مجلة القانون والعلوم السياسية | المجلد 06 / العـــدد: 01(2020)، ص 01-21

تاريخ الاستلام: 2019/10/03 تاريخ القبول: 2020/05/09

أحكام جريمة المحاباة في الصفقات العمومية في ظل قانون مكافحة الفساد

The provisions of the crime of favoritism in public transactions under the law on the fight against corruption

د. عبد الرحمن بن جيلالي[1]

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

a.ben-djilali@univ-dbkm.dz

ملخص:

جريمة المحاباة في الصفقات العمومية هي تلك التي يرتكبها الموظف العمومي؛ سواء تعلق الأمر بموظف المناصب التنفيذية من خلال رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو الوزراء، أو موظف المناصب الإدارية سواء تعلق الأمر بالموظف الإداري المؤقت أو الدائم، أو موظف المناصب القضائية والنيابية. فكل موظف من هؤلاء يقوم بإبرام صفقة أو اتفاقية أو عقد أو يؤشر عليه أو يراجعه مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير يتعرض للمساءلة الجزائية، وكذا الحال بالنسبة لكل موظف يقوم بفعل من الأفعال المجرمة في باقي الجرائم المتعلقة بالفساد، وهذا ما يتعلق بالركن المادي للجريمة، كما أن للجريمة ركن معنوي تتطلب توفر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، والقصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة.

الكلمات المفتاحية: المحاباة؛ الصفقات العمومية؛ مكافحة الفساد؛ الجريمة؛ الموظف العمومي

Abstract:

The crime of favoritism in public transactions is that committed by the public employee in executive posts through the President of the Republic, the Prime Minister or the Ministers, or the administrative posts, whether in the case of an interim or permanent administrative employee or a judicial and parliamentary posts In order to conclude a transaction contrary to the legislative and regulatory provisions applicable for the purpose of granting unjustified privileges to others liable to criminal responsibility, This is related to the physical structure of the crime. The crime also has a moral dimension that requires general criminal intent, with the knowledge and will, and the special criminal intent of giving privileges to others knowing that they are unjustified.

key words: Favoritism ; Public transactions ; Fight against corruption ; Crime ; Public employee

المؤلف المرسل: عبد الرحمن بن جيلالي ، **الإيميل:** a.ben-djilali@univ-dbkm.dz

مقدّمة:

تعد الصفقات العمومية المجال الأكثر تعرضا للفساد بشتى صوره، ويأخذ في مجال الصفقات العمومية صورة الامتيازات غير مبررة، والرشوة، وأخذ فوائد بصفة غير قانونية وتلقي الهدايا من الصفقات والعقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص الخاضعة للقانون العام، وجريمة تلقي الهدايا التي تعتبر من صور التجريم المستحدثة في مجال الصفقات العمومية التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

يكلف قطاع الصفقات العمومية خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة، لهذا أولاها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا وذلك بتجريم وقمع كل المخالفات والتجاوزات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، ما يدل على أن الصفقة العمومية قبل دخولها حيز التنفيذ تبرم وفقا لإجراءات قانونية محددة بموجب قانون تنظيم الصفقات العمومية، فهي تقوم على جملة من المبادئ التي يجب على كل متعاقد احترامها ومراعاتها بما يضمن النزاهة والشفافية وضرورة اعتماد معايير موضوعية في اختيار المتعاقد مع الإدارة عند إبرام الصفقات العمومية، وأنها لا ترتكب إلا من ذوي الصفة، فهي تتطلب صفة معينة في مرتكبها وهي "صفة الموظف العمومي"، فهي تشترك في أن صفة القائم بها واحدة، ومحل واحد الصفقة العمومية.

إن انتشار الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ألزم المشرع ضرورة وضع منظومة قانونية لمكافحة هذه الجرائم، عن طريق اتخاذ التدابير اللازمة بين القوانين والتنظيمات والإجراءات التي يرى بأنها كفيلة لمكافحة هذه الجرائم عن طريق إعمال الآليات القانونية للوقاية منها، قصد تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام الصفقات العمومية وكذا احترام الإجراءات المتعلقة بإبرامها التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته واتخاذ التدابير الردعية اللازمة على خلفية التجريم والعقاب. وبالتالي أمكن لنا طرح الإشكالية التالية: ما هي أركان جريمة المحاباة في الصفقات العمومية؟، وهل وما هي الجزاءات الموقعة عليها؟، وهل وفق المشرع الجزائري في تنظيمها حماية للمال العام؟.

نصت على هاته الجريمة المادة 26 فقرة 01 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي تنص على:"يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات وبغرامة من 200000 إلى 1000000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير" وهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد.

ويطلق على هذه الجريمة كذلك اسم جنحة المحاباة délit de favoritisme، وسنتناول دراستها وفقا لأربعة مباحث. الأول يتعلق بصفة الجاني، والثاني يتناول الركن المادي للجريمة، والمبحث الثالث يختص بالركن المعنوي، وفي الأخير يدرس المبحث الرابع كيفية قمع الجريمة.

المبحث الأول:صفة الجاني

يفترض أن يكون الجاني في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية وفقا لنص المادة 26 فترة 01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، موظفا عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة وفي باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون.

ويقصد بالموظف العمومي في فقه القانون الإداري على أنه: "الشخص الذي يعهد إليه القانون بأداء عمل في مرفق عام تملكه الدولة، أو شخص معنوي عام على نحو من الانتظام والاعتياد، وفي مقابل راتب معين"[1]، ويعرف أيضا على أنه: "كل شخص يعهد إليه على وجه قانوني بأداء عمل دائم في مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إدارة مباشرة".[2]

فنجد أن القانون الإداري لا يشترط في تحديده لمدلول الموظف العمومي باعتبار الشخص موظفا عاما، أن يشغل وظيفته بصفة دائمة حيث يظل يتمتع بهذه الصفة حتى ولو شغلها بصورة مؤقتة، ولا أهمية لنوع العمل الذي يقوم به الموظف ولا أهمية أيضا لكونه تحت التجربة، أو أنه مثبت يتقاضى مرتبا عن عمله، أو حتى مكافأة، ولا يحول وجود الموظف في إجازة، أو موقوفا عن العمل دون تمتعه بصفته كموظف طالما أنه يمارس ويشغل وظيفته بصفة فعلية.[3]

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على تعريف الموظف العمومي بأنه: "كل شخص منوط به عمل دائم يندرج في نظام مصلحة عامة"،[4] أو أنه: "الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة تدخل ضمن إطار الوظائف بمرفق عام".[5]

وقد عرّف قانون مكافحة الفساد الموظف العمومي من خلال المادة 02 فقرة ب منه بـ:

1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

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

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

الشيء الملاحظ أن صفة الجاني في هذه الجريمة لم تعد مرتبطة بالعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو الهيئات المذكورة في المادة 119 من قانون العقوبات مثلما كانت تنص عليه المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، وإنما استبدلها المشرع وفقا للمادة 01/26 أعلاه بصفة الموظف العمومي والتي أعطي لها معنى واسعا وفقا للمادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.[6]

وبالإضافة إلى شرط صفة الموظف العمومي، يشترط أيضا أن يكون الموظف العمومي مختصا بالعمل الوظيفي، وهذا ما تدل عليه المادة 01/26: "كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق...". وهذا يعني أن يكون الموظف العمومي مختصا بعملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق حتى تقوم هذه الجريمة، أما إذا انتفى الاختصاص هنا فإن هذه الجريمة تنتفي لعدم اكتمال عناصر الاختصاص الوظيفي، وذلك لأن منح الغير امتيازات غير مبررة والذي هو غرض الجريمة لا يمكن تحققه إلا إذا كان الموظف العمومي المعني له سلطة أو صلاحية أو اختصاص يتعلق بإبرام العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق أو التأشير عليها.[7]

والتعريف المحدد من طرف قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مستمد من المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003. والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ 19 أفريل 2004 ويختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي الذي جاء به الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، والذي نص على تعريفه في المادة 04 فقرة 01 منه وتنص على: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري".[8]

وبهذا التعريف يكون قانون مكافحة الفساد قد حدد مختلف الفئات التي تدخل ضمن مفهوم الموظف العمومي ويمكن تقسيمها إلى 04 فئات، نتناول كل منها بشيء من التفصيل على اعتبار أن صفة الجاني تعد ركنا في جنحة المحاباة، كما أن التكييف القانوني السليم لهذه الجريمة ولغيرها من جرائم الفساد يتوقف بداية على تحديد صفة الجاني إن كان موظفا أم لا في نظر قانون الفساد.[9]

وفيما يلي نحدد صفة الجاني في هذه الجريمة ضمن الفئات التالية في مطلبين مستقلين، بحيث يتناول المطلب الأول فئة المناصب، أما المطلب الثاني فيتعلق بتحديد كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

المطلب الأول: فئة المناصب

تشمل هذه الفئة الأشخاص ذوو المناصب التنفيذية أو الإدارية أو القضائية أو النيابية، سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، يعملون بأجر أو بدونه، وبصرف النظر عن أقدميتهم أو رتبتهم.10

الفرع الأول: المناصب التنفيذية

ويقصد به أعضاء السلطة التنفيذية وعلى رأسهم رئيس الجمهورية الذي يكون منتخبا.

- رئيس الحكومة والذي يعينه رئيس الجمهورية.
- الوزراء الذين يشكلون أعضاء الطاقم الحكومي، ويعينهم رئيس الجمهورية بناء على اقتراح من رئيس الحكومة.[11]

فرئيس الجمهورية جعله الدستور الجزائري على رأس السلطة التنفيذية وهو منتخب[12] 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 وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 573 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية،[13] علما أن دستوريا يحاكم الوزير الأول عن جميع الجنح والجنايات التي يرتكبها بمناسبة ممارسة مهامه أمام المحكمة العليا للدولة، بموجب المادة 177 من التعديل الدستوري لعام 2016 التي أحالت إلى القانون العضوي لتأسيسها دون أن يحصل ذلك على أرض الواقع.[14]

وقد أراد المشرع بذكرهم التأكيد على شمول النص على كل الموظفين العموميين أيا كانت مراكزهم القانونية والوظيفية، وعليه يقع تحت طائلة قانون مكافحة الفساد كل أعضاء الحكومة بصفة عامة.

الفرع الثاني: المناصب الإدارية

ويقصد به كل شخص يعمل في إدارة من الإدارات العمومية سواء بصفة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بدون أجر وبغض النظر عن رتبته أو أقدميته، وتقسم وفقا لذلك هذه الفئة إلى قسمين:

- من يشغل منصب إداري بصفة دائمة.
- من يشغل منصب إداري بصفة مؤقتة.

أولا: من يشغل منصب إداري بصفة دائمة

ويمثل كل شخص يحمل صفة موظف عمومي بمفهوم المادة 04 فقرة 01 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية التي تنص على: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة في السلم الإداري" وهو التعريف المكرس في القانون الإداري.

ويستخلص من خلاله أنه لكي يحمل الشخص صفة الموظف يشترط توافر 04 عناصر هي:

1. أن يعين الموظف بأداة قانونية ومن سلطة مختصة بالتعيين أي أن يتم تعيين الشخص في الوظيفة بأداة قانونية سليمة ومن سلطة تملك ذلك،[15] أي أن يكون التحاق الشخص بالعمل قد تم على وجه قانوني وفقا للقواعد المنظمة للوظيفة العامة،[16] ذلك أن الإدارة العامة في الجزائر ليست حرة في اختيار من تراه مناسبا لتولي الوظيفة العامة،[17] ما يعني أنه لا بد من إتباع جملة من الإجراءات لاختبار الموظفين العموميين. وقد تكون الأداة القانونية في شكل مرسوم رئاسي أو تنفيذي أو في شكل قرار وزاري أو ولائي أو في شكل مقرر صادر عن سلطة إدارية.[18]

تطبيقا لهذا تلزم الإدارة المعنية قبل مباشرة إجراءات التعيين بالامتثال أولا للقرار الصادر، إما عن السلطة المكلفة بالوظيفة العامة أو القرار الوزاري المشترك بين إدارة الوظيفة العامة والوزير المعني والذي يبين الأسلاك والرتب المعنية.[19]

فالأشخاص الذين لا يصدر قرار بتعيينيهم في وظيفة عامة مثل منتحلي الوظائف لا يعدون موظفين عموميين، أو ما يسمى بمغتصب الوظيفة وهو الذي يقحم نفسه في وظيفة عامة دون وجه حق.

2. أن يكون العمل القائم به الموظف دائما أي أن يكون العمل المكلف به الموظف دائما حتى يصير موظفا عاما دائما له صفة الاستمرار والدوام وليس بصفة عرضية. فهذا الشرط له جانب موضوعي يتعلق بالوظيفة نفسها هو أن تكون الوظيفة التي يشغلها الشخص دائمة، وجانب أخر شخصي هو أن يقوم الشخص بالعمل على سبيل الدوام وإلا انتفت صفة العمومية عن الموظف وعن الوظيفة أيضا[20].

إن استمرارية المنصب الوظيفي يعبر عن استقرار الموظف في وظيفته، فلا يعد موظفا عاما الموظف المؤقت الذي تستخدمه الإدارة للقيام بمهام تكتسي طابعا مؤقتا. ولا الموظف المتعاقد الذي تستخدمه الإدارة ليقوم بمهام لخدمة المرفق العام بموجب عقد محدد المدة في حدود آجال انجاز العمليات التي تكتسي طابعا مؤقتا،[21] فغالبا ما يتم التعاقد لمدة محددة تنتهي بعدها العلاقة التبعية التعاقدية بين الموظف والجهة أو تجدد عندما ترى ذلك الجهة الإدارية،[22] بمعنى أن يعمل الشخص في وظيفته على وجه الاستمرار بحيث لا يتركها إلا بإرادته عن طريق الاستقالة أو إحدى الحالات الأخرى كالتقاعد والإقالة و العزل والوفاة.

3. أن يكون مرسما برتبة في السلم الإداري، ذلك أن ترسيم الموظف في إحدى رتب التسلسل الوظيفي، يعطيه صفة الموظف العمومي، كما يجعله من الموظفين الثابتين الذين يمثلون الجهاز الإداري المسير للمرفق العام.[23]

4. أن يمارس نشاط في مؤسسة أو إدارة عمومية.

ويقصد بالمؤسسات أو الإدارات العمومية، مجموع الهيئات المذكورة بالمادة02 فقرة 02 من قانون الوظيفة العمومية وهي:

- المؤسسات العمومية
- الإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.
- كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي.

وقد استثنت هذه المادة في الفقرة 03 منها فئات القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان.

ثانيا: من يشغل منصبا إداريا بصفة مؤقتة

ويقصد به كل شخص يشغل منصب في أدارة أو مؤسسة عمومية من تلك المذكورة آنفا ولا تتوفر فيه صفة الموظف بالمفهوم المذكور في قانون الوظيفة العمومية[24] مثل: الأعوان المتعاقدون أو المؤقتون.

يشمل مصطلح الشخص الذي يشغل منصبا إداريا بمفهوم قانون مكافحة الفساد الموظفين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية والعمال المتعاقدين والمؤقتين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية.[25]

الفرع الثالث: المناصب القضائية

ويقصد به القاضي بالمعنى الوارد في القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في: 2004/09/06 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الذي قسم القضاة إلى فئتين:

-فئة القضاة التابعون للقضاء العادي وهم: قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا أو المجالس القضائية أو المحاكم، وكذا القضاة العاملون في الإدارة المركزية لوزارة العدل، وذلك وفقا للمادة 2 من القانون العضوي 04-11.[26]

-فئة القضاة التابعون للقضاء الإداري وهم: قضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ويستثنى من هؤلاء كل أعضاء المجلس الدستوري، وقضاة مجلس المنافسة، وقضاة مجلس المحاسبة سواء كانوا قضاة حكم أو محتسبين.

كما يضاف إلى من يشغلون منصبا قضائيا كل من: المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات، المساعدون في القسم الاجتماعي وفي قسم الأحداث، باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية.

وما تجدر الإشارة إليه، أن مصطلح القاضي في ظل التشريع السابق أي المادة 119 من قانون العقوبات، كانت تشمل قضاة مجلس المحاسبة قضاة الحكم والمحتسبين الذين تم استثناءهم بموجب المادة 2 الفقرة ب من قانون مكافحة الفساد، لذلك فإذا تحول القاضي من شخص نزيه عادل إلى جشع متاجر بقدسية العمل القضائي الذي أوكل له بأن أصبح يقبل من المتقاضين هدايا أو أية منافع أخرى مقابل القيام بعمل هو في الأصل من صميم وظيفته، فإنه بذلك يبرهن بما لا يدع مجالا للشك بعدم صلاحيته لأن يكون قاضيا واستحق العقاب إداريا وجزائيا واجتماعيا. ما يفيد أن المشرع الجزائري في تجريمه للمخالفات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية لا يفرق بين موظف عادي وقاضي، فمن يثبت مخالفته للأحكام والقوانين المعمول بها في مجال الصفقات مهما كانت صفقته يكون محل متابعة ومساءلة جزائية[27].

الفرع الرابع: المناصب النيابية

ويقصد بهم الأشخاص الذين يشغلون منصبا تشريعيا، أو منصبا نيابيا في أحد المجالس المحلية المنتخبة:

-بالنسبة لمن يشغل منصبا تشريعيا، فهم أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة سواء كانوا من الثلثين المنتخبين أو من الثلث المعين من قبل رئيس الجمهورية.[28]

-أما بالنسبة للمنتخبين في المجالس الشعبية المحلية، فهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية المنتخبين أو أعضاء المجالس الشعبية الولائية المنتخبين.[29]

المطلب الثاني: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية

ويتعلق الأمر بكل من يسند إليه منصب مسؤولية عن طريق الوكالة، كأعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية. أو عن طريق الوظيفة، مثل الموظفون بمفهوم القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ويساهم بهذه الصفة في خدمة إحدى الهيئات أو المؤسسات المذكورة وهي:

الفرع الأول: الهيئات والمؤسسات العمومية

ويتضمن هذا الفرع، الهيئة العمومية، والمؤسسة العمومية، والمؤسسات ذات الرأسمال المختلط، بالإضافة إلى المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية.

أولا: الهيئة العمومية

وهي كل شخص معنوي عام غير الدولة والجماعات المحلية، يتولى تسيير مرفق عام مثل:

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري EPA.

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC.

- هيئات الضمان الاجتماعي.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية يعتبر العاملين في المؤسسات العمومية والمعينين بصفة دائمة والمرسمين في رتبة في السلم الإداري موظفين، وعلى هذا الأساس فهم يدخلون في فئة من يشغل وظيفة إدارية.[30]

كما يدخل ضمن مجموع الهيئات العمومية، السلطات الإدارية المستقلة والمنشأة بموجب قوانين خاصة مثل: مجلس المنافسة، سلطات الضبط للبريد والمواصلات، الكهرباء والغاز...

ثانيا: المؤسسة العمومية

وتتمثل أساسا في المؤسسات العمومية الاقتصادية والمنظمة بموجب الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها والذي عرّف المؤسسات العمومية الاقتصادية بأنها شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو بصفة غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام، ومن أمثلتها: مؤسسة سوناطراك، مؤسسة سونلغاز، والبنوك العمومية، وشركات التأمين، والخطوط الجوية الجزائرية، وشركات الملاحة البحرية.[31]

ثالثا: المؤسسات ذات الرأسمال المختلط

ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع في إنشائها وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات المساهمة، والتي فتحت الدولة رأسمالها الاجتماعي أمام الخواص عن طريق بيع بعض الأسهم، أو التنازل عن بعض رأسمالها للخواص ومن أمثلتها: مجمع الرياض، مجمع صيدال، ميتال ستيل للحديد والصلب، فندق الأوراسي...[32]

رابعا: المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية

ويقصد بها المؤسسات التابعة للخواص والتي تحوز على عقد امتياز من أجل تسيير مرفق عام والإشراف عليه، وبالتالي تقديم خدمة عمومية في قطاع من القطاعات العامة في الدولة.

وهي تقوم على 03 معالم:

- أن تقدم المؤسسة خدمة عمومية.
- أن تتمتع بامتيازات السلطة العامة.
- أن يكون للإدارة الحق في مراجعة كيفية تطبيق مهمتها.

ومن أمثلة هذه المؤسسات في الجزائر: مؤسسة NETCOM لرفع قمامة المنازل، مؤسسة التطهير SIAAL، مؤسسات النقل العمومي...[33]

الفرع الثاني: كل شخص يأخذ حكم الموظف

هذه الفئة تشمل في مفهوم قانون الفساد، كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني والضباط العموميون.

ولتحديد هذه الفئات يجب الرجوع إلى القوانين الخاصة التي تحكم كل فئة من أجل استخلاص مدى توافر خصائص الموظف العمومي.[34]

فبالنسبة للمستخدمين العسكريين والمدنيين في الدفاع الوطني فهم مستثنون من تطبيق أحكام الأمر 06-03 المتعلق بالقانون العام للوظيفة العمومية بموجب المادة 02 فقرة 03 منه، ويحكمهم الأمر رقم 06-02 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين.

أما بالنسبة للضباط العموميين فيقصد بهم كل من:

- الموثقون ويحكمهم القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- المحضرون القضائيون ويحكمهم القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- محافظو البيع بالمزايدة ويحكمهم الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة.

- المترجمون الرسميون ويحكمهم الأمر رقم 95-13 المؤرخ في 11-03-1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم-الترجمان الرسمي-

وهؤلاء لا يدخلون في مفهوم الموظف العمومي سواء في ذلك الوارد في قانون مكافحة الفساد من خلال المادة 02/ب- الفقرتين1 و2 منه، أو في المادة 04 من قانون الوظيفة العمومية، وهم يتولون وظائفهم بتفويض من قبل السلطة العمومية، ويحصّلون الحقوق والرسوم المختلفة لحساب الخزينة العمومية، الأمر الذي يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن فئة من في حكم الموظف العمومي.[35]

هذه هي مجمل الفئات التي حددتها المادة 02/ب من قانون مكافحة الفساد، والتي يتحدد بموجبها مفهوم الموظف العمومي، ويلاحظ أنه يشمل كل شخص يتمتع بنصيب من الاختصاص في خدمة الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها أو يساهم في تسيير مرفق عام يقدم خدمة عمومية.

ويجب أن تتوافر صفة الموظف العمومي بالمفهوم السابق الذكر في الشخص لكي يمكن نسبة الجريمة إليه، فكل موظف يقوم بإبرام صفقة أو اتفاقية أو عقد أو يؤشر عليه أو يراجعه مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير يتعرض للمساءلة الجزائية، وكذا الحال بالنسبة لكل موظف يقوم بفعل من الأفعال المجرمة في باقي الجرائم المتعلقة بالفساد.[36]

المبحث الثاني:

الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني عمدا بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيره مخالفةً للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها، بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الركن المادي لهذه الجريمة إلى عنصرين أساسيين هما: السلوك الإجرامي-الغرض منه. وذلك ما نتناوله في مطلبين اثنين، بحيث يختص الأول بالسلوك الإجرامي، أما الثاني فيتعلق بالغرض منه.

المطلب الأول: السلوك الإجرامي

يتحقق السلوك المجرم في جنحة المحاباة في قيام الموظف العمومي على حسب ما هو معرف بنص المادة 02/ب من قانون مكافحة الفساد، بإبرام أي عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيره مخالفةً للتشريعات والتنظيمات المعمول بها المتعلقة أساسا بحرية الترشح، والمساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات.

ومن هنا فإن النشاط الإجرامي في هذه الجريمة يمكن تحليله إلى الصور التالية:

إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح، والمساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات.

تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح، والمساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات.

والجدير بالملاحظة في هذا المجال أن نص المادة 26 الأصلي قبل تعديله عام 2011 كان يتوسع في التجريم، بحيث يعتبر أي خرق لأي من الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها مهما كانت طبيعتها، عند إبرام أو تأشير صفقة أو عقد أو اتفاقية أو ملحق عنصرا ماديا للجريمة معاقبا عليه.

أما النص الجديد للمادة 26 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 11-15 فقد ضيق من مجال تطبيقها، بحيث يعتبر في حد ذاته شكلا من أشكال رفع التجريم، وذلك بحصر التجريم بمقتضاها، في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة فقط بحرية الترشح، والمساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات.[37]

كما ألغى المشرع بموجب القانون 11-15 المعدل والمتمم لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته المراجعة من قائمة العمليات التي يمكن أن تكون محلا للنشاط الإجرامي في جنحة المحاباة، وأبقى فقط على عمليتين أساسيتين هما الإبرام والتأشير كما أشارت إليه المادة 1/26.[38] لذا أمكن التساؤل عن الأسباب المؤدية إلى استبعاد المراجعة كأحد صور النشاط الإجرامي لجنحة المحاباة؟ رغم أنها تماثل سلوك الإبرام والتأشير لقيام الركن المادي لجنحة المحاباة في الصفقات العمومية، لذا كان من الأجدر الإبقاء عليها قانونا لاكتمال كافة أركان الجريمة الخاصة بالمحاباة في الصفقات العمومية.

وقبل التفصيل في ذلك لابد من التعرض لدراسة وتحليل العمليات التي ينصب عليها الركن المادي للجريمة كما يلي:

الفرع الأول: العمليات التي ينصب عليها الركن المادي للجريمة

وهي: إبرام عقد، اتفاقية، صفقة، ملحق، أو التأشير على العقد، أو مراجعته.

أولا: إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق

تعني عملية الإبرام اتخاذ جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية، بدء من الإعلان عن الصفقة وتلقي العروض، وفتحها وتقييمها من طرف اللجنة المختصة إلى غاية إرساء الصفقة أو العقد أو الاتفاقية حسب الحالة، وفقا لمعايير التقييم والأوضاع القانونية المناسبة له.[39] وهي تشمل ما يلي:

أ- العقد

ويمثل بمفهومه العام كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص آخر أو عدة أشخاص، بمنح أو فعل أو الامتناع عن فعل شيء ما.[40]

ويمكن تعريفه بأنه العقد أو الاتفاق الذي يقوم شخص معنوي عام بإبرامه بغرض تسيير مرفق عام، وذلك وفق أساليب القانون العام بتضمينه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.[41]

غير أن المقصود من عبارة العقد في المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد، هو تلك العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة، أو مع شخص طبيعي بدون استعمال امتيازات السلطة العامة كما هو محدد في القانون الإداري، ويتعلق الأمر بالعقود التجارية التي تبرمها المؤسسات والهيئات الإدارية، مثل: العقد الذي تبرمه الإدارة مع مصلح عجلات السيارة، أو مع الميكانيكي من أجل تصليح السيارات التابعة لها.[42]

ب- الاتفاقية

لا يختلف مفهوم الاتفاقية عن مفهوم العقد، فيطلق مصطلح اتفاقية على العقود التي تبرمها الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها، مع شخص آخر معنوي أو طبيعي خاص أو عام، والمتعلقة بإنجاز أشغال أو خدمات لصالحها، عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة. وتتم تقريبا بالإجراءات نفسها التي تتم بها الصفقة العمومية إلا ما يتعلق بطريقة الإبرام، الرقابة، والإشهار.[43]

ج- الصفقة

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقة العمومية في قرار له صادر في 17 ديسمبر 2002 إلى القول: "... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."، فتجد بأن مجلس الدولة قد كيف الصفقة العمومية على أنها رباط عقدي يربط الدولة بأحد أشخاص القانون الخاص.[44]

وتعرف الصفقة وفقا للمرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر عام 2015، بأنها تلك العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات العمومية المحددة بالمادة 06 منه،[45] والمتعلقة باقتناء خدمات أو إنجاز خدمات الدراسات أو انجاز أشغال أو اقتناء مواد في حدود المبالغ المحددة بموجب المادة 13 فقرة 01 من المرسوم المذكور آنفا وهي ما يفوق 6.000.000 دج بالنسبة لخدمات الدراسات واقتناء الخدمات، وما يفوق 12 مليون دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، والذي تتم إجراءاته طبقا لما هو محدد في المرسوم.[46]

أما بالنسبة لمفهوم الصفقة كما هو وارد في قانون مكافحة الفساد فإنه يتسع ليشمل كافة العقود التي يبرمها الموظف العمومي كما هو معرف بالمادة 02/ب من قانون مكافحة الفساد والتي يدخل ضمنها الصفقات بمفهوم المرسوم 15-247 التي يبرمها موظفو الهيئات المذكورة بالمادة 06 منه.

د- الملحق L'AVNANT

هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم بين نفس أطراف الصفقة الأصلية، ويتم اللجوء إليه في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي.[47]

ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة إجراء الملحق كما هو محدد بالمرسوم 15-247 إذا بلغ المبلغ الإجمالي للخدمات الإضافية والتكميلية والمخفضة النسب المحددة بالمادة 139 من المرسوم نفسه، وهي: 10% من مبلغ الصفقة الأصلية.[48]

ومن ثم فان الصفقات العمومية التي يقصدها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا تنحصر في الصفقات العمومية، وإنما تشمل كل العقود التي تبرمها الإدارات والمؤسسات المعنية والتي لا تتجاوز قيمتها السقف المحدد في قانون الصفقات العمومية.[49]

ثانيا: مراجعة العقد أو الصفقة

يقصد بمراجعة الصفقة تحيينها وفقا للصيغ والكيفيات المتفق عليها والمحددة في الصفقة أو إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك. تم تنظيم طرق مراجعة الصفقات العمومية في القسم الثاني من الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان "الأسعار" من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث 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[50].

ويكون هذا التحيين في الحالة العادية أي في الحالة التي تبرم فيها الصفقة العمومية وفق إجراء طلب العروض، إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحين أسعار الصفقة المبرمة حسب إجراء التراضي عند انقضاء أجل صلاحية السعر المنصوص عليها في التعهد، الذي يفصل بين تاريخ توقيع المتعامل المتعاقد على الصفقة وتاريخ التبليغ بالمشروع في تقديم الخدمة، وتتمثل الأرقام الاستدلالية القاعدية التي تؤخذ بعين الاعتبار هي أرقام الشهر الذي تنتهي في تاريخه صلاحية الأسعار.[51]

وتلجأ الإدارة في عملية إبرام الصفقة العمومية إلى الإعلان عن المشروع المراد تنفيذه، سواء كانت طريقة إبرام طلب العروض أو أسلوب التراضي، ومن ضمن الشروط المنصوص عليها في الإعلان تحدد الإدارة تاريخا معينا كأخر أجل لتقديم العروض، تلزم المقاول الاحتفاظ بعروضه لمدة معينة قد تكون عادة ثلاثة أشهر، فهذه المدة تعد مهمة جدا لأنها بالنسبة للمقاول يعتمد عليها فيما يخص تقويمه للمشروع أخذا بعين الاعتبار تقلب الأسعار وبالنسبة للإدارة هي المدة التي يؤخذ بها عند عملية التحيين، وحتى تتفادى الإدارة هذه العملية فإنها تأمر المقاول في البدء في الأشغال قبل نفاذ مدة صلاحية العروض.[52]

وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة فإنه يجب أن نحدد في الصفقة صيغة أو صيغ مراجعة السعر، وكذلك كيفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة،[53] ولابد أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة، من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد وتتمثل المعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ مراجعة الأسعار فيما يلي:

- المعاملات المحددة مسبقا مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي.
- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة مبرمة حسب إجراء التراضي البسيط.[54]

كما يجب أن تشتمل صيغ مراجعة الأسعار على ما يأتي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي ومهما يكن من أمر، فانه لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشر 15%.
- حد استقرار التغيير في الأجور قدره خمسة في المائة 5%.
- الأرقام الاستدلالية والأجور والمواد المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية.[55]

إلا أنه عندما يكون السعر قابلا للمراجعة، فإنه لا يمكن العمل ببند مراجعة الأسعار ويكون ذلك في الحالات التالية:

- في الفترة التي تغطيها صلاحية العرض.
- في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار، عند الإقصاء.
- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر.[56]

لأنه من المعلوم أن بنود مراجعة الأسعار تطبق مرة واحدة خلال ثلاثة 03 أشهر، باستثناء الحالة التي يتفق فيها الأطراف باتفاق مشترك على تحديد فترة تطبيق اقصر.

ثالثا: تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق

يقصد بالتأشير موافقة السلطة المخولة قانونا على عملية التعاقد وإجازتها بعد التأكد من أن الإجراءات القانونية قد تم احترامها، وأن الاعتمادات المالية متوفرة ومرصودة لنفس الغرض محل التعاقد، فعملية التأشير التي تختص بها اللجان الرقابية القبلية تتوج بمقرر يتم بموجبه تأشير أو رفض إعطاء التأشيرة، سواء كان الرفض مؤقتا أو نهائيا، فهذه التأشيرة تخص فقط الصفقات والملاحق بمفهوم المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية.[57]

فلا يمكن أن تنفذ الصفقة العمومية بدون تأشيرة، وتسلم لهذا الغرض تأشيرة في إطار تنفيذ الصفقة.[58] كما وضع المشرع لجان الصفقات العمومية على المستوى الوطني والوزاري والولائي والبلدي لتتولى الرقابة على مدى مشروعية الصفقة العمومية، وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية واللجان القطاعية بإصدار تأشيرة في غضون خمسة وأربعين 45 يوما على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان، وهي المصادقة على الصفقة حتى تدخل حيز التنفيذ.

فلا تصح الصفقة ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطات المختصة وهي إما الوزير فيما يخص صفقات الدولة، أو الوالي، فيما يخص صفقات الولاية أو رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية أو مسؤول الهيئة فيما يخص بعض الهيئات.[59]

أما عملية التأشير التي يختص بها المراقب المالي فإنها تتم على جميع وسائل التعاقد سواء كانت في شكل اتفاقية، أو عقد بسيط، أو صفقة عمومية أو ملحق، فالمراقب المالي يقوم بدور مهم في مراقبة الآمر بالصرف، وكيفية تسيير الإعتمادات وعدم تجاوزها حتى لا تقع أضرار بحسن سير مالية الدولة، فهو يمارس مهامه الرقابية لدى الإدارة المركزية (الوزارات)، والولاية والبلدية، وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لعملية المراقبة المالية يتضح أن رقابة المراقب المالي تنصب على معظم العمليات المالية بصفة عامة، أما في مجال الصفقات العمومية فإن القانون المتعلق بمصالح المراقبة المالية نص على تخصيص مكتب للصفقات يشرف عليه "مراقبون ماليون مساعدون"، فتتحدد رقابة المراقب المالي من

خلال التأكد من احترام الإدارة المتعاقدة لقواعد إبرام العقد، بموجب المحضر الوصفي الذي تقدمه له الإدارة لجلسة فتح الأظرفة موقعا من طرف الأعضاء والرئيس، وكذا التأكد من كل المعطيات المتعلقة بالمتعاقد بما في ذلك صحة الوثائق المرفقة، ويكون ذلك حتى على الصفقات التي لم تصل حد المبلغ المالي لاعتبارها صفقة، أي لم تصل السقف المالي المحدد في نص المادة 13 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأيضا على الصفقة وهي في حالة مشروع.[60]

فإذا تم التأشير على الصفقة العمومية توقعها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد ويعطي له أمر ببداية تنفيذ الأشغال، ويمكن للجنة المختصة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها، وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللا، ويكون الرفض في حالة مخالفة التشريع أو التنظيم المعمول بها في مجال الصفقات العمومية.[61]

عليه تعاد إجراءاتها من جديد وفقا لسبب رفض التأشير الصادر عن اللجنة المختصة، ويتجسد الهدف من منح التأشيرة إلى توسيع دائرة الرقابة في استعمال الأموال العامة حفاظا على المصلحة العامة وعدم انتشار الفساد الإداري، ذلك أن مجال الصفقات العمومية يعد ميدانا خصبا للرشوة والكسب غير المشروع، لذلك لابد من تشديد كل أنواع الرقابة حفاظا على المال العام.[62]

ويمكن الإشارة إلى أن تنظيم منح التأشيرة بأحكام ونصوص خاصة في قانون الصفقات العمومية، يعد تجسيدا لمبدأ المشروعية من حيث مراعاة واحترام القواعد القانونية المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية، كخرق الأحكام المتعلقة بالإعلان عن الصفقة العمومية والذي يشكل صورة من صور المحاباة.

ويستخلص مما سبق أن مفهوم الصفقة في ظل قانون الفساد أوسع من ذلك المنصوص عليه في المرسوم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما يعد من أهم مميزات قانون مكافحة الفساد.

الفرع الثاني: مخالفة التشريعات أو التنظيمات المعمول بها في إبرام هاته العقود

تتطلب جريمة منح امتيازات غير مبررة، وفقا للمادة 01/26 من قانون الفساد لتحقيق ركنها المادي أن يقوم الجاني بإبرام أو مراجعة أو التأشير على عقد من العقود المشار إليها آنفا مخالفةً للتشريعات والتنظيمات المعمول بها.

ويقصد بالتشريعات جميع القوانين والأوامر التي تمر على الهيئة التشريعية المتمثلة في البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وتتم المصادقة عليها.

أما التنظيمات فهي تلك النصوص المنظمة للمؤسسات والهيئات العمومية التي يشرف عليها موظفون عموميون والتي تمارس مهامها بموجبها بما فيها إبرام العقود.

إن هذه الأحكام لا تنحصر في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية فقط، بل يقصد بها مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة، وشفافية الإجراءات أيا كان مرجعها، سواء كان قانون مكافحة الفساد أو الأمر المتعلق بالمنافسة أو القانون التجاري، وفيما يخص المبادئ الواجب مراعاتها، فهي مبدأ حرية الترشح الذي يعتبر حقا لكل من تتوفر فيه شروط الترشح، ومبدأ المساواة بين المرشحين، ومثاله اشتراط كفاءات فنية عالية غير متكافئة بالمقارنة مع العمل المطلوب، أو حرمان المرشح من إيداع عرضه قبل انقضاء الأجل المحدد، وأيضا تفضيل مؤسسة لا تتوفر على الشروط المقبولة لترشحها على مؤسسة أخرى يحتمل فوزها بالصفقة، وذلك من أجل الاستفادة من العقد المبرم، وكذا مبدأ شفافية الإجراءات، ويظهر الإخلال فيه خاصة بما تعلق بإجراءات الإعلان وإشهار الصفقة العمومية.[63]

فبالنسبة للصفقات العمومية والتي يحكمها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، قد تضمن هذا الأخير إجراءات إبرام الصفقة وحدد المؤسسات والهيئات العمومية المعنية بهذه الإجراءات من خلال المواد من 06 إلى 09 منه، ويشكل الإخلال بها عنصرا مكونا للركن المادي لجنحة المحاباة، أما العقود التي تتضمن عمليات خاصة بالصفقات العمومية كما هي محددة بالمرسوم، 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 15-247، ولكن يجب أن تؤسس على قواعد المنافسة والشفافية والنزاهة حفاظا على المال العام.

أما باقي العقود التي يبرمها الموظف العمومي حسب ما هو معرف بالمادة 02/ب من قانون مكافحة الفساد، والتي تشمل الهيئات غير المعنية بإجراءات الصفقة وهي المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الرأسمال المختلط والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عامة، فتخضع عملية إبرامها ومراجعتها والتأشير عليها وتعديلها للإجراءات المحددة في القوانين الخاصة بهذه المؤسسات أو في لوائحها التنظيمية، ويشكل الإخلال بها عنصرا مكونا للركن المادي لجنحة المحاباة.[64]

المطلب الثاني: الغرض من السلوك الإجرامي

لا يكفي لتحقيق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها، وإنما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني، وإلا عدّ الفعل رشوة، وهي جريمة قائمة بحد ذاتها في مجال الصفقات العمومية.[65]

وعليه فلا 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 زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل ومحاباة أحد المتنافسين على غيره، مثل: تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة، أو تزويد أحد المرشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من إعداد عرضه بطريقة تحقق له الفوز بها.

هذا الأخير بإمكانه أن يشكل في حد ذاته امتيازا غير مبرر؛ فقد يحدث أن يقوم الموظف بذلك الفعل بدافع الجهل بهذه الأحكام، أو الخطأ في تطبيق القانون، وخاصة في حالة الضرورة أو الاستعجال التي تقتضي التدخل لدفع ضرر محتمل يمس بالمال العام أو بالمصلحة العامة، فيرتكب الموظف ما يخالف الأحكام التشريعية والتنظيمية التي ينبغي مراعاتها في هذه الظروف، ومثالها تكليف مقاول بإنجاز أشغال أو توريد سلعة تقتضيها المصلحة العامة الملحة من دون استصدار ترخيص من قبل السلطات الوصية.[66]

وبعنصر الغرض يتضح أن الغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان مبدأ المساواة بين المرشحين للفوز بالصفقة أو العقد، وإرساء لمبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية، وهي المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية.

وتجدر الإشارة إلى أنه على القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهاته الجريمة وذلك بتبيين الإجراء المخالف للقانون، وربطه بمن رست عليه الصفقة مبرزا العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفقة لأحد المرشحين، ويتضح له ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف القضية.[67]

المبحث الثالث:الركن المعنوي

لجنحة المحاباة في الصفقات العمومية قصد جنائي عام يتمثل في العلم والإرادة، وقصد جنائي خاص، وهو ما نعالجه ضمن مطلبين اثنين.

المطلب الأول: القصد الجنائي العام في جنحة المحاباة في الصفقات العمومية

إن السلوك الإجرامي، سواء كان فعلا أو تركا، مرتكبا من قبل شخص طبيعي غير كاف لقيام الجريمة، بل لا بد أن نجد لدى الفاعل ركنا غير مادي داخلي؛ هو ما يسمى بالركن المعنوي، ذلك أنه ليس بلازم في السلوك المطابق ماديا لنموذج الجريمة كما رسمه نص التجريم، أن ينطوي نفسيا على القصد الذي يتطلبه هذا النموذج، فقد يتوافر ماديا بدون أن يقترن به نفسيا القصد الجنائي الذي يستلزمه القانون لوجود الجريمة، وفي هذه الحالة يكون قد تحقق من الجريمة مظهرها المادي، بغير الباطن النفسي اللازم لتوافرها.[68]

جنحة المحاباة هي جريمة عمديه تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا. ويتجسد الركن المعنوي في علم الموظف وإدراكه وإتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير.[69]

المطلب الثاني: الغرض من الجريمة

تتطلب جنحة المحاباة في الصفقات العمومية توافر القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة في سبيل تحقيق أغراض شخصية، ويعتبر هذا القصد إضافيا في بعض الجرائم حيث لا يكفي القصد العام.

ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار العملية والوعي التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرائية أو من استحالة عدم العلم بها بحكم الوظيفة التي يشغلها.

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 عند فائدة مؤسسة عمومية، كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية.[70]

ويمكن التمييز بين مرحلتين بالنسبة للقصد الجنائي في جريمة المحاباة في الصفقات العمومية:[71]

مرحلة ما قبل تعديل المادة 1/26 بموجب القانون رقم 11-15، فكان النص يشترط توافر القصد الخاص إلى جانب القصد العام، فلا تقوم الجريمة بمجرد قيام الجاني بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، والذي لا يعدو أن يكون مجرد خطأ إداريا يسأل عنه مرتكبه تأديبيا، وإنما يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون الغرض من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو تمييز وتفضيل أحد المتنافسين عن غيره دون تبرير ذلك، ففي هذه الحالة يبحث القاضي عن توافر القصد الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، وهو إعطاء امتياز غير مبرر للغير، وهي مسألة يصعب إثباتها.

مرحلة ما بعد تعديل المادة 1/26 من قانون مكافحة الفساد، حيث تخلى النص عن اشتراط القصد الخاص لقيام جريمة المحاباة، واكتفى بوجود القصد العام المتمثل في العلم والإرادة.

ومثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي، فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة، وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للمتهم، سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.[72]

المبحث الرابع: قمع الجريمة

تخضع جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير في سبيل قمع مختلف جرائم الفساد، وتتعلق هذه الأحكام بإجراءات المتابعة والجزاء.

المطلب الأول: المتابعة

كباقي جرائم الفساد، تتم المتابعة بالنسبة لجنحة المحاباة وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، غير أن قانون مكافحة الفساد نص على أحكام مميزة بشأن أساليب التحري للكشف عن هذه الجرائم والتعاون الدولي وتجميد الأموال وحجزها وانقضاء الدعوى العمومية.[73]

تنص المادة 56 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على ما يلي: "من أجل تسهيل عملية جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الالكتروني والاختراق، على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة".

وعليه فهذا النص يشمل جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد، وتتمثل أساليب التحري من خلاله في: التسليم المراقب، الترصد الالكتروني، الاختراق.

أولا: التسليم المراقب

هو الأسلوب الوحيد الذي عرّفه قانون مكافحة الفساد، وذلك من خلال المادة 02/ك منه والتي تعرّف أسلوب التسليم المراقب بأنه الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة وتحت مراقبتها، بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه.[74]

ثانيا: الترصد الالكتروني

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريفه لا من خلال قانون الإجراءات الجزائية ولا من خلال قانون مكافحة الفساد غير أنه بالرجوع إلى القانون المقارن، نجد المشرع الفرنسي قد أدرجه في قانون الإجراءات الجزائية، ويقتضي هذا الأسلوب اللجوء إلى استعمال جهاز إرسال يكون سوارا الكترونيا في غالب الأحيان يسمح بترصد حركة المعني بالأمر والأماكن التي يتردد عليها.[75]

ثالثا: الاختراق

لم ينص قانون الفساد على تعريفه، غير أن قانون الإجراءات الجزائية وعلى إثر تعديله من خلال القانون رقم 06-22 بتاريخ 2006/12/20 تطرق إليه كأسلوب من أساليب التحري والتحقيقات تحت تسمية "التسرب" يلجأ إليه في كشف بعض الجرائم منها تلك المتعلقة بالفساد، وعرّفه من خلال المادة 65 مكرر 12 فقرة 01 والتي تنص على "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية مراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف".[76]

غير أن اللجوء إلى أسلوب من أساليب التحري هذه في كشف جرائم الفساد يتوقف على إذن من السلطة القضائية المختصة المتمثلة في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق.

رابعا: التعاون الدولي واسترداد الموجودات

نص قانون الفساد على التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الفساد ومنها جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، في الباب الخامس منه في المواد من 57 إلى 70 والتي تنص في مجملها على التعاون القضائي وتقديم المعلومات بشأن العائدات الجرمية والتعامل مع المصارف والمؤسسات المالية واسترداد الممتلكات في مجال المصادرة.[77]

خامسا: تجميد الأموال وحجزها

وفقا للمادة 51 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد يمكن للقاضي أو السلطة المختصة والمتمثلة أساسا في مصالح الشرطة القضائية، الحكم أو الأمر بتجميد وحجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر منصوص عليها في قانون الفساد، بما فيها جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.[78]

سادسا: تقادم الدعوى العمومية

يطبق على مسألة تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لجنحة المحاباة نص المادة 54 فقرة 01-02 من قانون مكافحة الفساد، وهو كذلك نص عام يطبق على جميع جرائم الفساد. وتقضي الفقرة الأولى من هذه المادة بعدم تقادم الدعوى العمومية في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن.

بينما تنص الفقرة الثانية على الإحالة إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية في حالة عدم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وعليه وبما أن جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة، فإنه يطبق على مسألة التقادم في هذه الحالة نص المادة 08 ق إ ج التي تقضي بأن التقادم فى مواد الجنح يكون بمرور 03 سنوات كاملة.[79]

المطلب الثاني: العقوبات

نتطرق من خلال عنصر الجزاء إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، والشخص المعنوي.

الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي

أولا: العقوبات الأصلية

تنص المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على الجزاء المقرر لمن يرتكب جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وهو الحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 200.000 دج إلى 1000.000دج.

أ- تشديد العقوبة

تنص المادة 48 من قانون الفساد على تشديد عقوبة الحبس، لتصبح مدتها من 10 سنوات إلى 20 سنة، دون تشديد الغرامة، إذا ارتكب الجريمة أحد الأشخاص المذكورين في هذه المادة- وهو نص يطبق على جميع جرائم الفساد- وهم:

* القاضي بمفهومه الواسع، وبالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي والإداري، وقضاة مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة والمجلس الدستوري.

* الموظف الذى يمارس وظيفة عليا في الدولة، ويقصد به كل موظف سام يعين بموجب مرسوم رئاسي.

* الضباط العموميون، وهم المحضرين القضائيين، الموثقين، محافظي البيع بالمزايدة، والمترجمين الرسميين.

* أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد المعرّفة بنص المادة 02 فقرة –م- من قانون الفساد.

* ضباط وأعون الشرطة القضائية، وهم كل من يجوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية.[80]

* من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، وهم الأشخاص المذكورة في المادتين 21 و27 من قانون الإجراءات الجزائية، والذين يخول لهم صلاحيات الشرطة القضائية كل في مجال اختصاصه.[81]

* موظفوا أمانة الضبط، ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون، ورؤساء أقسام الضبط، وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية وكذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية.[82]

ب- الإعفاء من العقوبة

يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وفقا لنص الفقرة 01 من المادة 49 من قانون مكافحة الفساد، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة اجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها.

ج- التخفيض من العقوبة

تخفض العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد بما فيها جنحة المحاباة، وفقا للفقرة 02 من المادة 49 من قانون الفساد إلى النصف، لكل شخص إرتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها.

د- تقادم العقوبة

ينص على تقادم عقوبة الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد بوجه عام بما فيها جنحة المحاباة نص المادة 54 فقرتين 01 و02، إذ تقضي بأن لا تتقادم العقوبة في حالة تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن.

أما في غير هذه الحالة فتطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية، وبما أن جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تشكل جنحة، فينطبق عليها في هذه الحالة نص المادة 614 من قانون الإجراءات الجزائية، التي تنص على أن تقادم العقوبة في مواد الجنح يكون بمضي 05 سنوات، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تزيد عن 05 سنوات كما هو جائز حصوله في جنحة المحاباة فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة المحكوم بها.[83]

ثانيا: العقوبات التكميلية

تقضي المادة 50 من قانون مكافحة الفساد بإمكانية معاقبة الجاني في حالة إدانته بجريمة أو أكثر من جرائم الفساد بوجه عام بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها فى قانون العقوبات والذي نص عليها في المادة 09 منه، ومن هذه العقوبات:

- المنع من الإقامة.
- تحديد الإقامة.
- الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية والوطنية.
- سحب جواز السفر.
- نشر أو تعليق حكم الإدانة.

أ. مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة

تنص الفقرة 02 من المادة 51 من قانون الفساد على ما يلى: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية".

يستنتج من هذا النص أن الحكم بمصادرة العائدات أو الأموال غير المشروعة سواء في جريمة منح امتيازات غير مبررة أو غيرها من جرائم الفساد، إلزامي بالنسبة للقاضي، وعبارة "تأمر" المستعملة في النص تدل على ذلك، هذا بالرغم من أن المصادرة عقوبة تكميلية.[84]

ب- إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات والتراخيص

جاء قانون الفساد بحكم جديد لم يعرفه التشريع الجزائي الجزائري من قبل، وذلك من خلال المادة 55 منه والتي جاءت تحت عنوان " آثار الفساد " ومفادها ما يلى: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

فبالنسبة للجرائم المتعلقة بالصفقات خاصة، وباقي جرائم الفساد عامة، إذا تم إدانة الجاني بإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، جاز للقاضي إبطال هاته الصفقات أو العقود أو الامتيازات، وتصبح في حكم العدم، بالرغم من أن إبطال العقود هو من اختصاص جهات القضاء المدني.

وعليه فالقاضي ملزم بعد الحكم بالإدانة بجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، بتبيين الامتيازات الممنوحة وعدم شرعيتها، ليحكم بإبطال هذه العقود والامتيازات في نفس الحكم وفي الشق الجزائي لا المدني.[85]

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي

أحالت المادة 53 من قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص فيه على أحكام قانون العقوبات.

ففيما يتعلق بعقوبة الشخص المعنوي تنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على أن تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وبالإسقاط على عقوبة جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، تصبح عقوبة الغرامة فيها بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 1000.000 دج وهو الحد الأقصى للغرامة إلى 5000.000 دج.

كما نصت المادة نفسها على العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي، فنصت على تطبيق واحدة أو أكثر من العقوبات الآتية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.[86]

خاتمة:

لقد استطاع المشرع الجزائري أن يحدد بدقة أركان جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، وذلك من خلال قانون الحماية من الفساد ومكافحته الصادر سنة 2006. فهي جريمة يرتكبها الموظف العمومي؛ سواء تعلق الأمر بموظف المناصب التنفيذية من خلال رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو الوزراء، أو موظف المناصب الإدارية سواء تعلق الأمر بالموظف الإداري المؤقت أو الدائم، أو موظف المناصب القضائية والنيابية. فكل موظف من هؤلاء يقوم بإبرام صفقة أو اتفاقية أو عقد أو يؤشر عليه أو يراجعه مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير يتعرض للمساءلة الجزائية، وكذا الحال بالنسبة لكل موظف يقوم بفعل من الأفعال المجرمة في باقي الجرائم المتعلقة بالفساد، وهذا ما يتعلق بالركن المادي للجريمة.

وجنحة المحاباة هي جريمة عمديه تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، ويتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا. ويتجسد الركن المعنوي في علم الموظف وإدراكه وإتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة للغير.

كما تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة. ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار العملية والوعي التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرائية أو من استحالة عدم العلم بها بحكم الوظيفة التي يشغلها.

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد خطى خطوات محمودة في ما يتعلق بسياسة التجريم والعقاب والقمع اتجاه جنحة المحاباة في الصفقات العمومية، وسوف يذهب الأمر في الإتجاه نفسه حينما يتم اعتماد معايير موضوعية في اختيار الموظف العمومي باختيار موظف كفؤ والتأكد من قدرته على تحمل أعباء الوظيفة دون تحيز أو محاباة. وكذا اتخاذ تدابير لازمة من شأنها حماية الموظف من الوقوع في بؤر الفساد؛ وذلك بإصلاح نظام الأجور بالشكل الذي يضمن معه مستوى معيشي كريم للموظف العمومي. وتدعيم استقلالية أجهزة الرقابة في مجال الصفقات العمومية عن السلطة التنفيذية.

الهوامش:

1 محمد أحمد غانم، المحاورة القانونية والشرعية للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص176.

2 أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، قانون جرائم التزييف والتزوير والرشوة واختلاس المال العام من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998، ص271.

3 المرجع والصفحة نفسها.

4 الدليمي نوفل علي عبد الله صفو، الحماية الجزائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص201.

5 Délaubadère André, Droit administrative, 17 eme édition, LGDJ, Paris, 2002, p 336 et 337.

6 حاحة عبد العالي، "الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها"، مداخلة مقتبسة من أطروحة دكتوراه للباحث حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013، ص4.

7 المرجع والمكان نفسه.

8 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ظل قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008، ص24.

9 المرجع نفسه، ص24.

10 راجع المادة 2/ب من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر رقم 14 مؤرخة في 8 مارس 2006.

11 هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص46.

12 احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد والمال والأعمال وجرائم التزوير، دار هومه، الجزائر، ج2، ط9، 2008، ص8.

13 هنان مليكة، مرجع سابق، ص47.

14 تنص المادة 177 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج ر رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 على أنه:"تؤسّس محكمة عليا للدّولة، تختصّ بمحاكمة رئيس الجمهوريّة عن الأفعال الّتي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، والوزير الأول عن الجنايات والجنح، الّتي يرتكبانها بمناسبة تأديتهما مهامهما.
يحدّد قانون عضويّ تشكيلة المحكمة العليا للدّولة وتنظيمها وسيرها وكذلك الإجراءات المطبّقة".

15 بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2009، ص20.

16 فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص20.

17 عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2007، ص126.

18 احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص9.

19 عمار بوضياف، مرجع سابق، ص126.

20 زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012/2011، ص21.

21 المادة 10 من المرسوم الرئاسي 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، ج ر رقم 61 مؤرخة في 30 سبتمبر 2007.

22 بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص20.

23 زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص26.

24 هنان مليكة، مرجع سابق، ص48.

25 زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص27.

26 هنان مليكة، مرجع سابق، ص48. وراجع المادة 2 من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 ديسمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57 الصادرة في 8 ديسمبر 2004.

27 زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص28.

28 راجع المادتين 112 و118 من التعديل الدستوري 2016.

29 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص26.

30 المرجع نفسه، ص28.

31 احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص15.

32 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص29.

33 المرجع نفسه، ص29.

34 المرجع نفسه، ص27.

35 احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص16. وانظر بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص30.

36 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص29.

37 حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص5.

38 القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011 يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 44 لعام 2011.

39 بن عودة صليحة، "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 22، فبراير 2018، ص120.

40 المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري. والمعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر رقم 44، ص21.

41 بعلي محمد صغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص10.

42 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص31.

43 زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص37.

44 قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية "ليوة" بـ"بسكرة" ضد (ق أ) تحت رقم 6215 فهرس 873. انظر بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور، الجزائر، ط2، 2009، ص36.

45 تنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلاّ على الصفقات العمومية محل نفقات: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"...".

46 تنص المادة 13 من المرسوم نفسه على أنه: "كل صفقة عمومية يساوي المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب...".

47 راجع المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

48 راجع المواد 136 و137 و138 و139 من المرسوم نفسه.

49 احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص114.

50 المادة 98 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

51 المادة 100 من المرسوم نفسه.

52 زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص55.

53 راجع المواد من 97 إلى 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

54 المادة 1/102 من المرسوم نفسه.

55 المادة 3/102 من المرسوم نفسه.

56 المادة 101 من المرسوم نفسه.

57 بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص123.

58 المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247.

59 راجع المادة 200 من المرسوم نفسه.

60 بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص124.

61 المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247.

62 محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص67.

63 بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص125.

64 أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص90.

65 المرجع نفسه، ص120.

66 بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص125.

67 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص32.

68 رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط3، 1997، ص922.

69 جباري عبد الحميد، "قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة الفكر البرلماني، العدد 15، فبراير 2007، ص106.

70 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص33.

71 بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص126.

72 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص35.

73 المرجع نفسه، ص34.

74 المرجع نفسه، ص34.

75 احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص90.

76 المادة 65 مكرر 12 من القانون رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج ر رقم 84، ص8.

77 راجع المواد من 57 إلى 70 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر رقم 14 مؤرخة في 8 مارس 2006.

78. بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص35.

79 المرجع نفسه، ص36.

80 راجع المادة 15 من القانون رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة في فقرتها السابعة 7 بالأمر رقم 95-10 المؤرخ في 25 فبراير 1995، ج ر رقم 11 ص03.

81 راجع المادة 27 والمادة 21 من القانون رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة بالقانون رقم 85-02 المؤرخ في 26 يناير 1985، ج ر رقم 05 ص79.

82 انظر بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص38.

83 راجع المادة 614 من القانون رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدلة في الفقرة الأولى بالأمر رقم 75-04 المؤرخ في 17 يونيو 1975، ج ر رقم 53 ص750.

84 بوخدنة لزهر وبركاني شوقي، مرجع سابق، ص40.

85 المرجع نفسه، ص40.

86 المرجع نفسه، ص39.