الركن المفترض في جرائم الفساد

أ.زقاوي حميد، أستاذ مساعد(ب)،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، الجزائر.

ملخص:

عتبر جرائم الفساد من الأمراض التي نخرت الاقتصاد الوطني، وقد حاول المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحه الصادر سنة 2006، والمعدل سنة 2010 إيجاد إستراتيجية محكمة لمكافحة هذه الجرائم أو على الأقل الحد منها، ولعل أهم عناصر هذه الإستراتيجية هو تحديد الركن المفترض في هذه الجرائم والمتعلق أساسا بالموظف العام، وقد جاء هذا القانون بنظرة غيرة مألوفة لفكرة الموظف العام، الذي يجد أساسه في القانون الإداري، والقانون الأساسي العام المتعلق بالوظيفة العامة، وأدرج الكثير من الفئات التي لا ينطبق عليها فكرة الموظف العام ضمن المادة الثانية من القانون المشار إليه أعلاه.

ورغم أن المشرع في هذه المادة لم يشر إلى إمكانية تطبيق نظرية الموظف الفعلي التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي في المادة الإدارية، على مرتكبي هذه الجرائم إلا أنه لا مانع من تطبيق هذه النظرية في هذا المجال لاعتبارين أساسين، أما الأول فلأن المشرع استعمل عبارة يشغل ولم يقل عبارة عيّن أو انتخب لهذا المنصب في المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وأما الثاني فلأنه من الصعوبة مما كان على المتعاملين مع الإدارة التأكد من أن الموظف الذي يتعاملون معه هو موظف قانوني أو موظف فعلي.

مقدمة:

تعد الموارد البشرية العصب الرئيسي لنجاح أي تنظيم باعتباره أحد الموجودات الثمينة والضرورية، والتي لا يمكن الاستغناء عنها أو استبدالها، لذا فإن العناية بهذا العنصر له أهمية كبيرة، ذلك أن جل الدول المتقدمة تعنى بالرأسمال البشري، وتجعله الحلقة الأهم في التنمية لاسيما في القطاع العام، أين تضخ له المليارات في شكل طلبات العروض(صفقات عمومية) مما يسمح له بتسيير المرافق العامة، وذلك يجعله حجر الزاوية في أي جريمة تتعلق بهذا النوع من العقود الإدارية، أو ما يسميه الفقه الجنائي بالركن المفترض، فقد أصبحت مجالا خصبا لجرائم الفساد، إضافة إلى الجرائم الأخر التي نص عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

وقد تأخر في الحقيقة عن الصدور لاسيما بعد الخطاب الذي ألقاه رئيس الجمهورية في سنة 1999م، عندما قال:"أن الجزائر دولة مريضة بالفساد ... ودولة مريضة في إدارتها، مريضة بممارسة المحاباة، مريضة بالمحسوبية والتعسف بالنفوذ والسلطة ... مريضة بتبذير الموارد العامة بنهبها بلا ناه ولا رادع لهذه الأمراض التي أضعفت الروح المدنية، وأبعدت القدرات وهجرة الكفاءات ونفّرت أصحاب الضمير وشوهت مفهوم الدولة وغاية الخدمة العمومية ".

جاء هذا القانون بمفهوم أوسع للموظف العام، مقارنة بما هو متعارف عليه في القانون الإداري، استجابة لمتطلبات الشرعية الجنائية، وكي لا يدع مجالا للشك أو التأويل، ومحافظة منه على حقوق وحريات من يبذلون الغالي، والنفيس من أجل هذا البلد خاصة الإطارات المسيرة.

وقد يحدث أحيانا أن يقوم بعض الأشخاص الذي يظهرون بصفة الموظف العام الفعلية، دون أن تكون هذه الصفة قائمة قانونا، بارتكاب أفعالا قد تنطبق عليها الأوصاف المذكورة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والإشكال الذي يطرح؛ ما هي الفئات التي ينسحب عليها وصف الموظف العام في جرائم الفساد رغم عدم توفرها على الشروط المعروفة في القانون الإداري؟ وما مدى إمكانية تطبيق نظرية الموظف الفعلي المعروفة في القانون الإداري على مرتكبي هذه الجرائم؟

وللإجابة على هاذين السؤالين توجب علينا الوقوف على مفهوم الموظف في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المبحث الأول ثم بيان إمكانية تطبيق نظرية الموظف الفعلي على مرتكبي جرائم الفساد في المبحث الثاني.

المبحث الأول

مفهوم الموظف في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

بادئا ببدء يجب القول أن المشرع لم يكتف في إستراتيجيته في مكافحة جرائم الفساد، بالمفهوم التقليدي للموظف العام في القانون الإداري، والقانون الأساسي للوظيفة العامة، بل تجاوز ذلك إلى إدخال الكثير من الفئات تحت هذا المسمى في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[1] في مادته الثانية، وفي الحقيقة لا يعد هذا اجتهادا من المشرع ولكنه نتيجة حتمية لالتزاماته النابعة أساسا من المصادقة بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04- 128 المؤرخ في 19 أفريل 2004 على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والمعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، ولعل أهم ما يمكن ملاحظته على هذا القانون، أنه انفرد بذكر كل الأشخاص الذين تتوافر فيهم الصفة لارتكاب جرائم الفساد، فلم يترك لا شاردة ولا واردة في هذا الإطار، مريحا القاضي الجنائي من مغبة البحث في مفهوم الموظف، خاصة بعد إلغاء جميع الجرائم التي تتعلق بالموظف العام من قانون العقوبات، ذلك أن هذا الأخير يختلف عما هو منصوص عليه في قانون الوظيف العمومية أو حتى عما هو متعارف عليه في القانون الإداري، كما أن هذه المسألة تتعلق أساسا بركن من أركان الجريمة، وأن طبيعة التجريم والعقاب تقتضي تحديد المخاطبين بها على وجه لا يدع مجالا للتفسير والقياس، ومن هذا المنطلق عدد المشرع في قانون الوقاية من الفساد فئات كثيرة، ينسحب عليه

[1]- القانون 06-01 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، العدد 14، المؤرخ في 08-03-2006، المعدل والمتمم بالقانون بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26-08-2010، ج ر 50.

وصف الموظف العمومي بمفهوم هذا القانون وسنأتي على بيانها في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: ذوو الوكالات النيابية والشاغلين لمناصب تنفيذية وإدارية وقضائية

ويشمل هذا المطلب فئة ذوو الوكالات النيابية وفئة الشاغلين لمناصب تنفيذية وإدارية وقضائية

الفرع الأول: ذوو الوكالات النيابية

وهم الأشخاص الذين تم اختيارهم عن طريق الانتخاب وتشمل الفئات التالية:

أولا– الشاغلين لمناصب تشريعية

إن ممارسة السلطة التشريعية في الجزائر قائمة على نظام الغرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، أو ما سمى بالبرلمان ويضطلع أساسا بإعداد القوانين والتصويت عليها(المادة 98 من دستور 28-11-1996 المعدل والمتمم)،وإذا كان أعضاء الغرفة السفلى ينتخبون عن طريق الاقتراع العام والسري والمباشر والنسبي على القائمة لمدة 05 سنوات[1]، فإن ثلثي أعضاء الغرفة العليا هم منتخبون عن طريق الاقتراع السري والمباشر من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية، والمجالس الشعبية الولائية، بالإضافة إلى الثلث الذي يعينه رئيس الجمهورية من بين الشخصيات، والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية، الثقافية، المهنية،الاقتصادية والاجتماعية.[2]

ثانيا–المنتخبون في المجالس المحلية

وتشمل هذه الفئة كل أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية، الذين ينتخبون لمدة 05 سنوات عن طريق الاقتراع النسبي على القائمة [3].

أ– أعضاء المجالس الشعبية البلدية: يمثلون هيئة المداولة بالإضافة إلى رئيس المجلس بصفته ممثلا للهيئة التنفيذية [4].

ب– أعضاء المجالس الشعبية الولائية: بما فيهم الرئيس ويمثلون هيئة المداولة في الولاية [5].

الفرع الثاني: الشاغلين لمناصب تنفيذية وإدارية وقضائية:لقد أشار قانون الفساد في مادته الثانية الى أنه يأخذ حكم الموظف العمومي من يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، وبغض النظر عن رتبته أو أقدميته وذلك عل النحو التالي:

---

[1]– المادة 84، القانون العضوي رقم 12-01 المتضمن قانون الانتخابات، المؤرخ في 12 جانفي 2012، ج ر، العدد 01، الصادرة في 14 جانفي 2012.

[2]– المادة 101، من دستور 28-11-1996 المعدل والمتمم.

[3]– المادة 65، قانون الانتخابات 12-01 السابق الإشارة إليه.

[4]– المادة 15، القانون 11-10 المتضمن قانون البلدية، المؤرخ في 22 جوان2011، ج ر،العدد 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

[5]– المادة 12، القانون 12-07 المتضمن قانون الولاية، المؤرخ في 21-02-2012، ج ر،العدد 12، الصادرة بتاريخ 29-02-2012.

أولا: الشاغلين لمناصب تنفيذية: تتشكل السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري من:

أ–رئيس الجمهورية: ويأتي على رأس هذه السلطة، بحيث يجسد رئيس الدولة ووحدة الأمة داخل البلاد وخارجها، ينتخب عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري[1]، يضطلع بالكثير من المهام التي أناطه بها الدستور، ولا يسأل جنائيا عن الجرائم التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه، ما لم تشكل جريمة الخيانة العظمى، ويحال في هذه الحالة الى المحكمة العليا للدولة، والتي تختص دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية، لكن هذه المحكمة لم ترى النّور إلى حدّ الأن،[2]ورغم أن المشرع لم ينص على جريمة الخيانة العظمى بهذا الوصف لا في قانون العقوبات ولا في أي قانون أخر، رغم نصه على جريمة الخيانة في المادة 61، 62 و63 من قانون العقوبات، لذا فإن قياس جريمة الخيانة العظمى على ما ورد بهذه النصوص قد يتعارض مع مبدأ الشرعية، حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولنا أن نتساءل عن مدى إمكانية متابعة رئيس الجمهورية في حال ارتكابه جريمة من جرائم الفساد واعتبارها من جرائم الخيانة العظمى، وفي كل الأحوال فإن عدم تأسيس المحكمة العليا يفرغ أي معطى من هذه المعطيات من محتواه.

ب–الوزير الأول ونوابه

لقد استبدل المشرع الدستوري في المراجعة الدستورية في 2008 وظيفة رئيس الحكومة بوظيفة الوزير الأول، الذي ينسق عمل الحكومة ويسهر على تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، واستحدث وظيفة نائب أو عدة نواب للوزير الأول[3]، ويهدف اعتماد هذا التنظيم الجديد للسلطة التنفيذية من الداخل إلى إضفاء فعالية أكبر على عمل هذه السلطة، ولكن المتمعن في هذا التعديل سيجد أن المشرع الدستوري يكرس وحدة السلطة التنفيذية، خاصة أن رئيس الجمهورية يعين الوزير الأول دون الأخذ في الحسبان مسألة الحزب الفائز بالأغلبية [4].

وإذا كان بالإمكان محاكمة الوزير الأول في حال ارتكابه إحدى جرائم الفساد أمام المحكمة العليا للدولة التي لم تر النور، يبقى السؤال مطروحا بخصوص محاكمة نواب الوزير الأول خاصة أن المادة 158 التي نصت على محاكمة رئيس الجمهورية والوزير الأول لم تنص على نواب الوزير الأول.

ج– أعضاء الحكومة:

وتشمل هذه الفئة الوزراء والوزراء المنتدبون، وهنا لا إشكال إذ يمكن محاكمتهم أمام المحاكم العادية،

[1]– المادة 70، 71، المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري، ج ر، العدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

[2]–أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 08.

[3]– المادة 05، القانون 08-19 المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 15-11-2008، ج ر، العدد 63، الصادرة بتاريخ 16-11-2008.

[4]– عبد الله بوقفة، القانون الدستوري الجزائري، تاريخ ودساتير الجمهورية الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.455.

وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 573 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية.

ثانيا– الشاغلين لمناصب إدارية: فمنهم يشغل هذه المناصب بصفة دائمة، ومنهم من يشغلها بصفة مؤقتة وكلا الفئتين شملتهم المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وذلك كما يلي:

أ– **الشاغلين لمناصب إدارية بصفة دائمة:**

ويقصد بهم الموظفون العموميون بالمفهوم التقليدي للموظف العام،الخاضعون لقانون الوظيف العمومي، إذ تشمل هذه الفئة كل المستخدمين في الإدارات المركزية للدولة، كرئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة والوزارات، وكذا المصالح غير الممركزة التابعة للإدارة المركزية، كالمديريات التابعة للوزارات، كما تشمل أيضا الموظفين في الجماعات الإقليمية(الولاية و البلدية)، وكل الموظفين في المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كالمستشفيات، كما تشمل أيضا المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني كالجامعات، بالإضافة إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي كمركز تنمية الطاقات المتجددة، وكل مؤسسة يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون كهيئات الضمان الاجتماعي.[1]وبالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فإن صفة الموظف العمومية تكاد تنحصر في المدير العام.[2]

ب–الشاغلين لمناصب إدارية بصفة مؤقتة:

ورغم أن هذه الفئة لا تتوفر على صفة الموظف بمفهوم القانون الإداري، لانتفاء صفة الديمومة وصفة الترسيم في إحدى درجات التسلسل الإداري كالأعوان المتعاقدون والأعوان المؤقتون العاملون في الإدارات والمؤسسات العمومية، إلا أن المشرع أبى إلا أن يضفي عليهم صفة الموظف العام بمفهوم قانون الفساد لما لهم من دور في المشاركة في تسيير المرافق العمومية.

ج– الشاغلين لمناصب قضائية:

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالمعيار الموضوعي في تحديد هذه الفئة، معبرا عنها بمن يشغل منصبا قضائيا و التي تشمل القضاة بالمعنى الضيق للقاضي المشار إليهم في المادة 02 من القانون الأساسي للقضاء، والذي يشمل الفئات التالية:

1– القضاة على مستوى القضاء العادي بما فيهم قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية.

2– قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

3– القضاة العاملون في:

– الإدارة المركزية لوزارة العدل.

– أمانة المجلس الأعلى للقضاء.

[1]–المادة 02،القانون رقم 06–03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المؤرخ في 15–جويلية 2006، ج ر رقم 46.

[2]– أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 12.

– المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة.

–مؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل [1].

كما تشمل فئة الشاغلين لمناصب قضائية المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات[2]، والمساعدون في قسم الأحداث في القسم الاجتماعي[3]، لأنهم عنصر أساسي في تشكيل هيئة المحكمة، بالإضافة الى مشاركتهم في إصدار الأحكام لأن أصواتهم تداولية، إضافة إلى الوسطاء والمحكمون الذين استحدثهم المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [4].

ويدخل في هذه الفئة أيضا قضاة مجلس المحاسبة لأنهم يمارسون مهاما قضائية وذلك بناء على الاعتبارات التالية:

- أنهم معينون بمرسوم رئاسي مثلهم مثل القضاة العاديون [5].
- عدم قابلية قضاة مجلس المحاسبة للعزل والنقل: والمقصود بذلك عدم جواز فصلهم أو توقيفهم عن العمل أو نقلهم إلى وظيفة أخرى غير قضائية أو إحالتهم بصفة إجبارية على التقاعد إلا في الحالات التي ينص عليها القانون، وذلك بهدف تحصينهم ضد القرارات التعسفية التي قد يتعرضون لها اثناء ممارسة وظيفتهم [6].
- أحكامهم قابلة للطعن أمام مجلس الدولة [7].

المطلب الثاني: من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال مختلط ومن هم في حكم الموظف

وسنتناول في هذا المطلب فئة المتولين لوظائف أو وكالات في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال مختلط أولا، ثم الحديث عن الفئة التي تشمل من هم في حكم الموظف بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافح

الفرع الأول: من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال مختلط

ويدخل في هذه الفئة الأشخاص الذين يعملون في المرافق العامة أو الهيئات الإدارية، سواء كانت مؤسسات ذات طابع إداري أو مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري، أو هيئات الضمان الاجتماعي، وكذا السلطات الإدارية المستقلة كمجلس المنافسة، سلطة

[1]– القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06-09 – 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر، العدد 57، لسنة 2004.

[2]– المادة 309، الأمر 66-155 المؤرخ في 08-06-1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج ر، العدد 48، لسنة 1966.

[3]– المادة 502، القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 21، لسنة 2008.

[4]– المادة 994، 1017، ق إ م إ ج، السابق الإشارة إليه.

[5]– المواد 03،04،05 من الأمر 95-23 المؤرخ في 26-08-1995 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج ر، العدد 48، لسنة 1995.

[6]– المادة 11، الأمر 95-20 المؤرخ في 17يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، العدد 39، الصادرة بتاريخ 23 يوليو 1995 المعدل والمتمم.

[7]– المادة 110، الأمر 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر رقم 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010 المعدل والمتمم للأمر 95-20 المؤرخ في 17يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة.

ضبط البريد و المواصلات،سلطة ضبط الكهرباء والغاز وسلطة ضبط المحروقات، وكذا كل الشركات التجارية التي تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي خاضع للقانون العام أغلبية رأسماله الاجتماعي مباشرة أو بصفة غير مباشرة،[1]بالإضافة إلى المؤسسات ذات الرأسمال المختلط، والتي يحوز فيها الخواص بعض الأسهم سواء كانوا جزائريين أو أجانب، خاصة بعدما أجاز قانون المالية لسنة 2016 إمكانية فتح الرأسمال الاجتماعي للشركات الوطنية أمام الأجانب بشرط حيازة المجموعة الوطنية لأغلبية الأسهم [2]، وقد ساوى المشرع في ذلك بين من يتولى في هذه الهيئات وظيفة، ويتمتع بقسط من المسؤولية سواء كان رئيسا أو مديرا عاما أو رئيس مصلحة، وبين من يتولى هذه المهام بموجب وكالة، كأعضاء مجلس الإدارة المنتخبين لهذا الغرض، فكلهم يحملون صفة موظف بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثاني: من في حكم الموظف

ليس من عادة المشرع الجزائي أن يوظف مصطلحات عامة، وفضفاضة في مجال التجريم والعقاب، لأنها تترتب عليها أثارا قد تمس بحقوق وحريات الأشخاص المخاطبين بها، ولكن المشرع الجزائري ورغبة منه في حماية المال العام، لاسيما ما كان منها في شكل طلبات عروض(صفقات عمومية)، وبهدف معاقبة كل من تسول له نفسه المساس به، أدرج كل من لم تشمله الفئات السابقة في هذه الفئة وقال " من في حكم الموظف"، ولعلنا نتفهم هذا الطرح، لصعوبة تحديد كل الفئات المخاطبة بهذا القانون، وبالتالي حكم الموظف ينسحب على الفئات التالية:

أولا– المستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني:

وقد استثنتهم المادة 02 من قانون الوظيف العمومي، ممن لا يملكون صفة الموظف العام بمفهوم هذا القانون، وحسنا فعل المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بإدراج هذه الفئة فيمن هم في حكم الموظف [3].

ثانيا–الضباط العموميون: ويقصد بهم كل الأشخاص الذين يعملون باسم الدولة، وبتفويض من السلطة العامة، وتمتع محرراتهم بصفة الرسمية وبالحجية الكاملة، وبالتالي فهم مكلفون بمقتضى أحكام القانون بضبط القضايا المعروضة عليهم من حيث التكييف القانوني ومتابعة الإجراءات وتنفيذها [4] ويدخل ضمن هذا

[1]– أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 14 وما بعدها.

[2]– المادة 62، 66 من القانون 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المتضمن قانون المالية 2016، ج ر، العدد 72،الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2015.

[3]– يخضعون للأمر رقم 06-02 المؤرخ في 28-02-2006، المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، ج ر، العدد 12، لسنة 2006.

[4]– وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دراسة قانونية تحليلية، ط2، دار هومه، الجزائر، سنة 212، ص.22.

الإطار الموثقون[1] والمحضرون القضائيون[2]، ومحافظي البيع بالمزايدة [3]، والمترجمين الرسميين [4].

المبحث الثاني

تطبيق نظرية الموظف الفعلي على مرتكبي جرائم الفساد

وسنتطرق في هذا المبحث إلى فكرة الموظف الفعلي في القانون الإداري في المطلب الأول، ثم تقدير إمكانية تطبيقها على مرتكبي جرائم الفساد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: فكرة الموظف الفعلي في مجال القانون الإداري

تقتضي عملية تسيير المرافق العمومية إصدار قرارات مشروعة وبالتالي لا يسمح كأصل عام لأي شخص أن يمارس الاختصاص الشخصي في اتخاذ هذه القرارات، إلا إذا كان مؤهلا لذلك، ونقصد بهم من يتمتع بصفة الموظف العمومي، وقد أدرج المشرع الجزائري تعريف الموظف العام في قانون الوظيف العامة بقوله" يعتبر موظفا كل عون في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري. الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته" [5].

وقد حاول المشرع بهذا التعريف الاستفادة مما توصل إليه الفقه الفرنسي، وكذا مجلس الدولة الفرنسي في مجال تعريف الوظيفة العامة، والذي عرف الموظف بأنه " كل شخص يعهد إليه بوظيفة دائمة في خدمة مرفق عام"، لهذا يشترط لاكتساب صفة الموظف حسب ما جاء في نص المادة الأولى من القانون 06-03 توافر الشروط التالية:

– صدور قرار التعيين من سلطة مختصة قد تكون إدارة مركزية أو إدارة محلية أو مؤسسة أو هيئة عمومية والتي تعترف من خلال هذا القرار، بتعيين شخص معين بذاته وصفاته لشغل وظيفة معينة ومبينة في قرار التعيين [6].

– التعيين في منصب دائم: فقبل أن يتم ترسيم الموظف وتثبيته في المنصب الذي أوكل إليه، ومهما كانت طريقة توظيفه، فإنه في مرحلة أولى يكون في مرحلة التجريب ثم بعد مرور مدة زمنية يتم تثبيته في منصبه، ليصبح عنصرا من عناصر المرفق العام أو يتم تسريحه بعد إعذاره، خلال مدة خمسة عشر يوما قبل

[1]- المادة 03، 05، القانون 06-02، المؤرخ في 20-02-2006، المتضمن مهنة التوثيق، ج ر، العدد 15، لسنة 2006.

[2]- المادة 04، القانون 06-03 المؤرخ في 20-02-2006، المتضمن مهنة المحضر القضائي، ج ر، العدد 14، لسنة 2006.

[3]- المادة 05، الأمر 96-02 المؤرخ في 10-01-1996، المتضمن تنظيم مهنة محافظي البيع بالمزايدة، ج ر، العدد 03، لسنة 1996.

[4]- المادة 04، الأمر 95-13 المؤرخ في 11-03-1995، المتضمن مهنة المترجم_ الترجمان الرسمي.

[5]- المادة الرابعة من القانون رقم 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية السابق الإشارة إليه.

[6]- عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري، دراسة في ظل الامر 06-03 والقوانين الأساسية الخاصة مدعمة باجتهادات مجلس الدولة، الطبعة الأولى، جسور للنشروالتوزيع، الجزائر، سنة 2015، ص. 20.

صدور قرار التسريح وفقا لنص المادة 84 من الأمر 06-03 المتعلق الأساسي العام للوظيفة العمومية.

وبهذا المعنى فإنه يخرج عن نطاق الموظف العمومي بهذه الصفة الأعوان المتعاقدون والأعوان المؤقتون، رغم أن النص باللغة الفرنسية لم يشر إلى صفة الديمومة، كما أنه بصفة الديمومة يتميز الموظف العام عن العمال الخاضعين للتشريع الاجتماعي والعاملين في القطاع الاقتصادي،[1]فقد جاء في المادة 03 من القانون 90-11 المنظم لعلاقات العمل على استثناء العاملين في المؤسسات العمومية في الدولة والبلدية ومستخدمو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وبعض الفئات الأخرى من الخضوع إلى قانون العمل وخضوعهم كنتيجة حتمية إلى قانون الوظيف العمومي.

– الخدمة في مرفق إداري عمومي تديره الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو بصفة عامة شخص من أشخاص القانون العام، وذلك حسب مفهوم المادة 02 من القانون الأساسي للوظيفة العامة، وبالتالي يخرج عن تطبيق هذا القانون موظفو البرلمان، رجال القضاء، المستخدمون المدنيون والعسكريون العاملون في مرافق ومنشآت عمومية ذات طابع صناعي وتجاري أيضا [2].

لكن قد يتدخل أحيانا أشخاص لا يملكون هذه الصفة أو تتوافر فيه بعض هذه الشروط، ويعترف القانون بالصفة الفعلية في القيام بهذه التصرفات تطبيقا لنظرية الموظف الفعلي والتي سنقف على مفهومها أولا ثم أساسها القانوني ثانيا.

الفرع الأول: تعريف الموظف الفعلي (le fonctionnaire de fait)

لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي كل الفضل في خلق هذه النظرية ووضع أسسها وذلك لمجابهة أوضاع وظروف معينة، حيث أضفى صفة المشروعية على بعض القرارات الصادرة عن أشخاص لا تتوفر فيهم صفة الموظف العام، واعتبرها صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية [3].

وقد حاول بذلك مجلس الدولة الفرنسي التخفيف من وطأة مبدأ المشروعية خاصة عندما يتعلق الأمر بعمل مشوب بمخالفة جسيمة ونقصد به هنا عيب الاختصاص، وذلك في قراره المتعلق بقضية ماريون(**Marrion**) الصادر بتاريخ 05 مارس 1948 حيث قضى بصحة الإجراءات التي اتخذتها مجموعة من الأفراد للعمل مكان المجلس المحلي لبلدية ماريون، إثر هروب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية إبّان الحرب العالمية الثانية، وقامت هذه اللجنة بعملية الاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها إلى السكان، وتم الطعن أمام مجلس الدولة للنظر في مشروعية هذه الأعمال، على أساس أن هذه اللجنة لا تحمل الصفة القانونية لاتخاذ هذه القرارات بالتالي فهي

[1]–الهاشمي خرفي، الوظيفة العمومية على ضوء التشريعات الجزائرية و بعض التجارب الأجنبية، دار هومه، الجزائر، سنة 2012، ص. 99 وما بعدها.

[2]– علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2012 ص. 205.

[3]– محمد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار منشاة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004، ص .361.

مشوبة بعيب اغتصاب السلطة، لكن رغم هذا قضى بصحة وشرعية تلك التصرفات نظرا للظروف الاستثنائية التي عاشتها المدينة في تلك الفترة [1].

وقد عرف الفقيه جاز(JEZE) الموظف الفعلي على أنه كل شخص يشغل وظيفة بطريقة غير صحيحة ويمارس اختصاصاتها، ويزاول أعمالها سواء كان البطلان يعود لتولي الوظيفة أو انتهاء أثرها [2].

ولم يعرف المشرع الجزائري نظرية الموظف الفعلي، ولكن أشار إليها في حالة واحدة نص عليها في المادة 280-1 من الأمر 67-24 المؤرخ في 18-01-1967 المعدل والمتمم المتضمن قانون البلدية،[3]والذي تم إلغاؤه بموجب القانون 90-08 المتعلق بالبلدية والتي نصت على" كل شخص غير القابض البلدي يتدخل بدون إذن قانوني في إدارة نقود البلدية، يعتبر بهذه الإدارة محاسبا".

الفرع الثاني: أساسه نظرية الموظف الفعلي

لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بصحة تصرفات الموظف الفعلي، ولكن يختلف أساس تطبيق هذه النظرية في الظروف العادية عنه في الظروف الاستثنائية.

أولا- أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

لقد أسس مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف العادية وأقامها على أساس فكرة الظاهر في تعامل المرتفقين مع الإدارة الحسني النية مع الشخص الذي يمارس الوظيفة الإدارية دون سند شرعي، وظهوره بمظهر الموظف العام فينتفي بذلك العلم ببطلان تولي الوظيفة أو عدم مشروعية التفويض [4].

أ-بطلان أو انعدام قرار التعيين

فلابد لممارسة الوظيفة الإدارية من وجود قرار تعيين صحيح وذلك بالمرور بكل الإجراءات التي يتطلبها القانون لذلك إذا تم إغفالها أو القيام بها بشكل يخالف القانون فإنه قد يعرض القرارات المبنية على هذا التعيين إلى الإلغاء وبغض النظر عن طريق تولي الوظيفة سواء كان بالتعيين أو الانتخاب [5].

حيث تقتضي عملية التوظيف في القطاع العمومي إجراءات يجب إتباعها سواء كان التوظيف مباشرا أو على أساس الشهادة أو على أساس المسابقة، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الإجراءات في المرسوم التنفيذي رقم 12-194 المؤرخ في 25 أفريل 2012 والذي حدد كيفيات تنظيم المسابقات والامتحانات والفحوص المهنية في

[1]- فرحان نزال حميد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، مجلة الحقوق، المجلد الثامن، الأردن، ص.201.

[2]- يوسف مجدي عز الدين، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، 1988، ص 76. 77.

[3]- الأمر 67-24 المؤرخ في 18 يناير 1976، المتضمن قانون البلدية (الملغى)، ج ر عدد 06، الصادرة بتاريخ 18 يناير 1967.

[4]- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 361.

[5]- خليف محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 50. 51.

المؤسسات والإدارات العمومية[1] وكذا التعليمة رقم 01 المؤرخة في 20-02-2013 المتعلقة بتطبيق أحكام هذا المرسوم، والتي نصت على الأحكام التفصيلية التي تعنى بالجانب الإجرائي في عملية التوظيف من بدايتها إلى غاية إصدار قرار التعيين، فإذا ما عيّن أي شخص في هذا المنصب، ومارس مهامه على هذا الأساس مع وجود خلل في الإجراءات قبل أن يتم إبطال قرار التعيين، أو مارس هذه المهام حتى قبل إصدار قرار تعيينه [2]، وظهر هذا الشخص بمظهر الموظف العام أمام العامة وتعاملوا معه على هذا الأساس، فإنه يمكن إعمال نظرية الموظف الفعلي في هذا المجال، رغم عدم وجود نص يجيز ذلك، وبالتالي اعتبار هذه القرارات صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية إذا ما تم الطعن في صحتها أمام القضاء الإداري الجزائري أسوة منه بالقضاء الإداري الفرنسي، لما لهذا الأخير من مكنة في خلق القواعد القانونية في المجال الإداري، وكل ذلك من أجل حماية الحسني النية، ومراعاة السير الحسن للمرفق العمومي.

فهذه النظرية تسمح للقضاء بتصحيح أو تخفيف النتائج المترتبة عن عدم اختصاص هذا الموظف[3]غير أنه إذا صدرت هذه القرارات بعد الحكم ببطلان عملية التوظيف من طرف القضاء فلا مجال لإعمال هذه النظرية، وإنما تأخذ حكمها الأصلي بالبطلان لأنه حينئذ تنتفي صفة الجهل بعد مشروعية هذه التصرفات [4].

ب-التفويض غير المشروع

لقد أدى تطور الوظيفة الإدارية وتعقيدها إلى ظهور أسلوب التفويض باعتباره وسيلة قانونية تهدف إلى التخفيف من أعباء واختصاصات الرئيس الإداري، وذلك بنقل جزء من اختصاصاته إلى مرؤوسيه من أجل تحقيق فعالية أكبر وسرعة في إنجاز العمل الإداري، ويعتبر إحدى الوسائل للتخلص من تركيز السلطة الإدارية الذي لطالما عرقل نشاط الإدارة وكرس بيروقراطية العمل الإداري، وأشهر أنواع التفويضات تلك المتعلقة بالاختصاص والتوقيع [5].

ولينتج التفويض أثاره يجب توافر بعض الشروط:

- وجود الإذن بالتفويض باعتبار هذا الأخير خروج عن الأصل في ممارسة الاختصاص الشخصي، لذا يجب أن ينص القانون على هذا الاستثناء.

- أن يكون نص الإذن بالتفويض من نفس مرتبة النص المقرر للتفويض، بحيث يتوازى فيها النص المنظم للاختصاص الأصيل للمفوض مع النص الذي يأذن بالتفويض للمفوض له.[6]

- التقيد بحدود التفويض وعدم تجاوزه، وبالتالي لا يمكن للمفوض إليه أن يفوض الاختصاصات المفوضة.

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 12-194 المؤرخ في 25 أفريل 2012، المتضمن حدد كيفيات تنظيم المسابقات والامتحانات والفحوص المهنية في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر العدد 26، الصادرة بتاريخ 03 ماي 2012.

[2]- المادة 04، الأمر 06-03 السالف الذكر.

[3]- محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، ط 2، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، سنة 2011، ص. 208.

[4]- مقال لفرحان نزال حميد، المرجع السابق، ص. 194.

[5]- عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص. 197.

[6]- خليف محمد، المرجع السابق، ص. 47 وما بعدها.

– لا يكون التفويض إلا من السلطة العليا إلى السلطة السفلى.

– يحق للرئيس الإداري أن يعدل في السلطات المفوضة له وله أن يستردها، ولكن يمتنع عليه أن يصدر قرارات أثناء سريان مدة التفويض حتى لا يحدث تعارض أو تضارب في إصدار القرارات [1].

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإننا نكون بصدد تفويض غير مشروع نتساءل معه عن مصير القرارات التي اتخذت بناء على هذا التفويض، وهل هناك إمكانية لتطبيق نظرية الموظف الفعلي في هذه الحالة، وفي هذا الصدد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم تطبيق هذه النظرية، وقضى ببطلان التصرفات الصادرة من الموظف بناء على تفويض غير سليم في حكم له بتاريخ 13 مايو 1949.[2]

أما مجلس الدولة الجزائري فلم يتردد في إبطال كل تفويض مخالف للقانون فقد أبطل في أحد قراراته الصادر بتاريخ 28-02-2000 قرارا صادرا عن رئيس الدائرة الذي ألغي مقرر استفادة صادر عن رئيس البلدية المستقيل، متحججا فيذلك بوجود تفويض من الوالي، في حين أن النص القانوني لا يجيز للوالي تفويض هذا الاختصاص [3].

ثانيا– أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

لقد كانت الظروف الاستثنائية هي اللبنة الأولى لنظرية الموظف الفعلي التي اهتدى إليها مجلس الدولة الفرنسي في قضية ماريون (Marrion) الصادر بتاريخ 05 مارس 1948 السابق الإشارة إليها وقد أسس هذه النظرية في ظل هذه الظروف على فكرة ضرورة سير المرفق العام بانتظام وباضطراد [4]ويعتبر هذا الأخير من أهم المبادئ التي تحكم المرافق العامة، ذلك أن هذه المرافق لم تنشأ أصلا إلا نتيجة الإحساس بأن هناك خدمات أو حاجت ضرورية، يصعب على المواطنين الاستغناء عنها، ومن هنا تظهر أهمية سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد حتى لا يطال الخلل والاضطراب حياة الناس في حالة تعطلها، لهذا فإن علاقة الموظف بالمرفق العام متميزة عن تلك المتبعة في القانون الخاص كإمكانية إنهاء علاقة العمل بعد الإخطار. ولما كان تطبيق هذه القواعد يشكلا مساسا بمصالح الأفراد، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي مبدأ استمرارية المرافق العامة، تفضيل الصالح العام على الصالح الخاص[5]وسنأتي على ذكر طبيعة الظروف التي ينسحب عليها صفة الظرف الاستثنائي.

لم يتفق الفقه على تعريف الظروف الاستثنائية ولعل أهم تعريف ذلك الذي عرفها على أنها تلك الحالة التي توجد وتقوم كلما وجدت الدولة في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطارا جسيمة

[1]– عبد الغني بسيوني عبد الله، نفس المرجع، ص. 198. 199.

[2]– ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 361.

[3]– لحسن بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، سنة 2002، ص 321.

[4]– محمد قدري حسين، القانون الإداري، ط 1، اثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 452.

[5]– محمد قدري حسين، نفس المرجع، ص 447 وما بعدها.

ومحدقة وحالّة سواء كان مصدرها داخلي أو خارجي،ولا يمكن تجاوزها في ظل الظروف العادية، وبالتالي يتوقف تطبيق قواعد المشروعية العادية، وقد طبق القضاء الفرنسي هذه النظرية باسم سلطات الحرب (pouvoir de guerre) إبّان الحرب العالمية الثانية، في القرار الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 28 جوان 1918 في قضية السيد هيرياس(HYRIES) وتتلخص حيثيات هذه القضية في أنه بتاريخ 10 سبتمبر 1914 أصدرت الحكومة الفرنسية مرسوما يقضي بتعليق تطبيق المادة 65 من قانون 22 أبريل 1905 على الموظفين المدنيين في الدولة، وهي المادة التي توجب إخطار الموظف بملفه قبل كل متابعة تأديبية، في حين أن السيد هيرياس تم عزله دون التقيد بهذا الإجراء فطعن في صحة هذه الإجراءات أمام مجلس الدولة الفرنسي متحججا بعدم مشروعية المرسوم، لكن مجلس الدولة الفرنسي صرح أنه في فترات الأزمة، كحالة الحرب الراهنة التي تمر بها فرنسا، تكون للسلطة العامة صلاحيات استثنائية موسعة من أجل ضمان استمرارية المرفق العام [1].

فأساس نظرية الظروف الاستثنائية لا تقتصر على حالة الضرورة، ولكن تشمل واجبات والتزامات الإدارة في ضمان السير الحسن للمرافق العامة بانتظام وبصفة فعلية، ومن أجل ذلك لابد أن نعطى للإدارة سلطات استثنائية لمواجهة الوضعيات الطارئة والاستثنائية قصد الوفاء بالخدمات العامة، فلا تنحصر الظروف الاستثنائية في حالة الحرب فقط، وإنما تشمل جميع الأزمات السياسية والاقتصادية [2].

وقد نظم المشرع الجزائري الظروف الاستثنائية في كل دساتيره رغم اختلاف ذلك من مرحلة إلى مرحلة، ففي ظل دستور 1996 المعدل والمتمم وفي المادة 93 منه التي نصت على الشروط الواجب توافرها لتقرير الحالة الاستثنائية. ودون الخوض في الشروط الإجرائية لذلك، يمكن القول إجمالا أنه تنحصر الظروف الاستثنائية في حالة الطوارئ والحصار التي يعلنها رئيس الجمهورية في حالة الضرورة الملحة(المادة 91من دستور 1996 المعدل والمتمم)، والتي تتوفر عند المساس بالأمن العام أو حدوث أعمال تخريبية أو أعمال مسلحة بالإضافة إلى الكوارث الطبيعية [3].

أما الحالة الاستثنائية فتقوم عندما نكون بصدد خطر داهم يصيب ويهدد مؤسسات الدولة أو استقلالها أو سلامة التراب الوطني(المادة 93 من دستور 1996 المعدل والمتمم) بالإضافة إلى حالة الحرب التي تقوم في حالة وجود عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع [4].

الفرع الثاني: تطبيق فكرة الموظف الفعلي في مرتكبي جرائم الفساد

[1] M Long et autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14 édition, Dalloz, Paris, 2003, p 197.

[2] – أبو زيد محمد عبد الحميد، دوام سير المرافق العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 54.

[3] – بن مقورة جنات، ثنائية السلطة التنفيذية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2003-2004، ص. 62.

[4] – المادة 95 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

يقضي مبدأ الشرعية تقييد سلطات القاضي الجنائي في إصدار أحكامه تطبيقا للنصوص التشريعية دون إمكانية حق إنشاء القاعدة القانونية وذلك طبقا لنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري، ويترتب على ذلك عدم إمكانية تفسير هذه النصوص أو على الأقل تفسيرها في حدود ضيقة جدا، وبما يوافق إرادة المشرع، وذلك حفاظا على حقوق وحريات الأفراد، لكن الأمر ليس بهذه السهولة في حالة ارتكاب الموظف الفعلي على النحو الذي سبق بيانه في القانون الإداري، جريمة من جرائم الفساد، فهل تجري عليه أحكام الموظف العام وبالتالي تترتب المسؤولية الجنائية لهذا الموظف الفعلي أو يتم الأخذ بالتفسير الضيق لنص المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتالي عدم إمكانية مساءلته، وسنلقي الضوء على بعض الآراء الفقهية التي تناولت هذه الإشكالية لنصل إلى موقف المشرع الجزائري.

أولا: موقف الفقه من تطبيق فكرة الموظف الفعلي في المادة الجنائية

لقد ذهب اتجاه فقهي إلى إمكانية انسحاب فكرة الموظف الفعلي على جريمة الرشوة باعتبار هذه الأخيرة الأوسع نطاقا، بحيث تطبق عليه أحكام جريمة الرشوة متى كان النقص في إجراءات التعيين دون أن أين يكون ظاهرا للجمهور، ولم يدرك المرتفق سبب البطلان، ومادام هذا الأمر لم يفقده شيئا من مظاهر السلطة العامة، فلا يمنع من توافر صفة الموظف العام أن يكون قيامه بوظيفته مبني على قرار مشوب بعيب من العيوب التي لا تحول دون ممارسة هذه الوظيفة ،كما لو باشر هذا الموظف عمله قبل حلف اليمين القانونية إذا تطلبها القانون، وقبِل في هذه الفترة عطية أو مزية مقابل أدائه لعمل من أعمال الوظيفة الذي يفرضه عليه القانون [1].

كما أن جميع الإجراءات الشكلية والشروط التي يتطلبها القانون لتولي الوظيفة إنما هي أمور تتعلق بصلة الموظف بالجهة التي يتبعها، وتأسيسا على ذلك لا يمكن التسليم بعدم مساءلة شخص قد ارتكب جريمة الرشوة وتسبيب ذلك بكونه قد عين تعيينا باطلا ومخالفا للقانون،فالقول بخلاف ذلك قد يحمّل المرتفقين مالا يطيقون ويلزمهم في كل مرة من التحقق من صحة قرار تعيين الموظف الذي يتعاملون معه، وهو ما لا يقبله لا المنطق ولا العقل،[2] والثابت هو إجراء الأحكام على الظاهر دون البحث في خلاف ذلك، وهو ما يتحقق جليا في الإدارة العامة، فالظاهر أن الموظف الذي يتعامل معه الجمهور هو موظف عيّن وفقا للقانون وهو المنوط فعلا بهذه الوظيفة.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تطبيق نظرية الموظف الفعلي على مرتكبي جرائم الفساد

لم يشر المشرع الجزائري إلى إمكانية تطبيق نظرية الموظف الفعلي المعروفة في القانون الإداري، في المادة الجنائية كما أنه لم ينص عليه عندما تناول جرائم الفساد لما كان بصدد تحديد مرتكبي هذه الجرائم في

[1]– رمسيس بهنام، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1409 هـ، ص 17.

[2]– ياسر بن ناصر السمري، الموظف العام في جريمة الرشوة، رسالة ماجستير، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2012، ص.124.

نص المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ويبدو وفي ظل عدم وجود أحكام قانونية في هذا الشأن، أنه لا مانع من مساءلة الموظف الفعلي عند ارتكابه لإحدى جرائم الفساد في الحالات العادية أو الاستثنائية، لأن المشرع في نص المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته السابق الإشارة إليها، استعمل عبارة يشغل ولم يختر عبارة عيّن أو انتخب لهذا المنصب [1].

بالإضافة إلى الاعتبارات التي ساقها الفقه في هذا الشأن والقاضية بأن إلزام الأفراد بالتحقق من صحة تعيين الموظفين من عدمها، مما لا يقبله العقل والمنطق، وحتى ولو سلّمنا بذلك فإنه من الصعوبة بما كان تحقيق ذلك، لأن هذه المسائل تشوبها نوع من السرية، حتى أنه يصعب على الموظفين معرفة ذلك لأن الملفات محفوظة لدى مصلحة المستخدمين، كما أن القضاء الإداري هو وحده المنوط بالحكم ببطلان عملية التوظيف إذا ما لمس وجود عيب شكلي أو موضوعي.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 124 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، المتعلقة بتجريم فعل أخذ فوائد بصفة قانونية حتى بعد انتهاء الموظف العمومي من الخدمة بأي طريقة كانت من العمليات التي أشرف عليها أو كانت له سلطة عليها، خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته [2].

خاتمة:

بعيدا عن اللغط والجدال الفقهي المتعلق لاسيما بنظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الموظف الفعلي يمكننا استخلاص النتائج التالية:

– لقد حد المشرع في المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الفئات التي ينسحب عليها وصف الموظف العام بداية بالشاغلين لمناصب تشريعية أو تنفيذية أو إدارية أ قضائية أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، وسواء كان معينا أو منتخبا، وبصفة دائمة أو مؤقتة، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، وكذا كل شخص أخر 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، إضافة إلى الأشخاص الآخرين من هم في حكم موظف.

– قد وفق المشرع الجزائري إلى حد بعيد في تحديد هذه الفئات حماية منه للمال العام.

– عزز المشرع لبدأ الشرعية ولجم أي مجال للتأويل والتفسير وحتى القياس، لكن رغم ذلك وجد نفسه أمام فكرة الموظف الفعلي التي خلقها مجلس الدولة

[1]– حاجة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012–2013، ص.63.

[2]– المادة 124 الملغاة، القانون 66–156 المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 10 جوان 1996، ج ر العدد 49، الصادرة بتاريخ جوان 1966، المعدل والمتمم.

الفرنسي في المجال الإداري، والتي لم يشملها التحديد المنصوص عليه في المادة الثانية المذكورة أعلاه.

– فيظل عدم وجود أحكام قضائية فيما يخص تطبيق فكرة الموظف الفعلي في المادة الجزائية فقد رجحنا الطرح الذي يؤيد متابعة ومعاقبة من يشغل وظيفة عمومية على أساس فكرة الموظف الفعلي، لأن هذا المركز لا يمنع هذا الشخص من ارتكاب جريمة من جرائم الفساد، كما أن المرتفقين الذين تعاملوا معه يصعب عليهم معرفة مدى صحة إجراءات توظيفه أو بطلان التفويض الذي يعمل بناء عليه، ونحن في انتظار ما يجوده علينا القضاء الجزائي في هذا الشأن لكي يقطع الشك باليقين.