جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية

أ. نبيلة رزاقي–جامعة علي لونيسي، البليدة

مقدمة

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق النفع العام، إذ تمثل الشريان الذي يحكم عملية التنمية كما تعتبر النظام الأمثل لاستغلال الأموال العمومية وذلك من اجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد.

وبالنظر إلى ما يتميز به مجال الصفقات العمومية من اتساع وهيمنة على الأنشطة الاستثمارية للدولة، نتيجة كثرة المشاريع التي تسعى لتنفيذها في الساحة الاقتصادية والاجتماعية، فان هذا ما يجعله مجالا خصبا للفساد بمختلف صوره لارتباطه بالوظيفة من جهة، وضخامة الاعتمادات المالية المرصودة لتنفيذ المشاريع والخطط الاستثمارية في الدولة، من جهة ثانية.

وبالنظر أيضا، إلى الارتباط المباشر بين الصفقة والمال باعتبارها من أهم القنوات المستهلكة له، فلقد أعطاها المشرع أهمية متميزة وخصها بقانون خاص ينظمها، فإذا ما أسيئ استغلالها عن طريق الاتجار بها أو الإخلال بواجب النزاهة أصبحت مشبوهة ترتب أضرارا خطيرة، لان الحق المعتدى عليه هو المال العام ونزاهة الوظيفة العمومية.

وعلى ذلك، ورغبة من المشرع الجزائري في الحد من الآثار السلبية لظاهرة الفساد من ناحية، والحفاظ على المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية –والمتمثلة أساس في النزاهة والشفافية فضلا عن المنافسة الشريفة بين المرشحين–من ناحية أخرى، اتجه المشرع إلى التوسع في مجال التجريم بهدف حصر كل صور الفساد في هذا المجال وهو ما عمل على تحقيقه بإدراج كل التجاوزات والمخالفات التي تحصل في مجال الصفقات العمومية في القانون رقم01/06 الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته[1].

وتعتبر جريمة المحاباة من أهم وأخطر الجرائم الواقعة في مجال الصفقات العمومية، كما أنها عرَض من الأعراض الدالة على وجود خلل في إدارة الدولة، ذلك أن المؤسسات التي أنشئت لتنظيم العلاقات بين المواطنين والدولة تُسخر بدلا من ذلك في الإثراء الشخصي للموظفين العموميين وفي توفير الامتيازات للفاسدين.

وعلى ذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة تبيان البنيان القانوني لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية وفقا لما نظمه القانون الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته، بالإضافة إلى البحث عن مدى فعالية هذه النصوص في مكافحة هذه الجريمة.

المبحث الأول

أركان جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية

يشترط لقيام أي جريمة أن تتوافر الأركان اللازمة لنشأتها ووجودها، ولا يختلف الأمر بالنسبة لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية عن ذلك، فهناك أركان معينة تتكون منها هذه الجريمة بحيث لا تقوم إلا بها ولا تنشأ إلا من خلالها، ويتعلق الأمر بكل من الركن المادي والمعنوي.

بالإضافة إلى ذلك، لابد أن تتوافر في جريمة المحاباة صفة خاصة في مرتكبها حتى تقوم مسؤوليته الجنائية، وهذه الصفة تعد بمثابة شرط مفترض فيها، على اعتبار أنها سابقة على النشاط الإجرامي المكون للجريمة، ومن ثم فان جريمة المحاباة على

هذا النحو تندرج في مفهوم الجرائم الخاصة أي الجرائم التي لا تقع إلا من الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفة المحددة [2] ، وعليه نحاول من خلال المبحث الأول من هذه الدراسة التطرق إلى تحديد العناصر الأولية لجريمة المحاباة " **المطلب الأول**"، ثم نبين أركان جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية "**المطلب الثاني**".

المطلب الأول: العناصر الأولية لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية

تعد جريمة المحاباة من جرائم ذوي الصفة على غرار جريمة الرشوة واستغلال النفوذ لكن من جهة أخرى فبخلاف هذه الجرائم التي قد تقع في أي عمل من أعمال المرفق العام، فان المحاباة تتميز بأنها لا تقوم إلا في مجال نشاط معين وهو التعامل بالصفقات العمومية، وبالتالي تبرز أكثر أهمية دراسة العناصر الأولية التي تتم عبر دراسة الصفة المفترضة في جريمة المحاباة" **الفرع الأول**"، ثم تناول محل جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية" **الفرع الثاني**".

الفرع الأول: الصفة المفترضة في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية:

تنص الفقرة الأولى من المادة 26 من القانون رقم 01.06 على معاقبة كل موظف عمومي يمنح عمدا امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

وعليه، يشترط وفقا لنص المادة 26 المتقدم، أن يكون الجاني موظفا عاما فضلا عن وجوب أن يكون مختصا بعملية إبرام أو التأشير على الصفقة العمومية أو العقد أو الاتفاقية أو الملحق وهو ما يميز العنصر الأولي لجريمة المحاباة عن غيرها من جرائم الفساد الأخرى.

ومن ثم فان بيان الصفة المفترضة في جريمة المحاباة تتطلب منا التعرض للمقصود بالموظف العمومي بصفة عامة" أولا"، ثم نبين الفاعل في جريمة المحاباة في الصفقات العمومية" ثانيا".

أولا: تعريف الموظف العمومي

للموظف العمومي تعريفين: إداري، وجنائي ، وهو ما سنعمل على تحليله في ما يلي:

أ- التعريف الإداري للموظف العمومي:

يعتبر مصطلح الموظف العمومي من مواضيع القانون الإداري حيث عني كل من الفقه والقضاء والتشريع الإداري بدراسته.

وقد تباينت مواقف التشريعات الإدارية بصدده، فمنها من عمل على تعريفه بنص قانوني، ومنها من ترك هذه المهمة للفقه والاجتهاد القضائي [3].

ويعد المشرع الجزائري من التشريعات التي خصت الموظف العمومي بنص قانوني يحدد كنهه، ويتعلق الأمر بالمادة الرابعة من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، حيث عرفته بنصها:" يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري. [4]

من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الإداري الجزائري يشترط لاعتبار الشخص موظفا عموميا أن تتوافر فيه ثلاثة شروط أساسية وهي:

1-التعيين في وظيفة عمومية.

2-أن يقوم الموظف بأداء وظيفته على نحو يتصف بالدوام والاستمرار.

3-الترسيم داخل هذه الوظيفة.

وبالتمعن في الشروط أعلاه يتضح أن المشرع يعتبر كل من الموظف المؤقت والموظف المتعاقد خارج فئة الموظفين العموميين، كما يستثني أيضا غير المرسمين والمتمرنين الذين قضوا فترة تدريب أو تمرين عند التحاقهم لأول مرة بالوظيفة العمومية، وهو ما سيؤدي إلى إفلاتهم من المقتضيات العقابية لجريمة المحاباة، لعدم توافر الصفة فيهم [5] ، وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على قصور التعريف الإداري للموظف العمومي في توفير الحماية الكافية والفعالة للمال العام.

ب–تعريف الموظف العمومي وفقا للقانون الجنائي:

بالنظر إلى قصور تعبير الموظف العام كما هو معرف في القانون الإداري في ضمان الحماية اللازمة لتحقيق المصلحة العامة التي ينبغي على القانون الجنائي تحقيقها، وبغية تجسيد هذه الغاية، كان لزاما على المشرع الجنائي أن يتدخل ويوسع من مفهوم الموظف العام، ليدرج فيه كل من يتمتع بصفة الموظف العمومي، بالإضافة إلى فئات أخرى اعتبرها في حكم الموظفين العموميين وهم ليسوا كذلك طبقا لما هو معمول به في القانون الإداري[6]

وهكذا عرفت المادة الثانية الفقرة ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الموظف العمومي بأنه:

- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في إحدى المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو اقدميته.
- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة باجر أو بدون اجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أي مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.
- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

وبهذا التعريف يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالمفهوم الموسع للموظف العمومي، وذلك كله لسد الطريق أمام كل من تسول له نفسه الاتجار بالوظيفة العامة والتلاعب بالمال العام، فضلا عن حصر كل أشكال الفساد في الأجهزة الإدارية [7]

ونبين المقصود بهذه الفئات في النقاط الآتية:

1- **فئة المناصب:** تشمل فئة المناصب كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا سواء كان معينا أو منتخبا دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر وبصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، وتشمل هذه الفئة:

❖ **المناصب التنفيذية :**

ويقصد بها كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا وتضم رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة وأعضاء الحكومة الوزراء، والوزراء المنتدبون[8]

فقد أراد المشرع بذكرهم التأكيد على شمول النص على كل الموظفين العموميين أيا كانت مراكزهم القانونية والوظيفية.

❖ **المناصب الإدارية:**

تضم طائفة المناصب الإدارية كل من يعمل في إدارة عمومية سواء كان دائما في وظيفته أو مؤقتا، مدفوع الآجر أو غير مدفوع الآجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته وينطبق هذا التعريف على فئتين هما:

الفئة الأولى :الموظفين الذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة:

ويقصد بهم الموظفون العاملون في الإدارات والمؤسسات العمومية كما عرفهم القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، بموجب المادة الرابعة التي تنص على:" يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبته في السلم الإداري".

الفئة الثانية: العمال الذين يشغلون مناصبهم بصفة مؤقتة:

وهم العمال المتعاقدين والمؤقتين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية.

❖ **المناصب القضائية:**

ولا يشغل منصبا قضائيا إلا من ينتمي إلى سلك القضاة كما عرفهم القانون الأساسي القضاء، وهم فئتان:

الفئة الأولى :القضاة التابعون لنظام القضاء العادي ويشمل هذا السلك قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم، وكذا القضاة العاملون في الإدارة المركزية لوزارة العدل " [9]

الفئة الثانية :القضاة التابعون للقضاء الإداري وهم قضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، ويستثنى من هؤلاء قضاة مجلس المحاسبة، قضاة المجلس الدستوري وقضاة مجلس المنافسة، كما يضاف إلى من يشغلون مناصب قضائية كل من :المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات، المساعدون في القسم الاجتماعي وفي قسم الأحداث باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائي.

❖ **المناصب التشريعية:**

وهي تشمل كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في أحد المجالس المحلية.

2– من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط :

يتعلق الأمر بالعاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية أو في المؤسسات ذات رأسمال مختلط أو في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية والذين يتمتعون بقسط من المسؤولية.

أ– الهيئات العمومية :

يقصد بها كل شخص معنوي عام آخر غير الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عمومي، ويتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهيئات الضمان الاجتماعي، فضلا عن بعض الهيئات المتخصصة كهيئة الضمان الاجتماعي.

ب – المؤسسات العمومية :

وتشمل هذه الفئة كل المؤسسات العمومية الاقتصادية التي كانت تعرف بالشركات الوطنية التي تنشط في مجالات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها مؤسسات سوناطراك وسونلغاز، والبنوك العمومية وشركات التأمين والخطوط الجوية الجزائرية [10]

ج –المؤسسات ذات رأس مال مختلط :

يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع في إنشائها وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات المساهمة والتي فتحت رأسمالها الاجتماعي أمام الخواص عن طريق بيع بعض الأسهم، أو التنازل عن بعض رأسمالها للخواص ومن أمثلتها: مجمع صيدال.

د –المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية : يتعلق الأمر بمؤسسات من القانون الخاص التي تتولى تسيير مرفق عام عن طريق ما يسمى بعقود الامتياز.

هـ –تولي وظيفة أو وكالة : فلا بد أن يتولى الشخص وظيفة أو وكالة:

- **الذي يتولى وظيفة** :هو كل من أسندت له مسؤولية في المؤسسات والهيئات العمومية، مهما كانت مسؤوليته من رئيس أو مدير عام إلى رئيس مصلحة، كما يتولى وظيفة مسئولي المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية (11)
- **الذي يتولى وكالة** :أعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية باعتبارهم منتخبين من قبل الجمعية العامة، ويستوي أن تحوز فيها الدولة كل رأس مالها الاجتماعي أو جزء منه فقط (12)

و– الموظف ومن في حكمه: تضم هذه الفئة في مفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، كل شخص معرف بأنه موظف عمومي، أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني والضباط العموميين.

فالمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني قد تم استثناءهم من تطبيق الأمر 03.06 المتضمن تنظيم القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

أما الضباط العموميون فلا يشملهم تعريف الموظف العمومي كما جاءت به المادة الثانية في فقرتيها الأولى والثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، كما لا يشملهم تعريفه الوارد بموجب الأمر 03.06 المتضمن تنظيم القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، لكن يمكن إدراجهم ضمن من في حكم الموظف كونهم يتولون مهاما بتفويض من السلطة العمومية لذا يتعلق الأمر :بالموثقين، المحضرين القضائيين محافظي البيع بالمزايدة (13) المترجمون الرسميون ويحكمهم الأمر رقم95 .13 المتضمن تنظيم مهنة المترجم الترجمان الرسمي (14)

ولعل الإشكال الذي يثور هنا يتعلق بمدى بمسألة الموظف الفعلي وهو الشخص الذي يتصدى للقيام ببعض الأعمال الوظيفية دون أن يصدر قرار بتعيينه، أو شاب تعيينه سبب للبطلان، سواء كان شكليا أو موضوعيا، أو مارس عملا وظيفيا قبل استيفاء الإجراءات اللازمة لإمكان ممارسته اختصاصاته الوظيفية، أو مارس اختصاصات موظف أخر خلافا للقانون.(15)

فهل تقوم المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي في حالة ارتكابه لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية؟

الأصل العام في القانون الإداري كان يقتضي بطلان الأعمال التي يقوم بها الموظف الفعلي لصدورها عن شخص دون سند قانوني، فهو إما مغتصب للسلطة أو شخص عادي أو موظف غير مختص بما قام به من أعمال، لكن القضاء الإداري يعتبر تصرفات هذا الشخص سليمة في بعض الأحيان، ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام، وحماية للجمهور الذي يتعامل مع هذا الشخص على أنه يمثل سلطات الدولة، دون أن تمكنه الظروف من معرفة حقيقة من يتعامل معه (16)

وعليه، إن كان القانون الإداري يصحح تصرفات هذا الموظف حماية للأوضاع الظاهرة التي تدفع المواطنين للتعامل معه على اعتبار انه ممثل للسلطة العامة، فان القانون الجنائي وللاعتبارات ذاتها حمى ثقة المتعاملين مع هذا الشخص، ومن ثم يخضع الموظف الفعلي لجريمة المحاباة في هذه الحالة (17)

ثانيا: الفاعل في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية:

يظهر الفاعل في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية في القائم على عملية إبرام هذه الأخيرة، كما قد يتجسد في المسؤول عن التأشير عليها، وهو ما نوضحه في الآتي:

أ–الشخص المبرم للصفقة:

يمكن تعريف الشخص المبرم للصفقة العمومية على انه الشخص المؤهل لتوقيعها باسم الشخص العمومي [18]، ويتعلق الأمر بالوزير فيما يخص صفقات الدولة، ومسؤول الهيئة الوطنية المستقلة والوالي فيما يخص صفقات الولاية ورئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية والمدير العام أو المدير إذا تعلق الأمر بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وهو ذات الوضع بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ومدير مركز البحث والتنمية ومدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني ومدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي ومدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية." [19]

وتجدر الإشارة في هذه الصدد إلى أن القانون منح للسلطات السابقة الذكر إمكانية في أن تفوض صلاحيتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ب–الشخص المؤشر على الصفقة:

لا يمكن أن تنفذ الصفقة العمومية من دون تأشيرة، فهذا الأخيرة تعد بمثابة وسيلة للرقابة على استعمال الأموال العامة حفاظا على المصلحة العامة وعدم انتشار الفساد الإداري [20] ولهذا الغرض وضع المشرع لجان الصفقات العمومية – على المستوى الوزاري ويترأسها الوزير المعني، وعلى المستوى الولائي يرأسها الوالي أو ممثله، والبلدي ويرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله [21]– لتتولى الرقابة على مدى مشروعية الصفقة العمومية، وتتوج هذه الرقابة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة، وخمسة وأربعون يوما على الأكثر بالنسبة للرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية للصفقات.

وان كان نص المادة 26 من قانون مكافحة الفساد صريح في معاقبة من يؤشر على الصفقة العمومية الممنوحة بصفة غير قانونية فان **الإشكال يثار بالنسبة للمسؤولية الشخصية الناتجة عن القرارات المتخذة من قبل اللجان – كهيئات جماعية– في منحها للتأشيرة، على اعتبار أن قرار منح هذه الأخيرة يتم بشكل جماعي بحيث يتخذ بأغلبية الأعضاء الحاضرين لاجتماع لجان المناقصات؟"** [22]

يمكن الإجابة عن هذا التساؤل بالقول أنه لا يمكن إعمال المسؤولية الجنائية للجنة المناقصات في حالة إثبات عدم شرعية قراراتها، فالطابع الشخصي للمسؤولية ينفي المسؤولية الجماعية التي تسمح بمعاقبة الجماعة على جريمة ارتكبها احد المنتمين لها" [23]، ومن ثم يتعين على القاضي الجنائي أن يبحث في المسؤولية الشخصية لكل مساهم في قرار منح الصفقة، مع إمكانية إعمال نظرية المساهمة الجنائية لمعاقبة كل من اشترك في اتخاذ هذا القرار.

الفرع الثاني: محل جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية:

لا تقوم جريمة المحاباة إلا إذا كان ثمة تعامل في صفقة عمومية أو في أعمال ملحقة بها، وهذا ما يميز هذه الجريمة عن غيرها من جرائم الفساد الأخرى.

وعليه وبالرجوع إلى نص المادة 26 من القانون 01.06 نجدها تلحق بالصفقة العمومية العقود والاتفاقيات والملحقات، ومن ثم نبين المقصود بهذه المصلحات في الآتي:

أولا: تعريف الصفقة العمومية:

تعرف الصفقة العمومية بأنها:" عقد مكتوب تبرمه الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية الإدارية، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع التقني والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات لصالحها كمصلحة متعاقدة" (24)

ثانيا: الأعمال الملحقة بالصفقة:

أن الصفقة العمومية حسب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا تنحصر فقط في مفهومها حسب المرسوم الرئاسي رقم 236.10، بل يتوسع ليشمل أيضا أنواع الصفقات التي ذكرها قانون الصفقات العمومية، ويتعلق الأمر بالعقد، الاتفاقية والملحق، ونبين المقصود بكل مصطلح في الآتي:

أ– العقد: والمقصود بالعقد هنا هي 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 (25)

ب – الملحق: هو عبارة عن وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة (26)، ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالية.

ج – الاتفاقية : يطلق على العقود التي تبرمها الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها مع شخص أخر معنوي أو طبيعي عام أو خاص، و المتعلق بإنجاز أشغال أو خدمات لصالحها عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة، على اعتبار أن المشرع الجزائري قد حدد صقفا معينا للمبالغ التي تبرم من اجلها الصفقات العمومية ، وهو بأكثر من ثمانية ملايين دج فيما يتعلق بخدمات الأشغال أو اقتناء اللوازم، أكثر من أربعة ملايين دج لخدمات الدراسات أو الخدمات ويمكن تحيين المبالغ الذكورة بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية.(27)

المطلب الثاني: الركن المادي في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية:

يمثل الركن المادي إحدى الدعامتين الأساسيتين التي ترتكز عليها جريمة المحاباة، ومن ثم المسؤولية الناشئة عنها، ويعتبر تخلفه مانعا من وجود الجريمة وقيام المسؤولية ابتداء.

يقوم الركن المادي لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية على عنصرين، يتعلق الأول بمنح امتيازات غير مبررة للغير عند إبرام أو التأشير على عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق **"الفرع الأول"**، وثانيهما مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات **"الفرع الثاني"**.

الفرع الأول: استفادة الغير من امتيازات غير مبررة:

يشترط لتحقق هذا العنصر أن يكون الجاني قد مكن الغير من الاستفادة من مزية غير مستحقة قانونا.

ولا يستوجب المشرع أن يكون الامتياز ربحا ماديا، فقد يكون مجرد معلومة منحت لأحد المترشحين دون الآخرين، كما قد تتخذ المزية صورة الزيادة في تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة على حساب غيره من المترشحين"(28) ، ومن ثم يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط، وليس شرطا أن يستفيد منه الموظف

العمومي مرتكب الجريمة، وان كان ذلك لا يمنع من معاقبته وفقا لجريمة الرشوة إن هو تحصل على مقابل لفعله إذا ما تحققت أركانها."[29]

الفرع الثاني: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات

يتحقق النشاط الإجرامي في جريمة المحاباة بأن يقوم الجاني بالمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق دون مراعاته للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات الواجب مراعاتها خلال كل مرحلة من المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية" [30]

فحرية الترشح أو المنافسة يعد من أهم المبادئ العامة التي حرص المشرع على تكريسها في مجال الصفقات العمومية" [31]، ويقصد به فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تحددها وتضعها مسبقا، بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين، وقد جاء هذا تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة" [32]

والجدير بالذكر أن مبدأ المنافسة الحرة لن يجد صداه ولن يتجسد قانونا وواقعيا، إلا إذا تم إقرانه بمبدأ المساواة بين المتنافسين.

ويعرف مبدأ المساواة بأنه إيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم إلى المشاركة في الصفقة المعلن عليها دون تميز بين واحد وأخر[33] ، وعليه فان تجسيد المبدأين السابقين هو ما يضمن بصفة مؤكدة شفافية الإجراءات المتبعة لإبرام الصفقات العمومية.

إن توضيح صور النشاط الإجرامي المشكل لجريمة المحاباة يتطلب منا إيضاح جميع الحالات التي تشكل مخالفة للمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وبالنظر إلى تعدد وتفرق النصوص القانونية المنظمة لها، فانه من الصعب جدا تناول جميع هذه الصور ضمن الدراسة، وعليه نكتفي ببيان بعض نماذج الأفعال المؤدية لمنح المزية غير المبررة وفقا للاتي:

أولا: مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في فتح العروض:

بينا سابق، أن المشرع الجزائري قد وضع صقفا ماليا محدد لجواز اللجوء إلى إبرام الصفقات العمومية، حيث لم يجز وجوبا اللجوء إلى هذه الأخيرة إذا كان مبلغ العقد أو الطلب يساوي ثمانية ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار لخدمات الدراسات.

كما ألزم المشرع أيضا عدم اللجوء إلى تجزئة محل العقود في حالة تكاملها، ومع ذلك قد يلجأ الجاني إلى هذه العملية لتفادي إجراءات الوضع في المنافسة –بما تتطلبه من رقابة شديدة وإجراءات غاية في التعقيد–وذلك عن طريق المساس بالقواعد المتعلقة بإشهار إجراء الوضع في المنافسة كعدم نشر إعلان المناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو نشره على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني [34]

وغالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة، تحتوي على بيانات مزورة من حيث المبلغ مثلا وذلك لإظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب لإجراء المناقصة لم يتم بلوغه في حين تكون الخدمة المنجزة قد فاقت ذلك بكثير. [35]

يمكن أيضا أن تظهر أشكال مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة، حينما يتم اللجوء إلى طريقة التراضي – كطريقة استثنائية–لإبرام الصفقات العمومية بدل انتهاج طريقة المناقصة باعتبار أن هذه الأخيرة تمثل القاعدة العامة لإبرام الصفقات.

ومثال ذلك أن يلجأ المتعامل العمومي إلى اختيار المتعاقد معه بحجة تمتعه بالكفاءة والخبرة المهنية مقارنة مع غيره من المتعاملين الآخرين، أو أن يتم اختيار مؤسسة من المفروض أن لا تكون ضمن المرشحين اعتبارا إلى كون ترشيحها غير مقبول [36]

ثانيا: مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض:

يقوم المرشحون بإيداع عروضهم بعد اطلاعهم على المعايير التي يتم وفقا لها انتقاء المتعامل والعرض عن طريق ما يسمى بدفتر الشروط، لتقوم الإدارة المتعاقدة بعد ذلك بفتح الاظرفة المقدمة من قبل المرشحين في جلسة علنية وذلك حتى تستطيع اختيار المرشح الذي يتوافر عرضه على الشروط والمواصفات المطلوبة لإبرامها، ومن ثم يمنع أي تفاوض مع المتعهدين أو العارضين بعد فتح العروض وأثناء تقييمها لاختيار الشريك المتعاقد" [37] ، وعليه تتحقق جريمة المحاباة وفقا لهذه الصورة في حالة التفاوض مع بعض المرشحين بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عرضهم حتى يضعوا أنفسهم موضع من يقترح أحسن عرض، وذلك بتقديم كشف جديد من أجل الحصول على الصفقة" [38]

ذلك أن إيداع العروض يكون وفق الشروط والمعايير المعلن عنها حيث يفترض أن يكون كل المتنافسين متساوين أمام القانون، ويهدف هذا المبدأ إلى ضمان المساواة في الحظوظ بين المرشحين، ويتعين على كل منهم تقديم عرضه بالنظر إلى المعايير المتعلقة بالصفقات ليس إلا، ودون الأخذ بعين الاعتبار العرض الذي قدمه منافسوه." [39]

ثالثا: مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة:

بعد أن يتم تخصيص الصفقة، قد يتم تنظيم صفقات تصحيحية أو إبرام ملاحق مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به" [40] فالصفقات التصحيحية تخصص بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة، ويتم تسويتها كي تظهر في مظهر الشرعية، عن طريق تنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال قد أنجزت " [41]

أما بالنسبة للملحقات فيمكن أن تستعمل لتحقيق المحاباة وذلك بإبرام ملحق يتضمن التزامات وهمية بهدف زيادة الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد" [42]

المطلب الثالث: الركن المعنوي في جريمة المحاباة:

يعبر الركن المعنوي في الجريمة – بصفة عامة – عن الإرادة التي تتعاصر مع ماديات الجريمة فتبعثها إلى الوجود، فهو يمثل القوة النفسية التي تكشف عن إرادة الجاني وموقفه الباطني من تحقيق العدوان في الجريمة" [43]

فلا يكفى أن تسند الجريمة مادياً إلى مرتكب النشاط الإجرامي فيها عن طريق رابطة السببية التي تصل السلوك بالنتيجة وحسب، وإنما يلزم إلى جانب ذلك إمكان إسنادها إليه معنوياً، بمعنى أن تتوافر بينه وبين تلك الجريمة رابطة نفسية تصلح بعد ذلك كأساس للحكم بتوافر العنصر النفسي المعبر عن الخطأ الجنائي الذي تقوم به الجريمة.

وجريمة المحاباة تعد من الجرائم العمدية، وهو ما أكدته المادة 26 من القانون رقم 01.06 بعد تعديلها بموجب القانون رقم 15.11 من خلال إضافة كلمة "عمدا" مباشرة بعد كلمة "يمنح"، ولم يكن نص المادة 26 قبل تعديله يذكر صراحة كلمة عمدا، هذا من جهة.

من جهة أخرى فان الصياغة الحالية للمادة 26 لا تشترط سوى توافر القصد العام القائم على عنصري العلم والإرادة.

فعلم الجاني في جريمة المحاباة ينصب بصفة رئيسية على انه يمنح مزية غير مستحقة للغير بالمخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة ما بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وذلك عن طريق اتجاه إرادته إلى مفاضلة أحد المرشحين على البقية.

وتجدر الإشارة إلى وجوب إثبات علم الموظف العمومي بالنصوص القانونية والتنظيمية بإبرام الصفقات العمومية وإلا انتفى الركن المعنوي لجريمة المحاباة، ويمكن في سبيل ذلك الاعتماد على صفة الفاعل والوظائف التي يمارسها والمصالح القانونية التي تعمل معه ومستوى مسؤوليته في قرار منح الصفقة.

هذا ولا يعني ربط توافر القصد الجنائي بمدى تخصص الموظف العمومي وخبرته في مجال إبرام الصفقات العمومية انه يمكن لشخص حديث العهد بالوظيفة أن يتذرع بجهله للنصوص ليفلت من عقوبة جريمة المحاباة في حالة مخالفة النصوص القانونية نتيجة لخطا أو عدم الحيطة. (44)

المبحث الثاني: النظام العقابي لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية

رصد المشرع الجزائري مجموعة ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من الجزاءات، بما يضمن الحفاظ على المال العام وتحقيق الردع لكل من تسول له نفسه الاعتداء عليه وعلى الوظيفة العامة، وتتنوع هذه الجزاءات إلى عقوبات تمس بشخص المخالف" **المطلب الأول**"، وأخرى تقع على النشاط المهني في حد ذاته" **المطلب الثاني**".

المطلب الأول: العقوبات المتعلقة بشخص المخالف:

نتناول ضمن هذا المطلب العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فنخصصه لبيان العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي.

الفرع الأول: العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي:

يخضع الموظف العمومي كشخص طبيعي إلى ذات العقوبات التي يخضع لها أي شخص آخر في حالة ارتكابه لجريمة ما، وتتنوع هذه العقوبات إلى عقوبات أصلية وأخرى تكميلية، نتناولها في الآتي:

أولا: العقوبات الأصلية:

أ– عقوبة الحبس:

تعد العقوبات السالبة للحرية من أكثر العقوبات التي قد يلجأ إليها المشرع فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة بالمخالفة للنصوص والقوانين المنظمة للصفقات العمومية، ويمكن تعريفها على أنها تلك العقوبات التي تتضمن إما حرمان المحكوم عليه من حريته وذلك بإيداعه في إحدى المؤسسات العقابية طوال المدة المحكوم بها عليه، وإما تقييد حرية المحكوم عليه في التنقل" (45)

وتأخذ العقوبة السالبة للحرية في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية صورة الحبس، باعتبار أنها هذه الجريمة تكيف على أنها من الجنح، حيث رصد لها المشرع عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات" (46)

ب–الغرامة:

إذا كانت العقوبات الماسة بالحرية أهم العقوبات المقررة لجرائم القانون العام، فان العقوبات المالية ومن بينها الغرامة تعد من أهم العقوبات المقررة للجرائم الاقتصادية، ويرجع ذلك إلى أن غالبية هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع والرغبة في الكسب السريع وغير المشروع، لذلك ليس أنسب من العقوبات المالية لمكافحتها وردع المجرم عن طريق الانتقاص من ذمته المالية التي سعى إلى تضخيمها بطرق غير مشروعة" (47)

ولقد نصت المادة 26 بعد تعديلها بالقانون رقم 15.11 على:" يعاقب بالحبس من سنتين "2" إلى عشر"10" سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج." يتضح من خلال النص المتقدم، أن المشرع الجزائري قد جعل مقدار الغرامة في جريمة المحاباة مقدرا معلوما وجعله بين حدين أدنى وأقصى وذلك حتى يسمح للقاضي باستخدام سلطته في

تقدير مبلغ الغرامة بين هذين الحدين، كأن يراعي بجانب جسامة الفعل ليس فقط خطورة الفاعل، وإنما أيضا مركزه الاقتصادي بما يتضمنه من موارد وأعباء.

ثانيا: العقوبات التكميلية:

لم يكتف المشرع الجزائري بإمكانية تطبيق العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات والتي يمكن تطبيقها على الموظف العمومي المرتكب لجريمة المحاباة في الصفقات العمومية كالمنع من الإقامة، والمنع من التمتع بمباشرة بعض الحقوق المدنية والسياسية، وإنما أجاز فضلا عن ذلك الحكم عليه بالعقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 51 منه، ومن هذه العقوبات نذكر:

أ-عقوبة المصادرة:

تعد عقوبة المصادرة إحدى الأدوات الفعالة التي تساهم في تعزيز نظم العدالة الجنائية في التصدي لأخطر جرائم العصر وأكثرها مساسا بالأموال العامة، وتحقيق الأثر الردعي في مواجهة مرتكبيها فضلا عن كونها موردا إضافيا يضاف لخزينة الدولة[48]

والمصادرة هي عقوبة تكميلية في جرائم الصفقات العمومية، ويمكن تعريفها المصادرة بأنها جزاء جنائي مالي مضمونه نزع ملكية مال أو شيء له علاقة بجريمة وقعت أو يخشى وقوعها جبرا عن صاحبه وبلا مقابل [49]

كما عرفها المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنها:" التجريد الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية" [50] ،كما نصت المادة 51 من ذات القانون على أنه: يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون..."

ومع أن نص المادة 51 المتقدمة الذكر تظهر أن المشرع الجزائري قد جعل عقوبة المصادرة عقوبة جوازية يمكن للقاضي أن يقررها كما يجوز له أن يمتنع عن الحكم بها، إلا أن هنالك رأي فقهي- ونسانده في ذلك- يذهب إلى القول بان المصادرة عقوبة وجوبية وليست جوازية إذا تعلق الأمر بالعائدات والموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب الجريمة، وهو ما أقرته الفقرة الثانية من المادة 51 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث جاء فيها:" في حالة الإدانة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية".

ب- استرداد الكسب غير المشروع:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 51 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على:" وتحكم الجهة القضائية أيضا برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى".

ومن ثم يتضح أن المشرع الجنائي قد اقر بعقوبة الاسترداد كجزاء مستقل عن عقوبة المصادرة، يدفع للخزينة العامة لقاء الضرر العام الناتج عن مخالفة أحكام الصفقات العمومية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اتجه إلى التشديد من عقوبة جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، حيث شدد من عقوبة الحبس لتصبح من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة، وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة أي من 200.000 إلى 1.000.000 دج." ، إذا كان مرتكب جريمة المحاباة قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا

عموميا، أو عضو في الهيئة، أو ضابط أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط، هذا من جهة" [51]

من جهة أخرى، فتح المشرع المجال أيضا أمام مرتكب جريمة المحاباة حتى يستفيد من الإعفاء أو بتخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد.

حيث يستفيد من العذر المعفي من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية كمصالح الشرطة القضائية، عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبيها ومعرفتهم." [52] ويشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية، أو بمعنى آخر قبل تصرف النيابة العامة في ملف التحريات الأولية.

الفرع الثاني: العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي:

بعد أن حسم تعديل قانون العقوبات الجزائري الخلاف الفقهي والتردد القضائي حول مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا بنص صريح على النحو الذي جاءت به المادة 51 مكرر قانون عقوبات وأكدته المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، معترفا من خلاله بمسؤولية جميع الأشخاص المعنوية باستثناء العامة منها، كان من الضروري لتكريس هذا المبدأ خلق نوع من التجانس بين طبيعة الشخص المعنوي من جهة والأحكام المتضمنة للعقوبات المطبقة عليه، من جهة أخرى.

وفي هذا الإطار جاء تعديل قانون العقوبات بنظام عقابي خاص لتفعيل هذا المبدأ من حيث الجزاءات في مواجهة الشخص المعنوي، وحتى يمكن إسناد جريمة المحاباة في الصفقات العمومية إلى هذا الأخير فعلى النيابة العامة أن تثبت أن الجريمة قد ارتكبت من طرف شخص طبيعي معين بذاته ، وان هذا الشخص له علاقة بالشخص المعنوي ، وان الظروف الملابسات التي ارتكبت فيها الجريمة تسمح باسنادها إلى الشخص المعنوي.

يتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة المحاباة في الصفقات العمومية إلى العقوبات التالية:

أولا: العقوبات الأصلية: وتتمثل هذه العقوبات في عقوبة الغرامة، حيث قررها المشرع كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة 01إلى خمس05 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة[53] وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج و 5.000.000 دج.

ونجد أن المشرع قد لجأ لتغليظ الغرامات المالية والتي تعتبر من أهم العقوبات بالنسبة للجرائم التي تهدف إلى إثراء الذمة المالية بدون سبب مشروع، ويرجع ذلك إلى أن غالبية هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع والربح غير المشروع فمن المناسب أن تكون الغلبة لعقوبة تصيب الجاني في ذمته المالية.

ثانيا: العقوبات التكميلية المطبقة على الشخص المعنوي:

أ– حل الشخص المعنوي:

يقصد بعقوبة حل الشخص المعنوي محو وجوده القانوني وإزالته من بين الأشخاص المعنوية، ولاشك أن عقوبة الحل تعد من اشد العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي المرتكب لجريمة المحاباة[54]، ولذا فلقد جعلها المشرع الجزائري جوازية في نص المادة 18 مكرر المحددة للعقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية.

ب– الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات:

يتمثل هذا الإجراء في وضع الشخص المعنوي تحت حراسة القضاء، و هو بالتالي يقترب كثيرا من نظام الرقابة القضائية، جاء النص عليه في المادة 18 مكرر المحددة للعقوبات المطبقة على الشخص المعنوي، و قد حدد هذا الإجراء لمدة مؤقتة لا تتجاوز 05 سنوات تنصب على حراسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

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

الغلق يعني وقف الترخيص بمزاولة النشاط لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وخلال هذه المدة المقضى بغلق المؤسسة فيها لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها طوال مدة الغلق لذا قيل أن عقوبة الغلق من العقوبات المضرة بمصالح الشركاء والدائنين معا وأيضا هي من العقوبات المؤقتة خلاف الحل الذي يعني الإنهاء الكلي لها[55]

يترتب على عقوبة غلق المؤسسة منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته، ويحكم بهذه العقوبة إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن خمس 05 سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة[56]

ك– مصادرة الشئ الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها:

المصادرة تعني نزع ملكية مال من صاحبه جبرا عنه وإضافته إلى ملك الدولة أو الخزينة العامة دون مقابل والمصادرة كعقوبة تمتاز بأنها غير رضائية وأنها دون مقابل وأيضا قضائية.

و– تعليق و نشر حكم الإدانة:

يعني نشر الحكم إعلانه بحيث يصل إلى علم عدد كاف من الناس يؤثر عددهم في اعتبار الشخص المعنوي و ذلك بأية وسيلة كانت سواء سمعية أو بصرية.

المطلب الثاني: الجزاءات التي تمس بالنشاط المهني للمخالف:

على اعتبار أن الصفقة العمومية هي محل جريمة المحاباة وسببا لارتكابها، فلقد رصد المشرع مجموعة من الجزاءات تمس النشاط المهني للمخالف، ويتعلق الأمر بإبطال الصفقة " **الفرع الأول**" ، والإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية" **الفرع الثاني**".

الفرع الأول: بطلان الصفقة العمومية:

أجاز القانون المتعلق بالفساد للجهة القضائية التي تنظر في الدعوى العمومية التصريح ببطلان كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب جرائم الفساد بما فيها جريمة المحاباة وانعدام آثاره [57] وهو حكم جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائي الجزائري ،على اعتبار أن الأصل أن يكون إبطال العقود من اختصاص الجهات القضائية التي تبت في المسائل المدنية وليس من اختصاص الجهات القضائية التي تبت في المسائل الجزائية.

الفرع الثاني: الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية:

هو حرمان من يصدر به حكم نتيجة ارتكابه جريمة من جرائم الصفقات العمومية ومنها جريمة المحاباة من دخول المناقصات التي تعلن عنها الإدارة وذلك على سبيل الجزاء، وتوقع على صاحب العطاء، ويكون ذلك عن طريق تسجيل اسم المخالف ضمن قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض في الصفقات العمومية، وتتحدد كيفيات التسجيل والسحب من القائمة بقرار من الوزير المكلف بالمالية" [58]

ويترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية اما نهائيا أو لمدة لا تزيد عن خمس 05 سنوات في حالة الإدانة بجنحة" [59]

خاتمة

لا شك أن قضية مكافحة الفساد تُعد قضية رئيسية ومحورية بالنسبة لجميع دول العالم، سواءً كانت دول نامية أو متقدمة، فالفساد بأشكاله المختلفة ظاهرة منتشرة في جميع الدول، ولكن بدرجات متفاوتة من حيث مدى خطورتها على النظام الإداري والاجتماعي والاقتصادي والسياسي القائم.

كما أنه على مستوى الدولة الواحدة، تعتبر مكافحة الفساد من الموضوعات التي تهم جميع طوائف المجتمع، نظراً للآثار المدمرة للفساد بكافة أشكاله على جميع القطاعات وعلى جميع مظاهر الحياة اليومية للمواطنين.

وإيماناً من الجزائر بخطورة الفساد وآثاره المدمرة على طاقاتها البشرية والمادية وتطورها، فقد سن قانون خاص يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث تميز هذا القانون بضبط مختلف الصور التي تشكل اعتداء على المال العام ونزاهة الوظيفة العامة، ومنها جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية.

وعليه ومن خلال تناولنا لجريمة المحاباة، وتفصيل مختلف العقوبات التي رصدها المشرع لقمع مرتكبيها يمكن القول أن القضاء على هذه الجريمة وغيرها من الجرائم الأخرى لا يتعلق أساسا بما يُسن من نصوص قانونية، أو بما يرصد من جزاءات جنائية، فالتشريع لا يكفي وحده للتغلب على الفساد وجرائمه، وإنما ينبغي كذلك العمل على دعم قيم النزاهة والشفافية والمشاركة والايجابية لدى المواطن، والعمل على تطوير الدور الإعلامي في مكافحة الفساد، وكذلك دور المؤسسات التربوية والتعليمية والدينية، والعمل على تنمية قدرات ومهارات الموظفين العموميين العلمية والإدارية والفنية، وإصلاح نظام الرواتب والأجور بما يضمن حياة كريمة ولائقة للموظف العام .

لذا فمواجهة الفساد يتطلب تضافر كافة الجهود لتضييق الخناق على مرتكبيه، بغض النظر عما يلجؤون إليه من وسائل للإفلات من قبضة العدالة.

الهوامش والإحالات:

1. القانون رقم06/01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 الخاص بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 8 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 05.10 مؤرخ في 26 غشت 2010 معدل ومتمم بالقانون رقم 15.11 المؤرخ في 2 أوت 2011 ، الجريدة الرسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 10 أوت 2011.

2. د عبد العظيم مرسي الوزير ، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص72".

3. العربي البوبكري، جريمة الاختلاس الإشكالات القانونية وهاجس حماية الأموال العمومية- دراسة مقارنة، مجلة المنبر القانوني، العدد الأول، أكتوبر 2010، ص 87.

4. الأمر رقم 03.06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، جريدة رسمية عدد 46.

5. العربي البوبكري، المرجع السابق، ص88".

6. 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 للنشر، الإسكندرية، 2010، ص 44-45.

7. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية واليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 19" محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة لملتقى وطني بعنوان دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، يوم 20 ماي 2013، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، ص 10.

8. هنان مليكة، المرجع السابق، ص 46.

9. هنان مليكة، المرجع السابق، ص48.

10أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 2002، ص 20.

11 شروقي محترف، المرجع السابق، ص16

12 أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 16.

13شروقي محترف، المرجع السابق، ص 28.

14هنان مليكة، المرجع السابق، ص50.

15هنان مليكة، المرجع السابق، ص 43"، سعدي حيدرة، كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون 01.06 المؤرخ في 20 فيفري2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، 2010، ص 47.

16فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2001، ص52 . د علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 27.

17فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 53.

18كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 212.

19المادة 8 من المرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في 07 أكتوبر والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية،جريدة رسمية عدد 58.

20محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص67.

21لمزيد من التفصيل حول لجان الصفقات العمومية ودورها، راجع في ذلك، فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية واليات حمايتها،مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة،ص123 وما بعدها.

22الفقرة الثالثة من المادة 159 من المرسوم الرئاسي236.10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

23كريمة علة، المرجع السابق، ص 217.

24المادتين الثانية والرابعة من المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

25 شروقي محترف، المرجع السابق، ص 30.

26المادة 103 المرسوم الرئاسي236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

27المادة 3/6 من المرسوم الرئاسي رقم 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،راجع أيضا كل من شروقي محترف، المرجع السابق، ص 30، سعدي حيدرة، المرجع السابق، ص60.

28شروقي محترف، المرجع السابق،ص 33.

29محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية، ص 05.

30تم إقرار المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية في نص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 236.10 ، والفقرة الثانية من المادة 09 من القانون رقم 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

31نظرا للأهمية المبدأ فلقد تم النص عليه في المادة الثانية من قانون المنافسة، حيث جاء فيها:" تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة..." راجع المادة 02 من الأمر رقم 03.03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة جر عدد 43 صادرة بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم05.10 مؤرخ في 15 أوت 2010 ،ج ر عدد46، الصادرة في 18 اوت2010.

32 المادة 37 من دستور 1996.

33محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 52.

34المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

35أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،ص 224.

36أحسن بوسقيعة المرجع السابق، ص 119.

37المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

38 زوزو زوليخة، المرجع السابق،ص 63 ، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 125.

39أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 127.

40سهيلة بوزيرة، مواجهة الصفقات المشبوهة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2008، ص 51.

41أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 127.

42تياب نادية ، اليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 48.

43 د أمين مصطفى محمد السيد، الحد من العقاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1993 ، ص1.

44كريمة علة، المرجع السابق، ص 274.

45د علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان، 2002، ص 76 .

46المادة 26 من القانون 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

47تياب نادية، المرجع السابق، ص 379.

48تياب نادية ، المرجع السابق، ص 385.

49المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري.

50المادة 2 الفقرة ط القانون رقم 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

51المادة 48 من الأمر رقم 156.66 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

52المادة 49 من الأمر رقم 156.66 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

53المادة 51 مكرر من الأمر 155.66 المتضمن القانون العقوبات بموجب المادة 05 من القانون رقم 15.04 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية عدد 71، الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2004. القانون رقم 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والمادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 236.10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

54سهيلة بوزيرة ، المرجع السابق، ص 144.

55زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص 80.

56المادة 16 مكرر 01 من الأمر رقم 156.66 معدل ومتمم بموجب المادة 08 من القانون رقم 23.06.

57المادة 55 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحة.

58المادة 61 الفقرة4 من أحكام المرسوم الرئاسي 236.10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

59المادة 16 مكرر2 من الأمر رقم 156.66 معدل ومتمم بموجب المادة 08 من القانون رقم 23.06.