خطر قيام الركن المادي لجريمة المحاباة عند إبرام الصفقات العمومية

The risk that the material Pillar of the crim of favoritism will arise when concluding public procurement

سفيان زلماط*

جامعة التكوين المتواصل – معسكر

zelmatzelmat@Gmail.com

تاريخ الاستلام: 07 / 04/ 2020 تاريخ القبول: 20 / 10/ 2020 تاريخ النشر: 23 / 05/ 2021

الملخص:

بتحليل الركن المادي لجريمة المحاباة حسب نص المادة 26 فقرة 1 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، و الذي يقوم على عنصرين هما: الأول مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية (حرية الترشح، والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات)، و الثاني ترتيب امتياز غير مبرر للغير، لمسنا نوعا من السهولة في اثبات هذا الركن، و في مقابل ذلك نجد أن قانون الصفقات العمومية قانون تقني يصعب على الموظفين المتدخلين في إبرام الصفقة التعامل مع أحكامه وخاصة المتعلقة بمبادئ الصفقات، فالصعوبة التي تواجه هؤلاء المتدخلين في ابرام الصفقات العمومية، و ما يقابلها من

* المؤلف المرسل

سهولة في اثبات الركن المادي لجريمة المحاباة، تضعهم في خطر المساءلة الجزائية، فحاولنا في هذه الدراسة إظهار الخطورة الجزائية التي تتربص بهؤلاء المتدخلين، و ذلك من خلال تحليلنا لعنصري الركن المادي لجريمة المحاباة.

الكلمات المفتاحية: خطر جزائي ، المحاباة ، امتياز غير المبرر، الصفقة العمومية

Abstract:

By analyzing the material piallar of the crim of « favoritism » according to the text of Article 26 paragraph 1 of the Corruption Prevention law 06/01 which is based on tow elements : The first is to violate legislative or regulatory provisions related to principles of public procurement, and the second is arranging an unjustified privhlege for others Given , we felt a kind of ease in proving this pillar, On the other hand, we find that the Public Procurement Law is a technical law that is difficult for employees involved in the deal to deal with its provisions, especially regarding the principles of the deals, This difficulty that these intruders face in concluding public deals and the corres ponding ease pillar of the crim of favoritism, makes those interferers at risk of criminal accountability, in this study, we tried to show the penal risk surrounding those involved in concluding public procurement, through our analysis of the two elements of the material pillar of crim of favoritism.

Keywords: Penal risk, Favoritism, Unjustified privilege, Public procurement.

مقدمة:

مواجهة للممارسات الفاسدة في مجال الصفقات العمومية أورد المشرع عدة جرائم في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته 01/06 [1]، نجد من بينها جريمة يمكن نعتها بأنها من أخص تلك الجرائم بمجال الصفقات العمومية، و تظهر خصوصيتها من خلال تسميتها، حيث سماها المشرع في نص المادة 26 فقرة 1 من القانون ب:" الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، و التي يطلق عليها الفقه اسم "جريمة المحاباة"، حيث جاء في نص المادة:" يعاقب بالحبس.....كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازا غير مبرر عند ابرام عقد أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أوملحق مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات ... " فباستقرائنا لما جاء في نص الجريمة، و بغض النظر عن الركن المعنوي للجريمة المعبر عنه صراحة ب:(...،عمدا،..)، شدنا ركنها المادي القائم على عنصرين هما: مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية (حرية الترشح، والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات)، و التي من شأنها ترتيب امتياز غير مبرر للغير، فلاحظنا أن السلوك المجرم في هذه الجريمة– مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات– مجاله واسع وغير مضبوط؛ بسبب الإحالة على الأحكام الخاصة المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية، هذا ما يجعل من الصعوبة تحديد النصوص المحال عليها سواء أكانت تشريعية أم تنظيمية، فلا تتوفر قائمة محددة لهذه النصوص، ومثال على ذلك تنظيم الصفقات العمومية الذي يعتبر من القوانين التقنية التي تجعل الخائض فيه يدرك مدى صعوبته، و خاصة على غير المختصين في القانون الإداري، و بالإضافة إلى ما سبق نلمس سهولة في تحديد مضمون وطبيعة الامتياز غير المبرر، و خاصة إذ علمنا أن الأخير مضاف في اثباته للغير.

كل هذه الصعوبات التي تواجه عمل الموظفين المتدخلين في إبرام الصفقات العمومية، و ما يقابلها من سهولة في إثبات الركن المادي للجريمة، يخلق نوعا من الخطورة التي تحدق بالمتدخلين، قد تؤدي بهم للوقوع في المسؤولية الجزائية، لدرجة تصور وقوع الموظف في خطأ إداري بسيط خلال إبرام الصفقة، قد يجره للمسائلة عن جريمة المحاباة، مما يدفعنا للتساؤل عن: ما هي مواطن الخطورة الجزائية المحيطة بالمتدخلين في الصفقات العمومية في إطار الركن المادي لجريمة المحاباة ؟

تجرنا الإجابة عن هذا التساؤل إلى الهدف المنشود من الدراسة، و هو إظهار الخطورة الجزائية على المتدخلين في الصفقات العمومية عند تحديد عنصري الركن المادي لجريمة المحاباة، من خلال الإشارة لبعض الإشكالات التي يواجهها هؤلاء المتدخلين في التعامل مع الصفقات العمومية، و ذلك في مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: خطورة في تحديد الإخلال بالنصوص القانونية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: الخطورة في تحديد الامتياز غير مبرر للغير.

و قد استعملنا في دراستنا هذه المنهج التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية.

المبحث الأول: الخطورة في تحديد الإخلال بالنصوص القانونية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية

يعتبر الإخلال بالنصوص القانونية (الأحكام التشريعية أو التنظيمية) المخالفة لمبادئ الصفقات العمومية السلوك المجرم لجريمة المحاباة، وجاء اعتبار مبادئ الصفقات العمومية كمحل حماية من السلوك المجرم في الجريمة حديثا، بموجب القانون 15/11[2] المعدل للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، وذلك عندما حصر المشرع الجزائري في الصياغة الجديدة للمادة 26 فقرة أولى من القانون، البحث عن الأحكام التشريعية أو التنظيمية المخالفة بتلك المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية، بقولها: (....مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات)، حيث كان النص قبل التعديل يقضي: (....مخالفا بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل) فاستثنى المشرع بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية التي لا ترمي لضمان مبادئ الصفقات العمومية، مما يضيق نوعا ما من الصور المحتملة لقيام المسؤولية الجزائية على المتدخلين في إبرام الصفقات العمومية في هذه الجريمة، و لكن بالتمعن في السلوك المجرم نجد أنه لا يزال في قيامه خطورة محتملة على المتدخلين في مجال الصفقات العمومية؛ بسبب صعوبتين يواجهها هؤلاء المتدخلون هما: صعوبة ضبط مبادئ الصفقات؛ لتوزعها على جميع مراحل ابرام الصفقة العمومية من جهة (1)، وكذا الصعوبة في تحديد مجال البحث عن النصوص القانونية المخالفَة (الأحكام التشريعية أو التنظيمية) (2)، لذلك نحاول توضيح الصعوبتين لتتبين لنا الخطورة المحيطة بالسلوك المجرم.

المطلب الأول: صعوبة ضبط مبادئ الصفقات العمومية

لقد اعتبر المشرع مبادئ الصفقات العمومية محل الحماية من السلوك المجرم في جريمة المحاباة، حيث أشارت المادة 26 فقرة أولى قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 01/06 المعدلة، إلى مبادئ الصفقات الثلاثة الواجب مراعاتها وهي:

حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات، نورد في دراستنا كتمثيل لهذه المبادئ و ما يرد عليها من صعوبة في الضبط، ما جاء في تنظيم الصفقات العمومية المرسوم 247/15، حيث نصت المادة 5 منه على ما يلي: (لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم). ومن نص هذه المادة يتضح أن هذه المبادئ المذكورة قد تم الإشارة إليها في الأحكام العامة لتنظيم الصفقات العمومية، ولكن إعمالها تضمنته جميع أحكام هذا المرسوم، فيقوم بذلك جميع مسار إبرام الصفقات العمومية على هذه المبادئ (مرحلة التحضير، مرحلة الإبرام، مرحلة التنفيذ)، فلا يكاد يخلو إجراء من إجراءات الصفقة من هذه المبادئ، فقد يحدث السلوك المجرم في أي مرحلة، مما يتطلب دراية حقيقية من طرف المتدخل في مجال الصفقات العمومية، و هنا تكمن الصعوبة عندما لم يحصر المنظم الجزائري السلوك المجرم بمخالفة لإجراء واحد، أو عدة إجراءات مهمة من بين إجراءات الإبرام؛ بل جعل من مبادئ الصفقات مصطلحا فضفاضا، إذ يمكن اعتبار أبسط إجراء لإبرام الصفقة منصوص عليه في المرسوم 247/15 مثلا، يدخل ضمن مبادئ الصفقات، متى أمكن تكييفه مع مدلول أحد هذه المبادئ.

و للتوضيح أكثر نتطرق لتبيين مدلول كل مبدأ من هذه المبادئ تواليا، ونشير في نفس الوقت لبعض إعمالاته في تنظيم الصفقات العمومية ليتبين توزعها على كامل التنظيم.

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول

يقتضي هذا المبدأ السماح لكل من توفرت فيه الشروط المطلوبة المشاركة في الصفقة العمومية، وتقديم عرضه إلى المصلحة المتعاقدة[3].

ولا يتحقق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية إلا بإضفاء شفافية في تعاملات المصلحة المتعاقدة، تدعيما لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من الممتهنين للنشاط موضوع الصفقة، فلا يكون التعاقد حكرا على شخص أوأشخاص محددين بذواتهم[4]، وشفافية تعاملات المصلحة المتعاقدة الضامنة لحرية الوصول يمكن أن تتعلق إما بطرق إبرام الصفقات (1)، أو إجراءات إبرامها(2).

أولا: طرق إبرام الصفقات العمومية:

نصت التنظيمات المتتابعة المتعلقة بالصفقات – وآخرها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 – على أن هناك صيغتان لإبرام الصفقات العمومية، وهما صيغة طلب العروض وصيغة التراضي، و يمكننا القول بأن صيغة طلب العروض في إبرام الصفقة العمومية تعتبر الصيغة الأكثر تنافسية مقارنة بالتراضي؛ لاعتمادها على طابع الشكلية في كل الإجراءات، إذ تعتبر ضامنة لمبدأ حرية الوصول، كونها توجه إلى أشخاص غير معروفين بذواتهم، حتى ولو كان شكلها محدودا[5]. أما التراضي بنوعيه (التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة)، فهو صيغة تفاوضية موجهة إلى شخص أو عدة أشخاص معروفين بذواتهم، ولا تشترط أي شكلية معينة للاتصال بالمتنافسين عند القيام بإجراء التراضي، مما يفقد هذه الصيغة الشفافية المتوخاة[6]، وهذا ما يتنافى تماما مع مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

لذلك نجد المنظم يلجأ لاعتماد صيغة طلب العروض كصيغة أصلية في إبرام الصفقات العمومية، أما صيغة التراضي فهي الاستثناء[7]، بحيث يقوم المنظم بتقييد حرية المصالح المتعاقدة في اللجوء لصيغة التراضي بضرورة توفر الحالات المعينة على سبيل الحصر[8].

ثانيا: إجراءات إبرام الصفقات:

إن إبرام الصفقة بصيغة طلب العروض يفرض إتباع إجراءات شكلية في إبرامها، ومن بين أهم الإجراءات الشكلية الضامنة لمبدأ حرية الوصول للطلب العمومي، هي الإعلان عن الصفقات العمومية[9]؛ لأن إعلان المصلحة المتعاقدة لجميع المرشحين المحتملين، وتمكينهم من المعلومات الكافية والمتعلقة بالصفقة، يفسح الفرص لعدد كبير من العارضين بتقديم عروضهم والولوج للمنافسة على الصفقة، مما يدعم المنافسة الحرة[10].

فالإعلان عن الصفقة إلزامي في جميع أنواع صيغ طلب العروض، حيث يتم هذا الإعلان بوسائل حددها تنظيم الصفقات العمومية[11]، منها (الجرائد، النشر الالكتروني، التعليق في الأماكن التي يرتادها الجمهور).

الفرع الثاني: مبدأ المساواة

يقوم مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين على المعاملة المماثلة لكل المتقدمين بعطاءاتهم من منطلق تكافؤ الفرص فيما بينهم، وهذا يدعو المصلحة المتعاقدة في بحثها عن صاحب أحسن عرض، الالتزام بالامتناع عن كل فعل يؤدي للتمييز غير المشروع بين المتعهدين[12]، بحيث لا تكون المفاضلة بينهم إلا على أساس الكفاءة الفنية و المقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء المشروع محل

التعاقد[13]، إذ يمكن إعمال هذا المبدأ من خلال قيام المصلحة المتعاقدة بإخضاع جميع المترشحين للصفقة لنفس قواعد وظروف وشروط المنافسة، باعتماد معايير موضوعية منصوص عليها في النصوص القانونية الجاري بها العمل[14]، تتعلق هذه المعايير أساسا:

أولا: شروط المشاركة في الصفقة:

يتحقق مبدأ المساواة بوضع شروط مشاركة غير تمييزية معلن عنها مسبقا، ويتعلق ذلك خاصة بقواعد اعتماد المرشحين، حيث يكون ضمان مبدأ المساواة بوضع قواعد اعتماد المرشحين بحسب حجم وأهمية المشروع ودرجة تعقيده، وعلى المصلحة المتعاقدة الابتعاد عن وضع قواعد اعتماد مميزة؛ كأن ترفع من درجة التأهيل لإقصاء مرشحين يحتمل فوزهم بالصفقة[15]، كما تتحقق المساواة في شروط المشاركة، من خلال قواعد إيداع العروض التي يحترم فيها مبدأ المساواة، كمنح الوقت الكافي لإعداد عروض المرشحين، ليتساوى بذلك فرص المرشحين في تقديم وتحضير عروضهم و ولوج المنافسة، وكذلك ينبغي على المصلحة المتعاقدة إعلام العارضين بالوقت المخصص لهم من أجل ذلك[16].

ثانيا: معايير الاختيار المعتمدة في تقييم وإرساء الصفقة:

إن مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد للظفر بالصفقة تتطلب إعمال مبدأ المساواة، إذ أنه من المساواة تكافؤ فرص المرشحين في الفوز بالصفقة، من خلال الاعتماد في اختيار المتعامل الفائز بالصفقة بناء على ما قدم من عرض، ومدى موافقة عرضه لمعايير الاختيار الموضوعة مسبقا و المعلن عنها[17]، لذلك كان وضع معايير الاختيار و الإعلان عنها مسبقا، وكذا تطبيق المصلحة المتعاقدة

لهذه المعايير في مرحلة تقييم العروض وإرساء الصفقة، يعتبر من الضمانات الفعلية لمبدأ المساواة.

الفرع الثالث: شفافية الإجراءات

تعني شفافية الإجراءات وضوح وفهم كل الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية، مما يسهل الاطلاع على الممارسات الفعلية لهذه الإجراءات من طرف مقدمي العطاءات وكل من له مصلحة في ذلك، ليتأكدوا من أن عملية الاختيار للمتعامل المتعاقد قد جرت بوضوح وتجريد[18].

فهذا المبدأ يتم إعماله أساسا عن طريق الإعلان قدر الإمكان وفي كل المراحل الإجرائية لإبرام الصفقة، وخاصة في صيغة طلب العروض، و ذلك من أجل تحقق المنافسة الشريفة بين كل المترشحين[19].

المطلب الثاني: صعوبة تحديد مجال البحث عن الأحكام المخالفة

حسب نص جريمة المحاباة المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، يقوم الركن المادي لجريمة المحاباة بمخالفة النصوص التشريعية و التنظيمية المكرسة لحرية الترشح و المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات؛ أي مبادئ الصفقات العمومية، و التي تهدف لتحقيق حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فرغم حصر المخالفات بتلك المتعلقة بمبادئ الصفقات، إلا أن المشرع لا يزال يحيل القاضي للبحث عن المخالفات المتعلقة بمبادئ الصفقات في الأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على الصفقات أيا كان مصدرها، و لا يحصر قيام الجنحة على مخالفة مبادئ الصفقات الواردة في تنظيم الصفقات العمومية فقط؛ مما يجعل مجال بحث القاضي الجزائي واسعا، و يتسع معه

بالضرورة مجال إلمام المتدخلين في ابرام الصفقات، و مما يزيد في الصعوبة على الموظف المتدخل في إبرام الصفقة، كون مدلول الصفقات حسب نص تجريم المحاباة أوسع من مدلوله المعروف في القانون الإداري (المرسوم الرئاسي 247/15)، فقد يتفاجئ الموظف الذي يبرم عقدا عاديا، بأن عقده يدخل في مجال الصفقات العمومية حسب نص تجريم المحاباة، ثم يتفاجئ بأحكام تنظيمية أو تشريعية لا يلقي لها بالا، و هي تؤدي لقيام مسؤوليته الجزائية، وهنا مكمن الخطورة.

وعليه يمكننا الإشارة لمفهوم الصفقات العمومية بموجب نص جريمة المحاباة (1)، ثم لبعض إشكالات هذه الأحكام المتعلقة بمبادئ الصفقات كمثال في نص تشريعي وآخر تنظيمي (2).

الفرع الأول: مفهوم الصفقات بموجب نص تجريم المحاباة

يعتبر مفهوم الصفقة العمومية الذي جاء في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أوسع من الذي جاء في تنظيم الصفقات العمومية، حيث أشارت المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في الفقرة الأولى منها إلى أن مجال تطبيق الجنحة يشمل كل من العقد، والصفقة، والاتفاق، والملحق، و التي يبرمها الموظف العمومي حسب نص المادة 2 فقرة "ب" من نفس القانون، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد وسع أيضا من مفهوم الموظف العمومي الذي يبرم صيغ العقود المذكورة سابقا، ولم يكتفي بمفهومه حسب ما جاءت به المادة 04 من القانون الاساسي العام للوظيفة العامة[20]، بنصها:(يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الاداري)، حيث أضافت المادة 02 من قانون الوقاية

من الفساد و مكافحته فئات أخرى بنصها: (يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:.....

ب) "الموظف العمومي "

1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أوفي أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، وسواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أوأقدميته.

2- كل شخص أخر يتولى، ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أي مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أي مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أومن في حكمه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول به؛.....)

فتوسع قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في مفهوم الموظف العمومي و ما وافقه من توسع في صيغ العقود المبرمة في نص جريمة المحاباة، يجعلنا أمام صفقات عمومية بمفهوم تنظيم الصفقات العمومية كالصفقة والاتفاق و الملحق (1)، وأخرى أضافها قانون الفساد لا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية و هي العقد (2)، وهنا يكون على المتدخلين في الصفقات العمومية ضرورة الإلمام بالأحكام المنظمة لكل صيغة من الصيغ، وخاصة الأحكام المتعلقة بمبادئ المنافسة في الصفقات، و عليه تظهر الصعوبة التي تواجه الموظف المتدخل في إبرام الصفقات العمومية.

أولا: صفقات عمومية بمفهوم تنظيم الصفقات العمومية

ونقصد بها صيغ التعاقد التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 247/15 و هي كما يلي:

1 / الصفقة: ويقصد بها الصفقات التي يتم إبرامها بموجب تنظيم الصفقات العمومية الوارد في المرسوم الرئاسي 247/15، بحيث يعرفها بنص المادة 02 من المرسوم:(الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم و الخدمات والدراسات).

و ما يلاحظ عن التعريف السابق للصفقة العمومية أنه اعتمد على معايير عدة [21]، هي التي أشار إليها تنظيم الصفقات العمومية بأنها الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، و هذه المعايير هي:

- المعيار الشكلي: والمتمثل في الكتابة، فالصفقة هي عقد مكتوب.

- المعيار الموضوعي: فموضوع الصفقة يتحدد في عمليات معينة (إنجاز الأشغال وانتقاء اللوازم و الخدمات و الدراسات) تتم وفق أحكام نص عليها التنظيم.

- المعيار العضوي: فهناك هيئات معينة و خاضعة لهذا التنظيم و التي تنضوي تحت مصطلح المصلحة المتعاقدة، وقد بينتها المادة 06 و المادة 10 من تنظيم الصفقات العمومية.

– المعيار المالي: حيث بين تنظيم الصفقات العمومية السقف المالي لاعتبار المشروع صفقة عمومية[22].

2 / الاتفاقية: تأخذ الاتفاقية مفهوم العقد ولكن عمليا يطلق المصطلح على العقود التي تبرمها الدولة أو الهيئات و المؤسسات التابعة لها، مع كل شخص آخر طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، من أجل إنجاز أشغال أوخدمات لصالحها، وذلك عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة كما هو في المادة 13 تنظيم الصفقات العمومية[23].

3 / الملحق: هو الوثيقة التعاقدية التابعة للصفقة بين أطراف الصفقة الأصلية، يتم اللجوء إليه في جميع الحالات، إذ كان هدفه زيادة الخدمات أوتقليلها أو تعديل بنود تعاقدية في الصفة الأصلية، كما يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالية، بشرط أن لا يعدل موضوع الصفقة جوهريا، و منه فالملحق عقد تابع للصفقة يتم ابرامه وفقا لشروط نص عليها تنظيم الصفقات العمومية[24].

ثانيا: صفقات عمومية بمفهوم قانون الوقاية من الفساد و مكافحته

لقد جعل نص تجريم المحاباة المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته العقد ضمن مفهوم الصفقة العمومية، و العقد هو المعرف في القانون المدني، بأنه كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص آخر أو عدة أشخاص، بمنح أو فعل أو الامتناع عن فعل شيء ما[25]، ومنه يمكن تفسير العقد في هذا المقام بأنه تلك العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها، وبصفة عامة كل شخص مبين في المادة 2 فقرة "ب" قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مع أشخاص معنوية عامة أو

خاصة، أو مع شخص طبيعي، وذلك سواء باستعمال امتيازات السلطة مثل العقد الإداري أو بدون استعمال امتيازات السلطة مثل العقود التجارية، كما هو الحال عندما تبرم الإدارة مع مصلح عجلات السيارات أو الميكانيكي[26].

الفرع الثاني : إشكالات بعض الأحكام المتعلقة بمبادئ الصفقات

يكون ذكرنا لبعض الإشكالات التي يمكن أن تصعب من مهمة المتدخلين في الصفقة كمثال عن الأحكام التشريعية (قانون المنافسة) و عن الأحكام التنظيمية (تنظيم الصفقات العمومية) تواليا.

أولا:الأحكام التشريعية

يعتبر قانون المنافسة من بين النصوص التشريعية التي أشارت إليها المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته؛ ذلك أن نص المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب الأمر رقم 12/08[27] قد تم فيها إضافة تطبيق أحكام قانون المنافسة – زيادة على النشاط الاقتصادي – على الصفقات العمومية من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، و عليه يمكن للقاضي الجزائي البحث عن إمكانية مخالفة الإحكام الموضوعية لقانون المنافسة و الضامنة لحرية المنافسة، في أحكام حظر الممارسات المقيدة للمنافسة[28].

و يمكن الإشارة إلى أن نص المادة 02 من قانون المنافسة تضمن استثناء في تطبيق أحكامه على الصفقات العمومية، كونها تعتبر تصرفات الشخص العام التي تتم في إطار ممارسة أداء مهام المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة[29]،

وبالتالي يتم استبعاد أحكام قانون المنافسة، و أيضا يتم استبعاد مجلس المنافسة من مراقبة الصفقات العمومية؛ لكونها نشاطا إداريا للشخص العام[30].

فالسؤال الذي يمكن طرحه هو: ما هو أساس بحث القاضي الجزائي عن الأحكام المخالفة لمبادئ الصفقات العمومية لإثبات تحقق الركن المادي للمحاباة في قانون المنافسة، في ظل الاستثناء الوارد بكون إبرام الصفقات العمومية يدخل في إطار صلاحيات السلطة العامة ؟

و الإجابة تكون بأن قانون المنافسة يطبق على ما يصدر من أفعال الشخص العام أو الخاص وممارساته المقيدة لحرية المنافسة في السوق، إذ تطبق في هذه الحالة أحكام قانون المنافسة و يؤول الاختصاص في ذلك إلى مجلس المنافسة، بشرط أن لا يمارس الشخص نشاطا يدخل في إطار أداء المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة، وإنما يدخل في النشاط الاقتصادي، وبهذا يمكن القول أن قواعد قانون المنافسة الموضوعية منها والإجرائية، هي محل التقييد من حيث تطبيقها على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بمدى ممارسة الشخص العام للسلطة العامة.

وعلى العكس من ذلك، هذا التقييد لا يكون له محل في القانون الجنائي، فالقاضي الجزائي يستند في بحثه إلى نص تجريم المحاباة، الذي يتميز عن باقي نصوص الجرائم في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته بعدم كفايته لتحديد أركان جريمة المحاباة، فيحيل إلى نصوص تشريعية أو تنظيمية أخرى، إذ تعتبر هذه النصوص المحال عليها جزءا من النص العقابي[31]، وبحسب نص المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته التي تحيل للنص التشريعي في البحث عن الأحكام المخالفة لحرية المنافسة، تكون كل الأحكام الموضوعية لقانون المنافسة و الضامنة لحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية محلا

للبحث[32]، وبالتالي يتعين على الموظف المتدخل في ابرام الصفقة العمومية بمفهوم نص جريمة المحاباة، مراقبة هذه المبادئ عند ابرامه للصفقة، و ذلك لتفادي خطر الوقوع في جنحة المحاباة.

ثانيا: الأحكام التنظيمية

يقصد بالأحكام التنظيمية، النصوص الصادرة عن السلطة التنفيذية المختصة والتي تتخذ وفق النظام القانوني الجزائري شكل المرسوم الرئاسي أوالمرسوم التنفيذي أو القرار الوزاري، وتتميز هذه النصوص القانونية بنشرها في الجريدة الرسمية.

وتعد المراسيم الرئاسية التي تنظم إبرام الصفقات العمومية أو التي تعدلها وتتممها من أبرز النصوص التنظيمية المتعلقة بمجال الصفقات العمومية؛ إذ يعد المرسوم الرئاسي 247/15 آخرها، و كذا المراسيم التنفيذية التابعة له لتفسير وتتميم أحكامه بما يكفل وضوحه ويسره على الموظف العمومي عند تطبيقها، كما نشير أن تنظيم الصفقات العمومية أخضع تطبيق أحكامه على هيئات عمومية محددة و مذكورة في المرسوم[33]، إلا أن بعض الهيئات العمومية لا تخضع استثناء لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، ولكن تنظيم الصفقات العمومية اشترط من أجل ضمان المبادئ الأساسية للصفقات العمومية أن تقوم هذه الهيئات بتكييف إجراءاتها الخاصة مع أحكام تنظيم الصفقات العمومية، و العمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية المختصة، بل و ألزم المنظم أيضا كل هيئة مهما كان وضعها القانوني و متى كانت تستعمل المال العام بأي شكل كان بأن تعد اجراءات ابرام صفقاتها على أساس مبادئ الصفقات العمومية المعروفة[34]، فنشير تواليا إلى صعوبة إدراك تنظيم الصفقات العمومية (1) ثم لطبيعة الأحكام الداخلية لبعض الهيئات (2).

1 /صعوبة في إدراك تنظيم الصفقات العمومية: يعتبر تنظيم الصفقات العمومية من القوانين التقنية التي تجعل الخائض فيه يدرك مدى صعوبته، وخاصة على غير المختصين في القانون الإداري، لأن مسار إبرام الصفقات العمومية طبقا لهذا التنظيم يمر بعدة مراحل (مرحلة التحضير، مرحلة الإبرام، مرحلة التنفيذ)، و تحتوي كل مرحلة من هذه المراحل على أحكام خاصة بها، فمنها ما يعتبر شكليا، و منها ما هو متعلق بحماية مبادئ المنافسة. فيتطلب من المتدخلين في إبرام الصفقات العمومية الدراية الحقيقية بكل هذه الاحكام، و عليهم أيضا الحذر و عدم الاستهانة بأي اجراء من اجراءات الابرام، لأن السلوك المجرم المنصوص عليه في جريمة المحاباة قد يحدث في أي مرحلة.

2/ مدى اعتبار التنظيم الداخلي لبعض الهيئات كأحكام تنظيمية: لقد أشار المنظم إلى أن بعض الهيئات العمومية و بعض الهيئات الأخرى التي تستعمل المال العام لا تخضع استثناء لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، ولكن اشترط من أجل ضمان المبادئ الأساسية للصفقات العمومية أن تقوم هذه الهيئات بتكييف إجراءاتها الخاصة مع أحكام تنظيم الصفقات العمومية أو مع مبادئ الصفقات، و العمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية المختصة[35].

إن هذا الاشتراط السابق يثير التساؤل حول القيمة القانونية للنصوص التي تصدرها هذه الهيئات بخصوص تكييف أحكامها مع أحكام هذا التنظيم، هل ترقى نصوص إجراءات إبرام الصفقات التي تعدها المؤسسات السابقة الذكر إلى مستوى الأحكام التنظيمية، و التي تمثل مخالفتها الركن المادي لجريمة المحاباة المنصوص عليها في المادة 26 فقرة أولى قانون الوقاية من الفساد و مكافحته ؟

و الجواب أنه لا تعتبر النصوص القانونية الداخلية التي تصدرها المؤسسات المستثناة من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية من النصوص التنظيمية بمفهوم القانون الإداري، و لا بمفهوم القانون الجنائي.

و بالتالي لا يمكن أن يكيف الإخلال بالنصوص القانونية الداخلية لهذه الهيئات مخالفة للنصوص التنظيمية التي تقوم عليها جريمة المحاباة[36]، فلا تقوم بذلك المسؤولية الجزائية عن جنحة المحاباة.

ولكن من جهة أخرى يعتبر فعلاً مخالفا للأحكام التنظيمية، الذي يستوجب قيام المسؤولية الجزائية على الموظف المتدخل في إبرام الصفقة، عندما تقوم هذه الهيئات بإبرام صفقاتها دون العمل مباشرة بقانون الصفقات متى أمكن ذلك، أو من دون اللجوء لإصدار تنظيم داخلي مكيف مع تنظيم الصفقات العمومية أو على اساس مبادئ الصفقات، لأن المنظم أكد على ضرورة قيام هذه الهيئات بإعداد اجراءات ابرام صفقاتها مكيفة مع تنظيم الصفقات أو على أساس مبادئ الصفقات، و ما كان هذا التأكيد إلا حرصا منه على ترسيخ مبدأ المنافسة في الصفقات، و الذي يعتبر مخالفته عنصرا من عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة[37].

المبحث الثاني: الخطورة في تحديد الامتياز غير مبرر للغير

يعتبر منح الامتياز غير المبرر جوهر المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، بحيث قام المشرع باختيار العبارة كتسمية للجنحة[38]، و حسب نص هذه المادة، يدرس منح الامتياز غير المبرر للغير كعنصر من عناصر الركن المادي لجنحة المحاباة، حيث يعتبر داخلا في تشكيل الفعل

الاجرامي، إذ يترتب عن السلوك المجرم (مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية).

وتقوم الخطورة في تحديد منح الامتياز غير المبرر بسبب نوع من السهولة في الإثبات التي تحيط بهذا العنصر، فتكون الأولى متعلقة بمدلول الامتياز غير المبرر(1) و الثانية بالطبيعة القانونية للامتياز غير المبرر(2).

المطلب الأول: سهولة في ضبط مدلول الامتياز غير المبرر

إن مصطلح الامتياز يقوم على فكرة التفضيل و الفرز عن الغير(1)، ويكون هذا التفضيل غير مبررا إذا لم يرتكز على سبب موضوعي أو مصلحة شرعية (2)، بحيث يستفيد منه الغير (3)، ولتوضيح مدلول الامتياز غير المبرر نتطرق للبنود التالية:

الفرع الأول: مضمون الامتياز غير المبرر

إن تحديد مدلول الامتياز غير المبرر الوارد في نص تجريم المحاباة متعلق بالوقائع، فقد تكون هذه الامتيازات ربحا ماديا يمكن تقويمه بالنقود، وقد يكون منفعة أخرى ذات طبيعة غير نقدية كمعلومات تمنح لمترشح ما دون الآخرين، ويلاحظ البعض أن الصورة الغالبة للامتياز غير المبرر تكمن في منح معلومات امتيازية لأحد المترشحين[39]، كأن تكون المعلومات حول محتوى وقيمة علمية مستقبلية.

وفي هذا السياق تساءل بعض الفقه عما إذا كان مجرد الحصول أو الفوز بالصفقة يشكل في حد ذاته الامتياز غير المبرر؛ باعتبار أن هذه الصفقة توفر للفائز بها ربحا ماديا.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن أن يشكل الفوز بالصفقة عنصر الامتياز غير المبرر[40]، حيث تظهر في فكرة مجرد الفوز بالصفقة سهولة في اثبات الامتياز غير المبرر، وبالتالي هذه السهولة في تحديد مدلول الامتياز الغير مبرر يضع الاشخاص المتدخلين في الصفقة في خطر جزائي حقيقي.

ومعنى عبارة (غير مبرر) يفرض وجود معيار مرجعي يتم على أساسه القول أن الامتياز مبرر أو غير مبرر.

الفرع الثاني: المعيار المرجعي لقيام الامتياز غير المبرر

من نص تجريم المحاباة في المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته يلاحظ أنه إلى جانب عنصر منح الامتياز غير المبرر، هناك عنصر آخر يشكل الركن المادي للمحاباة، وهو مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية (حرية الترشح، المساواة، الشفافية)، حيث تهدف هذه المبادئ لضمان حرية المنافسة والحفاظ على السير التنافسي لإبرام الصفقة العمومية، من خلال منع المصلحة المتعاقدة عن منح مزية لأحد المترشحين المتنافسين، ومن ثم يمكن اعتبار المزية غير المستحقة بأنها تلك المزية التي لا يمكن أن توجد لو تم احترام قواعد المنافسة؛ و بالتالي يمكن اعتبار مخالفة القواعد التي تضمن حرية الوصول و المساواة بين المترشحين هو المعيار المتبع للقول بأن الامتياز غير مبرر[41].

وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقه بالاستناد إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي[42]، بأن مخالفة أحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالتعامل في مجال الصفقات العمومية هو المعيار المحدد لعدم تبرير الامتياز الممنوح[43]، وبهذا نكون أمام سهولة في إثبات عدم التبرير، و خاصة إذا علمنا بتشعب مبادئ الصفقات

العمومية وتوزعها خلال جميع مراحل إبرام الصفقة، حيث يقابل هذه السهولة في إثبات عدم التبرير للامتياز، صعوبات كبيرة يتخبط فيها المتدخلين في الصفقة، بسبب عدم إمكانية حصر مبادئ الصفقات كما ذكرنا سابقا، فكل هذا يضع المتدخلين في الصفقة في خطر جزائي محدق.

الفرع الثالث: استفادة الغير من الامتياز

لقد أوضح نص تجريم المحاباة المادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته على أن الامتياز غير المبرر يمنح للغير وليس الموظف العمومي هو من يجني مباشرة ثمار الجرم، و هذا الغير يمكن أن يكون الفائز بالصفقة أو غيره؛ كأن يكون حزب سياسي يتلقى مبلغا من المال من الشخص الفائز بالصفقة[44]، وهذا ما يميز جريمة المحاباة عن باقي جرائم الفساد التي يمكن تطبيقها في مجال الصفقات العمومية (الرشوة، أخذ فوائد بصفة غير قانونية، الغدر) [45]، ولعل ربط جريمة المحاباة باستفادة الغير يرجع لأصل نشوئها، و الذي كان من بين أسبابه عدم كفاية الجرائم في مجال الصفقات العمومية من مكافحة الفساد المسجل في هذا المجال؛ حيث كان من الصعب في الكثير من الأحيان إثبات استفادة الموظف من المزايا بموجب هذه الجرائم، وذلك رغم وجود الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية[46]، وهكذا جاءت السهولة في إثبات الامتيازات غير المبرر لجريمة المحاباة، من خلال إضافة البحث عنها للغير و ليس للفاعل، وفي هذه الحالة يمكن الإشارة إلى الخطورة الجزائية التي تواجه المتدخلين في الصفقة عندما لا يكون بحث القاضي الجزائي عن فائدة يتلقونها، و بالتالي يمكن للأخطاء الإدارية غير المقصودة من طرف المتدخلين في الصفقة أن تكون موضوع مساءلة جزائية لجريمة المحاباة؛ بسبب تساوى مجرد الخطأ، مع سلوك سيئ

النية عند تسجيل الإخلال، من حيث عدم استفادة هؤلاء المتدخلين في الصفقة من مزايا.

المطلب الثاني: سهولة اثبات الامتياز غير المبرر بالنظر لطبيعته القانونية

بما أن الامتياز غير المبرر يتم دراسته في إطار الركن المادي لجريمة المحاباة، حيث يتكون الأخير من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما، وأنه من الواضح اعتبار الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية إثر مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية السلوك المجرم في تشكيل الركن المادي لجنحة المحاباة، فما الطبيعة القانونية للامتياز غير المبرر؟

نتطرق في هذا الفرع لاعتبار الامتياز غير المبرر كنتيجة مشكلة للركن المادي للجنحة (1)، ثم الموقف تجاه العلاقة السببية بين السلوك و النتيجة (2).

الفرع الأول: اعتبار الامتياز غير المبرر كنتيجة ضمن الركن المادي للمحاباة

يعتبر الامتياز غير المبرر في التكوين القانوني للركن المادي لجريمة المحاباة النتيجة المجرمة؛ فهي الحدث الناشئ عن السلوك بحيث تربطه به رابطة سببية، إذ أن المعروف عن المشرع أنه قد يستخدم أفعالا متعدية للدلالة على قيام السببية بالاقتضاء[47]، ومنها عبارة "منح" المتداولة في جريمة المحاباة، ومعناها ارتكاب فعل أدى لمنح امتياز غير مبرر، فإذا كان المنح دالا على السببية، فإن الامتياز غير المبرر يكون دالا على النتيجة، وباعتبار المنح غير المبرر نتيجة إجرامية أدرجها المشرع في النموذج التشريعي للجريمة، نكون أمام المفهوم المادي للنتيجة التي تتطلب الإثبات لقيام الركن المادي للمحاباة[48].

وفي هذا الصدد يجدر التساؤل عن طبيعة العلاقة بين مخالفة النصوص التشريعية و التنظيمية المشار إليها و الامتياز غير المبرر، فهل هي علاقة تلازم؛ أي كلما خولفت هذه النصوص إلا ووجد منح امتياز غير مبرر ؟ أم أنه يمكن أن نكون أمام امتياز غير مبرر في الصفقات العمومية من دون مخالفة النصوص سالفة الذكر؟

الفرع الثاني:العلاقة بين الامتياز غير المبرر و الإخلال بمبادئ الصفقات

يعتبر القضاء الفرنسي بأن مخالفة الأحكام المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية يرتب عنها منح الامتياز غير المبرر، وعليه فبمجرد قيام المصلحة المتعاقدة بمخالفة الأحكام سابقة الذكر نكون بالضرورة أمام امتياز غير مبرر، وهما عنصران تقوم بموجبهما الركن المادي لجنحة المحاباة[49].

فعندما تخالف النصوص التي تنظم الصفقات العمومية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية، يترتب الامتياز غير المبرر دون حاجة لاعتبارات أخرى، فلا يمكن الأخذ بعين الاعتبار الدوافع لتبرير الامتياز بالرغبة في الاقتصاد والتوفير في النفقات العمومية، الذي لا يصلح ليكون مبرر لمنح امتياز لأحد المترشحين، وبالتالي فحسن النية لا يعتد به لنفي عدم تبرير الامتياز، كالرغبة في المحافظة على مصالح الجماعة المحلية (القضاء على البطالة في البلدية على سبيل المثال) من خلال اختيار مؤسسة محلية[50].

ويبدو أن جانبا من الفقه في الجزائر يذهب أيضا إلى القول بأن الامتياز غير المبرر يتحقق بشكل عام عندما يستفيد أحد المترشحين من الصفقة دون المرور بإجراءات الوضع في المنافسة، أو بالمخالفة للتشريع و التنظيم؛ أي ما يخالف

مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المترشحين، وشفافية الاجراءات[51].

فالعلاقة بين الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية و منح الامتياز غير المبرر باعتبارهما سلوك ونتيجة، و التي يسميها الفقه "علاقة السببية " (Lien de causalite) المأخوذ بها في فرنسا والجزائر هي نظرية تعادل الأسباب[52]، والتي تقوم على اعتبار فعل الجاني سببا للنتيجة لمجرد كونه أحد عواملها؛ أي ما كانت النتيجة لتقع لولا هذا الفعل، فالمعيار في تطبيق النظرية هو لزوم الفعل الجرمي لتحقق النتيجة، و يترتب على تخلف الفعل تخلف النتيجة، فالفعل لازم لإحداث النتيجة[53].

و ما يعاب على الأخذ بنظرية تعادل الأسباب كرابطة سببية بين السلوك و النتيجة، هو دورها في توسيع نطاق المسؤولية الجنائية[54]، وهذا ما يؤكد السهولة في اثبات الامتياز غير المبرر كنتيجة للسلوك المجرم، و الذي يجعل عمل المتدخلين في الصفقة يكون في نطاق الخطر الجزائي.

خاتمة:

إنه من خلال تحليلينا لعنصري الركن المادي لجريمة المحاباة، لمسنا الخطورة التي تتربص بالموظف المتدخل في ابرام الصفقة العمومية؛ نظرا للصعوبات التي تواجه هؤلاء المتدخلين في التعامل مع هذه الصفقات، و ما يقابل ذلك من سهولة في إثبات الركن المادي لجريمة المحاباة، بحيث يتساوى من حيث تحقق الركن المادي للمحاباة كل من الموظف المخطئ بحسن نيته عند إبرام الصفقة في تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بمبادئ الصفقات، مع الموظف سيئ النية، مما يجعل من عملية إبرام الصفقات العمومية منطقة خطر جزائي بامتياز بالنسبة للموظفين

العموميين، وهذا ما ينتج عنه قتل روح المبادرة لدى الموظفين المتدخلين في الصفقات، و تفشي روح التهاون في إبرام الصفقات الضرورية لتحقيق الحاجات العامة.

ولتجنيب الموظف العمومي الخطر الجزائي القائم، و دفعه نحو المبادرة دون خوف يمكننا اقترح إضافة "معيار موضوعي" في نص تجريم المحاباة لتحقق الركن المادي للجريمة، كالإشارة إلى ضرورة كون الإخلال بمبادئ الصفقات جسيما لتحقق الركن المادي، وهذا ما يخفف من خطورة الجريمة تجاه الموظف الذي يقع في خطأ.

كما يمكننا اقتراح حل لمواجهة خطر الوقوع في جنحة المحاباة الناجم عن تعدد النصوص القانونية وأحكامها المحال عليها، وذلك عن طريق زيادة الوعي القانوني لدى الموظفين العموميين المتدخلين في مجال الصفقات العمومية عن الأخطار المحدقة بهم في إطار إبرامهم لهذه الصفقات، من خلال إقامة تربصات للمتدخلين في مجال الصفقات العمومية، لتمكينهم من التحكم في عملية الإبرام ، وكذا تكثيف الدراسات القانونية في هذا المجال والتنوير عن الصور الممكنة لهذه الجنحة في هذا المجال، و لا يتأتى ذلك إلا عن طريق نشر الأحكام و القرارات القضائية المتعلقة بجنحة المحاباة، و التي كثيرا ما نسمع عن وجودها وبكثرة عبر وسائل الإعلام، فهذا النشر يلعب دورا هاما في تسهيل الدراسات والممارسات القانونية حول هذه الجريمة وصورها و الذي يخدم كل من الدارسين والممارسين من رجال القانون.

الهوامش:

1 – قانون رقم 06–01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006المعدل والمتمم يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.، عدد 14 الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006.

2 – قانون رقم 11–15 المؤرخ في 02 رمضان 1432 الموافق 02 أوت 2011 المعدل والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.، عدد 44 الصادرة بتاريخ 10 أوت 2011.

3 – صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011–2012، ص 70؛

C. PREBISSY-SCHNALL،La pénalisation du droit des marchés publics، thèse de doctorat، 2001، Paris، L.G.D.J.، tome 223، 2002، p. 83.

زوزو زوليخة،جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2011 – 2012، ص 196.

4– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية: الابرام، التنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص .153

5 – خرشي النوي، تسيير المشاريع: في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 175.

6 – المرجع نفسه ، ص 165–170.

7 – صالح زمال، مرجع سابق، ص 70–71؛ تراجع المادة 39، المرسوم الرئاسي 15–247 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج، ر ، العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر2015.

8 – يراجع المادة 49 و51 المرسوم الرئاسي 15–247.

9 – صالح زمال، مرجع سابق، ص 72.

10- L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 5e éd., Paris،L.G.D.J., 2006, p. 36.

11– يراجع: المادة 61 المرسوم الرئاسي 15–247.

12 – زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص 197؛ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط 2،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2006، ص 122.

13 – عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص 158.

14 – خرشي النوي، مرجع سابق، ص 491؛ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2،ط 12، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 141؛ علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 192؛ صالح زمال، مرجع سابق، ص 72؛

C. PREBISSY-SCHNALL, op. cit., p. 83.

15 – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ط 12، 2012، ص 141.

16 – المرجع نفسه، ص 141؛

–BOULIFA (B.), Marchès publics: manuel mèthodologique, volume 1، Algérie, Berti éditions, 2013، p 26.

17 – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ط 12، 2012، ص 142.

-BOULIFA (B.), op. cit., p 26.

18 – عبد العزيز عبد المنعم خلية، مرجع سابق، ص 152؛ زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص 64.

19- C. LAJOYE, Droit des marchés publics, 3e éd., France, Gallino éditions, 2008, p. 77;X. BEZANÇON et autres،Le guide de la commande publics،Le moniteur éditions،Paris،2007،p. 54.

20– الأمر 06–03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.، عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006، ص 3.

21– علة كريمة ، المرجع السابق، ص 222.

22– وهي: 6 ملايين دينار جزائري بالنسبة للخدمات و الدراسات، و 12 مليون دينار جزائري لإنجاز الأشغال و اللوازم؛ يراجع المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15–247.

23 – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ط 12، 2012، ص 128.

24 – يراجع: المادة 136 و ما بعدها من المرسوم الرئاسي 15–247.

25 – نصت المادة 54 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني،ج.ر.، عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص 990، عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ،ج.ر.عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2005، ص 17.

26 – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ط 12، 2012، ص 125؛ حاول الأستاذ تبرير موقفه بدعوى أن: (ما يحمل على هذا التفسير للعقد هو ترك المشرع مصطلح العقد فضفاض وربطه بقيام الموظف العمومي بإبرام هذا العقد، فالموظف هو المبين في المادة 2 فقرة "ب" والعقد هو المبين في المادة 54 قانون المدني، المذكور سابقا).

27 – الأمر03 –03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 يوليو 2003، ، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003، ص25، المعدلة بالقانون 08–12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد36 مؤرخة في 2 يوليو 2008، ص 11؛ حيث نصت المادة 2:" بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة

غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية."

28– المواد من :6 إلى 14 الأمر 03–03 قانون المنافسة المعدل والمتمم.

29 – محمد شريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، عدد 2، 2010، ص 85.

30– المرجع نفسه، ص 89.

31 – علة كريمة، مرجع سابق، ص .171

32 - C. PREBISSY-SCHNALL, op. cit., p. 39.

33 – المادة 06 المرسوم الرئاسي 15 – 247.

34– يراجع: المواد: 08، 09، 11 من المرسوم الرئاسي 15–247.

35– يراجع: المواد: 08، 09، 11 من المرسوم الرئاسي 15–247.

36 – حسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط 13،دار هومه، الجزائر، 2013، ص 145-155؛

- SEBAN (D.) et GUTTADAURO (I.)"،Délit de favoritisme: nul n'est censé ignorer le CMP ?"،La Gazette des communes، 7 novembre 2005، n° 42, p. 57, (selon une partie de doctrine، la violation par l'achteur public des règles q'il se serait fixées ne saurait en elle-même êtreconstitive de favoritisme، l'article 432-14 du code pénal ne visant que la violation de dispositions législatives ou réglementaires.)

37 – أكد تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة قيام هذه الهيئات بإعداد اجراءات ابرام صفقاتها مكيفة مع تنظيم الصفقات أو على أساس مبادئ الصفقات، و ذلك باستعماله لمصطلح (يتعين) أو (ملزَمة)، تراجع المواد: 08، 09، 11 من المرسوم الرئاسي 15-247.

38 – علة كريمة، مرجع سابق، ص228.

39 – المرجع نفسه ، ص 229؛

40 - Crim. 12 novembre1998,J-D n° 97-85333; Crim. 11 décembre 2002 , J-D n° 2002-018102

نقلا عن:D. SEBAN, I. GUTTADAURO, op. cit.,p. 59

41- علة كريمة، مرجع سابق، ص 229-230.

42 - Crim. 11 novembre 2002, J-D n° 2002-018102,

نقلا عن:D. SEBAN, I. GUTTADAURO, op. cit., p. 59

43 - C. PREBISSY- SCHNALL،op.cit.; p. 62; Th. Dal-Farra, Le risquepénaldans les marches publics de travaux", Revue de droitimmobilie, 15 décembre 1998, n° 4، p.p. 467 à 488.

44 – علة كريمة، مرجع سابق، ص .232

45 – يراجع: المواد 126، 127 المتعلقة بجريمة الرشوة، المادة 128 المتعلقة بجريمة استغلال النفوذ، المادة 121 المتعلقة بجريمة الغدر، من أمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.، عدد 49 الصادرة بتاريخ 11 يونيو 1966، تم إلغاء هذه المواد بموجب القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.، عدد 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2006، ص 4.

46 - C. PREBISSY- SCHNALL,op. cit., p7.

47 – عوض محمد، قانون العقوبات: القسم العام، مصر، دار الفكر العربي، 1985،ص66.

48 – مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات: القسم العام، دار الفكر العربي، مصر، 1982-1983، ص 66.

49 - Crim. 14 janvier2004 :Bull.crim.، n°11 ; Dr. Pénal 2004

نقلا عن:

M. Véron, Droit pénal des affaires, 6eèd., Armand colin, France, 2005, p. 72.

50 - C. PREBISSY-SCHNALL, op. cit., p. 62 ,marges 261-262.

51 – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ط13، ص142؛ علة كريمة، مرجع سابق، ص 231-232؛ تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017- 2018، ص 197-198.

52 - C. PREBISSY-SCHNALL, op. cit., p. 78.

53 – محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات: القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1996، ص125؛ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 150؛ عبد اله أوهايبية، مرجع سابق، ص 234-235.

54 – يراجع: عبد اله أوهايبية، مرجع سابق، ص 235 ؛مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 153.

المصادر المراجع

الكتب:

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2،ط 12، دار هومه، الجزائر، 2012.

2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2،ط 13، دار هومه، الجزائر، 2013.

3- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط 2،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

4- خرشي النوي، تسيير المشاريع: في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية،الجزائر، 2011.

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية: الابرام، التنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004.

6- C. PREBISSY-SCHNALL،La pénalisation du droit des marchés publics، thèse de doctorat، 2001، Paris، L.G.D.J.، tome 223، 2002، p. 83.

7- BOULIFA (B.), Marchès publics: manuel mèthodologique, volume 1، Algérie, Berti éditions, 2013.

8- C. LAJOYE, Droit des marchés publics, 3e éd., France, Gallino éditions, 2008.

9- X. BEZANÇON et autres،Le guide de la commande publics،Le moniteur éditions،Paris،2007.

10- M. Véron, Droit pénal des affaires, 6eèd., Armand colin, France, 2005.

المقالات:

1- Th. Dal-Farra, Le risquepénaldans les marches publics de travaux", Revue de droitimmobilie, 15 décembre 1998, n° 4

2- SEBAN (D.) et GUTTADAURO (I.)"،Délit de favoritisme: nul n'est censé ignorer le CMP ?"،La Gazette des communes، 7 novembre 2005، n° 42.

3- محمد شريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، عدد 2، 2010 .

المذكرات:

1- علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013.

2- تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017- 2018،

3- صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.

4- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2011 – 2012.

النصوص القانونين:

1- قانون رقم 06–01 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006المعدل والمتمم يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.، عدد 14 الصادرة بتاريخ 8 مارس2006.

2- القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة، مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد36 مؤرخة في 2 يوليو 2008، ص 11.

3 – قانون رقم 11–15 المؤرخ في 02 رمضان 1432 الموافق 02 أوت 2011 المعدل والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.، عدد 44 الصادرة بتاريخ 10 أوت .2011

4- الأمر03 -03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 يوليو 2003، ، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003، ص.25

5- الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.، عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006، ص 3.

6- المرسوم الرئاسي 15-247 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج، ر ، العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر2015.