جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة بين القانونين الجزائري و الفرنسي)

الدكتور: عبد الكريم موكه
أستاذ محاضر (أ)

الأستاذ: جلال عزيزي
أستاذ مساعد (أ)

قسم الحقوق،جامعة جيجل، الجزائر

تاريخ إرسال المقال: 15-03- 2018
تاريخ قبول المقال: 29-06-2018

ملخص: يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات والهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات العمومية من المتعاملين المتعاقدين، وهو ما تم إقراره في المادة 26 الفقرة الثانية من قانون 01/06 المتعلق بمكافحة الفساد، والمادة 432 الفقرة 14 من قانون العقوبات الفرنسي، لكن طريقة تطبيق مضمون النصوص القانونية مختلفة تماما.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، الفساد، إستغلال النفوذ.

Résumé : Est considérer un délit de favoritisme, le faite de Procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d’accès et l’égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics, Ce qui a été adopté à l'article 26, paragraphe 2 de la loi 06/01 sur la lutte contre la corruption, et à l'article 432, paragraphe 14 du Code pénal Français, mais la manière de traiter le contenu des textes est assez différente.

Mots Clés : marchés publics, corruption, délit de favoritisme.

مقدمة:

تحتل الأموال العامة مكانة هامة في اقتصاد وسياسة أي دولة، لاسيما وأنها أساس المعاملات الاقتصادية، وبما أن هذه الأموال تكون دائما عرضة للاعتداء من طرف الأفراد قامت الدول بحمايتها بعدة وسائل، إذ كرست لها حماية مدنية بموجب قواعد قانونية تقضي بعدم قابليتها للتصرف والتقادم والحجز، إضافة إلى أنها وضعت تسييرها وإدارتها تحت تصرف أشخاص مؤتمنين على هذه الأموال يسمون بالموظفين العموميين تستخدمهم الدولة أو الهيئات العامة بصفة دائمة أو مؤقتة للقيام بعمل تشريعي، إداري، أو قضائي.

غير أنه وبالنظر إلى طبيعة الإنسان التي تسعى إلى الزيادة في كسب المال مهما كان مصدره امتد التفكير القائم بتسيير وإدارة المال العام إلى ظهور تصرفات خاصة تلك المتعلقة بخيانة هذه الأمانة، فأصبح بذلك المال العام يتعرض على يد الموظف العمومي إلى عدة ممارسات مخالفة للأساس الذي وجد من أجله المال العام، دفعت بالمشرعين في مختلف الدول إلى تجريمها و المعاقبة عليها بصرامة، في إطار حماية جزائية عقابية لهذا المال، وذلك لأن دور الدولة في حماية الأموال والمصالح العامة المعهودة لأشخاص يعملون في الهيئات ذات النفع العام وتوظيف هذه الأموال والمصالح بما يخدم المجتمع هو السمة المميزة لها أيا كان اتجاهها السياسي والاقتصادي، على أساس أن سلوك الجاني هنا وهو من الموظفين ومن في حكمهم الذين يستلمون بحكم وظائفهم سلطة على المال العام، يعبر عن خطورة إجرامية في استغلال مركزه لارتكاب الاعتداء على المال العام.

لعل من بين السلوكات الإجرامية التي تفاقمت مؤخرًا، تلك المتعلقة باستغلال أشخاص للمركز الذي يحوزه بعض الموظفون العموميون من خلال عقود تجمعهم مع الهيئات العامة من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، خاصة في الجزائر بالنظر إلى المشاريع التي تسعى الدولة الجزائرية إلى تحقيقها من خلال صفقات عمومية أبرمتها وتبرمها سواء مع متعاملين خواص وطنيين أو متعاملين أجانب[1]، وحتى تتصدى السلطات الجزائرية لهذا الوضع قامت بوضع ترسانة قانونية بدءً بالتصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ووضع تشريع خاص لمواجهة كل الممارسات التي تمس بالمال العام، بالإضافة إلى تعديل أحكام قانون العقوبات حتى تتناسب وقانون مكافحة الفساد، على غرار المشرع الفرنسي الذي تصدى لهذه الجريمة كذلك من خلال أحكام قانون العقوبات وقانون الصفقات العمومية[2]، وعلى هذا الأساس فإننا سوف يتم التركيز في هذه الورقة البحثية حول مدى توفيق المشرع الجزائري في التصدي للسلوك الإجرامي الخاص باستغلال الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مقارنة بنظيره الفرنسي؟.

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية حسب نص المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات والهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات العمومية من المتعاملين المتعاقدين[3].

كما أنه يتوقف البحث عن ملابسات هذه الجريمة على إثبات العلاقة الموجودة بين الجاني وعون الدولة الذي استغل الجاني سلطته وتأثيره من أجل إبرام العقد أو الصفقة، لأن مسألة إثبات عنصر الركن المادي المتمثل في الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون والمتعلق بالزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية الخدمات أو المواد يمكن أن يتم عن طريق الخبرة أو حتى التأثير على التنافس الشريف للتقدم للصفقة خاصة بالنسبة للأطراف التي ليس لها نفوذ[4]. لذلك يتوجب على القاضي سواء في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة الإطلاع على ملف القضية ودراسته بدقة ومراقبة تصريحات المتهم والشهود وكل من له علاقة بالصفقة مهما تكن صفته أو تأثيره لمحاولة استخلاص أركان الجريمة وبالتالي الحكم بإدانة الجاني بصفة شخصية[5].

أولا: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة

تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على ثلاثة أركان أساسية تتمثل في صفة الجاني، الركن المادي للجريمة والركن المعنوي.

أ/ صفة الجاني: تقتضي المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد[6]، أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجرًا أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص، ويطلق على هؤلاء تسمية الأعوان الاقتصاديون كما يطلق عليهم اصطلاح المتعامل المتعاقد في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[7].

ويتضح من خلال المادة أن المشرع الجزائري حصر في بداية الأمر صفة الجاني في التاجر أو الصناعي أو المقاول أو الحرفي، ثم عمّمها على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإبرام صفقة أو عقد مع إحدى الهيئات المذكورة في المادة 26/فـ2 من قانون الفساد، نفس التوجه نجده لدي المشرع الفرنسي الذي عدد الأشخاص في المادة 432 من قانون العقوبات[8]، والمقصود بالشخص المتعاقد، كل شخص يبرم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية، ويحوز على صفة تاجر أو حرفي، سواء بتملكه سجل تجارى أو بطاقة الحرفي، وعادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة أو يكون متعامل ثانوي في صفقة عمومية، أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال والذين يجوزون على سجل تجاري ولهم إمكانيات ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإبرام صفقات أو عقود مع المؤسسات والهيئات العمومية، وتجدر الإشارة إلى أن صفة الجاني الذي يمكن مساءلته في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، تقتضي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص دون الأشخاص المعنوية من القطاع العام.

ب/ الركن المادي: يكون ذلك خاصة عندما يقوم العون العمومي بمخالفة إحدى الإجراءات أو المراحل التي تستوجبها طرق إبرام الصفقات العمومية والتي تضمن الشفافية والمنافسة الشريفة والمساواة بين المتقدمين للصفقة العمومية، من خلال هذا التصرف الذي يعبر عن سلطة ونفوذ العون العمومي يقوم الجاني بإبرام عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من امتيازات غير مبررة يكون لها تأثير سلبي على المتقدمين الآخرين للصفقة[9]، وعليه فالركن المادي يقوم على عنصرين هما: السلوك الإجرامي والغرض منه الذي يتمثل في الامتيازات غير المبررة والمخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية للصفقات العمومية[10].

1/- السلوك الإجرامي

من خلال أحكام المادة 26 من قانون الفساد يظهر أن السلوك الإجرامي يتمثل في النفوذ الذي يحوز عليه العون العمومي التابع للمصلحة المتعاقدة مهما اختلفت درجته الإدارية، ويقصد به عون أو موظف الدولة من خلال هذه المادة كل من يشتغل في هذه المؤسسات وتكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات أو يساهم في الإعداد لها وتحضيرها، وغالبًا ما يكون هؤلاء الأعوان هم من لهم صلة مباشرة بالصفقة أو العقد ولهم سلطة أو تأثير في إبرامها، كونهم يتوفرون على جميع المعطيات الخاصة بالصفقة خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها أو أكثر من ذلك من خلال إعطاء معلومات سرية حول الصفقة المراد إبرامها من طرف المصلحة المتعاقدة خاصة ما يتعلق بقيمتها المالية ومسألة تقدير هذا السلوك الجزائي يقع على القاضي الفاصل في الموضوع[11].

2/- الامتيازات غير المبررة كنتيجة لاستغلال نفوذ الأعوان العموميون

يظهر جليًا كذلك من خلال السلوك الإجرامي أن العون العمومي لا يهدف من خلال ممارسته لنفوذه الحصول على مصلحة شخصية له[12]، وإنما تقديم معلومات لأحد الأشخاص المتقدمين بالعروض للفوز بالصفقة العمومية، وفي هذه الحالة فالصورة الرئيسية للامتياز غير المبرر يكون في المعلومة في حد ذاتها[13]، كما تشترط المادة 26/ف02 من قانون الفساد لكي يتحقق الركن المادي للجريمة يجب أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين[14]، بالتالي ففي نظر المشرع الجزائري أن الامتيازات غير المبررة تكون بعد تنفيذ الصفقة[15]، غير أنه الامتياز غير المبرر الأساسي يكون قبل إبرام الصفقة وهي تتمثل في المعلومات السابقة لإبرام الصفقة التي تكون في حوزة أحد الأشخاص المتقدمين بالعروض وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الفرنسي.

ج/ الركن المعنوي: يتمثل في القصد الجنائي الذي يكون في الموظف العمومي والشخص الذي له مصلحة في الصفقة العمومية، فجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون، جريمة عمديه يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، فالقصد الجنائي العام يتمثل في العلم والإرادة التي تكون بحوزة كلا الطرفين كل من العون الإداري والشخص الذي يتحصل على الامتيازات، أي علم الجاني بسلطة وتأثير الأعوان العموميون في إبرام الصفقة أو العقد، واتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته.

أما القصد الجنائي الخاص بالنسبة لهذه الجريمة فيتمثل أساسا في اتجاه نية الجاني إلى استغلال النفوذ من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، وعلى القاضي عند بحثه خاصة في نية العون العمومي أن يقوم بتحليل الوضعية التي يوجد فيها هذا العون للبحث في مدى استيعاب العون للأفعال المنسوبة إليه ومدى اتجاه إرادته لمخالفة التشريع والتنظيم الذي ينظم الصفقات العمومية والإجراءات الواجب إتباعها من أجل إبرام هذه الصفقة، على اعتبار أن القصد الجنائي في هذه الحالة يمكن استنتاجه من خلال مخالفة التشريع الخاص بالصفقات العمومية ولا يمكن الاحتجاج بجهل الأحكام المنظمة لها[16]

ثانيا: العقوبة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة وطرق إثباتها

بالعودة إلى أحكام قانون الفساد الجزائري خاصة أحكام المادة 26 منه، والمادة 432/ف14 من قانون العقوبات الفرنسي تتجلى العقوبة المقررة لهذه الجريمة، أما بالنسبة لإثبات الجريمة تظهر من خلال إتباع طرق وأساليب تقنية وعملية لإثبات حيثيات الجريمة.

أ/ العقوبة المقررة للجريمة: تعاقب المادة 26 من قانون مكافحة الفساد مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200000 دج إلى 1000000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي. أما بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي وجب العودة إلى المادة 53 من قانون الفساد التي تحلينا على أحكام قانون العقوبات، وفي هذا الصدد تقرر أحكام المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي إذا ما تم تكييف الجريمة جناية أو جنحة[17]، ففي مادة الجنايات تطبق على الشخص المعنوي الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس(05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، بالتالي تصبح عقوبة الشخص المعنوي بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون غرامة من 1000.000 دج إلى 5000.000 دج، إضافة إلى ذلك يمكن النطق بإحدى العقوبات التكميلية التي أوردتها المادة 18 مكرر/الفقرة الثانية.

أما التشريع الفرنسي يعاقب على هذه الجريمة العون العمومي الذي تم استغلاله بسنتين حبس وغرامة مالية تصل إلى 30000 أورو، والملاحظ أن المشرع الفرنسي تناول هذه الجريمة بموجب قانون خاص[18].

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قرر العقوبة نفسها لكلا الطرفين سواء بالنسبة للعون العمومي أو الشخص المتقدم لإبرام الصفقة العمومية الذي تحصل على امتيازات غير مبررة، إلا أن المهم في هذه الحالة التفرقة بين الطرفين بعقوبتين مختلفتين خاصة بتشديد العقوبة على العون العمومي لأن مهمته الأساسية الحفاظ على المال العام ويشدد العقوبة إلى درجة الحرمان من الحقوق المدنية في حالة ثبوت ذلك، وهذا الموقف كان محل انتقادات شديدة من ممثلي الإدارات العمومية[19].

ب/ إثبات الجريمة: يتوقف إثبات هذه الجريمة على إثبات العلاقة الموجودة بين الجاني وعون الدولة الذي استغل فيه الجاني سلطته وتأثيره من أجل إبرام العقد أو الصفقة، ويكون ذلك من خلال العمل الذي يمكن أن تقوم به الشرطة القضائية من أجل البحث عن حيثيات الجريمة وأساليب ارتكابها، ويفهم ذلك من خلال أحكام المادة 56 من قانون مكافحة الفساد خاصة ما يتعلق بالتحري والترصد الالكتروني والاختراق[20] بإذن من السلطة القضائية المختصة.

نظرًا لصعوبة إثبات هذه الجريمة خاصة أنها تقوم على أساس العلاقات الشخصية بين الأعوان العموميون والمتعاملين في مجال الصفقات العمومية، أما مسألة إثبات عنصر الركن المادي المتمثل في الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون بعد تنفيذ الصفقة العمومية والمتعلق بالزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية الخدمات أو المواد يمكن أن يتم عن طريق الخبرة، لذلك يتوجب على القاضي سواء في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة الإطلاع على ملف القضية ودراسته بدقة من خلال مراقبة تصريحات المتهم والشهود إن وجدوا لمحاولة استخلاص أركان الجريمة وبالتالي الحكم بإدانة الجاني.

عكس ذلك المشرع الفرنسي قام بتأسيس لجنة خاصة تقوم بالبحث والتحري في مجال الصفقات العمومية[21]، وخول لها كامل الصلاحيات للبحث والتحري على الملابسات التي تشوب إبرام الصفقات العمومية وتسيير المرافق العامة، خاصة عندما يتعلق الأمر باستغلال النفوذ للحصول على امتيازات غير مبررة إذ بمجرد ثبوت الأفعال تقوم بإخطار وكيل الجمهورية الذي يتولى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة[22]، على غرار المشرع الجزائري الذي أنشأ هيئة وطنية للوقاية ومكافحة الفساد بكافة أشكاله بما فيه الفساد في موضوع الصفقات العمومية[23].

أما المعمول به من العملية في إطار محاربة هذه الجريمة في القضاء الفرنسي أنه بمجرد ما يتم فتح تحقيق يتم اللجوء إلى البحث عن العلاقة القائمة بين الموظف العمومي والشخص الذي تحصل على امتيازات غير مبررة ابتداءً من تاريخ الإعلان عن الصفقة العمومية إلى غاية تاريخ

تنفيذها، خاصة من خلال اعتراض المكالمات الهاتفية والبحث في جميع المكالمات التي جمعت الطرفين وذلك بعد الحصول على اذن من السلطات القضائية المختصة.

الخاتمة

من خلال ما تقدم يمكن الاستنتاج أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي أوجد نصوصا قانونية من شأنها أن تساهم في حماية المال العام خاصة في مجال الصفقات العمومية، وبالرغم من الترسانة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة وقانون الفساد وقانون العقوبات وإنشائه للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد إلا أنه لم يوفق في محاربة كل أشكال الاعتداءات التي تمس المال العام. والدليل على ذلك مختلف القضايا المطروحة على القضاء الوطني (قضية الصفقات الخاصة بمشروع الطريق السيار، قضية صفقات سوناطراك...).

أما فيما يخص وبالتحديد جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة، خاصة المادة 26 من قانون مكافحة الفساد، المشرع لم يفرق بين مسألتين أساسيتين هما القيام بهذا التصرف من قبل العون العمومي قبل إبرام الصفقة والذي لم تتناوله أحكام المادة السابقة، بينما يتأكد من خلال ألفاظ وعبارات النص أنها تتعلق فقط بالجريمة التي تكون بعد انعقاد الصفقة أو أثناء تنفيذها عندما يتعلق الأمر برفع الأسعار أو نوعية المواد والخدمات، وعلى هذا الأساس كان على المشرع أن ينص في المادة 26 انه " يعاقب كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر بمناسبة صفقة عمومية..." حتى تشمل المرحلة التحضيرية لإبرام الصفقة، وهذا ما عمل على تكريسه المشرع الفرنسي. لأن المرحلة التحضيرية للصفقات العمومية هي الأساس في تكريس المبادئ الأساسية خاصة تلك المتعلقة بالشفافية والمساواة بين المتقدمين للصفقة[24].

كما يمكن ملاحظة أن العقوبات المقررة لمختلف الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد هي عقوبة واحدة، هي عقوبة سنتين إلى عشرة سنوات حبس ضد كل مرتكبي جنحة الفساد مهما كانت قيمة الامتيازات المتحصل عليها أو قيمة المال الذي تم اختلاسه، أو الطريقة التي تمت بها الجريمة، وإنما كان على المشرع أن ينص على كل جريمة على حده مع التشديد في العقوبات لأنها ترتبط بالمال العام، أكثر من ذلك استوجب عليه تشديد العقوبة إذا تبين أن الموظف العمومي هو المتسبب من خلال استغلاله لمركزه ووظيفته من اجل منح امتيازات غير مبررة وذلك بتكييف الفعل جناية رفع العقوبة المسلط عليها، لان الأولى في هذه الحالة أن يستغل وظيفته من اجل حماية المال العام وليس العكس.

أخيرًا يمكن لنا القول أن المال العام في الجزائر هو حبيس التصرفات اللامسؤولة من ممثلي الإدارات العمومية، ومهما يضع المشرع من نصوص قانونية إلا أنه لن يوفق في ردع هذه الممارسات إلا إذا كانت هناك إرادة سياسية وعقابية صحيحة بعيدة كل البعد عن مختلف الأشكال المتعلقة

باستغلال النفوذ والسلطة، لأن هذه الأخيرة تعتبر السرطان الذي ينخر جسم المال العام في الجزائر، أما التوجه الفرنسي في هذه الحالة هو تشديد العقوبات على كل من تسول له نفسه المساس بالمال العام مهما كانت الطريقة ومهما كانت قيمة الفائدة[25]، بالإضافة إلى استقلالية القضاة استقلالية تامة عند نظرهم في القضايا المتعلقة بالفساد، بالتالي على السلطات الجزائرية أن تسعى إلى استقلالية القضاء حتى يتسنى له القيام بمهامه على أحسن وجه بعيدًا عن كل الضغوطات السياسية، بالإضافة الى الاعتماد على معايير موضوعية في انتقاء العنصر الفاعل في مجال حماية المال العام ألا وهو الموظف العمومي بناءً على الكفاءة والقدرة على تحمل أعباء الوظيفة دون تحيز ولا محاباة.

كما انه يستوجب على القضاء الجزائري الفاصل في موضوع جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، أن يمارس رقابة واسعة وشاملة لمختلف العقود التي تبرمها الإدارة وليست فقط ما ينظمه قانون الصفقات العمومية من اجل تكريس المبادئ الدستورية خاصة تلك المتعلقة بمبدأ المساواة أمام الإدارة العمومية التي تقررها أحكام المادتين 34/32 من التعديل الدستور لسنة 2016، وهو الأمر الذي كرسه القضاء الفرنسي في احدث قرارات محكمة النقض الفرنسية من خلال توسيع دائرة رقابة عنصر استغلال نفوذ الأعوان العمومية في كل العقود التي تبرمها الإدارة أو المحتمل إبرامها من طرفها[26].

بالرغم من الترسانة القانونية التي أقرها المشرع الجزائري لمكافحة جميع أشكال تبذير المال العام خاصة في مجال الصفقات العمومية إلا انه لم يوفق في المجال العقابي بالنظر إلى النفوذ والسلطة التي يتمتع بها الأعوان العموميون بالتالي التهرب من العقوبة.

الهوامش:

[1]- تعد الصفقات العمومية، الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لانجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز، تسيير وتجهيز المرافق العامة، إذ أن الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية، ومنه فنظام الصفقات العمومية يعد الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العامة. وبما أن مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة فإنه بذلك يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره، وهو ما أدى إلى اهتمام المشرع بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، فبرز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-09 الصادر بتاريخ 26 جوان2001، ج ر عدد 34 لسنة 2001 الذي استحدث مجموعة من المواد نصت في مجملها على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية خاصة المادتين 119 مكرر1، 128 مكرر، غير أنه وتماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد صدر في الجزائر القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14 لسنة 2006، والذي جاء نتيجة لمصادقة الجزائر بالتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 2003/10/31، بموجب المرسوم الرئاسي 04/ 128، ج ر عدد 26 لسنة 2004، وقد وضع قانون مكافحة الفساد نصوصا خاصة

بتجريم المخالفات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية، ملغيا بذلك نصوص قانون العقوبات التي تنص على نفس التجريم، كما وضع مجموعة من المعايير التي يجب أن تؤسس عليها الصفقات العمومية وذلك من خلال المادة 09 خاصة تلك المتعلقة بالشفافية والمنافسة الشريفة بناءا على معايير موضوعية.

La convention des nations unies dite « de Mérida » a été ratifiée par la république française par la loi 2005/743 du 4 juillet 2005.

[2] - **REIS Patrice**, « le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certain pratiques anticoncurrentielles », LPA, du 4-7-2003, n°133, p 6.

[3]- تقابلها المادة 14/432 من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص:

« ...Procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics »

[4]- **PANCRAZI (G)**, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés publics et les conventions de délégations de service public » Gaz. Pal. 12 et 14 mars 1995, p. 279 et spéc, p281.

[5] - **PICARD (E)**, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application », Revue des sociétés, 1993 p 261.

[6]- المادة 26 من قانون مكافحة الفساد تم تعديلها خاصة فقرتها أولى بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011، ج ر عدد 44، سنة 2011. بينما الملاحظ أن في القانون الفرنسي أن جريمة استغلال النفوذ للحصول على امتيازات غير مبررة كانت محل معالجة ابتداء من سنوات التسعينات خاصة بصدور قانون 3/91.

Le delit de favoritisme est institué par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, le délit de favoritisme était initialement prévu pour les marchés publics. Puis, son champ d'application s'est élargi aux délégations de service public (DSP) avec la loi Sapin du 29 janvier 1993, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, puis complété par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et par celle du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.voir :

[7]- المتعامل المتعاقد حددتهم أحكام قانون الصفقات العمومية في الفصل الثاني، القسم الثالث تحت عنوان المتعاملون المتعاقدون. الذين تضمنتهم أحكام المادتين 37-38 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 لسنة 2015.

[8] - art 432/14 stipule : « ... une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées... ».

[9]- **T. Dal Farra**, « Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publiquele délit de favoritisme », Gaz. Pal. 1999, p. 759 et spéc., p. 764 , **CHARBIT N. Marée** « haute et écueils de jurisprudence du C.E. en matière de concurrence », Petites Affiches du 21 février 2001, p. 4.

[10]- في هذه الحالة استوجب الإشارة إلى اللبس الذي أحدثته الصياغة غير الدقيقة لنص المادة 26 فقرة 02 من قانون الفساد باللغتين العربية والفرنسية حيث ورد فيهما: " كل تاجر .... يستفيد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد...." والأصح هو أن تكون الصياغة كما يأتي: " كل تاجر..... ويستفيد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد..." فالهاء هنا تعود على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي وليس على أعوان الدولة والهيئات التابعة لها، في تفصيل ذلك راجع: **أحسن بوسقيعة**، الوجيز في القانون الجزائي، الجزء الثانى، ص 129.

[11]- **RIBEROLLE (A),** « Acheteur public concurrence et devoir de probité », revue de consiel de concurrence francais, mars-avril 1996, p. 47 et spéc. p. 51. **HERMANN (J),** Les «responsables publics» et les personnes morales de droit public à l'épreuve de la responsabilité pénale, Les transformations de la régulation juridique, LGDJ. Paris, 1999, p 375/s.

[12]- **RENUCCI (J.-F),** le délit d'initié, PUF, 1995, p 127, spéc, p 40/s

[13]- **ROGER (A),** « La notion d'avantage injustifié », JCP, I n°102, 1998, p 70/s.

[14]- في هذه الحالة يظهر الفرق بين التشريع الجزائري والفرنسي خاصة في مسألة البحث عن الغرض من استغلال النفوذ، كون المشرع الجزائري عندما تناول ذلك في المادة 26.فـ2 من قانون الفساد ان هذه الامتيازات تكون بعد الحصول الصفقة وتنفيذها، بينما القانون الفرنسي إنما يبحث في الغرض من السلوك المتعلق باستغلال النفوذ قبل إبرامهم الصفقة على اعتبار أن هذا الأخير سوف يكون له تأثير جذري على المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية خاصة مبدأ المساواة بين المتقدمين بالعروض للحصول على الصفقة، ويظهر ذلك من خلال المصطلحات الأولى من المادة 432/فـ14، خاصة باستعماله مصطلح Le fait de procurer ou de tenter de procurer un avantage injustifié بمعنى هذه المعلومات التي سوف يتحصل عليها أحد المتقدمين لإبرام الصفقة تكون أثناء المراحل التحضيرية للإعلان عن الصفقة في تفصيل ذلك راجع:

RENUCCI (F), Les frontières du délit d'initié, Rec/Dalloz. Aff. 1996, p. 403 et spéc. p. 404

[15]- من خلال استقراء أحكام قانون الصفقات العمومية وقانون الفساد يمكن لنا تقدير بعض الامتيازات غير المبررة أنها تتمثل أساسا في: الزيادة في الأسعار: مثال ذلك الأسعار المتعلقة بعقود انجاز الأشغال والتي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا، فيتقدم صاحب شركة مقاولة باقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها. التعديل في نوعية المواد: ويتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تطلبها الإدارة من حيث الجودة والنوعية (في مجال الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة يتم النص عليها في دفتر الشروط) فيعمد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة، التعديل في نوعية الخدمات: والأمر

يتعلق هنا بصفقات وعقود الخدمات، إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها والمذكورة بالمادة 26-02 تخص نوعية معينة من الخدمات مثل: أعمال الصيانة الدورية لأجهزة الكمبيوتر كل شهرين فيقلص الجاني من هذه المدة لتصبح مرة واحدة كل 04 أشهر مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات، التعديل في آجال التسليم أو التموين: آجال التسليم أو التموين تخص عقود وصفقات اقتناء اللوازم، وعادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها، وإذا أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته أو تأخر في تسليم ما هو مطلوب منه تفرض عليه غرامات التأخير، فيقوم الجاني بتأخير أجل التسليم أو التموين دون فرض غرامات عليه، مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير مسؤول الهيئة أو المؤسسة الذي تربط به علاقة صداقة مثلا. كذلك الأمر بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال حيث يقترح المتعامل المتعاقد مدة لانجاز هذه الأشغال يتم النص عليها في الصفقة فيعمد إلى التأخر في إنجازها دون أسباب جدية.

[16]- Le Tribunal de grande instance de Strasbourg a opposé à un prévenu qui invoquait son ignorance du code des marchés publics, le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, Trib. gr. inst. Strasbourg, 26 novembre 1996, cité par **AMIEL (R),** « favoritisme dans les marchés publics, bilan jurisprudentiel cinq ans après la création de cette incrimination », RCC. mars-avril 1997, p. 31 et spéc. p. 32

[17]- المادة 18 من قانون العقوبات الجزائري أضيفت بموجب القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 ج ر عدد 71 لسنة 2004، في إطار الباب الأول مكرر الخاص بالعقوبات المقررة للأشخاص المعنوية، والتي عدلت كذلك بموجب القانون 23/06 ج ر عدد 84 لسنة 2006. بالإضافة إلى ذلك يضيف المشرع العقوبات التكميلية الواردة في أحكام المادة 51 من قانون مكافحة الفساد التي تطبق على كل مرتكب لإحدى الجرائم الواردة فيه بما فيها استغلال النفوذ للحصول على امتيازات غير مبررة.

[18]- **L'article 432/14** est modifié par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, article 3 : Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

[19]- Loi n° 95-62 du 19 janvier 1995, article 10, J.O. du 21 janvier 1995. Auparavant, la privation des droits civiques était une peine complémentaire que les juridictions avaient la faculté de prononcer, alors qu'une peine accessoire est la conséquence légale, automatique et implicite du prononcé de

certaines peines principales qui constituent le corps de la condamnation, en matière de délit de favoritisme la privation des droits civiques sera la conséquence du prononcé de l'amende et de la peine d'emprisonnement constituant les peines principales ; sur cette distinction voir **ROBERCT (J-H),** Droit pénal général, Thémis, PUF. 2001, p 74/s. **SOYER (J-C),** Droit pénal et procédure pénale, LGDJ. 2000, spéc. n° 356.

[20]- المادة 65 مكرر11 من 155/66 يتعلق بقانون الاجرءات الجزائية، المعدل بموجب القانون 22/06 .

[21]- La loi du 3 janvier 1991 a créé une nouvelle structure, la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics « chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés, Elle est aussi chargée d'enquêter sur le délit de *favoritisme* pour le compte des autorités administratives et judiciaires compétentes Le rôle de la mission va ainsi au-delà du contrôle de légalité. Il s'étend à tout comportement de l'acheteur l'acheteur susceptible de fausser la concurrence. voir articles 120 à 125 du nouveau Code des marchés publics, décret 7 mars 2001, J.O. du 8 mars 2001, p. 37001.

[22]- Article 123 du nouveau Code marchés publics , l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que «toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs», la M.I.E.M. ainsi que les autorités susceptibles de demander à la mission une enquête sont visées par cet article, voir aussi Cass. crim., 1er octobre 1998, pourvoi n°98.80.924, in **REIS Patrice**, « le délit de favoritisme dans les marchés publics...op cit, p 7/s.

[23]- مرسوم رئاسي رقم 433/06، مؤرخ في 2006/11/22، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 74 لسنة 2006.

[24]- خير مثال نستدل به انه في الصفقات العمومية، الإدارة العمومية عند إعلانها على المناقصات يكون الموظفون لديها الذين اعدوا وحضروا الصفقة عالمين ببعض خباياها خاصة ما يتعلق بالقيمة المالية للصفقة (الثمن التخميني للصفقة العمومية)، بالتالي يتم تسريب هذه المعلومة بالنسبة إلى أحد المتعاملين من طرف العون عمومي، هذا يكرس جريمة استغلال نفوذ العون العمومي من اجل الحصول على امتيازات غير مبررة، الامتياز في هذه الحالة هو عدم المساواة بين المتقدمين بالعطاءات للحصول على الصفقة كون احدهم عالم بالقيمة المالية التي يستوجبها المشروع محل الصفقة، وكان على المشرع أن يتناول هذه الحالة في المادة 26 من قانون الفساد.

[25] - L'**affaire Cahuzac** est un scandale politico-financier français mettant en cause Jérôme Cahuzac, ministre délégué chargé du Budg et lors du déclenchement de l'affaire, en décembre 2012.

Accusé par le site d'information en ligne Mediapart d'avoir possédé des fonds non déclarés sur un compte en Suisse, puis à Singapour, Cahuzac clame à plusieurs reprises son innocence, y compris devant les députés à l'Assemblée nationale. Le jour de l'ouverture d'une information judiciaire, le 19 mars 2013, le président de la République François Hollande annonce le départ de son ministre du gouvernement. Jérôme Cahuzac finit par reconnaître les faits le 2 avril 2013 devant les juges d'instruction. Il est alors mis en examen pour blanchiment d'argent provenant de fraude fiscale.

[26]- **Arrêt rendu le 17 février 2016** " Qu'en effet, il résulte des termes de cet article qu'il s'applique à l'ensemble des marchés publics et non pas seulement aux marchés régis par le code des marchés publics, lequel a été créé postérieurement à la date d'entrée en vigueur dudit article dans sa rédaction actuelle ; que ces dispositions pénales ont pour objet de faire respecter les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que ces principes, qui constituent également des exigences posées par le droit de l'Union européenne, gouvernent l'ensemble de la commande publique ; qu'il s'en déduit que la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, et, notamment, de son article 6, qui rappelle les mêmes principes, entre dans les prévisions de l'article 432-14 susmentionné ", voir: Arrêt n° 549 du 17 février 2016 (15-85.363) - Cour de cassation - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2016:CR00549, in: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/549_17_33674.html