة بالنزاهة بين الشريعة والقانون، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987، ص 98.

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تنظم أحكام جريمة تلقي الهدايا نجد أن المشرع فرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي وهو ما نتطرق إليه تباعاً.

1- العقوبات الأصلية:

تنقسم العقوبات المقررة للشخص الطبيعي إلى عقوبات أصلية وأخرى تكميلية ويمكن تشديد العقوبة أو الإعفاء منها أو حتى تخفيضها.

أ. العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

يعاقب مرتكب جريمة تلقي الهدايا بالحبس من ستة أشهر (06) إلى سنتين (02) وبغرامة مالية من 50.000 د ج إلى 200.000 د ج.[1]

ب.العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

يتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وهي:

غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس مرات (05) الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 د ج وهو الحد الأقصى.

2- العقوبات التكميلية:

يميز المشرع بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص عن العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي.

أ. العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

[1] المادة 38 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ينص القانون على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.[1]

ب.العقوبة المقررة للشخص المعنوي:

حدد المشرع الجزائري العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي:

حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها تعليق ونشر حكم لإدانته، الوضع تحت الحراسة القضائية والتي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة.

أحكام أخرى متعلقة بجريمة تلقي الهدايا:

إضافة إلى العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية التي حددها المشرع في حالة ارتكاب جريمة تلقي الهدايا، قرر المشرع أحكام أخرى متعلقة بالشروع والاشتراك والتقادم إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتشديد العقاب والأعذار المخففة والمعفية من العقاب.

أحكام الشروع والاشتراك في جريمة تلقي الهدايا:

يعاقب المشرع على الشروع والاشتراك في جريمة تلقي الهدايا، وتطبيق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات، أمام الشروع في ارتكاب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية فيعاقب المشرع مرتكبه بمثل العقوبة المقررة للجريمة نفسها.[2]

[1] المادة 50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 52-1 من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الشروع هو المرحلة التي تنصرف فيها إرادة الجاني إلى تنفيذ الجريمة فعلاً، فيبدأ في تنفيذ الركن المادي ولكنها لا تتم لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها بناء على نص صريح في القانون.[1]

أما الاشتراك فيعاقب الشريك في الجنحة بنفس العقوبة المقررة للجريمة،[2]

أحكام التقادم في جريمة تلقي الهدايا:

لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة لجريمة تلقي الهدايا في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وفي غير ذلك من الحالات، تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، وتتقادم الدعوى في مواد الجنح بمضي (03) ثلاث سنوات من ارتكاب الجريمة والعقوبة تتقادم بمضي خمس التاريخ الذي يصبح القرار أو الحكم النهائي.

الظروف المشددة:

تشدد عقوبة الحبس لتصبح من (10) عشر سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة، إذا كان مرتكب جريمة تلقي الهدايا، قاضياً أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطاً عمومياً، أو عضو في الهيئة أو ضابط أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة الضبط.[3]

[1] المادة 30 من الأمر رقم 66-156 المعدل والمتمم.

[2] المادة 54 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحت.

[3] المادة 48 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الفصل الثاني:
جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

الفصل الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية واستغلال النفوذ

عمد المشرع قبل سنه لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى وضع تدابير عقابية تتعلق بجريمة الرشوة من خلال تجريمه لبعض صورها، ثم أضاف بعد سنه لهذا القانون تدابير عقابية لجانب من صور الرشوة استحدثها بموجب هذا القانون، فضلاً على تجريمه لاستغلال النفوذ.

وباعتبار أن جريمة الرشوة بتعدد صورها الأكثر شيوعاً وخطورة في القطاع العام، بحيث أنه ذهبت العديد من الدراسات إلى اعتبارها جريمة الفساد الرئيسية إلى كونها الجريمة الأكثر تهديداً لسير المرافق العمومية الإدارية منها والاقتصادية، كما أنها الجريمة التي لم ترتبط في وجودها بالحضارة والمدنية، ذلك أنها من أقدم الجرائم، فسيتم التطرق إل دراسة جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ضمن المبحث الأول ثم يخصص المبحث الثاني لجريمة استغلال النفوذ.

المبحث الأول: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

باعتبار أن جريمة الرشوة من أخطر وأكثر الجرائم شيوعاً في الصفقات العمومية، فهي لا تقف عند حد الاتجار بالوظيفة العامة واستغلالها، ولكن يمتد نطاقها ليشمل طائفة أخرى من الجرائم الملحقة بها، كما أنها تؤدي إلى إثراء البعض دون وجه حق عن طريق إهدار الثقة في الإدارة العامة.

لذلك سنتناول في هذا المجتمع جريمة الرشوة وصورها أما المطلب الثاني فسيتم تخصيصه إلى دراسة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول:ماهية جريمة الرشوة

الرشوة جريمة لا تعتبر من صنع المجتمعات الحديثة ولدتها الحياة الاجتماعية المعاصرة إنما وجدت هذه الجريمة في كل زمان، فقد عرفتها كافة المدنيات القديمة والتشريعات المغرقة في قدمها، فعاقبت عليها بشدة بالغة حيث كان جزاء هذا الفعل الإعدام في جمهورية أفلاطون، كما طبق اليونان هذه العقوبة على كل حالات الرشوة، أما القانون الروماني قد عني بالعقوبة على الرشوة، فنُص في قانون الألواح الاثنى عشر على عقوبة من يرتشي من القضاة بالإعدام، في قساوته، إلى أن انتهوا إلى سن قانون جاء فيه أن الموظف المرتشي يعد مرتكب لجريمة يعاقب عليها بغرامة مالية، تتراوح بين مقدار ما أخذه وأربعة أمثالها، ثم أضيفت إليها عقوبة النفي بعد ذلك وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية أن هذه الجريمة من جرائم التعازير،[1] ومن أجل دراسة هذه الجريمة، يكون من المهم البحث في ماهيتها من خلال طبيعتها القانونية التي تأخذ ضمن الأنظمة القانونية ثم بيان موقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لجريمة الرشوة

تعد الرشوة من أكثر الفساد انتشاراً خاصة في الإدارة باعتبارها سلوك تعوَّد عليه أغلب الإداريين الفاسدين التي انتشرت بشكل كبير، إذ تعد من أخطر الجرائم المخلة بحسن سير الأداة الحكومية لما يترتب عنها من فقدان المواطنين للثقة في عدالة الدولة، فالرشوة هي جريمة الموظف الذي أخل بواجب المحافظة على نزاهة وظيفته وخان الثقة التي وضعت فيه حينما عهد إليه بأمانه المنصب العام، ولذلك كان طبيعيا ألا يرتكب الرشوة غير الموظف العام، إذ هو الذي يتصور من جانبه الإخلال بهذا الواجب وخيانة هذه الثقة، أما صاحب المصلحة الذي يدفع الموظف إلى ذلك ويستفيد منه فحقيقة موقفه أنه قد حرض أو اتفق أو ساعد على ذلك فهو مجرد شريك.[2]

---

[1] أحمد رفعت خفاجي، جرائم الرشوة في التشريع المصري والقانون المقارن، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة بدون رقم، سنة 1999، ص 37،38.

[2] عادل عبد العزيز السنا، مكافحة أعمال الرشوة، ورقة عمل مقدمة في ندوة تطور العلاقة بين القانونيين والإداريين القطاع العام ومكافحته الفساد المالي الإداري، مجلة مكافحة الفساد في الوطن العربي، يونيو 2008، الرباط، ص 393.

أولاً: تعريف الرشوة شرعاً وقانوناً

تعد ظاهرة الرشوة آفة منتشرة في كل الدول فهي لا تخص دولة دون أخرى، وإن تفاوت درجاها من مجتمع إلى آخر، فهي تمثل أكثر الجرائم انتشاراً في مجال الوظيفة العامة وهذا راجع لكثرة أصحاب النفوذ انصرفوا عن أداء مهامهم الوظيفية بغرض تحقيق مصالحهم الشخصية.

1- الرشوة شرعاً:

هي ما يدفع من مال إلى ذي سلطان أو منصب أو وظيفة عامة أو خاصة ليحكم له أو على خصمه بما يريد أن ينجز له عملاً أو يؤخر لغريمه عملاً.[1]

كما تعرف الرشوة في الفقه بأنها كل ما يعطيه الشخص لقاض أو صاحب سلطة ليحمله على ما يريده ويدخل في حكم صاحب السلطة كل مكلف بخدمة عامة سواء كان وزيراً، مديراً، عاملاً، مستخدماً، أجيراً أو عضو في لجنة أو غيرهم.[2]

2- الرشوة قانوناً:

إن الرشوة تمثل انحراف الفرد وتشكل نوعاً من أنواع الجرائم إذ تنطوي على اتجار الموظف العام بوظيفته واستغلالها على نحو يحقق له فائدة خاصة وهذا يؤدي غلى اختلال في ميزان القيم والعدل.[3]

إن الرشوة تعني اتجار الموظف العام بأعمال الوظيفة أو الخدمة التي يعهد إليه بالقيام بها للصالح العام، وذلك لتحقيق مصلحة خاصة له.

---

[1] حنان براهيمي، قراءة في أحكام المادة 25 من القانون 06-01 المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 136.

[2] عنترة مرزوق، الرقابة الإدارية ودورها في مكافحة الفساد الإداري في الإدارة الجزائرية، مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير بقسم العلوم السياسية جامعة الجزائر 2008، بدون صفحة.

[3] علال قاسي، الرشوة كمظهر من مظاهر الفساد الإداري وأساليب معالجته المتلقي الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية قسم الحقوق، جامعة ورقلة، بتاريخ 03/02 ديسمبر 2008.

لذلك تتمثل الرشوة في انحراف الموظف في أدائه لأعمال وظيفته عن الغرض المستهدف من هذا الأداء وهو المصلحة العامة، من أجل تحقيق شخصية له، هي الكسب غير المشروع من الوظيفة.[1]

الرشوة جريمة خاصة بالموظف العام ومن حكمه وذلك على أساس تمتعه بسلطات الوظيفة بإمكانية استغلالها والاتجار فيها.

لذلك متى أعطيت السلطة لأي موظف سيكون هناك مجال الرشوة والتي بدونها لا يسير دولاب العمل الإداري.[2]

3- موقف المشرع الجزائري منها:

لقد اختلفت الأنظمة التشريعية العقابية في نظرتها لهذه الجريمة، فمنها ما أخذ بنظام وحدة جريمة الرشوة بحيث اعتبر الفعل الذي يقع من الموظف هو الفعل الأصلي الذي تقوم به هذه الجريمة، أما فعل الراشي فهو عبارة عن اشتراك فيها، أما البعض الآخر فأخذ بنظام الفصل التام بين جريمتي الراشي والرشوة الإيجابية أما المشرع الجزائري فقد فصل بين الجريمتين وقرر لكل منهما نفس العقوبة وذلك ما يستشف من نص المادة 25 من قانون مكافحة الفساد التي حرم فيها سلوك الراشي في الفقرة الأولى وسلوك المرتشي في الفقرة الثانية، هذه الثنائية تسمح باستقلال الجريمتين في المسئولية والعقابية إذ يتهور وقوع إحدى الجريمتين دون الأخرى بالضرورة ومن نتائج ذلك الاستقلال إمكانية متابعة الراشي عن جريمة عرض الرشوة التي قد يرفضها الموظف العمومي والعكس صحيح، إذ يمكن مساءلة هذا الأخير لطلبة الرشوة مثلاً حتى ولو رفض صاحب الاستجابة لطلبه وهاتان نتيجتان ما كان يمكن الوصول إليهما في ظل الأخذ بمذهب وحدة الرشوة.[3]

---

[1] فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 19.

[2] حسين المحمدي بوادي، الفساد الإداري، لغة المصالح، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 22.

[3] حنان إبراهيمي، المرجع السابق، ص 140

ونظام الرشوة الذي أخذ به القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي، يقوم على أن الرشوة تشمل جريمتين متميزتين:

الأولى: سلبية يرتكبها الموظف العمومي، وتسمى الرشوة السلبية.

الثانية: إيجابية من جانب صاحب المصلحة، وتسمى الرشوة الإيجابية.

الفرع الثاني: جريمة الرشوة السلبية

نص المشرع الجزائري على جريمة الرشوة في المادة 25 في فقرتها الثانية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بعدما كان هذا الفعل مدرجاً في المادتين 126 و 127 من قانون العقوبات الملغيتين، لذلك نتطرق لهذه الجريمة تباعاً.

أولاً: الركن المفترض

إذ يستوجب لقيام جريمة الرشوة في صورتيها السلبية والإيجابية أن يكون الجاني موظفاً عمومياً بالمفهوم السابق إيضاحه في جنحة المحاباة، والصفة المتطلبة هنا هي كون المرتشي موظفاً عاماً مختصاً بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به، وعلى ذلك نفترض جريمة الرشوة الصفة العمومية في مرتكبها لكن هذه الصفة وحدها لا تكفي فليس كل موظف عام يمكن أن يكون فاعلاً لهذه الجريمة، بل ينبغي أن يكون من المختصين وظيفياً بما تلقى المقابل من أجله،[1] ومفاد ذلك أن الاختصاص بالعمل الوظيفي هو عنصر مكمل للصفة الخاصة التي يتطلب المشرع توافرها لقيام جريمة الرشوة،[2] ذلك أن الموظف العام يرتبط مع الدولة برابطة قانونية يلتزم بمقتضاها بكافة ما تفرضه عليه واجباته

[1] فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 30-31.
[2] المرجع نفسه، ص 55.

الوظيفية، ومن بينها الأمانة والنزاهة والجدية في ممارسة أي عمل وتنفيذ كل ما يعهد إليه وفقا للأسس والقواعد المحددة.[1]

وبما أن الصفقات العمومية تعد من أهم القطاعات التي تستهلك فيها الأموال العامة، يستغله البعض لتحقيق أغراضهم الشخصية وتغليب مصالحهم، لذلك فإن المشرع يهدف بتجريمه للرشوة وكل أشكالها، للمحافظة على نزاهة الوظيفة العامة واستقرار المعاملات بين الإدارة والموظفين والقضاء على كل صور استغلال الموظف لمنصبه أو سلطته المخولة للحصول على مقابل لأداء وظيفته دون وجه حق.

وتظهر علة اعتبار الطلب المجرد كافياً لقيام الرشوة أن الموظف قد عرض بذلك العمل الوظيفي إلى الاتجار وأخل بنزاهة وظيفته والثقة في عدالة الدولة ولم يرى المشعر فرقاً بين عرض للاتجار والاتجار الفعلي.[2]

2- الركن المادي:

هو تعبير عن إرادة متجهة إلى تلقي المقابل في المستقبل نظير القيام بالعمل الوظيفي، ويصدر القبول عن الموظف، ويفترض عرض أو إيجابا من صاحب الحاجة، ويفترض القبول كصورة للركن المادي في جريمة الرشوة إذا ما تم الموظف العمل أو الامتناع المطلوب منه ويتمثل سلوك الموظف في هذه الصورة في قبول الوعد الصادر من صاحب المصلحة، أي في موافقته على تلقي مقابل أداء العمل الوظيفي المستقبل وبالتقاء قبول المرتشي بإيجاب صاحب المصلحة الراشي، ينعقد الاتفاق بمعناه الصحيح.[3]

[1] محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المخلة بالمصلحة العامة والثقة العامة والجرائم الواقعة على الأموال وملحقاتها، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 24.

[2] عادل عبد الله السن، مكافحة أعمال الرشوة، ورقة عمل مقدمة في ندوة تطور العلاقة بين القانونيين والإداريين القطاع العام ومكافحة الفساد الإداري، مجلة مكافحة الفساد.

[3] فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص 70.

إذ يشترط أن يكون عرضاً صاحب الحاجة جدياً ولو ظاهرة فقط، فإذا انتفى العرض الجيد في الظاهرة فلا تقوم جريمة الرشوة حتى ولو قبل الموظف مثل هذا العرض.[1]

فإذا لم تتوافر لدى المرتشي إرادة جادة وصحيحة تلتقي مع عرض صاحب الحاجة وإنما كان منهما بما صدر عنه من تعبير إلى الإيقاع بصاحب الحاجة، والعمل على ضبطه متلبساً، فلا يتوافر بذلك القبول، ولا تقوم عن طريق القول أو الكتابة أو الإشارة بل يجوز أن يكون القبول ضمنياً.[2]

تتم الجريمة في صورتي القبول والطلب بصرف النظر عن النتيجة، ومن ثم لا يهم إن امتنع صاحب الحاجة بإرادته عن الوفاء بوعده أو إذا حالت دون ذلك ظروف مستقلة عن إرادته.

ولا يتوقف الأمر على ارتباط طلب الموظف بقبول من صاحب الحاجة أو ارتباط القبول بالعرض الصادر من الراشي، فالرشوة ليست عقداً وبالتالي مجرد طلب الموظف العام مزية ما من أي شخص ثمن للاتجار بوظيفته أو عرض الغير مزية من أي نوع على الموظف العام نظير منحه حقاً ليس له إعفاءه من التزام مفروض عليه، يؤدي إلى قيام جريمة الرشوة بشكل تام في حق الراشي أو المرتشي.[3]

إلا أن قانون العقوبات الجزائري لم يتضمن نصاً يجرم فعل الوسيط أو ما يسمى بالمتدخل في بعض القوانين سواء في الأمر 66-156 أو حتى في القانون 06-01 المتعلق بالفساد وفي هذا قصور أن دور الوسيط أو المتدخل أو لا يقل إجراماً عن مثيله الراشي والمرتشي، بل ربما لولا سعيه بينهما لما أفلحا في العبث بحقوق الناس والمصلحة العامة.[4]

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، ص 60.

[2] دغو الأخضر، الحماية الجنائية للمال العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، (غير منشورة)، سنة 2000، ص 50.

[3] حنان إبراهيمي، مرجع سابق، ص 142.

[4] المرجع نفسه، ص 142.

ويتم إثبات القبول بكافة الإثبات، لكنه على أية حال من أصعب صور النشاط إثباتاً باعتباره إرادة، وعلى القضاة توخي الحذر لاسيما حينما يكون ضمنياً، إذ يكفي أن يكون الموظف قابلاً للوعد لمجرد السكوت، لأن السكوت قد لا يدل على الرفض أو عدم الاكتراث، وإنما يلزم أن يكون السكوت ملابساً أي محاطاً بعدد من القرائن ما يوحي بقبول الموظف العمومي، والرشوة عموماً من المسائل الصعبة الإثبات خاصة في العقود الدولية.[1]

الشروع في الرشوة:

يستحيل تصور الشروع في الرشوة في صورة القبول بالنظر إلى صور النشاط الإجرامي في هذه الجريمة، فإما أن تكون الجريمة تامة وإما أن تكون في المرحلة التحضيرية التي لا عقاب عليها،[2] ولا يتحقق الشروع إلا في صورة الطلب كما لو صدر عن الموظف وحال دون وصوله إلى صاحب الحاجة بسبب لا دخل لإدارة الموظف فيه فالرشوة جريمة تامة يشترط فيه الإيجاب والقبول،[3] بحيث المقابل الذي يتلقاه الموظف العمومي نظير القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، ويتمثل المقابل حسب المادة 25-02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المزية غير مستحقة، بحيث تأخذ المزية عدة معاني وصور، فقد تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية فتكون مادية كأن تكون مالاً عيناً كمصوغ من الذهب أو ساعة أو سيارة أو ملبس وقد تكون نقداً أو شيكاً أو فتح اعتماد مالي لمصلحة المرتشي، وقد تكون المزية أو المنفعة ذات طبيعة معنوية في الحالة التي يصبر فيها وضع المرتشي أفضل من ذي قبل نتيجة لسعي الراشي كحصول الموظف المرتشي على ترقية أو السعي على ترقيته أو إعارته شيء يستفيد منه.

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 61.

[2] عاد مستاري، موسى قروف، جريمة الرشوة السلبية (الموظف العام في ظل قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 171.

[3] فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 77.

وتكون المزية صريحة ظاهرة، كما قد تكون ضمنية متسترة، وتكون المزية متسترة في صورة ما استأجر الراشي مسكناً لموظف ويتحمل الراشي أجرة المسكن أو المقابل أجرة زهيدة أو منخفضة، يدفعها الموظف أو في صورة قيام الراشي بأداء عمل للموظف دون أجر.[1]

ويستوي أن تكون المزية مشروعة أو غير مشروعة، أو محددة أو غير محددة وإنما يكفي أن تكون قابلة للتحديد.

ثالثاً: الركن المعنوي

يتحقق الركن المعنوي، بتوافر القصد الجنائي لأن جريمة الرشوة من الجرائم العمدية، هذا القصد هو قصد عام يتكون من العلم والإرادة، علم الموظف بأن هناك فائدة قدمت له مع علمه بأن تقديم تلك الفائدة هي في مقابل قيامه بعمل أو الامتناع أو مخالفة لواجبات وظيفته، وإرادته أن يحص عليها.

1- العلم:

يجب أن يعلم الموظف المرتشي بتوافر أركان الجريمة، العلم بأنه موظف عام أو من في حكمه،[2] وأن العمل المطلوب منه يدخل ضمن اختصاصه أو يعتقد أنه كذلك، بل حتى ولو كان العمل لا يدخل ضمن التزاماته الوظيفية، فإنه يكفي أن يكون المرتشي موظفاً في الجهة التي يطلب أداء العمل أو الامتناع عنه، فيها كما يجب أن يعلم أيضاً بأن المقابل الذي يقدم إليه هو من أجل القيام بالعمل، الوظيفي أو الامتناع عنه.

هذا العلم يجب أن يكون وقت الطلب أو القبول بالمزية غير المستحقة التي تقدم نظير العمل الوظيفي، فإذا انتفت هذه العناصر انتفى معها القصد الجنائي فهي حالة الطلب يجب أن يثبت حق

[1] دعو الأخضر، مرجع سابق، ص 51.

[2] حنان براهيمي، مرجع سابق، ص 144.

المرتشي وقت طلبه المنفعة بأن المال العلم لا تقوم جريمة الرشوة إذا باشر الموظف عملاً يتعلق بوظيفته.[1]

2- الإرادة:

العنصر الثاني من عناصر القصد الجنائي في جريمة الرشوة هو إرادة إتيان السلوك المحقق للجريمة فلا يكفي توافر العلم بمعناه السابق لقيام جريمة الرشوة وإنما يجب أن تتجه إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة،[2] يجب أن تتجه إرادة المرتشي إلى طلب أو قبول المزية غير المستحقة نظير الاتجار بوظيفته وبالتالي يجب أن تكون إرادة هذا الشخص حرة مختارة، كما يجب أن تكون جادة،[3] مع ملاحظة أن هناك رأي في الفقه يذهب إلى اشتراط قصد خاص في هذه الجريمة وهي نية الاتجار بالوظيفة، والواقع أن هذا القصد الخاص يكفي عنه عنصر العلم في القصد العام، حيث أن اتجاه إرادة الجاني في الفعل والنتيجة مع علمه بذلك ينطوي على توافر نية العبث بالوظيفة.[4]

المطلب الثاني: جريمة الرشوة الإيجابية

ينص المشرع على جريمة الرشوة الإيجابية في المادة 05-01 من قانون مكافحة الفساد بعدما كان هذا الفعل مدرجاً في المادة 129، على غرار الرشوة السلبية، تنحصر عناصر الرشوة الإيجابية في ركنين هما: الركن المادي والركن المعنوي.

وإذا كانت جريمة الرشوة السلبية تقتضي أن يتاجر الجاني الموظف المرتشي بوظيفته، فالأمر يختلف عن ذلك في جريمة الرشوة الإيجابية، التي يتعلق الأمر فيها بشخص الراشي، يعرض على موظف عمومي مزية غير مستحقة نظير حصوله على منفعة بإمكان ذلك الشخص توفيرها له، ومن ناحية أخرى، إذا كانت الرشوة السلبية تقتضي صفة معينة في الجاني وهي أن يكون موظفاً عمومياً

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 67.
[2] فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 100.
[3] أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 144.
[4] بارش سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة دار البعث، قسنطينة، 1985، ص 41.

فإن المشرع لم يشترط صفة معينة في جريمة الرشوة الإيجابية،[1] فكل شخص يقوم بالنشاط المجرم وفقاً لما نصت عليه المادة 25 في فقرتها الأولى مرتكباً لجريمة الرشوة.

أولاً: الركن المادي لجريمة الرشوة الإيجابية:

تنص المادة 25 في فقرتها الأولى من قانون مكافحة الفساد، على: يعاقب كل من وعد موظفاً عمومياً بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته.

يتحقق الركن المادي إذن بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه، ويتحلل الركن المادي إلى النشاط الإجرامي والغرض منه.

1- النشاط الإجرامي:

تحقق السلوك الإجرامي في جريمة الرشوة الإيجابية عندما يعد أحد الأشخاص موظفاً بمزية غير مستحقة أو يعرضها عليه، أو يمنحه إياها بطريق مباشر أو غير مباشر حتى ولم تكن تلك المزية أو العطية لصالح الموظف المرتشي نفسه وإنما لصالح شخص آخر طبيعي أو معنوي وذلك أن يقوم هذا الموظف بعمل أو يمتنع عن أداء واجب يدخل ضمن التزاماته الوظيفية أو يزعم أنه يدخل ضمن اختصاصاته.[2]

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 68.
[2] حنان إبراهيمي، مرجع سابق، ص 141.

2- الوعد:

هو أسلوب الرشوة الحقيقي إذ يقوم على إغراء الموظف العمومي وتحريضه على أداء عمل أو الامتناع عنه مقابل الوعد بمزية أو عرضها أو منحها.[1]

يشترط أن يكون الوعد جدياً وأن يكون محدداً لذلك يعد راشياً الشخص الذي يعرض هدية أو يعطيها للموظف العمومي لحمله على أداء عمل من أعمال وظيفته، ولا يعفى من العقاب إلا إذا كان مضطراً على ارتكاب الجريمة بقوة ليس في استطاعته مقاومتها وفقاً لأحكام المادة 48 من قانون العقوبات.[2]

3- الغرض من الرشوة:

يعني ذلك المقابل الذي يصبو إليه الموظف من وراء جرمه، ولابد أن يكون هذا المقابل مرتبط بالعمل الوظيفي برابطة غائبة وبالتالي أن انتفاء الغاية يترتب عليها انتفاء المقابل وعدم صلاحية تحقيق الركن المادي للجريمة، كأن يحصل الموظف على مبلغ من المال سداد دين كان على المدين، أو قبول هدية قريب أو صديق دون أن يكون لذلك علاقة بالعمل الوظيفي.[3]

وتتمثل في حمل الموظف العمومي على أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته وتشترط المادة 25-01 من قانون مكافحة الفساد أن يكون العمل المطلوب من الموظف العمومي تأديته أو الامتناع عن تأديته لقاء المزية يدخل في اختصاصه.

[1] دغو الأخضر، مرجع سابق، ص 57.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص68.

[3] حنان إبراهيمي، مرجع سابق، ص 143.

المطلب الثاني: الركن المعنوي في جريمة الرشوة الإيجابية

جريمة الرشوة الإيجابية من الجرائم العمدية تقتضي لقيامها توافر القصد الذي يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة.

1- **العلم:** هو العلم بكافة الأركان التي يقوم عليها النموذج القانوني للجريمة هو أحد عناصر القصد الجنائي وفي صدد جريمة الرشوة ينبغي أن تتجه إرادة الراشي إلى الوعد بإغراء الموظف العمومي وتحريضه على أداء عمل أو الامتناع عن أدائه مقابل المزية بعرضها عليه أو منحها إياه.

2- **الإرادة:** أي اتجاه الجاني لشراء ذمة الموظف أي حمله على أداء العمل الوظيفي أو الامتناع عنه، وعلى هذا الأساس ينتفي القصد الجنائي إذا كان الراشي يعتقد أنه يتجه بنشاطه إلى غير موظف عام أو إلى موظف عام غير مختص لحمله على التدخل لمصلحته لدى الموظف المختص.[1]

الفرع الثاني: الأحكام العقابية الخاصة بجريمة الرشوة

تظهر الأهمية في النص على مثل هذه الأحكام التي سيتم تناولها في دعم التدابير إلزامية إلى مكافحة الفساد، إذ لم يكتفي المشرع بتجريم الأفعال التي تمثل جرائم الفساد والعقاب عليها بل تعداه إلى النص على جملة من الأحكام من شأنها دعم هذه التدابير وكذلك تحقيق عدم الإفلات من العقاب.

أولاً: العقوبات المقررة للجريمة

تعاقب المادة 27 من عشر (10) سنوات إلى (20) سنة، وبغرامة من 1,000,000 د ج إلى 2,000,000 د ج، فضلاً على إمكانية إضافة العقوبات التكميلية طبقاً للمادة 50 من

[1] دعو الأخضر، مرجع سابق، ص 57.

القانون رقم 01/06، هذا بالنسبة للشخص الطبيعي، أما إذا كان شخصاً معنوياً، من بين ما يميز القانون أنه نص على المسئولية الجزائية للشخص الاعتباري بصريح نص المادة 53 منه، فيعاقب بالعقوبات المقررة لهذا الأخير، التي تنص عليها الأحكام المتعلقة بالعقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية المتضمنة في قانون العقوبات إذ تطبق عليه الغرامة التي تساوي مرة (01) إلى خمس (05) مرات، الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة،[1] إضافة إلى عقوبات تكميلية.

1- تشديد العقوبة وتخفيضها والإعفاء منها:

تضمن القانون رقم 01/06 أحكاماً تتعلق بتشديد، وأخرى بتخفيضها إلى النصف وأخرى بالإعفاء منها، حيث جعل من التمتع بصفات معينة ظرفاً مشدداً في العقوبة، وأخذ بالمقابل عند نصه على التخفيض والإعفاء من العقوبة بالأعذار القانونية، والتي تتطلب من أجل تطبيقها النص عليها صراحة وبموجب القانون.[2]

أ. الظروف المشددة:

تناول المشرع الظروف المشددة في حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة أو الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، قاضياً أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطاً عمومياً، أو عضواً في هيئة مكافحة الفساد، أو ضابطاً أو عون شرطة قضائية، أو من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط،[3] وهي صفات تشديد العقوبة على من توافرت

[1] أنظر الفقرة 01 من المادة 18 مكرر من الأمر 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[2] تنص المادة 52 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، المعنونة بالأعذار القانونية على أن: "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسئولية، أما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية وأما تخفيض العقوبة إذا كانت مخففة.

[3] المادة 48 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعد والمتمم.

فيه، وتعد هذه الصفات من العناصر المفترضة في الجريمة على من توافرت فيه، وتعد هذه الصفات من العناصر المفترضة في الجريمة.

ب.الأعذار المعفية والمخففة لجريمة الرشوة:

يستفيد مرتكب جريمة الرشوة من الإعفاء أو بتخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد.

حيث يستفيد من العذر المعفي من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية كمصالح الشرطة القضائية، عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبيها ومعرفتهم،[1] ويشترط أن يتم التبليغ قبل إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية، أو بمعنى آخر قبل تصرف النيابة العامة في ملف التحريات الأولية.

ويستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على الشخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكاب الجريمة، ومرحلة ما بعد مباشرة إجراءات المتابعة تظل مفتوحة إلى أن يستنفذ طرق الطعن،[2] فتظهر الحكمة من وضع المشرع للأعذار المعفية وتخفيض العقوبة، أنه مرتبط بغايته في تحقيق المصلحة العامة.[3]

ت.العقوبة على الشروع والاشتراك:

يعاقب القانون على الشروع والاشتراك في الجريمة نصاً قانونياً خاصاً، لما يتعلق الأمر بكل من الجناية والجنحة، وهذا تضمنته الفقرة 01 من المادة 3 من قانون العقوبات، حيث لا يعاقب على المحاولة في الجنحة إلا بناءً على نص صريح في القانون.

[1] المادة 01/49 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 37.

[3] ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 37.

وعليه، وباعتبار أن جرائم الفساد المتضمنة في القانون رقم 01/06 تأخذ وصف الجرائم الجنحية ومنها جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من جهة، ومن جهة ثانية وبنص المشرع في الفقرة 02 نم المادة 52 من نفس القانون على الشروع في جرائم الفساد بنفس العقوبة على الجريمة نفسها، يكون قد أكد على اهتمامه بالخطورة الإجرامية أو الإرادة الآثمة مهما كانت النتيجة الإجرامية، وهذا يصف في مجال الاهتمام بشخص الجاني وليس بماديات الجريمة،[1] أما فيما يخص الاشتراك، تطبق حسب نص المادة 52 فقرة 01 من القانون سالف الذكر نفس الأحكام المتعلقة به المنصوص عليها في قانون العقوبات.

2- آثار الفساد:

تضمنت المادة 55 من ذات القانون حكماً جديداً، يتعلق بإمكانية التصريح ببطلان وانعدام أثر العقود أو الصفقات أو براءة أو أي امتياز أو ترخيص متحصل من ارتكاب إحدى جرائم الفساد، حيث يكون التصريح بهذا البطلان من طرف الجهة الناظرة في الدعوى.

3- أحكام تقادم الدعوى العمومية:

تمتاز جريمة الرشوة عن باقي جرائم الفساد في مسألتي تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة، بحيث لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة لجريمة رشوة الموظفين العموميين، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وفي غير ذلك من الحالات، تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية،[2] وهنا يكمن الاختلاف بين جريمة الرشوة وغيرها من جرائم الفساد، فبالرجوع إلى المادة 08 مكرر المستحدثة إثر تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب قانون رقم 14/04 المؤرخ في 10-11-2004 التي تقضي على أن لا تقتضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجنح... المتعلقة بالرشوة، وبذلك تعد الرشوة غير قابلة للتقادم.

[1] عبيدي الشيخ: قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الهدى، عين مليلة، طبعة بدون رقم، سنة 2008، ص 33.
[2] المادة 54 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وبالرجوع أيضاً إلى المادة 612 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية نجدها تنص على أن لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح... المتعلقة بالرشوة وبذلك تعد العقوبات المنطوق بها عقوبات غير قابلة للتقادم.

المبحث الثاني: جريمة استغلال النفوذ

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، هي التسمية التي تناولتها البحوث والدراسات الهامشية التي تناولت هذه الجريمة بمناسبة تناول جرائم الصفقات العمومية، أما المشرع الجزائري فقد تطرق لهذه الجريمة من قانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم في المادة 26 فقرة 02 تحت اسم الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية: "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

فاستغلال النفوذ في اللغة هو هو ما يكسبه صاحب النفوذ من مغانم وفوائد من نفوذه المستغل، أو ما يدره النفوذ من فائدة إذا ما تم استخدامه.[1]

فالسلطة هي قوة ذات طابع نظامي رسمي، ترتبط بمنصب أو موقع أو وظيفة رسمية معترف بها في المجتمع ويتطلب مباشرتها أن تكون تحت إمرة المرء بعض المصادر التي بموجبها يتسنى له التحكم

[1] محمد عزيز الريكاحي، جريمة استغلال النفوذ ووسائل مكافحتها على الصعيدين الدولي والوطني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 20.

في الآخرين، أو قهرهم وقد يتأتى له ذلك عن طريق السيطرة على الموارد الاقتصادية كالملكية الفردية.[1]

أو من القوة التنظيمية، واحتكار مواقع الردع، وتمنح صاحبها حق توزيع الجزاءات على المخالفين وتستمد السلطة أيضاً من المكانة التي تتمتع بها الجماعات بناءً على ما تمارسه من سلطة تقليدية أو كاريزمية، ومن ثم لا يجوز للشاغل المنصب الرسمي أن يخترق حدود القواعد، أو يخالف الضوابط التي تحكمها أو يتخطى الأدوار المخولة بموجبها، وبمقتضى المنصب الذي يشغله، وإلا اعتبر خارجاً على قواعد الجماعة ومعاييرها وضوابطها النظامية، الأمر الذي يسوغ إزاحته من منصبه، ويبرز مساءلته وتوقع العقوبة عليه.

وعليه سيتم دراسة تعريف وأركان جريمة استغلال النفوذ ضمن المطلب الأول ثم الأحكام العقابية الخاصة بها ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف جريمة استغلال النفوذ

لم تتناول التشريعات القانونية المقارنة ولا التشريعات الإسلامية جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين كما نص عليها المشرع الجزائري، ونظراً للتقارب والتشابه الكبير بين جريمة استغلال النفوذ خاصة في شقها الإيجابي، أي استغلال النفوذ الإيجابي، مع جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، سوف نعرض تعريف جريمة استغلال النفوذ ونحاول استخلاص ما يفيد تعريف جريمة استغلال النفوذ.

بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية، نجد المشرع قد استعمل مصطلح influence والتي تعني النفوذ، وهذا ما أدى الكثير من الأساتذة الجزائريين والطلبة الباحثين على مستوى وسائل الدكتوراه وأطروحات الماجستير لتسمية هذه الجريمة بتسمية استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

[1] حسين عبد الحميد أحمد رشوان، في القوة والسلطة والنفوذ، مركز الإسكندرية للكتاب، الأزايطية –مصر، 2006-2007.

كما عرف الأستاذ مسيس بهنام استغلال النفوذ بأنه المتاجرة بالنفوذ للحصول أو محاولة الوصول لصاحب المصلحة على مزية من السلطة العامة مفروض بذاءة أنه لا شأن لها بأي عمل أو امتناع داخل حدوده الوظيفية.[1]

وعرف أيضاً الدكتور صباح كرم شعبان جريمة استغلال النفوذ بأنها استخدام النفوذ أياً كان مصدره لدى جهة عامة أو خاصة للحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة لمصلحة الفاعل أو الغير.[2]

أما الدكتور سليمان عبد المنعم، فعرف استغلال النفوذ بأنه: "قيام الموظف أو أ] شخص آخر باستغلال نفوذه الفعلي أو المفترض للحصول على الإدارة أو السلطة العمومية التابعة للدولة، عن مزية غير مستحقة، وذلك بمقابل أي مزية لصالحه أو لصالح شخص آخر.[3]

ويستنتج من هذا التعريف الواسع لمفهوم جريمة استغلال النفوذ ثلاثة عناصر وهي:

1- وجود نفوذ أياً كان مصدره.
2- استخدام النفوذ لدى جهة عامة أو خاصة أو أحد الناس.
3- الحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة، لمصلحة الفاعل أو الغير.

وحسب هذا الرأي أن النفوذ عند استخدامه يولد نسبة من عامل القهر لدى الجهة الأخرى، بحيث تحملها على الاستجابة فيتحقق الاستغلال.[4]

أما بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية لم نجد لها تعريفاً على مستوى الفقه والقضاء.

---

[1] شباح بوزيد، جريمة استغلال النفوذ، آليات الوقاية والمكافحة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر -01- كلية الحقوق، بن عكنون، 2012-2013، ص 33.

[2] نفس المرجع، ص 34.

[3] محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص 28.

[4] المرجع نفسه، ص 28.

الفرع الأول: أركان جريمة استغلال النفوذ

سنقوم بدراسة أركان هذه الجريمة:

1- الركن المفترض: هو أن يكون الجاني، إما تاجراً أو صاحب حرفة أو مقاول بصفة كل شخص.

2- الركن المعنوي: يقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة على علم الجاني بأنه يستفيد بمناسبة إبرام عقد أو صفقة ولو بصفة عرضية من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة في المادة 119، وهذا هو القصد العام، ويشترط زيادة على ذلك توفر القصد الخاص المتمثل في حصوله على امتيازات غير مبررة والمتمثلة في الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحهم في المواد الغذائية أو مواعيد التسليم أو التموين.

3- الركن المادي: والمتمثل في استفادة الجاني من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة في المادة 119، بغرض الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحهم في مواعيد التسليم.[1]

الفرع الثاني: السلوك الإجرامي

يتخذ النشاط الإجرامي في جريمة استغلال النفوذ إحدى الصورتين، هي الطلب أو القبول، وبالتالي تقتضي الجريمة قيام الجاني مستغل النفوذ بالتماس أو قبول من صاحب الحاجة عطية أو وعد أو هبة أو هدية أو أية منفعة أخرى، وقد يكون الطلب موجهاً مباشرة إلى صاحب الحاجة أو عن طريق الغير، كما قد يكون القبول مباشرة من صاحب الحاجة أو من غيره، ويشترط أن تكون هذه المزية غير مستحقة، أي غير مقررة قانوناً لصالح من طلبها أو قبلها، كما قد يكون المستفيد منها الجاني نفسه أو أي شخص آخر يعينه.[2]

[1] عمراني مصطفى، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص 55.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي، الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 99.

1- التعسف في استعمال النفوذ:

سوى المشرع في نطاق جريمة استغلال النفوذ بين تذرع الجاني في طلب الفائدة أو قبولها بنفوذه الحقيق للحصول على مزية من أية سلطة عمومية وبين تذرع الجاني في طلب الفائدة أو قبولها بنفوذه الحقيقي للحصول على مزية من أية سلطة عمومية،[1] وبين تذرعه في ذلك بنفوذه معوم أو مفترض وبناء على ذلك فالنفوذ في هذه الجريمة ينقسم إلى نوعين: النفوذ الفعلي وفي هذه الحالة تقتضي الجريمة أن يسيء الجاني استعمال النفوذ الذي تمنحه إياه وظيفته أو صفته، ونفوذ مفترض أو مزعوم، وفي هذه الحالة يجمع الجاني بين الغش، الذي لا يشترط أن يرقى إلى مرتبة الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة النصب، والإضرار بالثقة الواجبة في الوظائف الرسمية.[2]

الغرض من استغلال النفوذ:

يشترط المشرع لتحقق الركن المادي للجريمة أن يقوم الجاني التاجر أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص باستغلال نفوذ للأعوان العموميين أو سلطتهم أو تأثيرهم بغرض الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة، أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين أي الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: الأحكام العقابية الخاصة بالجريمة

تظهر الأهمية في النص على مثل هذه الأحكام التي سيتم تناولها في دعم التدابير الإلزامية إلى مكافحة الفساد، إذ لم يكتفي المشرع بتجريم الأفعال التي تمثل جرائم الفساد والعقاب عليها بل تعداه إلى النص على جملة من الأحكام من شأنها دعم هذه التدابير وكذلك تحقيق عدم الإفلات من العقاب.

[1] محمد عبد الحميد مكي، جريمة الاتجار بالنفوذ –دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02، سنة 2009، ص 207.

[2] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص 99.

الفرع الأول: العقوبة المقررة للجريمة

حدد قانون مكافحة الفساد العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة بين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية كما نص على الأحكام المتعلقة، بالشروع والاشتراك والتقادم في هذه الجريمة على الظروف المشددة والظروف المخففة والمعفية من العقاب.

1- العقوبات الأصلية:

بميز المشرع بين العقوبات الأصلية والمقررة للشخص الطبيعي والمقررة للشخص المعنوي.

2- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

يعاقب المشرع على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10)، وبغرامة من مائتي ألف دينار 200.000 د ج إلى 1200.000 د ج كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأشير أعوان هذه الهيئات من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.[1]

3- العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

نص قانون مكافحة الفساد على المسئولية الجزائية للشخص المعنوي عند ارتكابه لجريمة من جرائم الفساد بوجه عام والتي من بينها جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير

[1] المادة 26 من القانون رقم 01/06.

مبررة من خلال المادة 53 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك بان يكون الشخص الاعتباري مسئولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات.[1]

وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد أي الغرامة تتراوح ما بين 1.000.000 د ج و 500.000 د ج.

4- المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون العقوبات المتمم بموجب المادة 05 من القانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 2004، جريدة رسمية عدد 71 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

ينص المشرع الجزائري على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات،[2] كما يميز القانون في تحديده للعقوبات التكميلية بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي والعقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي وهي ذات العقوبات المقررة لجنحة المحاباة.

الفرع الثالث: أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة

إضافة إلى العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية التي حددها المشرع في حالة ارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، قرر المشرع أحكام أخرى متعلقة بتشديد العقاب والأعذار المخففة والمعفية من العقاب وهي ذات الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة.

[1] المادة 53 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2] المادة 50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

خاتمة

من خلال ما تم تقديمه يمكن القول أنه أضحى الفساد الإداري الذي يستهدف كما سبق بيانه، بشكل كبير في مجال الصفقات العمومية، وبعد تعرضنا لجرائم الصفقات العمومية والمتمثلة في جريمة الامتيازات غير المبررة، وجريمة الرشوة ومختلف صورها، وهي جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، وتلقي الهدايا وهي الجرائم التي أعاد المشرع تنظيمها بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومن خلال هذه الدراسة قمنا بتبيين مخاطر الفساد في قطاع الصفقات العمومية، خصوصاً جريمة الرشوة بصورها المختلفة، والمحاباة في تقديم العروض والفوز بالصفقات والعقود والمزايدات، فهي تمس بنزاهة وشفافية إبرام الصفقات العمومية، فقد ترتكب إحدى هذه الجرائم في أي مرحلة من مراحل إبرامها أو تنفيذها وحتى دخولها حيز التنفيذ وقد كثر الحديث في الآونة الأخيرة عما تسببه هذه الجرائم، خاصة مع انتشار الفضائح المالية وإبرام صفقات مشبوهة خارج التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال، فقد أثر انتشار هذه الجرائم على الحالة الاقتصادية ما أدى إلى تراجع الاقتصاد الوطني، كون الصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة سنوياً مبالغ مالية معتبرة ما جعلها المجال الأكثر تعرضاً للفساد بشتى صوره.

وعليه وبعد دراسة هذا الموضوع، يمكن استخلاص مجموعة من النتائج كما يلي:

جرائم الصفقات العمومية وعلى غرار باقي الجرائم تقوم على ركنين، الركن المادي والركن المعنوي، فأما عن الركن المادي فلا خلاف فيه، إلا أن الركن المعنوي يثير بعض الإشكاليات منها البحث في القصد كعنصر من عناصر الركن المعنوي للجريمة خصوصاً أن القصد وعنصره الإرادة من الأمور الباطنية والنفسية التي يصعب الكشف عنها، ومن هنا يمكن القول أن الركن المعنوي في جرائم الصفقات العمومية مفترض ويقوم بمجرد مخالفة الجاني النصوص التشريعية التنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتوانى في تجريمه لكل المخالفات التي ترتكب في الصفقات العمومية.

تعتبر جرائم الصفقات العمومية من الجرائم ضد المال العام باعتبار ثمنها يدفع من الخزينة العمومية، ويهدف تجريمها إلى حماية قواعد الشراء العمومي المنصوص عليها في المادة 09 من القانون

01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، حيث أوجبت هذه المادة أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية وهذا أيضاً ما حثت عليه المادة 09 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي أكدت على ضرورة إنشاء نظم إبرام مناقصات تقوم على الشفافية وذكرت بالخصوص ضرورة توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات وعقود الاشتراك، كما فرض المشرع غرامات مرتفعة على مرتكب هذه الجرائم خاصة في جنحة المحاباة واستغلال نفوذ أعوان الدولة، وعلى الرغم من تمييز المشرع بين الموظف العام في جنحة من جهة والتاجر والحرفي والصناعي والمقاول من القطاع الخاص من جهة أخرى في جنحة استغلال نفوذ أعوان الدولة، إلا أنه ساوى بينهما من حيث العقوبة.

توسيع لمفهوم الموظف العمومي، إذ تعدى المفهوم المتضمن في قانون العقوبات، فضلا على أنه تعدى ذلك المفهوم التقليدي الذي ظل مرتبطاً بالموظف العام في مجال الوظيفة العمومية، حيث يرتبط مفهوم الموظف العمومي الشاغل لمناصب عامة، تشريعية، إدارية، تنفيذية، قضائية ومنتخبين في مجالس منتخبة، فضلاً على الأشخاص الذين يتولون مناصب بالقطاع العام الاقتصادي، حيث يرتبط ذلك التوسيع بالأساس بمفهوم القطاع العام.

بروز نظرة تفيد ازدواجية بين تدابير وقائية وأخرى عقابية خاصة بجرائم الفساد عموماً، وبجرائم الصفقات العمومية خصوصاً، حيث ابتغى المشرع بنصه على تدابير الوقاية من هذه الجرائم، سن قواعد قانونية تتدخل قبل وقوعها، وتعتبر في جوهرها جزء من السياسة الجنائية، فضلاً على تدابير عقابية على الجرائم نفسها.

ويظهر أن المشرع قد تشدد في العقوبات المالية التي تعد من أهم الجزاءات المطلقة 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 خطراً على المصلحة العامة، وبخصوص تقادم جريمة تلقي الهدايا فقد قرر المشرع لهذه الجريمة عقوبة أخف من تلك المقررة لجريمة الرشوة في القطاع العام باعتبارها أقل خطراً على المصلحة العامة.

وبخصوص تقادم هذه الجرائم فإن المشرع على الرغم من تجنيحه لجرائم الصفقات العمومية إلا أنه أقر تقادم هذه الجرائم عندما يتم تحويل عائداتها إلى الخارج، وتظهر غاية المشرع من تكريس الأعذار المعفية والمخففة لجرائم الصفقات العمومية أن هذه الأخيرة تشكل حافزاً لمرتكبي هذه الجرائم من أجل التراجع عن أفعالهم قبل فوات الأوان، هذا من جهة، من جهة أخرى فإن مرتكبي هذه الجرائم، والتي تجعلهم يستفيدون من التخفيف مثل الإبلاغ عن شركائهم، قد تساعد في عمليات المتابعة والتحري للكشف عن باقي الملابسات، وربما الأطراف الأخرى المساهمة في الجرائم.

كما شدد المشرع الجزائري في العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية إذا كان القاضي أو الضابط العمومي طرفاً فيها، وشدد العقوبات وجوباً في حالة العود إذ ترفع إلى الضعف، وهذا كله يعتبر ضمانة أساسية لمكافحة الفساد في قطاع الصفقات العمومية، كما نص على ظروف التخفيف وكذلك الإعفاء من العقوبات إذا ساعد الشخص في الكشف عن مرتكبي تلك الجرائم، وهذا من أجل ضمان المشرع نجاح السياسة القمعية التي رصدها لهذه الجرائم.

قائمة المصـــادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب باللغة العربية

أ. الكتب العامة:

1. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم الاقتصادية وبعض الجرائم الخاصة، دار هومة، الجزائر، طبعة 02، الجزء 02، سنة 2006.
2. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، دار هومة، الجزائر، طبعة 13، الجزء 02، سنة 2013.
3. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2007.
4. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، الطبعة 10، سنة 2011.
5. أحمد صبحي العطار: جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، دراسة في القسم الخاص من قانون العقوبات المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، طبعة بدون رقم، سنة 1993.
6. أمين مصطفى محمد: النظرية العامة لقانون العقوبات، ظاهرة الحد من العقاب، دار هومة، الجديد للنشر، الإسكندرية، طبعة بدون رقم، سنة 1996.
7. بلال أمين زين الدين: المسئولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، ريم للنشر والتوزيع، د ذ ن، طبعة 01، سنة 2011.
8. سليمان عبد المنعم: القسم الخاص من قانون العقوبات، الجرائم الضارة بالمصلحة العامة (جريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها –جريمة اختلاس المال العام– جريمة الاستيلاء على المال العام– جريمة التزوير)، جامعة الإسكندرية، طبعة بدون رقم، سنة 2002.

9. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام والتنفيذ في ضوء مجلس الدولة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة بدون رقم، سنة 2004.

10. عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام-الجزاء الجنائي- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء 02، سنة 2005.

11. علي راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصل النظرية العامة، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 02، دون ذكر سنة الطبع.

12. كامل السعيد: شرح قانون العقوبات – الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2008.

13. محمد الصغير بعلي: القانون الإداري –التنظيم الإداري-، دار العلوم، عنابة، طبعة بدون رقم، سنة 2002.

14. محمد سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية –دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 03 سنة 1991.

15. محمد صبحي نجم: الجرائم المخلة بالمصلحة العامة والثقة العامة والجرائم الواقعة على الأموال وملحقاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 01، سنة 2006.

16. ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف (الجزائر)، طبعة 04، سنة 2010.

ب. **الكتب المتخصصة:**

1. أحمد رفعت خفاجي: جرائم الرشوة في التشريع المصري والقانون المقارن، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة بدون رقم، سنة 1999.

2. أنور العمروسي وأمجد العمروسي: جرائم الأموال العامة وجرائم الرشوة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، طبعة 02، سنة 1966.

3. حمامة قدوج: عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة بدون رقم، سنة 2006.

4. خرشي النوي: تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة بدون رقم، سنة 2011.

5. رمضان محمد بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة بدون رقم، سنة 2011.

6. رمضان محمد بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة بدون رقم، سنة 1998.

7. عبيدي الشيخ: قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الهدى، عين مليلة، طبعة بدون رقم، سنة 2008.

8. كمال رحماوي: شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 04، سنة 2014.

9. كمال رحماوي: تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة بدون رقم، سنة 2004.

10. محمد أحمد غانم: المحاورة القانونية والشرعية للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، طبعة بدون رقم، سنة 2008.

11. مليكة هنان: جرائم الفساد، الرشوة، الاختلاس، تكسب الموظف العمومي من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، طبعة بدون رقم، سنة 2010.

12. ياسر كمال الدين: جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة بدون رقم، سنة 2008.

ثالثاً: الكتب باللغة الفرنسية

1. Ahmed Mahiou, cours d'institution administratives 3eme Ed, office des publication universitaire, 1981.
2. André Délaubdère, droit administratif, 17eme édition, LGDJ, paris, France, 2002.
3. Houari belkacem, les institutions supérieurs de contrôle des finances publiques et les systèmes de contrôle interne, cours des comptes, février 2001.
4. Lourent richer, droit des contrats administratifs, LGDR, paris 1999.
5. Wilfrid Jeandidier, droit pénal des affaires, 2eme edition, Dalloz, paris, France, 1996.

رابعاً: المقالات العلمية

1. حسن عبد الرحيم السيد، الشفافية في القواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر، مجلة الشريعة والقانون، عدد 39، سنة 2009.
2. عبد الغني حسونة، الكاهنة زواوي، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 05، سبتمبر 2009.
3. عماد الشيخ داود، "الشفافية ومراقبة الفساد"، في: مركز الوحدة العربية، الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية، بيروت، طبعة 02، سنة 2006.
4. فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 05، سنـــة 2009.

5. محمد محدة: المسئولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد 01، مارس 2006.

6. مقني بن عمار، مفهوم الجريمة الاقتصادية في القانون المقارن –دراسات قانونية–، مجلة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات، الجزائر، عدد 03، أبريل 2009.

خامساً: النصوص القانونية

أ. **النصوص القانونية الدولية:**

– الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 2003/10/31.

2- اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة من قبل الاتحاد الإفريقي، بموبوتو بتاريخ 2003/07/11.

ب. **النصوص القانونية الوطنية:**

- الدستور الجزائري.

النصوص التشريعية والتنظيمية:

القوانين العضوية:

1. القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

2. القانون العضوي رقم 01/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بنظام الانتخابات

الأوامر والقوانين:

1. الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 1966/06/02 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الملغى.
2. الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
4. القانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
5. القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، المعدل والمتمم.
6. القانون رقم 15/90 المؤرخ في 1990/07/14 الذي يعدل ويتمم .
7. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات.
8. الأمر رقم 20/95 المؤرخ في 1995/07/17 المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم.
9. القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.
10. الأمر رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/26 الذي يتمم القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
11. القانون رقم 15/11 المؤرخ في 2011/08/02 الذي يعدل ويتمم القانون
12. رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
13. الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 2015/07/23 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 155/06 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

النصوص التنظيمية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 137/06 المؤرخ في 2006/04/10 المتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 2003/10/31.
2. المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2007/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
3. المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 227/90 المؤرخ في 1990/07/25 الذي يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة، المعدل والمتمم.
2. المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المؤرخ في 1994/11/14 المتعلق بالرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها المعدل والمتمم.
3. المرسوم التنفيذي رقم 110/11 المؤرخ في 2011/03/06 الذي يتمم المرسوم التنفيذي 289/93 المؤرخ في 1993/11/28 الذي يوجب على المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري.

القرارات:

- القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 2015/12/19، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

سادساً: الأطروحات والمذكرات

أ. **الأطروحات:**

1. علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، – فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية–، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.
2. محمد الصغير بعلي، النظام القانوني للمؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، سنة 1990.

ب. **المذكرات:**

1. بخباز عبد الله، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية –دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة دكتوراه "التجريم في الصفقات العمومية"، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014.
2. تبون عبد الكريم، الرشوة والتستر على جرائم الفساد في القطاع العام بين التدابير الوقائية والتدابير العقابية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص قانون جنائي، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2011-2012.
3. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الجامعية 2011-2012.
4. طاهر العيد، الاخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء تنفيذها كركن من أركان جريمة المحاباة، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة دكتوراه تخصص التجريم في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي اليابس بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014.
5. عادل بوحبل، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 19، 2008-2011.
6. عمراني مصطفى، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون.

7. فارس حنوش، النظام القانوني في صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري في ظل المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2003-2006.

8. نجية لطاش، مبدأ الشفافية في قانون المنافسة بالجزائر، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، سنة 2004-2005.

9. وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

الملتقيات:

- محمد عالي إبراهيم، الخصبة، الفساد المالي والإداري وسبل مكافحته، ورقة عمل مقدمة في الملتقى العربي الثالث بعنوان: "آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري"، المنعقد في الرباط، المغرب، ماي 2008.

فهرس

البسملة

الشكر والإهداء

مقدمة.....**أ–هـ**

المبحث التمهيدي: المدلول القانوني للصفقات العمومية.....**07–36**

المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية.....08

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية وتحديد معاييرها التنظيمية.....09

أولاً: تعريف الصفقات العمومية.....09

1- من الجانب التشريعي.....09
2- من الجانب الفقهي.....10
3- من الجانب القضائي.....10

ثانياً: معايير تحديد الصفقة العمومية.....11

1- المعيار العقدي.....11
2- المعيار الشكلي.....12
3- المعيار المالي.....12
4- المعيار الموضوعي.....13
5- المعيار العضوي.....13

الفرع الثاني: أنواع الصفقات العمومية وإجراءات إبرامها.....**13**

أولا: أنواع الصفقات العمومية.....**14**

1- صفقة إنجاز الأشغال.....14

2- صفقة اقتناء اللوازم.....15
3- صفقة الدراسات.....15
4- صفقة تقديم الخدمات.....16

ثانياً: إجراءات إبرامها.....16

1- الإعلان عن الصفقة.....17
2- تقديم العطاءات.....20
3- إرساء الصفقة.....22
4- المراجعة والمصادقة على الصفقة.....23
5- تأثير الصفقة العمومية وتنفيذها.....24
6- تنفيذ الصفقة.....25

المطلب الثاني: كيفيات إبرام الصفقات العمومية وممارسة الأعمال الملحقة بها والرقابة عليها.....26

الفرع الأول: كيفيات إبرام الصفقات العمومية.....26

أولاً: أسلوب المناقصة العامة.....26

1- المناقصة المفتوحة.....27
2- المناقصة المحدودة.....27
3- الاستشارة الانتقائية.....28

ثانياً: أسلوب التراضي البسيط.....29

الفرع الثاني: الأعمال الملحقة بالصفقة العمومية.....31

أولاً: الملحق.....31

ثانياً: صفقة التسوية.....32

الفرع الثالث: الرقابة على الصفقات العمومية.....32

أولاً: رقابة داخلية.....33

ثانياً: رقابة خارجية.....34

ثالثاً: رقابة الوصاية.....35

الفصل الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.....38-88

المبحث الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.....39

المطلب الأول: جريمة المحاباة.....40

الفرع الأول: الركن المفترض.....41

أولاً: مدلول الموظف العمومي في القانون الإداري.....41

1- تعريف الفقه الإداري للموظف العمومي.....41

2- تعريف القضاء الإداري للموظف العمومي.....42

3- تعريف القانون الإداري للموظف العمومي.....42

ثانياً: مدلول الموظف العمومي في القانون الجنائي.....44

ثالثاً: تعريف الموظف العمومي في قانون العقوبات.....45

رابعاً: مدلول الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد.....46

1- فئة المناصب.....47

2- المناصب التنفيذية.....47
3- المناصب الإدارية.....48
4- المكلفون بتولي وظائف أو وكالة في خدمة مرفق عام.....50
5- الأشخاص في حكم الموظف.....51

الفرع الثاني: الركن المادي.....52

أولاً: منح امتياز غير مبرر.....52

ثانياً: استفادة الغير من المزية الغير مبررة.....53

ثالثاً: صور جريمة المحاباة في مجال الصفقات العموميمة.....54

1- مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة.....54
2- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض.....56
3- مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفة 57
4- مخالفة أحكام التشريع.....59

رابعاً: الغرض من ارتكاب الجريمة.....59

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة المحاباة.....60

أولا: القصد العام.....61

ثانياً: القصد الخاص.....61

المطلب الثاني: الأحكام العقابية الخاصة بالجريمة.....62

الفرع الأول: العقوبات المقررة للجريمة.....62

أولاً: العقوبات الأصلية.....62

1- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي.....63

2- العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي.....63

ثانياً: العقوبات التكميلية.....65

1- العقوبة التكميلية الإلزامية والاختيارية المقررة للشخص الطبيعي.....65

2- العقوبة التكميلية المقررة للشخص المعنوي.....67

الفرع الثاني: أحكام أخرى متعلقة بجريمة المحاباة.....69

أولاً: تشديد العقوبة وتخفيضها والإعفاء منها.....69

1- الظروف المشددة.....69

2- الأعذار المعفية والمخففة.....69

ثانياً: أحكام التقادم في الجريمة.....71

ثالثا: أحكام التقادم في جريمة المحاباة.....71

المبحث الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.....71

المطلب الأول: أركان الجريمة.....71

الفرع الأول: الركن المفترض.....72

أولاً: أن يكون الموظف العمومي مختصاً.....72

ثانياً: مساءلة الموظف عن فعله بعد ترك الوظيفة العامة.....73

الفرع الثاني: الركن المادي.....74

أولاً: أخذ أو تلقي الفائدة.....74

ثانياً: الاحتفاظ بالفائدة.....75

ثالثاً: طبيعة الفائدة أو المنفعة.....75

الفرع الثالث: الركن المعنوي.....78

المطلب الثاني: الأحكام العقابية لجريمة أخذ فوائد غير بصفة غير قانونية.....79

الفرع الأول: العقوبات المقررة للجريمة.....79

أولاً: العقوبات الأصلية.....79

1- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي.....80

2- العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي.....80

ثانيا: العقوبات التكميلية.....80

1- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي.....81

2- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي.....81

الفرع الثاني: أأحكام أخرى متعلقة بجريمة أخد فوائد بصفة غير قانونية.....,.....81

أولا: الضروف المشددة 82

ثانيا: الأعذار المعفية والمخففة لجريمة أخد فوائد بصفة غير قانونية 82

ثالثا:أحكام الشروع والاشتراك في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.....82

الفرع الثالث: جريمة تلقي الهدايا.....83

أولاً: الركن المادي.....83

1- السلوك الإجرامي.....84

2- أن يكون قبول الهدية من شأنه التأثير في سير إجراء ما أو معاملة ما.....84

ثانياً: الركن المعنوي.....84

ثالثاً: العقوبة المقررة لجريمة تلقي الهدايا.....85

أ. العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي.....86

ب.العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي.....87

ت.أحكام أخرى متعلقة بجريمة تلقي الهدايا.....87

ث.أحكام الشروع والاشتراك في تلقي الهدايا.....87

ج. أحكام التقادم في جريمة تلقي الهدايا.....88

ح. الظروف المشددة.....88

الفصل الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وجريمة استغلال النفوذ..9-112

المبحث الأول: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....90

المطلب الأول: ماهية جريمة الرشوة.....91

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لجريمة الرشوة.....91

أولاً: تعريف الرشوة شرعاً وقانوناً.....92

1- تعريف الرشوة شرعاً.....92

2- تعريف الرشوة قانوناً.....92

3- موقف المشرع الجزائري من الرشوة.....93

الفرع الثاني: جريمة الرشوة السلبية.....94

أولاً: الركن المفترض.....94

ثانياً: الركن المادي.....95

الشروع في الرشوة.....97

ثالثاً: **الركن المعنوي**.....**98**

1- العلم.....98

2- الإرادة.....99

المطلب الثاني: جريمة الرشوة الإيجابية.....**99**

أولاً: الركن المادي لجريمة الرشوة الايجابية 100

1- النشاط الإجرامي.....100

2- الوعد.....101

3- الغرض من الرشوة.....101

ثانياً: الركن المعنوي في جريمة الرشوة الإيجابية.....102

1- العلم.....102

2- الإرادة.....102

الفرع الثاني: الأحكام العقابية الخاصة بجريمة الرشوة.....**102**

أولاً: العقوبات المقررة للجريمة.....103

ثانياً: الأحكام الخاصة بالجزاء.....103

1- تشديد العقوبة وتخفيضها والإعفاء منها.....103

أ.الظروف المشددة.....103

ب. الأعذار المعفية والمخففة لجريمة الرشوة.....104

ت. العقوبة على الشروع والاشتراك.....104

أ. آثار الفساد.....105

ب.أحكام تقادم الدعوى العمومية.....105

المبحث الثاني: جريمة استغلال النفوذ.....106

المطلب الأول: تعريف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين وموقف المشرع منها..107

الفرع الأول: أركان جريمة استغلال النفوذ.....109

1- الركن المفترض.....109

2- الركن المعنوي.....109

3- الركن المادي.....109

الفرع الثاني: النشاط الإجرامي.....109

1- التعسف في استعمال النفوذ.....110

2- الغرض من استعمال النفوذ.....110

المطلب الثاني: الأحكام العقابية الخاصة بالجريمة.....110

الفرع الأول: العقوبة المقررة للجريمة.....111

أولاً: العقوبة الأصلية.....111

1- العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي.....111

2- العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي.....111

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية.....112

الفرع الثالث: أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة.....112

الخاتمة.....114-116

قائمة المصادر والمراجع.....118-126

الفهرس

الملخص:

بما أن الصفقات العمومية تشكل أهم قناة تتحرك فيها الأموال العمومية في إطار تنفيذ أهداف وبرامج ومخططات التنمية الوطنية والمحلية، فإنها بذلك تشكل مجالاً خصباً للفساد الإداري والمالي بكل صوره، فهي تمس بنزاهة وشفافية إبرام الصفقات العمومية، فقد ترتكب إحدى هذه الجرائم في أي مرحلة من مراحل إبرامها أو تنفيذها وحتى دخولها حيز التنفيذ وقد كثر الحديث في الآونة الأخيرة عما تسببه هذه الجرائم، خاصة مع انتشار الفضائح المالية، وإبرام صفقات مشبوهة خارج التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال.

فقد أثر انتشار هذه الجرائم على الحالة الاقتصادية ما أدى إلى تراجعه، كون الصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة سنوياً مبالغ مالية معتبرة ما جعلها المجال الأكثر تعرضاً للفساد بشتى صوره.

وتماشياً مع سياسة الدولة الالزامية إلى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد، صدر في الجزائر قانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، الذي أكد بدوره على وجوب احترام المعايير التي يجب أن تؤسس عليها الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية:

صفقة – عقد – ملحق – استشارة – طلب العروض – اتفاقية – مشروع – استثمار – منافسة – الموظف العمومي – المصلحة المتعاقدة – خدمات – أشغال – لوازم – دراسات – الاستلام المؤقت – التراضي – صفقة تسوية – لجنة الصفقات.

Sommaire:

Les marchés publics étant le canal le plus important par lequel les fonds publics circulent dans le cadre de la mise en œuvre des objectifs, programmes et plans de développement nationaux et locaux, ils constituent donc un terrain fertile pour la corruption administrative et financière sous toutes ses formes, car elle affecte l'intégrité et la transparence de la conclusion des marchés publics. Conclusion ou mise en œuvre et même son entrée en vigueur. On a beaucoup parlé ces derniers temps des causes de ces crimes, notamment avec la propagation de scandales financiers et la conclusion d'accords suspects en dehors de la législation et de la réglementation en vigueur dans ce domaine.

La propagation de ces crimes a affecté la situation économique, ce qui a conduit à son déclin, car les accords publics coûtent chaque année au Trésor public des sommes importantes, ce qui en fait la zone la plus exposée à la corruption sous toutes ses formes.

Conformément à la politique obligatoire de l'Etat pour lutter contre les délits liés à la corruption, la loi n ° 01/06 du 20/02/2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, amendée et complétée, a été promulguée en Algérie, qui à son tour a souligné la nécessité de respecter les normes sur lesquelles les marchés publics devraient être fondés.

les mots clés:

Deal – contrat – saisie – conseil – appel d'offres – accord – projet – investissement – concurrence – agent public – intérêt contractant – services – travaux – fournitures – études – récépissé provisoire – consentement – accord de règlement – le comité des marchés.