مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال
The Journal of Research in Contracts and Business Law
المجلد:06 / العـدد: 04 (2021)، ص317–339

جرائم الموظفين والمتعاملين الاقتصاديين بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري

Offenses of employees and economic agents in public contracts in Algerian legislation

مجدوب عبدالرحمان *

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)، medjdoubabderrahmane4@gmail.com

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، لكلية الحقوق والعلوم السياسية.

تاريخ الاستلام: 2021/07/25 تاريخ القبول: 2021 /12/04 تاريخ النشر: 2021 /12/20

ملخص:

بما أن مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، فإنه بذلك يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره، مما دفع المشرع إلى تجريم كل الأفعال الماسة بنزاهة عملية إبرام الصفقات العمومية، ويبرز ذلك من خلال العديد من نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، التي نصت في مجملها عل تجريم المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام الصفقات العمومية، كما نص المشرع على تنويع وتعدد العقوبات المقررة لها، وذلك حرصا على قمعها والتصدي لها، مستهدفا بذلك الحفاظ على المال العام وعلى المصلحة العامة.

كلمات مفتاحية: الصفقات العمومية، مكافحة الفساد، المال العام، الموظف العمومي، المتعاملين الاقتصاديين.

Abstract:

Since the field of public procurement constitutes the most important path through which public funds move, it is thus a vital field for corruption in all its forms, which has prompted the legislator to criminalize all acts affecting the integrity of the process of concluding public procurement, and this is evident through many provisions of the Law on Prevention and Combating Corruption, Which stipulated in its entirety the criminalization and suppression of the offenses committed during the conclusion of the transaction, and the legislator also stipulated the diversification and multiplication of the penalties prescribed for them, in order to suppress them and confront them, with the aim of thereby preserving public money and the public interest.

Keywords: Administrative contracts, anti-corruption, public money, public servant, investors**.**

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

تعد الصفقات العمومية مجالا حيويا للفساد، ومن هنا ظهر قانون 01/06 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ليشير إلى مختلف الجرائم المتعلقة بهذا المجال، وذلك حرصا من المنظم لحماية المال العام، وجب على الموظف الحفاظ على أموال الدولة وأن يتقيد في إنفاق أموالها بما تفرضه الأمانة والحرص والإخلاص في العمل الوظيفي، فعلى الموظف استخدام أموال الدولة بصفة رشيدة باعتباره التزاما عاما في مجال الوظيفة العامة، وأنَ التزام الموظف تؤكده القوانين والأنظمة والتعليمات التي أوجدت وسائل عدة لحماية الأموال العامة[1].

وحمايةً للمبادئ للعامة للصفقات العمومية، والتي أشار إليها المشرع في العديد من النصوص[2]، والتي يتوجب احترامها من قبل المصالح المتعاقدة والمتعهدين على حد سواء، فقد نص المشرع على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام الصفقات العمومية، والتي تظهر في الجنح التي سنفصل فيها في هذا البحث.

أهمية الدراسة: تأتي أهمية البحث من أهمية الموضوع نفسه، وما تشكله جرائم الصفقات العمومية من خطر كبير على الدولة والمجتمع، من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فهي بلا شك تؤدي إلى تراجع معدلات الأداء الاقتصادي وانخفاض معدل النمو فيها، كما أنها تلعب دورا خطيرا في نشر الفساد والمحسوبية والرشوة، ومن ثم كانت هناك ضرورة حتمية لمواجهتها.

منهج الدراسة: تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، باعتباره أكثر المناهج ملائمة لطبيعة موضوع الدراسة.

الإشكالية: تعد جرائم الصفقات العمومية من أخطر مظاهر الفساد، فما هي أهم جرائم الصفقات العمومية؟ وهل العقوبات المسلطة على مجرمي الفساد كافية لردعهم؟

خطة الدراسة: نتناول دراسة هذا الموضوع في مبحثين، في المبحث الأول نوضح جنحتي منح أو الاستفادة من امتيازات غير قانونية، ثم نشير إلى جنحتي الرشوة أو أخذ فوائد غير مبررة في مجال الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

المحور الأول: جنحتا منح أو استفادة من امتيازات غير مبررة

عمد التشريع في الجزائر إلى تجريم كل من منح امتيازات غير مبررة، أو الاستفادة من امتيازات غير مبررة، بما يؤكد حرص المشرع على تحميل المسؤولية الجزائية لكل موظف ساهم في إبرام العقد أو الصفقة أو مراجعتها أو تأشيرها، كما قرر المشرع تجريم كل متعامل اقتصادي استفاد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات الإدارية العامة، من أجل الزيادة في الأسعار، أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، وسنعالج هاتين الجنحتين في المطلبين المواليين:

أولا: جنحة منح امتيازات غير مبررة

منح امتيازات غير مبررة هو كل فعل من شأنه أن يفضل أحد المرشحين، أو يؤدي إلى مخالفة القوانين واللوائح المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، وهذا الفعل سوف يؤدي إلى إدانة فاعله بجنحة منح امتيازات غير مبررة، وقد يتعرض صاحب هذا الفعل للعقوبة التي قررها المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المقررة في قانون العقوبات.

وهذا ما سنوجزه في الفرعين الآتيين:

1: التعريف بجنحة منح امتيازات غير مبررة

نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الجريمة في المادة (26) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهذه الجريمة استأثر بها المشرع الجزائري[3]، وهي جريمة تتشكل من سلوك محدد قوامه منح أفضلية لأحد المتنافسين دون غيره في معرض إبرام عقد أو صفقة وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح المنظمة لمبدأ المساواة في المنافسة الحرة بين المرشحين[4] .

والنص يعاقب كل موظف يمنح أفضلية لأحد المتنافسين دون مسوغ قانوني، وذلك عن طريق إهماله في تأمين علانية كافية للعمليات المقرر تنفيذها، أو عن طريق إهماله في تطبيق منافسة فعالة بين العارضين[5]. ويجب أن يقع فعل التفضيل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تضمن المنافسة الحرة والمتساوية بين المرشحين، بمعنى أن كل فعل من شأنه أن يفضل أحد المرشحين أو يؤدي إلى مخالفة هذه القوانين واللوائح سوف يؤدي إلى إدانة فاعله بجنحة المحاباة[6]. ومنها نص المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية الذي فرض العلانية والمنافسة الحرة مع ملاحظة أن مخالفة هذه الأخيرة في حد ذاته لا يؤدي إلى جريمة المحاباة بل يجب أن تؤدي إلى إيجاد وضع تفضيل لأحد المتنافسين على حساب أقرانه[7].

ويلاحظ من المادة (26) المذكورة أنها لم تعاقب فقط على اقتراف الفعل التفضيلي وإنما على الشروع في اقترافه أيضا، وبذلك تقع تحت طائلة التجريم كل محاولة لأجل تفضيل أحد المرشحين على حساب المرشحين الآخرين في معرض إبرام العقد، ومن قبيل ذلك ممارسة ضغوط من أحد أعضاء المجالس المحلية على لجنة تقييم العروض لإسناد العقد على مشروع محدد ومن ثم تبوئ ضغوطه بالفشل ويحول العقد إلى مرشح آخر[8].

والجدير بالذكر أن هذه المادة عدلت سنة (2011) بالقانون رقم (15/11)[9]، وقد جاء عرض أسباب تعديل هذه المادة هو كونها أصبحت تشكل عائقا أمام المسيرين، ويأتي اقتراح مشروع هذا القانون الذي يهدف إلى تعديل الفقرة الأولى من المادة (26) من أجل مراجعة ذلك بما يتلاءم مع طبيعة ومهام التسيير والتي نصت على " **كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك أحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير**".

وامتد نص التجريم والعقاب لكل من قام بإبرام عقد أو التأشير عليه أو مراجعته، بما يؤكد حرص المشرع على تحميل المسؤولية الجزائية لكل طرف ساهم في إبرام العقد أو الصفقة أو مراجعتها أو تأشيرها. فمتى ثبت خرق أحكام التشريع والتنظيم في مرحلة الإبرام تعرض الفاعلون للعقوبات اللازمة والمحددة قانونا[10].

ويقصد بالشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا:

✓ رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة وأعضائها، والأصل أن رئيس الجمهورية لا يسأل عن الجرائم التي أرتكبها ما لم تشكل خيانة عظمى، ويحال في هذه الحالة إلى المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية. أما رئيس الحكومة فهو جائز مساءلته جزائيا عن الجنايات والجنح التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه، بما فيها جرائم الفساد وذلك بالمحكمة العليا. في حين يجوز مسائلة أعضاء الحكومة في المحاكم العادية عن جرائم الفساد وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة (537) وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية[11] .

✓ ويقصد بالشخص الذي يشغل منصبا إداريا كل من يعمل في إدارة عمومية، سواء كان دائما في وظيفة أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته وقد عرّف القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الموظف الدائم :" **كل عون معين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري** "[12].

✓ ذوي الوكالة النيابية ويقصد بهم الأشخاص الذين يشغلون منصبا تشريعيا، وهم أعضاء المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة. وكذا الأشخاص المنتخبون محليا، ويقصد بهم أعضاء المجالس الشعبي البلدية والولائية[13].

من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط، ويتعلق الأمر بالمؤسسات ذات الطابع الإداري، والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهيئات الضمان الاجتماعي، كما ينطبق هذا على المؤسسات المستقلة كمجلس المنافسة، وسلطة ضبط البريد والمواصلات ... وغيرها[14]. وكل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، وساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أي مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، وكل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

إلا أن أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يشمل الصفقات العمومية بحسب المفهوم الوارد في المرسوم الرئاسي (247/15) المنظم للصفقات العمومية الحالي، كما يشمل العقود الإدارية الأخرى الذي لا تخضع للمرسوم الرئاسي مثل صفقات التوريد التي لا تتم عادة عن طريق طلبات أو فواتير. كما تمتد أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى كل العقود التي يبرمها الموظف العمومي، كما هو معرف في المادة (2/ب) من ذات القانون بمن فيهم الشخص الذي يتولى وظيفة أو وكالة في مؤسسة خاصة تقدم خدمات عمومية[15].

وبالإضافة إلى شرط الموظف العمومي، يشترط أيضا أن يكون الموظف العمومي مختصا بالعمل الوظيفي، وهذا ما تدل عليه المادة (01/26)[16] من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: "**كل موظف عمومي يمنح،عمدا، للغير امتياز 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، فإن هذه الجريمة تنتفي لعدم اكتمال عناصر قيامها. ذلك أن هذه الجريمة لا تتحقق إلا إذا كان الموظف العمومي له سلطة أو صلاحية أو اختصاص يتعلق بإبرام العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق أو التأشير عليها[17]، وهذا أيضا ما يستشف من استبدال عبارة "**بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير** " بعبارة "**منح امتيازات غير مبررة للغير** " وذلك تمييزا للجريمة التامة المعاقب عليها في المادة (26) عن المحاولة المنصوص والمعاقب عليه في المادة (52) من القانون نفسه.

ويتحقق السلوك الإجرامي لهذه الجريمة متى قام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. وتوجه إرادته للحصول على امتيازات غير مبررة جراء استفادته من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، وإرادة السلوك هي تلك الصادرة عن وعي واختيار وبالتالي تنتفي إذا كان واقع تحت إكراه[18]. وبهذا فإن النشاط الإجرامي في هذه الجريمة يمكن تحليله إلى الصور التالية:

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

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

وتكمن مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المكون لجنحة المحاباة في مايلي:

- ✓ المساس بالقواعد المتعلقة بالإشهار بمناسبة إجراء الوضع في المنافسة، ومن هذا القبيل عدم نشر إعلان الصفقة في الصحافة وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، مخافة لنص المادة (65) من المرسوم الرئاسي 247/15[19] المنظم للصفقات العمومية.
- ✓ المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المرشحين بمناسبة إجراء الوضع في المنافسة، ومن هذا القبيل إبعاد المتعامل العمومي لمؤسسة مؤهلة للفوز بالمشروع، وذلك بغية تأهيل مرشح آخر يحضا برضاه.
- ✓ المساس بالقواعد المتعلقة بإيداع العروض في إطار إجراء الوضع في المنافسة، فيجب أن يكون للمرشحين وقت كاف لإيداع عروضهم وأن يكونوا على علم تام ودقيق بالميعاد المحدد لهم لهذا الغرض،

فتقوم الجريمة في حق الموظف العمومي الذي يقوم بخرق هذه المواعيد، وذلك طبعا بغرض تفضيل مرشح على آخر وإعطائه امتيازات غير مبررة[20].

✓ المساس بالقواعد المتعلقة باختيار المستفيد من الصفقة في إطار إجراءات الوضع في المنافسة، إذ يشكل اختيار المستفيد من الصفقة بطريقة غير شرعية صورة من صور الجريمة، ويتحقق ذلك عندما لا تحترم معايير الاختيار المعلن عنها والتي يستوجب احترامها، أو الأخذ بمعايير لا يفرضها القانون في إجراء الوضع في المنافسة[21].

2: العقوبة المقررة لمرتكب جنحة منح امتيازات غير مبررة

وقد تناول قانون العقوبات جنحة منح الامتيازات غير المبررة بموجب المادة (128) مكرر الفقرة الأولى والتي ألغيت بالمـــادة (26)[22] الفقرة الأولى من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي نصت على مايلي: " **يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر** (10) **سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتياز غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات**". والغاية من وراء تجريم هذا الفعل، هو ضمان المساواة بين المرشحين للصفقات العمومية ومكافحة التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين، والذي لن يتأتى إلا من خلال تكريس شفافية إجراءات الصفقات العمومية. تجدر الإشارة إلى أن قد تُشدد عقوبة الحبس لتصل إلى (20) سنة، إذا كان الجاني من إحدى الفئات المنصوص عليها في المادة (48) من قانون الوقاية من الفساد، ومنها القاضي بمفهومه الواسع، والذي يشمل أيضا قضاة مجلس المحاسبة وأعضاء مجلس المنافسة، بل ويشمل الولاة ورؤساء البلديات، وكذلك الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة والذين يشغلون على الأقل وظيفة نائب مدير بالإدارة المركزية بوزارة ما أو ما يعادل هذه الرتبة في المؤسسات العمومية، أو في الإدارات غير الممركزة أو في الجماعات المحلية[23].

ومن استقراء المادة (54) من قانون الوقاية من الفساد، في فقرتيها الأولى والثانية نصت على عدم تقادم العقوبة في جرائم الفساد بوجه عام في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وعلى تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في غير هذه الحالة إذ نصت المادة (612) مكرر منه على أنه لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح... المتعلقة بالرشوة، وبذلك تعد العقوبات المنطوق بها في باب الرشوة عقوبات غير قابلة للتقادم.

كما نص المشرع الجنائي على العقوبات التكميلية، إذ يجوز الحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة (9) والمادة (9) مكرر من قانون العقوبات، ومنها الحرمان من حق أو أكثر

من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، والمتمثلة في العزل والإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية أو إسقاط عهدة انتخابية، الحرمان من الحق الانتخاب والترشح ومن حمل أي وسام، ويكون الحرمان لمدة (10) سنوات على الأكثر، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، كما تأمر المحكمة وجوبا بالحجر الجزائي القانوني إذا تعلق الحكم عل الجاني بعقوبة جنائية، فيحرم المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية[24].

ونصت المادة (50) من قانون الوقاية من الفساد على المصادرة الجزائية لأموال والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها، وكذلك مصادرة الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت في مكافأة مرتكب الجريمة، بالإضافة إلى أن القاضي الجزائي قد يأمر برد ما تم نهبه، أو قيمة ما حصل عليه الجاني من منفعة أو ربح، وينطبق هذا الحكم حتى إذا ما انتقلت الأموال المنهوبة إلى أصول الجاني أو فروعه أو إلى إخوته أو زوجته أو أصهاره.

ومن العقوبات التكميلية، أيضا إبطال العقود والصفقات المتعلقة بالجريمة المرتكبة، وهذا الحكم هو جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائي الجزائري، فالأصل أن إبطال العقود الإدارية والصفقات من اختصاص القضاء الإداري، وليس من اختصاص القضاء الجزائي.

أما الشخص المعنوي المدان فيتعرض إلى العقوبات المقررة في المادة (18) مكرر من قانون العقوبات، وهي الغرامة والتي قد تصل إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، وفي هذه الحالة قد تصل إلى 5.000.000 دج .

كما قد يتعرض الشخص المعنوي إلى إحدى العقوبات التكميلية أو أكثر، كحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو إحدى فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، أو المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي، نهائيا أو لمدة خمس (5) سنوات[25].

ثانيا: جنحة استفادة من امتيازات غير مبررة

يمكن أن يمارس الجاني نفوذه من أجل الحصول على منفعة لفائدته أو لفائدة غيره، وذلك من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو التعديل لصالحه من نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، ولكن التشريع الجنائي له بالمرصاد من أجل التسليط عليه العقوبات المقررة، كما سنرى في الفرعين المواليين.

1: التعريف بجنحة استفادة من امتيازات غير مبررة

تعتبر جنحة الاستفادة من سلطة أو نفوذ أعوان الهيئات العمومية عند إبرام الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة صورة ثانية لجنحة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية، وأشارت إلى هذه الجنحة الفقرة

الثانية من المادة (26) [26] من قانون مكافحة الفساد، وقد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة (128) مكرر فقرة (02) من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته[27]، إذ نصت على: "**يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الإقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد او الخدمات أو اجال التسليم أو التموين**".

تقتضي هذه الجريمة قيام الجاني بطلب أو قبول من صاحب الحاجة عطية أو هدية أو وعد أو هبة أو أية منفعة أخرى وذلك لقاء قضاء حاجته، ويشترط أن تكون هذه المزية غير مستحقة أي غير مقررة قانونا لصالح من طلبها أو قبلها. وقد يكون المستفيد الجاني نفسه أو احد أفراد أسرته أو أصدقائه، أو أي شخص آخر يعينه[28].

في هذه الجنحة من غير الموظف الذي يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار، أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، فتفيد هذه الفقرة من المادة المتعامل الاقتصادي، وهو شخص خاص وليس موظف عام، ولا يهم أن يكون شخص طبيعي أو معنوي، فما يهم هو السلوك من أجل الاستفادة من بعض المزايا بغير وجه حق من إبرام الصفقة[29]. وما يهم أيضا أن الجاني يتعاقد مع الدولة أو الجهات المحلية، مما يعني أن المتعامل الاقتصادي الذي يتعاقد مع شخص خاص، أو أن المتعاقدان هيئتان من القطاع العام لا تقوم الجريمة في حقهما[30].

ويستوي أن يكون نفوذ الجاني حقيقيا أو مفترضا لقضاء حاجة صاحب المصلحة، فقد يكون النفوذ حقيقيا وفي هذه الحالة تقتضي الجريمة أن يسيء الجاني استعمال النفوذ الذي تمنحه إياه وظيفته أو صفته. وقد يكون النفوذ مفترضا أو مزعوما، وفي هذه الحالة يجمع الجاني بين الغش والإضرار بالثقة الواجبة في الوظائف الرسمية[31].

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقدا أو صفقة مع الدولة أو مع الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسة العمومية والاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من السلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة[32].

وتشترط المادة (02/26) [33] من قانون مكافحة الفساد لكي يتحقق الركن المادي للجريمة، أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو التعديل لصالحه من نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين .

ويشترط لقيام الجريمة أن يمارس الجاني نفوذه من أجل الحصول على منفعة لفائدة غيره وليس من أجل حصول الجاني نفسه على تلك المنفعة[34]. ويدخل الوسيط في هذه الجريمة إذا ما سعى للحصول على مزية من إدارة عمومية لصالح الغير بطرق إجرامية وهذا ما يستشف من نص المادة (02/32) من ذات القانون: " **الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة**". وتقتضي الجريمة أن يكون سعي الجاني لدى سلطة أو إدارة عمومية، ومن ثم لا تقوم الجريمة إذا ما تحصل موظف على هدية لقاء تشغيل شخص لدى مؤسسة خاصة. وتعد جريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة جريمة عمديه يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، ويتمثل هذا الأخير في نية الجاني للحصول على امتيازات غير مبررة. ويتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وإرادة استغلال هذا النفوذ لفائدته، وكذا القصد الجنائي الخاص يتمثل في نية الحصول على امتيازات غير مبررة[35].

2: العقوبة المقررة لجنحة استفادة من امتيازات غير مبررة

جاء في المادة (26) فقرة (02) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: "**يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج**
كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي..."،

ويتمثل السلوك الإجرامي في جريمة في استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية حسب نص المادة (26) فقرة (02) [36] في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات والهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات.

وهكذا فإن كان العقد أو الصفقة قد أبرمت مع بلدية على سبيل المثال يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه والأمين العام للبلدية ورؤساء المصالح الفنية التابعة للبلدية هم المعنيون بهذه الجريمة.

والمقصود من المنافع أن يحصل عليها من إدارة عامة أو سلطة عمومية، كل ما يصدر من السلطات العمومية من أوامر وقرارات وأحكام، كما يشترط أن تكون المنفعة المستهدفة غير مستحقة ومن ثم تنتفي الجريمة إن كان القرار المطلوب من الجاني استصداره مشروعا[37]، وتكون المنفعة المستهدفة إما الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد أو التعديل في نوعية الخدمات أو التعديل في آجال التسليم أو التموين لصالح المؤسسة المخالفة[38].

ومما يظهر من المادة (54) من قانون الوقاية من الفساد، في فقرتيها الأولى والثانية والتي نصت على عدم تقادم العقوبة في جرائم الفساد بوجه عام في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وعلى تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في غير هذه الحالة، إذ نصت المادة (612) مكرر منه على أنه لا تتقادم العقوبات المحكوم بها

في الجنايات والجنح... المتعلقة بالرشوة، وبذلك تعد العقوبات المنطوق بها في باب الرشوة عقوبات غير قابلة للتقادم.

كما نص المشرع الجنائي على العقوبات التكميلية، إذ يجوز الحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة (9) والمادة (9) مكرر من قانون العقوبات، ومنها الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، والمتمثلة في العزل والإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية أو إسقاط عهدة انتخابية، الحرمان من الحق الانتخاب والترشح ومن حمل أي وسام، ويكون الحرمان لمدة (10) سنوات على الأكثر، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، كما تأمر المحكمة وجوبا بالحجر الجزائي القانوني إذا تعلق الحكم عل الجاني بعقوبة جنائية، فيحرم المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية[39].

ونصت المادة (50) من قانون الوقاية من الفساد على المصادرة الجزائية لأموال والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها، وكذلك مصادرة الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت في مكافأة مرتكب الجريمة، بالإضافة إلى أن القاضي الجزائي قد يأمر برد ما تم نهبه، أو قيمة ما حصل عليه الجاني من منفعة أو ربح، وينطبق هذا الحكم حتى إذا ما انتقلت الأموال المنهوبة إلى أصول الجاني أو فروعه أو إلى إخوته أو زوجته أو أصهاره.

ومن العقوبات التكميلية، أيضا إبطال العقود والصفقات المتعلقة بالجريمة المرتكبة، وهذا الحكم هو جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائي الجزائري، فالأصل أن إبطال العقود الإدارية والصفقات من اختصاص القضاء الإداري، وليس من اختصاص القضاء الجزائي.

أما الشخص المعنوي المدان فيتعرض إلى العقوبات المقررة في المادة (18) مكرر من قانون العقوبات، وهي الغرامة والتي قد تصل إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، وفي هذه الحالة قد تصل إلى 5.000.000 دج[40].

كما قد يتعرض الشخص المعنوي إلى إحدى العقوبات التكميلية أو أكثر، كحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو إحدى فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، أو المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي، نهائيا أو لمدة خمس (5) سنوات.

المحور الثاني: جنحتا الرشوة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية

فنظرا لخطورة جريمة الرشوة، وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخصوصا في مجال الصفقات العمومية، وما تمثله هذه الأخيرة كميدان خصب لانتشار الفساد في مجال التعامل مع المال العام، مما دفع المشرع إلى التصدي لها

ومحاربتها. كما تعتبر جنحة أخذ فوائد غير مبررة من الجرائم التي نص عليها المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهذا ما سنعالجه في هذين المطلبين:

أولا: جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر جنحة الرشوة من الجرائم البارزة في مجال الصفقات العمومية، والتي تصدى لها التشريع بكل حزم، فالرشوة هي جريمة ثنائية، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري، إذ يعتبر أن الرشوة تقوم على جريمتين، الأولى جريمة سلبية يقوم بها الموظف العمومي بطلبه لمقابل ما يؤديه من أعمال، والثانية يقوم بها صاحب المصلحة، بعرضه لمقابل ما سيحصل عليه من الموظف العام.

1: التعريف بجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

نصت المادة (27) [41] من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية والتي جاء فيها :"**يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج،كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.**"

ويمكن تعريف الرشوة أنها " **اتجار الموظف العام في أعمال وظيفته، وذلك بتقاضيه أو قبوله أو طلبه مقابلا نظير قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو امتناعه عنه** "[42].

وقد نصت المادة (54) من القانون الأساسي للوظيفة العامة على:"**يمنع على الموظف تحت طائلة المتابعات الجزائية طلب أو اشتراط أو استلام هدايا أو هبات أو أية امتيازات من أي نوع كانت بطريقة مباشرة أو بواسطة شخص آخر مقابل تأدية خدمة في إطار تأدية مهامه**" . من خلال استقراء النص نلاحظ قصور يتجلى في كونه منع الموظف من الاقتراض أو قبول مكافأة أو هدية أو منفعة من المراجعين أو المقاولين أو المتعهدين المتعاقدين، ولا يشمل من لا علاقة له بذلك كون الباب يفتح أمام غيره للنفوذ للموظف بل ويمكن للمتعامل مع الإدارة أن يكلف غيره بتقديم المكافأة أو الهدايا أو المنافع للموظف من أجل تنفيذ المصالح لهم دون أن يكون الأمر محظورا وفق النص السابق[43] .

ولكن القانون الجنائي لا يكتفي بهذا المدلول للموظف العام كما نص عليه القانون الإداري، ذلك أن تحديد المفهوم المرتبط بشكل أساسي بما يهدف إليه من وراء تجريم فعل الرشوة فالموظف العمومي يستغل وضعا يبدو فيه ممثلا للدولة ولا يهم إن كان مندرجا تحت ما نص عليه القانون الإداري والوظيفة العامة أو لم يكن كذلك[44].

ولقيام صفة الجاني لهذه الجريمة يجب أن يقوم الموظف بعمل أو يمتنع عنه سواء كان الامتناع كليا أو جزئيا وبمقابل، كما يجب توفر شرط الاختصاص أي أن يكون العمل التي وقعت به الرشوة من صلاحية الموظف سواء كانت هذه الصلاحية بتفويض قانوني أو تكليف سواء شفاهي أو كتابي[45]. وقد أتى المشرع الجزائري بتعداد حصري لطوائف المسئولين الحكوميين وغيره من الموظفين العموميين ذوي المراكز والمواقع القانونية الحساسة في صدر المادة (27) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فأخضعهم لأحكامه بغض النظر عن درجتهم الوظيفية أو المالية، ويدخل في هذه الطائفة رؤساء وأعضاء السلطات الثلاث في الدولة.

يثير هذا النص من الناحية الإيجابية الملاحظات التالية:

- ✓ شدد المشرع من عقوبة جريمة الرشوة الأمر الذي قد يصل إلى 20 سنة حبس و2 مليون دج غرامة، وهذا مسلك نبيل من جانبه على الأقل من باب الوقاية من الفساد خاصة[46] .
- ✓ العقوبة طبقا للمادة (27) المذكورة تسلط على من قبض أو حاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، مما يدل على اتساع مجال التجريم والعقاب.
- ✓ تسلط العقوبة على من قبض أو حاول أن يقبض بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة أيا كان نوعها، وهنا نسجل امتداد التجريم في النص حتى تسد كل المنافذ من باب الوقاية من الفساد.
- ✓ نطاق العقوبة والتجريم يمس مرحلة الإبرام و التنفيذ.
- ✓ نطاق التجريم والعقاب يشمل الصفقات والعقود والملاحق وهذا من باب الوقاية من الفساد بكل أشكاله.
- ✓ القطاعات المشمولة بالمادة (27) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عديدة حيث ذكر النص الدولة، وتتجسد في السلطات المركزية والجماعات المحلية المتمثلة في الولاية والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي، والمؤسسات الاقتصادية، وبالمحصلة جمع النص القطاع العام بشقيه الإداري والاقتصادي وامتد إلى جهات كثيرة تستعمل المال العام.
- ✓ يشمل مصطلح الموظف العام بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء كان معينا أو

منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته طالما أنه يتمتع بقدر من النفوذ استغله لتحقيق منفعة خاصة [47].

- ✓ أن يكون الموظف ضمن اختصاصه الوظيفي، يأخذ بمفهوم موسع للموظف العام في إطار عرضه للجرائم التي تتعلق بالوظيفة العامة. وكذا الميزة المطلوبة للحصول عليها لصاحب الحاجة تتطلب التذرع بالنفوذ لدى سلطة عامة، هذا النفوذ يكون حقيقي أو مزعوم [48].

وتجدر الإشارة عند مقابلة المادة (27) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالمادة (06) من المرسوم الرئاسي (15/247) المنظم للصفقات العمومية يبرز الخلل العضوي بشكل واضح، وتتجلى الحلقة المفقودة والمتمثلة في عدم ذكر المادة (27) لكثير من الجهات المذكورة في المادة (06) من المرسوم الرئاسي وهي المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني وهي كثيرة جدا. وهذا يؤثر على النطاق العضوي لجريمة الرشوة والذي شمل بمفهوم المادة قطاعات، وغفل عن أخرى، وكلها تستعمل المال العام وكلها معنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية وهذا أمر لا يستقيم[49]. ويحتاج القاضي الجنائي الاستعانة بالمرسوم الرئاسي (247/15) لتحديد مدلول بعض العبارات الواردة في النص الجنائي، على غرار " **يقوم بإبرام عقد أو صفقة** "كما يلجأ إلى دفتر الشروط بالوقوف على تحديد صيغة الأسعار وتحديد الآجال ونوعية المواد والخدمات، كما يجب أن يكون ملما ببعض التعليمات الواردة إلى المصالح المتعاقدة لتفسير النصوص التنظيمية[50].

ولخطورة جريمة الرشوة وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخصوصا في مجال الصفقات العمومية، وما تمثله هذه الأخيرة كميدان خصب لانتشار الفساد في مجال التعامل مع المال العام. مما دفع المشرع إلى الإبقاء عليها في نص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وذلك في المادة (27) منه.

ووفقا للمادة (27) [51] من قانون الوقاية من لفساد ومكافحته فإن النشاط الإجرامي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية، تكمن في قبض أو محاولة قبض وعبر عنها المشرع الجزائري :" **بأجرة أو فائدة** " فالأجرة والفائدة لم يحدد المشرع طبيعتها وهي عموما لا تختلف عن المنفعة والفائدة التي يقبضها المرتشي لقاء أدائه عملا أو الامتناع عن أدائه[52]، وقد تكون الأجرة مادية أو معنوية. مادية قد تكون مالا عينيا كذهب أو سيارة أو ملابس وقد تكون نقودا أو شيكا أو فتح اعتماد لمصلحة الجاني أو سداد دينا في ذمته أو منحه مهلة غير محددة الأجل لدفع ثمن، وقد تكون ذات طبيعة معنوية كحصول الجاني على الترقية أو السعي في ترقيته أو إعارته أي شيء يستفيد منه ويرده بعد ذلك كإعارة شقة أو مركبة[53].مما يعني أن قبض أو محاولة قبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير

مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية ...[54].

2: أساليب جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

وقد جاء المرسوم الرئاسي (247/15) لتجريم كل الأفعال والمناورات التي يقصد من ورائها وعد لعون عمومي بمنح لنفسه أو لكيان آخر مكافئة أو امتياز بمناسبة تحضير صفقة،كما أن على المرشح إمضاء تصاريح وتعهدات يتعهد فيها بالامتناع عن اللجوء إلى الأساليب الممنوعة المذكورة أعلاه وغيرها للحصول على عقد أو صفقة أو ملحق[55] .

يتمثل في أحد العنصرين :

أ- **القبض:**

وهو تسلم الموظف المرتشي الأجرة أو الحصول على المنفعة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو أحد الهيئات الواردة في المادة (27) من القانون الوقاية من الفساد[56].

والقبض قد يكون عن طريق الطلب، وهو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي، ويطلب فيه مقابلا لأداء وظيفته أو خدمته، ويكفي الطلب لقيام الجريمة حتى ولو لم يصدر قبول من صاحب الحاجة أو المصلحة، بل حتى ولو رفض صاحب المصلحة وسارع لتبليغ السلطة العمومية، كما تقوم الجريمة حتى ولو طلب الجاني المقابل لغيره. كما تتم الجريمة عن طريق القبول من طرف الموظف المرتشي لعرض مقدم من صاحب المصلحة. ويشترط أن يكون هذا العرض جدي لتقوم هذه الجريمة[57]، فإن كان العرض غير جدي فلا تقوم هذه الجريمة، ومثال ذلك عرض صاحب المصلحة أن يعطي للموظف مال قارون. كما يشترط أن يكون قبول الموظف جديا، فلا تقوم الجريمة إذا كان غرض الموظف الإيقاع بصاحب المصلحة[58].

ويكون القبض إراديا، فلا عبرة بالطريقة التي يكون بها، فقد يكون صريحا بالتسليم المادي لمبلغ الرشوة، وقد يكون ضمنيا بأن يضع صاحب المصلحة مبلغا من المال في درج الموظف دون اعتراض منه، وقد يكون تنازل عن دين في ذمة الموظف، و قد يكون المقابل معنويا كعطلة في أحد الفنادق، وليس من الضروري أن يستفيد الجاني نفسه من العطلة، فقد يكون أحد أقاربه أو أي شخص آخر له صلة به[59].

ب- **محاولة القبض:**

وتعني المحاولة أن هناك عرض من الراشي أو صاحب المصلحة بدفع أجرة أو منح منفعة للموظف المرتشي، وقبول هذا الأخير عرض الأول ولكن هذا الإنفاق بين الراشي والمرتشي قد لا يتحقق، كأن يتم كشفه قبل استلام الأجرة المتفق عليها وحصوله عليها، فتكون الجريمة قائمة متى تحققت باقي الأركان[60].

وتتعلق الرشوة الإيجابية بشخص الراشي، يعرض عل موظف عمومي مزية غير مستحقة نضير حصوله على منفعة بإمكان ذلك الموظف توفيرها له. ويتحقق السلوك المادي في هذه الجريمة بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته أو للامتناع عنه، ويشترط أن يكون الوعد جديا وأن يكون الغرض منه تحريض الموظف العمومي على الإخلال بوجباته الوظيفة، فيعد راشيا الشخص الذي يعرض هدية أو يعطيها للموظف العمومي لحمله على أداء عمل من أعمال وظيفته، وهكذا تقوم الجريمة في حق من سلم مبلغا من المال إلى مسئول مؤسسة عمومية للفوز بصفقة[61].

يكون الغرض من هذه المزية حمل الموظف العمومي عل أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته، ولا يهم إن أدى سلوك الراشي إلى النتيجة المرجوة أو لم يؤدي، فلا يهم إن تبين القرار الذي صدر لصالح الراشي لا يجد نفعا أو أنه بدون موضوع، فالوسيلة المستعملة هي المقصودة بالعقاب[62].

وتقوم جريمة الرشوة بصورتيها بغض النظر عن النتيجة، ومن ثم لا يهم امتناع صاحب المصلحة بإرادته عن الوفاء بوعده أو إذا حالت دون ذلك ظروف مستقلة.[63].

ثانيا: جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تتمثل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، في إقحام الموظف لنفسه في عمل أو صفة يديرها أو يشرف عليها للحصول على فائدة منها متاجرا بذلك بوظيفته، وهي مظهر من مظاهر الرشوة، فضلا أنها تكون أحينا من جرائم الصفقات العمومية، وهذا ما سنعالجه في هذا المطلب.

1: التعريف بجنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة (35) [64] من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي نصت على: " **يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة و إما بعقد صوري و إما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذا من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت** ".

وتفترض هذه الجريمة أن الجاني موظفا عاما، يحمل على هذا النحو أمانة السعي إلى تحقيق المصلحة العامة في نزاهة وتجرد، غير مبتغ لنفسه ربحا أو منفعة، ولكنه يخون هذه الثقة والأمانة، ويستغل اختصاصات وظيفته ومنصبه ليأخذ أو يتلقى لنفسه فوائد غير مشروعة[65]، ويشترط أن يكون الجاني موظفا عاما يدير عقدا أو صفقة أو يشرف عليها، أو أن يكون موظفا عموميا مكلفا بإصدار أذون الدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتها.

والمنتخبين أكثر عرضة من غيرهم، للحصول على فوائد شخصية غير مشروعة بحكم صفتهم واختصاصهم الواسع في الرقابة والإشراف على الأعمال والصفقات المحلية، وكذا قدرتهم على الإطلاع على المشاريع والصفقات، وهو أمر تفطن إليه المشرع في المادة (35)من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

وعلاوة على كونه موظف عمومي تشترط نفس المادة أن يتمتع بمسؤوليات تمنحه سلطة فعلية بشأن المشروع أو العملية التي أخذ أو تلقى منها فوائد. فلا يمكن تصور قيام الجريمة بدون هذه السلطة التي تحقق الرابطة بين المال والمشروع أو العملية لمعنية. أي أن يكون مديرا لعقود أو صفقات أو مشرفا عليها أو أن يكون مكلفا بإصدار إذن الدفع في عملية أو مكلفا بتصفيتها[66]، وتقتضي الجريمة أيضا أن يكون السلوك المادي المخالف للقانون قد صدر من الموظف العام أثناء ممارسته لوظيفته، كما يستشف ذلك من عبارة المادة (35) سابقة الذكر "**في إطار ممارسة وظائفه**"[67]، وتكمن الجريمة في حقيقة الأمر في تدخل الموظف في الأعمال التي هو مكلف بإرادتها أو الإشراف عليها، وهذا التدخل الذي يصرفه إلى تحري المنفعة الخاصة عند القيام بالواجب الذي تقتضيه المصلحة العامة، والاستفادة غير مرتبطة بربح، فالجريمة تتحقق حتى ولو لم يتحصل الجاني على ربح له، فتحصل الجريمة حتى ولو تدخل لحصول الفائدة لصهره مثلا[68]، وعلة هذه الجريمة في مجال الصفقات العمومية، هي أن الموظف العمومي يجمع بين صفتين متعارضتين ، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة والمساس بمبدأ المنافسة الشريفة، فالوظيفة العمومية تقتضي احترام مبادئ الأمانة والنزاهة والإخلاص في العمل، وأن يسعى الموظف العام دائما إلى تحقيق المصلحة العامة أثناء أدائه لوظيفته.

ولهذا نجد أن المشرع لم يسمح للموظف أن يكون طرفا أو مستفيدا بصورة صريحة أو ضمنية مباشرة أو غير مباشرة من أي عقد أو صفقة تبرمها الإدارة والتي يشرف عليها أو يتولى إدارتها، فالموظف العام من واجبه الحفاظ على الصالح العام ولا يتأتى ذلك إذا كان طرفا أو مستفيدا من هذه العقود والصفقات، لأنه في هذه الحالة يكون يتحرى مصلحته الخاصة ولا تهمه المصلحة العامة أو مصلحة الإدارة التي هو موظف لديها[69]، ومن جهة أخرى يصبح هذا الموظف العام منافسا بصورة غير مشروعة مع باقي المرشحين، ويستطيع الفوز بالصفقة لما لديه من معلومات باعتباره صاحب اختصاص في إدارة الصفقة أو الإشراف عليها وبفضل ما يحوزه من سلطات.

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في صورتين هما: إما أخذ أو تلقي فائدة غير قانونية أثناء مباشرة الإدارة أو الإشراف على إحدى العمليات المتعلقة بالعقود أو الصفقات. وهذا فيما يخص كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة طلب بصورة مباشرة أو غير مباشرة عطايا أو وعود للعطايا أو الهدايا أو منافع كيف ما كانت طبيعتها للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل[70] .

2: أساليب جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تتمثل أساليب جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في أخذ أو تلقي الفائدة، كما هو مبين في النقطتين المواليتين:

أ- أخذ الفائدة:

يقصد بأخذ الفائدة هو تسلم الموظف العام للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير مشروعة من الأشخاص الذين لديهم مصلحة في المزايدات أو المناقصات أو العقود أو المقاولات[71]. والأخذ يتضمن إيجاب من الموظف وقبول صاحب المنفعة، بمقتضاه يلتزم هذا الأخير بتسليم الفائدة المتفق عليها للموظف لقاء الاتجار بالوظيفة[72]، وتأخذ هذه الفائدة بثلاث صور هي:

- ✓ أخذ الجاني للفائدة بصورة مباشرة، كأخذ مبالغ مالية أو أسهما في شركة من أحد المتعاملين لقاء التزام الموظف العمومي تجاه هذا المتعامل بأن يسعى لأن تكون الصفقة من نصيبه.
- ✓ أخذ الجاني للفائدة بعقد صوري، كتمكينه من إنجاز جزء من الصفقة باسم مستعار، كتزويد المقاول بمواد عن طريق شركة يملكها الموظف العمومي أو يتعامل باسمها ويأخذ هامش من الأرباح.
- ✓ أخذ الفائدة عن طريق شخص ثالث، قد يكون شريك أو قريب أو صديق[73].

ب- تلقي الفائدة :

يقصد بالتلقي هو تسلم الموظف العمومي للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير قانونية لقاء الاتجار بوظيفته. والتلقي يقتضي إيجاب صاحب المصلحة في الصفقات العمومية والعقود الإدارية وقبول من الموظف العام، بمقتضاه يستلم الجاني الفائدة المتفق عليها لقاء استغلال الوظيفة[74].

وبهذا التلقي لا يختلف عن الأخذ إلا من زاوية عرض الفائدة، فكلا الجريمتين يتسلم فيها الجاني للفائدة، إلا أنه في التلقي يكون صاحب المصلحة في العقود والصفقات هو العارض للفائدة والموظف العمومي هو القابل لها، أما في الأخذ فالموظف العمومي هو من يطلب الفائدة وصاحب المصلحة هو من يوافق على ذلك.

وتجدر الإشارة إلى العمل الذي يؤديه الموظف لقاء تلقيه الفائدة، يستوي أن يكون عملا إيجابيا كاتخاذ قرار بإرساء صفقة، أو عملا سلبيا كعدم مطالبة أحد المقاولين بالقيام بعمل، كان من الواجب عليه القيام به أو التسامح معهم بالتغاضي عن شروط أساسية في التعاقد.

فتقوم الجريمة حتى ولو كان الأخذ أو التلقي للفائدة غير المشروعة، يبحث عن فائدة مؤسسة عمومية، وتقوم الجريمة حتى وإن لم يترتب عنها زيادة في التكلفة التي تتحملها الإدارة صاحبة الصفقة، وهكذا فإنه يمكن تصور قيام الجريمة حتى ولو لم يكن هناك ضرر للخزينة العامة. كما لا يهم إن نفذت الصفقة أم لم تنفذ بسبب عدم

التأشير عليها من طرف السلطة المختصة، وهنا يكون عمل الجاني تجاه المقاول غير مكتمل لأسباب خارج عن إرادتهما وبذلك تقوم الجريمة في حق الموظف العمومي[75].

بالإضافة لأن المشرع الجنائي يهدف إلى حماية ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد انطلاقا من مبدأ تحقيق المصلحة العامة والتي لا تتحقق بشكل جيد إلا إذا كانت تصرفات الإدارة العامة غير خاضعة لضغوط أو مؤثرات خارجية أيا كان مصدر هذه الضغوط أو تلك المؤثرات[76].

الخاتمة:

تعد الصفقات العمومية موطنا خصبا لكل أوجه الفساد من محسوبية ووساطة ورشوة، ويتعدى الأمر إلى تتكون منظومة فساد قوية، عندما يتحالف رجال الأعمال ورجال الإدارة وبداعي المصلحة المشتركة يخدم كل منهما الآخر، وبما يسمى بظاهرة الفساد الاقتصادي الذي يؤدي إلى تبعية القوة الإدارية للقوة الاقتصادية، لتصبح أداة بين أصحاب الأموال والطبقات الغنية القادرة على الدفع لتحقيق المنافع الشخصية، ويعملون على استبعاد الفئات الأخرى من أصحاب النزاهة.

وهذا ما دفع المشرع بسن قوانين صارمة من أجل الوقاية من الظاهرة ومكافحتها عبر إصدار قوانين مختلفة على غرار المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وسن نصوص جديدة في قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية وغيرها من أجل محاصرة الظاهرة والقضاء عليها.

رغم ذلك تبقى هذه النصوص غير كافية، مما يدعو إلى تكثيف الجهود، من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته عن طريق:

- الاستفادة من تجارب الدول التي لها باع في محاربة الفساد.
- القيام بدراسة تحليلية حول هذه الظاهرة، من أجل الوقوف على أسبابها حتى يسهل التخلص منها أو على الأقل تقليصها.
- التأكيد على الشفافية في إجراءات الصفقات العمومية، من أجل منح الصفقة لمن له الكفاءة المالية والفنية وبذلك تقطع الطريق أمام المفسدين.
- التوعية بمخاطر الظاهرة على الاقتصاد الوطني وعلى المجتمع والدولة، إذ أنها تزعزع الاستقرار السياسي والاقتصادي.

وعند القيام بهذه الجهود، يمكن الوصول إلى نتائج مقبولة في محاصرة ظاهرة الفساد.

قائمة المراجع:

1- القوانين والأوامر:

-قانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 2011/08/02، ج ر عدد 44.

- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/06/08، المعدل والمتمم بالأمر رقم 47/75 المؤرخ في 1975/06/17، ج ر عدد 53، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/82، المؤرخ في 1982/02/13، ج ر عدد 07، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/89، المؤرخ في1989/04/25، ج ر عدد 17، المعدل و المتمم بالقانون رقم 15/90، المؤرخ في 1990/07/14، ج ر عدد 29، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، المؤرخ في 2006/12/20، ج ر عدد 84، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/09، المؤرخ في 2009/02/25، ج ر عدد 15.

-الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر العدد 46.

- المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 2015/09/15، ج ر عدد50، ص 22.

2- الكتب:

-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، ط 9، سنة 2008.

-جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، عثمان، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر 2007.

-حمدي أبو النور السيد عويس، استغلال النفوذ الوظيفي وسبل مكافحته من منظور إسلامي وقانوني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

-حمزة أخضر الطائي، الفساد الإداري في الوظيفة العامة، مركز الكتاب الأكاديمي عمان، الأردن، 2015.

- سامان خرشيد حسين، الجوانب الإجرائية في عقود النفط دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان2018.

-شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، دار الفكر والقانون، القاهرة مصر، 2013.

-فادية قاسم بيضون، الفساد أبرز الجرائم الآثار وسبل المعالجة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.

-عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2013.

-عثمان سليمان غيلان العبودي، أخلاقيات الوظيفة العامة دراسة مقارنة في الإطار الفلسفي لأخلاقيات الوظيفة العامة وسلوكياتها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16، القسم الأول، جسور، النشر والتوزيع، المحمدية الجزائر، ط 5، 2017.

-عمراني مصطفى، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016.

-مازن ليليو راضي، العقود الإدارية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان الأردن.
-محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأدن، 2010.
-محمد علي سويلم، القانون الجنائي للأعمال بين الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر2018.
- محمود بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية في العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2011.
-منصور رحماني، القانون الجنائي للمال والإعمال، الجزء الثاني، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر2019.
-مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.

3- المدخلات:

-حاحة عبد العالي، مداخلة بعنوان الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2013.

الهوامش:

(1) عثمان سليمان غيلان العبودي، أخلاقيات الوظيفة العامة دراسة مقارنة في الإطار الفلسفي لأخلاقيات الوظيفة العامة وسلوكياتها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 288.

(2) عمراني مصطفى، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية في مجال الصفقات العمومية دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016، ص 111.

(3) حاحة عبد العالي، مداخلة بعنوان الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2013.

(4) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص923.

(5) جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، عثمان، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر 2007، ص 322.

(6) منصور رحماني، القانون الجنائي للمال والإعمال، الجزء الثاني، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر2019، ص 69.

(7) مهند مختار، المرجع السابق، ص 926.

(8) عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2013، ص 43.

(9) قانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15/11 المؤرخ في 2011/08/02، ج ر عدد 44، ص 08.

(10) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16، القسم الأول، جسور، النشر والتوزيع، المحمدية الجزائر، ط 5، 2017، ص 194.

(11) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، ط 9، سنة 2008، ص 13.

(12) المادة 04 الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر العدد 46، ص 04.

(13) حمزة أخضر الطائي، الفساد الإداري في الوظيفة العامة، مركز الكتاب الأكاديمي عمان، الأردن، 2015، ص 68.

(14) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 12.

(15) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 112.

(16) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص08.

(17) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 112.

(18) شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، دار الفكر والقانون، القاهرة مصر، 2013، ص 143.

(19) المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، ص 17.

(20) محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأدن، 2010، ص 63.

(21) محمود بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية في العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2011، ص 200.

(22) القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص 08.

(23) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 70.

(24) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص08.

(25) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 71.

(26) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص08.

(27) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131.

(28) منصور رحماني، نفس المرجع، ص 82.

(29) سامان خرشيد حسين، الجوانب الإجرائية في عقود النفط دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان2018، ص 59.

(30) منصور رحماني، المرجع السابق، ص 80.

(31) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 81.

(32) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 06.

(33) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص 08.

(34) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 83.

(35) عمراني مصطفى، المرجع السابق، ص 71.

(36) المادة 26 القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص 08.

(37) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 82.

(38) مازن ليليو راضي، العقود الإدارية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 122.
(39) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 69.
(40) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 72.
(41) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص 08.
(42) منصور رحماني، المرجع السابق، ص 67.
(43) عثمان سليمان غيلان العبودي، المرجع السابق، ص 366.
(44) عمراني مصطفى، المرجع السابق، ص 74.
(45) فادية قاسم بيضون، الفساد أبرز الجرائم الآثار وسبل المعالجة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص 46.
(46) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 195.
(47) حمدي أبو النور السيد عويس، استغلال النفوذ الوظيفي وسبل مكافحته من منظور إسلامي وقانوني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص77.
(48) محمد أبو النور السيد عويس، نفس المرجع، ص 81.
(49) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 197.
(50) عمراني مصطفى، المرجع السابق، ص 91.
(51) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص08.
(52) النوي خرشي، المرجع السابق، ص 497.
(53) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص133.
(54) منصور رحماني، نفس المرجع، ص 77.
(55) النوي خرشي، المرجع السابق، ص 497.
(56) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 7.
(57) فادية قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 47.
(58) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 62.
(59) فادية قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 51.
(60) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 58.
(61) منصور رحماني، المرجع السابق، ص 75.
(62) منصور رحماني، نفس المرجع، ص 77.
(63) منصور رحماني، نفس المرجع، ص 55.
(64) القانون01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم السالف الذكر، ص 09.
(65) النوي خرشي، المرجع السابق، ص 198.
(66) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 100.

(67) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 84.

(68) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 14.

(69) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 103.

(70) محمد علي سويلم، القانون الجنائي للأعمال بين الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر2018، ص 70.

(71) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 100.

(72) حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 14.

(73) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 101.

(74) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 102.

(75) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 104.

(76) أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 83.