

مدلول العمل التعاقدى في جريمة الرشوة في القانون الجزائري وفي التشريعات الجزائية الأجنبية *

BOUBERGUIG Abderrahim, Doctorant,
Département de Droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Sidi Bel Abbès, Algérie.

بوبرقيق عبدالرحيم، طالب دكتوراه،
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة سيدي بلعباس، الجزائر.

ملخص:

فرض القانون الجزائري حماية جزائية للعمل التعاقدى المبرم أو المنقذ بإسم الأشخاص المعنوية العامة لتنزيهه عن طريق المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تناولت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. وسوف تهدف هذه الدراسة إلى التطرق إلى أهم الجوانب القانونية لمدلول ذلك العمل حسب المادة 27 من قانون الجزائري السابق، وحسب موقف التشريعات الجزائية الأجنبية.

الكلمات المفتاحية:

جريمة الرشوة، المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، عقد إداري، صفقة عمومية، مدلول جزائي.

The definition of contractual act in the offence of bribery in Algeria law and in foreign penal legislations

Abstract:

The Algerian law impose a legal protection to the contractual act concluded or executed on behalf the legal persons of public law with a view to protect integrity in that act by article 27 of the Law on prevention and fight against corruption relative to bribery in public procurements. The study aims to demonstrate legal aspects related to the definition of contractual act within the meaning of article 27 of the Algerian law previously mentioned and according to the foreign penal legislations.

Keywords:

Offence of bribery, article 27 of the Law on prevention and fight against corruption, Administrative contract; Public procurement, Penal definition.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/31 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/01/23 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/12/10.

Sens de l'acte contractuel dans l'infraction de corruption en droit Algérien, étude comparative.

Résumé :

La loi algérienne a imposé une protection pénale de l'acte contractuel conclu ou exécuté au nom des personnes morales publiques en vertu de l'article 27 de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (au sens large) ayant trait à la corruption en matière de marchés publics. Cette étude a pour objectif de démontrer les principaux aspects juridiques relatifs à la définition de l'acte contractuel au sens de l'article 27 de la loi algérienne et de quelques législations pénales comparés.

Mots clés :

Infraction de corruption, article 27 de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, contrat administratif, marché public.

مقدمة

إختار المشرع الجزائري على ضوء المصلحة المحمية قانونا بموجب جريمة الرشوة أي، «نزاهة النشاط الإداري»، العمل التعاقدى «Acte contractuel» من بين مجالات نشاط الإدارة العامة ليكون محلا لنص جزائي خاص يتناول الرشوة بمناسبة هو المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾ («قانون الفساد» فيما يلي)، وقرر لها عقوبة أكبر من العقوبة المقررة لجريمة الرشوة حسب المادة 25 من قانون الفساد التي تناولت جريمة رشوة الموظفين العموميين بوجه عام.

إذ إن العمل التعاقدى من أكثر نشاطات الإدارة العامة عرضة للسلوكيات المنحرفة لغاية توسل المال العام عن طريقها، مما يضر بهذا المال بالتعاقد مع أشخاص لا يتمتعون بالكفاءة المطلوبة لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية «Prestation contractuel»، ومن ثمة الوفاء بثمنها من ذلك المال رغم تنفيذها بصورة سيئة. كما أن من شأن هذه السلوكيات العدوان بصورة كبيرة أكثر من غيرها في مجالات أخرى من النشاط الإدارى على المصلحة التي يحميها القانون بمقتضى جريمة الرشوة لأن أهم أعمال التعاقد التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها تحكمها على سبيل الوجوب مبادئ «النزاهة والشفافية».

ولكن المشرع الجزائري، إذ تناول بالتجريم والعقاب الرشوة في مجال الأعمال التعاقدية في نص مستقل عن النص العام المتعلق بجريمة الرشوة، وأنه إستعان بسُلطان القانون الجزائي لبسط الحماية القانونية على النزاهة فيها، قعد عن إعطاء مدلول واضح لهذه الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم، على عكس بعض التشريعات الجزائية الأجنبية، رغم الأهمية القانونية الكبيرة لهذا المدلول، وفي ظل موقف مهم للقضاء الجزائي الجزائري، وموقف فقهي يسوده الإضطراب.

وبناء عليه، سوف يحاول الباحث أن يعالج مدلول الأعمال التعاقدية في جريمة الرشوة من خلال التساؤلات التالية:

فمما يتكون مدلول العمل التعاقدى في جريمة الرشوة حسب المادة 27 من قانون الفساد؟ وهل يختلف هذا المدلول في القانون الجزائي عنه في القانون الإداري بما أن الإدارة العامة تعتبر طرفا في هذا العمل؟ وكيف هو موقف التشريعات الجزائية الأجنبية من الرشوة في مجال العمل التعاقدى؟

للإجابة على هذه الأسئلة، إتبع الباحث المنهج التحليلي القانوني والمنهج الوصفي القانوني، والمنهج المقارن الذي سوف ينصب على التشريعات الأجنبية التالية: القانون التونسي والقانون الإيطالي بسبب موقفهما الخاص حول الموضوع.

وعلى ضوء ما سبق، قام الباحث بتقسيم خطة الدراسة حول مدلول⁽²⁾ العمل التعاقدى في جريمة الرشوة في القانون الجزائي وفي التشريعات الجزائية الأجنبية وفقا لما يلي:

مبحث تمهيدي: النصوص القانونية

المبحث الأول: ضوابط العمل التعاقدى حسب المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الأول: أن يُتْرَم العقد أو يُنْقَدَ بإسْم الهيئات المذكورة في المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الثاني: أن ترتكب الرشوة أو يحاول ارتكابها خلال أدوار العقد

المبحث الثاني: نطاق الأعمال التعاقدية حسب المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الأول: ما يدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق المادة 27 من قانون الفساد

المبحث الثالث: موقف التشريعات الجزائية الأجنبية من العمل التعاقدى في جريمة الرشوة

المطلب الأول: التشريع التونسي

المطلب الثاني: التشريع الإيطالي

المبحث التمهيدي: النصوص القانونية

أنشأ المشرع الجزائري الرشوة في مجال العمل التعاقدى بموجب القانون رقم 09-01⁽³⁾

في المادة 128(مكرر1) من قانون العقوبات التي تقول: « يعاقب بالسجن المؤقت من خمس

(5) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 100.000 دينار إلى 5.000.000 دينار كل من

يقبض أو يحاول القبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو فائدة مهما

كان نوعها، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو

ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون.»، نقلها

المشرع إلى قانون الفساد، الصادر بناء على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽⁴⁾، بدون

إجراء أي تغيير على الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم، ونصت عليها من جديد المادة 27

منه بعنوان «الرشوة في مجال الصفقات العمومية» الواردة في الباب الرابع منه «التجريم

والعقوبات وأساليب التحري» الذي تضمن طائفة الجرائم من نوع الفساد المستحدثة بالمادة الثانية من نفس القانون.

وجاء في المادة 27 المذكورة، وهي محل هذه الدراسة، أنه: «يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دينار إلى 2.000.000 دينار، 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.»

المبحث الأول: ضوابط العمل التعاقدى حسب المادة 27 من قانون الفساد

إستعان المشرع الجزائري لتحديد مدلول العمل التعاقدى الذي يدخل في نطاق تطبيق المادة 27 من قانون الفساد بضوابط. وتدور هذه الضوابط في الأساس حول الهيئة التي يُبرَم أو يُنفَذ العقد بإسمها (المطلب الأول)، وحول أدوار حياة هذا العقد (المطلب الثاني).
المطلب الأول: أن يُبرَم العقد أو يُنفَذ بإسم الهيئات المذكورة في المادة 27 من قانون الفساد

إشترطت المادة 27 من قانون الفساد أن تكون الصفقة والعقد والملحق مبرمة أو منفذة بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، مع إستثناء الأعمال التعاقدية للمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والبحثي كالجامعة بالرغم من أنها كانت تخضع لتنظيم الصفقات العمومية القديم، مما عرض هذا الإستثناء إلى النقد من جانب الفقه الذي أراد تطبيق المادة 27 السابقة على جميع الأشخاص المؤهلة لإبرام صفقة عمومية بحسب تنظيم الصفقات العمومية القديم⁽⁵⁾. ولم تعد تلك الهيئات تخضع لقواعد قانون الصفقات العمومية بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽⁶⁾ («تنظيم الصفقات العمومية» فيما يلي). وبالتالي، أصبح في استطاعتها أن تشبع حاجاتها وفق تقنية تعاقد أخرى غير تقنية الصفقة العمومية.

بينما تخضع الصفقات والعقود وملاحقها الخاصة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وبدون إقامة أي تمييز فيها على أساس مصدر تمويلها، والخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لحكم المادة 27، وإن كانت من الهيئات المستثناة من نطاق تنظيم الصفقات العمومية (المادتان 8 و 9 من تنظيم الصفقات العمومية) لأن المادة 27، في نظر الباحث، لم تشترط أن تكون الصفقة أو العقد ذو طابع عمومي لكي تطبق⁽⁷⁾.

فلفظ «الصفقة» و«العقد» الواردان فيها يستغرقان جميع العقود التي تبرمها تلك الهيئات، ولا يقتصران فقط على الصفقة العمومية أو العقود الإدارية الأخرى.

ويبدو مما سبق بأن المشرع قد أخذ بالمعيار العضوي للعقد الإداري، وهو معيار أساسي لتحديد العقود الإدارية، من خلال قائمة الهيئات التي ذكرتها المادة 27 السابقة التي يبرم العمل التعاقدى أو ينفذ بإسمها، لولا أن هناك هيئات ذكرتها المادة لا تعتبر عقودها من قبيل الصفقات العمومية، ولا من قبيل العقود الإدارية في معظم الأحيان، مما يؤدي إلى الإنتقاص من التطبيق الفعلي للمعيار العضوي على الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع لم يعتد بالمعايير الأخرى للعقد الإداري كمعيار العقود الإدارية بتعيين القانون، أو كمعيار تسيير المرفق العام ومعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص، وهما، فضلا على المعيار العضوي، معياران مستخلصان من إجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في مادة العقود، زيادة على معايير أخرى خاصة ببعض العقود الإدارية كمعيار المقابل المالي ومعيار الموضوع المادي للعقد بالنسبة للصفقات العمومية، والمأخوذ بها في القانون الجزائري⁽⁸⁾.

ويتبين مما سبق بأن مدلول العمل التعاقدى حسب المادة 27 من قانون الفساد يختلف عن مدلوله في القانون الإداري، إذ لم يأخذ النص القانوني بأي معيار من معايير إعطاء العمل التعاقدى وصف العقد الإداري المعمول بها في هذا القانون سوى بالمعيار العضوي، وإن بصورة جزئية وليس بصورة كاملة.

المطلب الثاني: أن ترتكب الرشوة أو يحاول ارتكابها خلال أدوار العقد

ترتكب الرشوة حسب المادة 27 من قانون الفساد خلال أدوار العقد، وقد عبرت المادة السابقة عن ذلك «بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية».

وهذه الوقائع مشروعة في نظري في نظر القانون الجزائري، غاية ما في الأمر أنه يتعلق على وجودها تطبيق العقوبة المقررة للفعل المجرم بناء على حكم المادة 27 من قانون الفساد. فتلك الوقائع عبارة عن عمل صادر عن الإدارة العامة بإتفاق إرادتها مع إرادات أخرى لما لا تخول هذه الإدارة ممارسة نشاطها عن طريق الأعمال الإدارية بإرادتها الواحدة أو تخول ذلك بصورة اختيارية، وشأنها في هذا شأن أغلب الأعمال القانونية التي يعتد بها القانون الجزائري لقيام جريمة ما⁽⁹⁾.

غير أن الفقهاء في الجزائر، وإن اتفقوا على ضرورة توافر شرط أدوار العقد لتطبيق المادة 27، اختلفوا حول النطاق الحقيقي لهذه الأدوار.

فيرى بعضهم أن نطاق أدوار التعاقد للمادة 27 السابقة يشمل على دور التحضير وإجراء المفاوضات فقط، ولا يشمل دور الإبرام ودور التنفيذ، فهي مستثناة من نطاق نص التجريم لأن النص العربي للمادة السابقة إشتراط أن يكون التحضير أو إجراء التفاوض «بقصد» إبرام أو تنفيذ العمل التعاقد⁽¹⁰⁾. فيفهم من ذلك بأن الرشوة في دور الإبرام ودور التنفيذ تخضع للمادة 25 من قانون الفساد بإعتباره نصا عام بالقياس إلى نص المادة 27 الذي هو نص خاص. فعبارة «بقصد» إذا لا تعني، وفق منطق هذا الرأي الفقهي، سوى تلك الإرادة الرامية إلى التعاقد. ولا تدل على معناها المتعارف عليه في الصياغة التشريعية للنصوص الجنائية، وهو معنى القصد الجنائي كصورة للركن المعنوي للجريمة. لا بل إن لفظ «بقصد» قد قاد بعض الفقهاء⁽¹¹⁾، بالفعل، إلى إضفاء طبيعة قانونية مختلفة على أدوار التعاقد، خلافا للسائد فقها أنها مناسبة لإرتكاب الجريمة⁽¹²⁾، فقال بأنها تمثل الغرض من الرشوة في مفهوم المادة 27 من قانون الفساد.

ولكن يبدو بأن الرأي الفقهي السابق يضيق من نطاق المادة 27، فلا تستوعب الرشوة خلال مرحلتها الإبرام والتنفيذ، وهي من أهم مراحل العمل التعاقد. فخلال مرحلة الإبرام تختار الإدارة العامة طريقة التعاقد المناسبة، إذا كانت ملزمة بإتباع طريقة تعاقد محددة سلفا، وتختار المتعاقد معها لإرساء العقد عليه مما يجعلها مرحلة هامة بالنسبة لكل شخص يريد الظفر بالعمل التعاقد بصورة قانونية أو بصورة غير قانونية. وخلال مرحلة التنفيذ التي تتجسد خلالها مظاهر السلطة العامة المخولة للإدارة المتعاقدة إتجاه المتعاقد معها، يفرض هذا الأخير إلى إرتكاب جريمة الرشوة من أجل التخفيف من وطأة هذه السلطة عليه كأن يقدم المتعامل المتعاقد إلى الموظف العمومي المنوط به توقيع جزاء التأخير على هذا المتعاقد أجرة أو منفعة من أجل أن يمتنع الموظف عن إتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة بسبب تأخر إنجاز الأشغال مثلا⁽¹³⁾.

فلا معنى إذا من إخراج مرحلتها الإبرام والتنفيذ من نطاق أدوار التعاقد حسب المادة 27 من قانون الفساد طالما تعتبر هاتان المرحلتان من أبرز مراحل العمل التعاقد عرضة للرشوة أكثر من مرحلة التحضير ومرحلة إجراء المفاوضات.

بينما إعتبر جانب آخر من الفقهاء ذلك تعارضا حاصلا فيما بين النص العربي والنص الفرنسي للمادة 27، إذ يخلو النص الفرنسي من لفظ «بقصد» الموجود في النص العربي. وهو لفظ لا ينسجم مع السياق العام للقانون بحسبهم، فاقترحوا حذفه من النص العربي ليطابق النص الفرنسي الذي يقول: «بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق [...] «à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché, contrat ou avenant»⁽¹⁴⁾. ويترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها أن

جميع الأدوار المذكورة في المادة 27 يتعين أن تعتبر من نطاق تطبيقها، فيشمل التجريم أدوار: التحضير، المفاوضة، الإبرام والتنفيذ.

وهو ما يؤيده الباحث في هذه الدراسة لأنه رأى راجح من الناحية المنطقية. فيبدو بأن النطاق الحقيقي للمادة 27 من قانون الفساد يشمل جميع مراحل التعاقد المذكورة في المادة 27، وهي: مرحلة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق ومرحلة المفاوضات بشأنها، وهما مرحلتان مبكرتان من مراحل التعاقد قرر المشرع إدراجهما ضمن نص التجريم بغرض ضرب يد المفسدين في مجال الأعمال التعاقدية في بداية التعاقد، ومرحلة إبرامها ومرحلة تنفيذها.

المبحث الثاني: نطاق الأعمال التعاقدية حسب المادة 27 من قانون الفساد

بعد تحديد الضوابط التي ترسم مدلول العمل التعاقدى حسب المادة 27 من قانون الفساد، يتعين على الباحث الآن أن يحدد نطاق الأعمال التعاقدية وفق ما جاء في المادة 27 من قانون الفساد عن طريق تحديد ما يدخل في نطاق هذه المادة من أعمال تعاقدية (المطلب الأول) وما يخرج منها من ذلك النص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ما يدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد

عددت المادة 27 من قانون الفساد الأعمال التعاقدية التي تدخل في نطاقها، وهي: الصفقة والعقد سواء أكان عقداً أو صفقة تبرم بصورة أصلية أو كان عقداً أو صفقة تكميلية، ويقصد بالعقد أو الصفقة التكميلية ذلك العمل التعاقدى الجديد المستقل عن العقد الأصلي، وهو يختلف عن الملحق بكونه لا يتبع العقد الأصلي من حيث طبيعته ومن حيث نظامه القانوني، ويتشابه معه بكونه يبرم مع من رضى عليه العقد أو الصفقة الأصلية⁽¹⁵⁾، والملحق بهما، وهو عمل إتفاقي بموجبه يقوم أطراف العقد بتغيير أو تكميل واحد أو أكثر من الشروط المكونة له⁽¹⁶⁾.

غير أن التعداد التشريعي السابق للأعمال التعاقدية غير واضح وغير دقيق. إذ أن العقود والصفقات التي تقوم بها الهيئات المذكورة آنفاً، بإستثناء الملحق فطبيعته تتبع الطبيعة القانونية للعقد الأصلي، فإذا كان العقد الأصلي عقداً عام فإن الملحق يكون عقداً عاماً أيضاً، أما إذا كان العقد الأصلي عقداً خاصاً فإن الملحق يكون عقداً خاصاً⁽¹⁷⁾، تنقسم إما إلى عقود وصفقات خاصة تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص كالقانون المدني أو كالقانون التجاري، وإما إلى عقود إدارية، ومن أبرزها الصفقات العمومية، تخضع لأحكام وقواعد القانون الإداري⁽¹⁸⁾.

والمادة 27 من قانون الفساد لا بيّنت ما إذا كان مدلول العقد والصفقة واسعاً يشمل هاتان الطائفتان معاً. ولا هي بيّنت ما إذا كان يشمل أحدهما فقط، فعلى سبيل المثال لم

يقول نص التجريم بأن الصفقة المقصودة هي الصفقة العمومية مما يفتح الباب أمام إفتراض تطبيقه أيضا على الصفقة الخاصة⁽¹⁹⁾. ثم إن تسمية المادة 27 من قانون الفساد «الرشوة في مجال الصفقات العمومية»⁽²⁰⁾ التي وظفها المشرع لها توجي، وعلى عكس مضمون نص التجريم، بأن مدلول العقد والصفقة لا يخرج من نطاق مدلول «الصفقات العمومية». ولكن لكي تعتبر الصفقة عقدا إداريا يجب أن تكتسب خصيصة «العمومية» التي تُكوّن إسمها القانوني. وهذا ما لم تشترطه المادة 27 من قانون الفساد بصورة صريحة. إضافة إلى أن المادة 27 السابقة، وكما رأى الباحث من قبل، لم تأخذ كلية بالمعيار العضوي للعقد الإداري المطبق على الصفقات العمومية حسب قواعد المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية، فهي تطبق على صفقات وعقود الهيئات المستثناة من نطاق تنظيم الصفقات العمومية. وعقود هذه الهيئات لا تعد صفقات عمومية، وإن كانت تعد عقودا إدارية إذا توافرت فيها معايير العقد الإداري الأخرى⁽²¹⁾.

وهذا، ما لم يجوز صياغة الإسم القانوني للجريمة في القانون الجنائي عن طريق التبعية أي، أن يشمل هذا الإسم على بعض نطاق الجريمة كالصفقة العمومية، وهي من العقود الإدارية حسب الراجح في الفقه، ليدل على نطاق النص القانوني الحقيقي الذي يشمل الصفقات والعقود الإدارية وملاحقها، وهذا على سبيل المثال.

وفي نفس السياق، فسر بعض الفقهاء لفظ «العقد» الوارد في المادة 27 من قانون الفساد بأنه يعني الصفقات العمومية التي تقل قيمتها المالية عن السقف المالي المحدد قانونا لإبرام صفقة عمومية بمفهوم تنظيم الصفقات العمومية كعقد الأشغال بناء على مذكرة وكعقد توريد اللوازم بناء على فاتورة (سابقا)⁽²²⁾. فلقد حاول هؤلاء حصر مدلول الأعمال التعاقدية الواردة في المادة 27 من قانون الفساد بداخل قانون الصفقات العمومية، وإستثنوا بذلك من نطاقه العقود الأخرى التي تكون الهيئة الإدارية طرفا فيها كعقود تفويض المرفق العام، وكعقود الإدارة العامة التي تخضع للقانون الخاص، وهي عقود لا تخلو من مظاهر الفساد، بحيث إذا كانت الصفقات العمومية عبارة عن عقد شراء من جانب الإدارة العامة، فإن بعض العقود الخاصة التي تقوم بها هذه الأخيرة هي عبارة عن عقود بيع يتشكل محلها في الأغلب من الأحيان من حق ينصب على المال العام كحق الملكية، وهذا المال العام ركيزة أساسية من ركائز نشاط الإدارة العامة.

بينما عارض جانب آخر من الفقه هذا التفسير للعقد، وأرادته تفسيرا أضيق لا يخرج عن مدلول الصفقة العمومية الضيق المرتبط بالقيمة المالية للعقد⁽²³⁾. فبحسب هذا الرأي، ينحصر مشكل مدلول العمل التعاقدى في المادة 27 السابقة في لفظ «العقد» الذي لا يخرج عن مدلول الصفقة العمومية الضيق، بينما لا يثير لفظ «الصفقة» أية مشكلة بشأن

مدلوله، فهو يعني ببساطة الصفقة العمومية بمعناها المعروف. ولكن بيّن الباحث من قبل أن هذا اللفظ قد يشمل الصفقة العمومية وقد يشمل الصفقة الخاصة، وهي تختلف عن الصفقة العمومية. والإختلاف بين الأنظمة القانونية يقيم التساؤل على أسس مشروعة حول لزوم إشتراك تلك الأنظمة المختلفة في نفس الحكم القانوني أو لزوم معاملتها بصورة مختلفة بسبب الإختلاف القائم فيما بينها. ثم، إذا كان لفظ «الصفقة» يدل، من باب أولى، على المفهوم الضيق للصفقة العمومية، وكان العقد مجرد تطبيق من تطبيقاته، فما جدوى ذكر العقد ضمن تعداد الأعمال التعاقدية المعنية بالمادة 27 إذا كان لفظ الصفقة يستغرقه؟

يبدو للباحث بأنه يجدر على المشرع، التدخل لتحديد الأعمال التعاقدية الداخلة في نص التجريم بوضوح ودقة كاملين من جهة لأن تحديد من بين عقود الإدارة العامة ما هو إداري وما هو خاص يخضع لقواعد القانون الخاص والقانون الإداري و، إذ هو سلطة منوطة بالقاضي الجزائي في جريمة الرشوة وفي أية جريمة أخرى إذا انصب التجريم فيها على علاقة تعاقدية، يكتسي التعقيد والصعوبة نظرا لعدة أسباب من أبرزها قلة دراية القاضي الجزائي بأنظمة القانون الخاص والقانون الإداري⁽²⁴⁾ مما يؤدي إلى وقوع القضاء الجزائي في الخطئ في تكييف العلاقات التعاقدية المعروضة عليه، فيسيء بذلك تطبيق النص القانوني. ويمكن للمشرع، لتجنب هذا المشكل، أن يحدد الأعمال التعاقدية التي تدخل في نطاق المادة 27 من قانون الفساد بإسماها القانوني، كالصفقة العمومية وكتفويضات المرفق العام، وهي من العقود المسماة في القانون الجزائري، وإن كان إستهداف أعمال تعاقدية بعينها سوف يؤدي إلى تحميل القاضي الجزائي عبء التأكد من التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية المعروضة عليه قبل التأكد من توافر الأركان الأخرى للجريمة⁽²⁵⁾. ومن جهة أخرى، لحسم هذا الجدل الفقهي الدائر حول مدلول العمل التعاقدى حسب المادة 27.

وعلى أية حال، فإن الأعمال التعاقدية التي تخرج من نطاق تطبيق المادة 27 السابقة لن تخرج كلية من سلطان القانون الجزائي، لأنها سوف تخضع إلى حكم المادة 25 من قانون الفساد، وهو النص العام الذي ينظم جريمة الرشوة في مختلف مجالات الوظيفة العمومية بما فيها وظيفة التعاقد.

المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق المادة 27 من قانون الفساد

يخرج من نطاق الأعمال التعاقدية المعنية بالمادة 27 من قانون الفساد العقود التي تبرمها الهيئات المعنية بإسم ولحساب شخص يخضع للقانون الخاص، فهذه العقود تعتبر في الأصل عقودا خاصة، وإن قامت الهيئة بإبرامها وفق قواعد تنظيم الصفقات العمومية

التي تخضع هذه الهيئة إليه في العقود الخاصة بها⁽²⁶⁾. فلا يهم خضوع أو عدم خضوع العمل التعاقدى لتنظيم الصفقات العمومية لتحديد العمل التعاقدى الذي يدخل في نطاق النص القانوني.

ويخرج كذلك من نطاق المادة 27 عقد المناولة المنصوص عليه في المواد من 140 إلى 144 من تنظيم الصفقات العمومية، والمعروف سابقا «بالتعامل الثانوي» لأنه عقد من عقود القانون الخاص⁽²⁷⁾ وليس من العقود الإدارية ولا من العقود الخاصة التي تقوم بها الإدارة العامة⁽²⁸⁾، ولأنه يتم بين المتعاقد مع الإدارة العامة وأشخاص آخرين لتنفيذ صفقة عمومية بإسم ذلك المتعاقد ولحسابه لا بإسم الإدارة المتعاقدة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يلاحظ بأن المادة 27 من قانون الفساد لم تُبيّن إذا كان من اللازم أن تكون تلك الهيئات هي صاحبة العمل التعاقدى، بحيث يبقى خارج نطاقها العقود التي تعد فيها الشخص «الملتزم بهذا العمل» كأن تترشح مؤسسة عمومية إقتصادية للمنافسة على صفقة عمومية لأحدى الهيئات المذكورة في المادة السابقة ويرتكب مديرها العام الرشوة كما وصفها القانون في إطار عقد المناولة. وإن كان الشك يثور في الأساس حول اعتبار المدير العام موظفا عاما في هذا الخصوص. ويبدو للباحث بأن المقصود من شرط إبرام وتنفيذ العمل التعاقدى «بإسم» الهيئات المعنية هو أن تكون هذه الأخيرة هي صاحبة العمل التعاقدى، فيخرج بهذا من نطاق النص الأحوال التي تعتبر فيها هذه الهيئات الشخص الملتزم بالعمل التعاقدى.

كما أن المادة 27 من قانون الفساد لا تطبق على الصفقات العمومية الدولية كالعقود والصفقات العمومية المتعلقة بقنصلية أجنبية موجودة على الإقليم الجزائري⁽²⁹⁾، أو صفقة عمومية تخص فرعا لهيئة الأمم المتحدة يقع مقره بالجزائر⁽³⁰⁾ فهي لا تطبق على جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية المنصوص عليها في المادة 28 من القانون السابق، وإن قبض هؤلاء أجرة أو منفعة بمناسبة ذلك لأن المشرع استعمل في المادة 27 عبارة «الموظف العمومي» وتدل في قانون الفساد على الموظف العمومي الوطني حسب ما هو مُبيّن في المادة 2 من قانون الفساد، البند (ب)، بينما يستعمل المشرع للدلالة على الموظف الأجنبي عبارة «موظف عمومي أجنبي» و«موظف منظمة دولية عمومية»، وهذا حسب ما جاء في المادة 2، البند (ج) و(د) من القانون السابق.

ففي حالة إرتكاب موظف عمومي أجنبي أو موظف لدى منظمة دولية عمومية جريمة الرشوة بمناسبة إبرام صفقة عمومية دولية فإنه تحقق عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 28 من قانون الفساد ولا تطبق عليه المادة 27.

ولكن يحسن في هذا الصدد عدم الخلط بين الصفقات العمومية الدولية بسبب الهيئة المتعاقدة كأن تكون منظمة دولية عمومية، وبين الصفقات العمومية الدولية بسبب إتباع طريقة تعاقد دولية كما لو إتبعته هيئة جزائية إجراء طلب العروض الدولي المنصوص عليه في المادة 42 من تنظيم الصفقات العمومية. فجريمة المادة 28 من قانون الفساد تخص فقط النوع الأول من الصفقات العمومية، ولا تخص النوع الآخر منها الذي يدخل في نطاق المادة 27 من القانون المذكور.

ولكن، هذا ما يبدو لنا من أول وهلة من المادتين 27 و28 من قانون الفساد.

غير أن الأمر ليس بالبساطة التي يبدو عليها. إذ لم تحدد المادة 27 من قانون الفساد إن كانت الهيئات التي يبرم العقد بإسمها هيئات وطنية أم إنها هيئات دولية أيضا كالدول الأجنبية أو المؤسسات العمومية الإقتصادية الأجنبية. فقد جاءت عباراتها غير مقيدة (الدولة، الجماعات المحلية الخ...). ولا يفيد معيار من يرتكب الجريمة السابق بيانه أي، معيار الموظف العمومي الوطني، في إستبعاد الصفقات العمومية الدولية من نطاق تطبيق المادة 27 من قانون الفساد لأن الموظف الوطني يستطيع أن يقبض وأن يحاول أن يقبض رشوة بمناسبة التحضير أو إجراء مفاوضات بقصد إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق بإسم هيئة أجنبية. فمن غير المعقول أن يبرم عقد بإسم هيئة أجنبية داخل الإقليم الجزائري من دون إعلام الموظف العمومي الجزائري المختص بهذا. إضافة إلى ذلك، إن المادة 27 من قانون الفساد لم تشترط أن يكون منوطا بالموظف العمومي الجاني واجبات التعاقد لكي تقوم الجريمة في جانبه مما يعني بأن أي موظف عمومي يمكن أن يرتكب الجريمة إذا توافرت أركانها الأخرى قانونا طالما تم ذلك خلال عمل تعاقدى. فلا يشترط أن يكون الجاني هو من يساهم في التحضير أو إجراءات المفاوضات الرامية إلى إبرام أو تنفيذ الأعمال التعاقدية المعنية.

وعليه، يجوز تطبيق حكم المادة 27 من قانون الفساد على العقود والصفقات العمومية للهيئات العمومية الدولية إذا ارتكب موظف وطني الأفعال المجرمة بموجبها، ولكنها لا تطبق على نفس الأعمال التعاقدية إذا ارتكبها موظف أجنبي بل تطبق عليها في هذه الحالة المادة 28 من نفس القانون. ولقد كان يلزم على المشرع أن يُحَيِّنَ نص المادة 27 من قانون الفساد وفقا لمستجدات خطته الجنائية لمكافحة الرشوة التي أصبحت تستهدف الرشوة على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي، فيفصل جيدا بين الأحكام المطبقة على رشوة الموظف الوطني والأحكام المطبقة على رشوة الموظف الأجنبي.

وأخيرا، لا يلزم في الأعمال التعاقدية السابقة، والمشمولة بنطاق المادة 27 من قانون الفساد أن تكون صحيحة، أي قائمة الأركان وغير مشوبة بعيب يؤدي إلى زوالها بصورة غير

عادية، فتطبق المادة 27 السابقة، وإن كان العمل التعاقدى باطلا لسبب أجنبي عن ماديات الفعل المجرم بموجبها. وإلا فإن الرشوة سبب صالح لترتيب بطلان العقود المبرمة لإرتكابها، أو ترتيب فسخها، وهذا حسب ما جاء في المادتان 55 من قانون الفساد و89 من تنظيم الصفقات العمومية.

المبحث الثالث: موقف التشريعات الجزائية الأجنبية من العمل التعاقدى في جريمة الرشوة

تنقسم التشريعات الجزائية بشأن الرشوة في مجال العمل التعاقدى إلى ثلاث مجموعات مختلفة: المجموعة الأولى، تعتبرها جريمة مستقلة كالقانون التونسي؛ والمجموعة الثانية، تعتبرها ظرفا مشددا لجريمة الرشوة كالقانون الإيطالي؛ والمجموعة الثالثة لم تتضمن أي حكم خاص بشأنها كالقانون الفرنسي وكالقانون البلجيكي، فتطبق على تلك الجريمة نصوص التجريم العامة للرشوة، بما أن العلاقة بين العمل التعاقدى وبين جريمة الرشوة علاقة وثيقة⁽³¹⁾.

وسوف نتناول في هذا المبحث موقف كل من القانون التونسي (المطلب الأول) والقانون الإيطالي (المطلب الثاني)، ولن نتناول موقف التشريعات التي تطبق عليها النصوص العامة لأن موقفها واضح في هذا الصدد.

المطلب الأول: موقف التشريع التونسي

ينص الفصل 87(مكرر) من المجلة الجزائية التونسية⁽³²⁾ على أنه: «يعاقب بالحبس مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار كل موظف عمومي أو شبهه يقبل لنفسه أو لغيره بدون حق سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة عطايا أو وعودا بالعطايا أو هدايا أو منافع كيفما كانت طبيعتها لمنح الغير إمتياز لا حق له فيه وذلك بمقتضى عمل مخالف للأحكام التشريعية والترتيبية الضامنة لحرية المشاركة ولتكافؤ الفرص في الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية والمنشآت العمومية والدواوين والجماعات المحلية والشركات التي تساهم الدولة أو الجماعات المحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة.»

ويتناول هذا النص القانوني في الحقيقة جريمة مركبة من: جريمة منح إمتياز غير مبرر للغير في مجال الصفقات العمومية، وهي جريمة محل تجريم خاص في القانون الجزائي (المادة 26 من قانون الفساد، البند الأول)، بالقياس إلى عنصر مخالفة القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية لمنح «الغير إمتياز لا حق له فيه»، وجريمة رشوة بالقياس إلى عنصر «المقابل» المتمثل في العطايا أو الهدايا أو المنافع كيفما كانت طبيعتها، فضلا عن الوعد بها، لمنح الغير إمتياز لا حق له فيه. غير أن الطابع الغالب على جريمة الفصل 87(مكرر) هو طابع الرشوة لأن أغلب الفقهاء يركزون على عنصر المقابل لتمييز جريمة الرشوة عن

الجريمة الأخرى، وإن كانت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على وجه التحديد لا تتطلب لقيامها قانونا ارتكاب مخالفة للأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تنظم كيفية إبرامها أو تنفيذها.

وفي مجال العمل التعاقدى، يلاحظ الباحث بأن الفصل 87(مكرر) من المجلة الجزائية التونسية يشير بصورة صريحة إلى الصفقات العمومية التي ينظمها في القانون التونسي الأمر عدد 1039 المؤرخ في 19 مارس 2014⁽³³⁾ لأنها من العقود التي تخضع «للأحكام التشريعية والترتيبية الضامنة لحرية المشاركة وتكافؤ الفرص»، ويخرج عن نطاقها العقود الخاصة لأنها لا تخضع لحرية المشاركة وتكافؤ الفرص⁽³⁴⁾. بينما يشتمل نطاق العمل التعاقدى في المادة 27 من قانون الفساد، فضلا على الصفقات، التي وردت بصورة مطلقة من أي قيد يدل على طابعها إن كان عموميا أم خاصا، العقد والملحق.

المطلب الثاني: موقف التشريع الإيطالي

يعاقب القانون الإيطالي على جريمة الرشوة في العقود الإدارية⁽³⁵⁾ إذا كان الهدف منها منح عقد إداري تكون الإدارة العامة التي ينتهي إليها الموظف العمومي المرشحي طرفا فيه، وقرر لها عقوبة أشد من العقوبة المقررة لإرتكاب جريمة الرشوة لأداء عمل يخالف واجب الوظيفة العمومية. وتنص عليها المادة 319(مكرر) من قانون العقوبات الإيطالي⁽³⁶⁾ بعنوان «الظروف المشددة»، كما يلي: «تشدد العقوبة إذا كان الغرض من إرتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة 319 منح عقد عمل أو الرواتب أو المعاشات أو إجراء العقود لمصلحة الإدارة التي ينتهي إليها الموظف العمومي.»

وهذا هو نص المادة السابقة مترجما إلى اللغة الفرنسية⁽³⁷⁾:

Article 319bis, circonstances aggravantes : « La peine est augmentée si les faits de l'article 319 ont pour objet de conférer une fonction publique, une rémunération sur fond publics ou une pension ou de permettre la stipulation de contrats dans lesquels est intéressé l'administration de laquelle dépend le fonctionnaire. »

ويشبه مدلول العمل التعاقدى في القانون الإيطالي مدلول هذا العمل في القانون الجزائري، بما أنهما إرتكزا على المعيار العضوي لتحديد هذا المدلول، فعبرت عنه المادة 319(مكرر) من قانون العقوبات الإيطالي «بالعقود لمصلحة الإدارة التي ينتهي إليها الموظف العمومي» كمنظيرتها في القانون الجزائري، المادة 27 من قانون الفساد التي قالت: «باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية». وإن هذا التشابه بين موقف القانون الجزائري والقانون الإيطالي من العمل التعاقدى ليبث في الذهن بأن القانون الجزائري استوحى فكرة تجريم الرشوة في مجال الصفقات العمومية من

القانون الإيطالي، وهذا على خلاف ما هو معهود في القانون الجزائري الذي يعتبر القانون الفرنسي المصدر التاريخي والمادي لمعظم نصوصه القانونية.

ولكن، يلاحظ بأن القانون الإيطالي يشترط بصورة واضحة من بين أهداف ارتكاب الجريمة أن يكون إجراء عقد لمصلحة الإدارة التي ينتمي إليها الراشي، بينما لم يشترط القانون الجزائري هذا، فالمادة 27 من قانون الفساد خالية من عنصر الغرض من الرشوة. كما أن المادة 319 (مكرر) السابقة تطبق على دور الإبرام فقط ولا تطبق على دور التنفيذ⁽³⁸⁾ في حين تسري المادة 27 من قانون الفساد على كافة أدوار العقد⁽³⁹⁾.

إضافة إلى أن القانون الإيطالي يطبق الظرف المشدد السابق على جريمة الرشوة التي يرتكبها الموظف العمومي لأداء عمل يخالف واجبات الوظيفة بينما لا يشترط حسب الفقه في الجزائر أن يرتكب هذا الموظف عملاً مخالفاً لواجبات وظيفته لكي تقوم جريمة المادة 27 من قانون الفساد قانوناً لأنه لم يرد في نص التجريم أي عبارة تدل على ذلك بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة⁽⁴⁰⁾.

خاتمة

يخلص الباحث من دراسته لموضوع مدلول العمل التعاقدي في جريمة الرشوة حسب المادة 27 من قانون الفساد الجزائري، وحسب التشريعات الجزائية الأجنبية، لمجموعة من النتائج ومن التوصيات.

1-النتائج:

أ- أبان هذا البحث بأن مدلول العمل التعاقدي حسب المادة 27 من قانون الفساد مختلف عن مدلوله في القانون الإداري، بما أن المشرع لم يعتد بصورة كاملة بالمعيار العضوي لتحديد الهيئات التي يبرم أو ينفذ العمل التعاقدي بإسمها، وهو معيار جوهري لتحديد مدلول العقد الإداري. كما أنه لم يعتد بالمعايير الأخرى لتحديده.

ب- لم يحدد المشرع الجزائري نطاق هذا المدلول بصورة واضحة ودقيقة كما يلزم في النصوص القانونية الجنائية حيث أن تحديد ما يدخل وما يخرج من نطاق المادة 27 السابقة من الأعمال التعاقدية يسوده الإضطراب. إذ أخذ بضوابط له لا حصر لشروطها ولا تُعِينُ على تحديد نطاق العمل التعاقدي كما ينبغي بشكل يفترض تطبيق المادة 27 على العقود الإدارية والعقود الخاصة التي تبرمها الهيئات المذكورة فيها على حد سواء، وهذا ما يتعارض مع الإسم القانوني للمادة السابقة: «الرشوة في مجال الصفقات العمومية».

ج- ورغم ذلك، فإن الصفة العمومية، وهي عنصر من العناصر المكونة للإسم القانوني للمادة 27 السابقة، تعد من أبرز الأعمال التعاقدية المعنية بالتجريم حسب المادة 27 من قانون الفساد، فهي تدخل بدون أدنى شك في نطاقها.

د - إن إرتكاب الرشوة بمناسبة عمل تعاقدى لا يدخل في مدلول العمل التعاقدى حسب المادة 27 من قانون الفساد لا يفلت تماما من المسؤولية الجزائية، بما أن المادة 25 من قانون الفساد التي تنص على رشوة الموظفين العموميين تطبق على نشاط الإدارة العامة مهما كان مجاله.

هـ - إن دراسة موقف القانون التونسي والقانون الايطالي قد بيّن أن القانون التونسي، وعلى النقيض التام للقانون الجزائري، لا يعرف أية مشكلة خاصة بمدلول العمل التعاقدى الداخلى فى نطاق نص التجريم لأنه حصر نطاقه فى الصفقات العمومية، على خلاف القانون الايطالي الذي يبدو بأنه لا يحدد مدلول العمل التعاقدى بصورة واضحة ودقيقة تماما كالقانون الجزائري، مما يجعل مدلول العمل التعاقدى فى القانون التونسي أوضح أكثر من مثيله فى القانون الجزائري وفى القانون الايطالي.

2-التوصيات:

وفى هذا السياق، يتعين على المشرع الجزائري:

أ - أن يحدد نطاق مدلول العمل التعاقدى الذي يدخل فى نطاق المادة 27 من قانون الفساد عن طريق ضوابط واضحة بصورة لا لبس فيها يستوحىها من الأحكام القانونية التي تحكم العقود التي تقوم بها الهيئات المعنية، وبصورة توافق العلة من تجريم قبض أجرة أو منفعة بمناسبةها.

ب - أن يتخلى عن المعيار العضوي الذي يحدد به العمل التعاقدى الذي يدخل فى نطاق المادة 27 السابقة لأنه، مثلا، معيار يتطور ويتغير فى قانون الصفقات العمومية، فالهيئات التي كانت تخضع سابقا لتنظيم الصفقات العمومية كالمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمى والبحثى لم تعد تخضع له فى الوقت الحاضر. ويعوضه بمعيار الإسم القانونى للعمل التعاقدى كعقد الصفقة العمومية لأنه معيار يحيل إلى تطبيق القواعد القانونية السارية المفعول التي تنظم الصفقات العمومية أو العقود المعنية بالتجريم وقت إرتكاب الفعل المجرم، كأن يستهدف النص القانونى العقود والصفقات المبرمة أو المنفذة بإسم الهيئات التي يجوز لها إبرام صفقة عمومية بحسب تنظيم الصفقات العمومية السارى المفعول.

ج - حذف عبارة «بقصد» الواردة قبل عبارة «إجراء مفاوضات» وبعد عبارة «إبرام» لتبديد الشك الذي يثور بسببها حول نطاق تطبيق المادة 27 من قانون الفساد على أدوار العمل التعاقدى حيث يصبح النص مستغرقا لجميع أدوار التعاقد التي ذكرها أي، دور تحضير العمل التعاقدى، ودور إجراء المفاوضات بشأنه، ودور إبرامه، ودور تنفيذه.

د - إدراج حكم جديد ضمن المادة 27 من قانون الفساد أو ضمن قانون الفساد يحصر نطاق تطبيق المادة 27 فى الصفقات والعقود والملاحق التي تبرم بإسم الهيئات الوطنية، وأن

يخرج من نطاقها الأعمال التعاقدية بإسم الهيئات الأجنبية. فيحسم بصورة صريحة في أي مشكلة قانونية قد تثور في خصوص خضوع رشوة الموظفين الأجانب حسب المادة 28 من قانون الفساد لحكم المادة 27 من نفس القانون، وفي خصوص خضوع الموظف الوطني الذي يرتكب الرشوة بمناسبة صفقة عمومية دولية بمفهوم المادة 28 من قانون الفساد لحكم المادة 27 السابقة.

هـ- إدراج العقود والصفقات، وملاحقها، التي تبرمها الهيئات المذكورة في المادة 27 السابقة، والتي تخضع للقانون الخاص ضمن دائرة تطبيق هذا النص لأنها عقود ذات أهمية كبيرة بالنسبة للإدارة العامة ولأن تجريم الرشوة فيها ينطوي على حماية المال العام.

الهوامش:

⁽¹⁾ الآية رقم 188 من سورة البقرة من القرآن الكريم.

⁽¹⁾ قانون رقم 01-06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية الجزائرية، 8 صفر 1427 الموافق 8 مارس 2006، العدد 14، ص 4، المعدل والمتمم.

⁽²⁾ وتجدر الإشارة هنا إلى أن الباحث لم يتطرق في الدراسة السابقة إلى تكييف العمل التعاقدى حسب المادة 27 من قانون الفساد لأن تكييف الشيء لا يدخل في مدلوله. إذ يثير تكييف العمل التعاقدى السابق مشكلة رئيسية في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، فهل يعتبر نص المادة 27 من قانون الفساد بالنسبة إلى جرائم الرشوة الأخرى جريمة مستقلة؟ أم أنه يؤلف معها، وإن يتعلق بواقعة إضافية هي واقعة «الأعمال التعاقدية»، جريمة رشوة مشددة؟ أو بعبارة أخرى، هل اتجهت إرادة المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الفساد إلى إحداث ظرف مشدد لجريمة الرشوة، الذي يتمثل في واقعة الأعمال التعاقدية؟ أم أنه، وعلى النقيض التام من ذلك، أحدث جريمة رشوة جديدة لها أركانها وعناصرها المتميزة، إلى جانب الأركان المشتركة بينها وبين جريمة رشوة الموظفين العموميين؟ وما هي الآثار القانونية التي تترتب على كل تكييف على حدة، بخاصة على المسؤولية الجنائية للراشي والمسؤولية الجنائية للمساهم في الرشوة؟ ويستدعي هذا الأمر الهام بحثنا مفصلا في ماهية الركن والظرف في الجريمة، وكيفية التمييز فيما بينهما للبت في التكييف القانوني للعمل التعاقدى، وترتيب النتائج القانونية على ذلك.

⁽³⁾ قانون رقم 09-01 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1422 الموافق 26 يونيو 2001، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية الجزائرية، 5 ربيع الثاني 1422 الموافق 27 يونيو 2001، العدد 34، ص 15.

⁽⁴⁾ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 58-4 في 31 أكتوبر 2003؛ صادقت عليها الدولة الجزائرية، بتحفظ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 29 صفر 1425 الموافق 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق، بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية الجزائرية، 5 ربيع الأول 1425 الموافق 25 أبريل 2004، العدد 26، ص 12. أنظر نص الاتفاقية الكامل باللغة العربية:

Treaty series, Vol 2349, United Nations, New York, 2007, p. 100.

⁽⁵⁾ أنظر: حاحا (عبدالعالي)، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، مقدم لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بسكرة، الجزائر، 2012-2013، ص 163 و164.

⁽⁶⁾ أنظر: المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذو الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الجزائرية، 6 ذو الحجة 1436 الموافق 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص 3.

⁽⁷⁾ قارن نفس المعنى بصدد جريمة أخرى من جرائم الصفقات العمومية:

Dal Farra (Thierry), « Le risque pénal dans les marchés publics de travaux », *RD Imm.*, 15 décembre 1998, n° 4, p. 467 sq.

⁽⁸⁾ أنظر حول معايير تحديد العقد الإداري بوجه عام وعقد الصفقة العمومية بوجه خاص: الطماوي (سليمان محمد)، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مصر، مطبعة عين شمس، 1984، ط. 4، ص 47 وما يليها؛ بعلي (محمد الصغير)، « منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري »، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، عدد خاص: « النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية »، 2007، ص 322 إلى ص 325؛

Debbasch (Charles), Colin (Frédéric), *Droit administratif*, France, Éd. Economica, 2014, 11^e éd., pp. 397 à 405 ; Lajoye (Christophe), *Droit des marchés publics*, Algérie, Éd. Berti, 2007, pp. 28 à 33.

وتؤلف المعايير السابقة في مجموعها، بإستثناء معيار العقود الإدارية بتعيين القانون، عناصر أساسية في تعريف العقد الإداري، وتعريف عقد الصفقة العمومية أيضا.

⁽⁹⁾ أنظر:

Pradel (Jean), *Droit pénal général*, France, Éd. Cujas, 2014, 20^e éd., coll. « Référence », § 329 p. 283.

⁽¹⁰⁾ أنظر: علة (كريمة)، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم في القانون، مقدم لكلية الحقوق بجامعة الجزائر (العاصمة) رقم 1، الجزائر، 2013/2012، ص 81.

⁽¹¹⁾ أنظر: حاحا (عبدالعالي)، المرجع السابق، ص 163.

⁽¹²⁾ أنظر: بوسقيعة (أحسن)، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الجزائر، دار هومه، 2013/2012، الطبعة 13، ص 173؛ علة (كريمة)، المرجع السابق، ص 81 و82.

⁽¹³⁾ أنظر حول أمثلة الرشوة خلال مرحلتها التعاقد والتنفيذ:

Philippe (Jean-Paul), Bueb (Jean-Pierre), « Comment éviter les fraudes dans les marchés publics », *Mon. TP.*, 2 novembre 2012, n° 5684, p. 40.

⁽¹⁴⁾ أنظر: بوسقيعة (أحسن)، المرجع السابق، ص 173 و174.

⁽¹⁵⁾ أنظر:

Bezançon (Xavier) e.a., *Le guide de la commande publique, marchés publics, contrats de partenariats publics-privés, délégations de service publics*, France, Éd. Moniteur, 2007, coll. « Guides juridiques », § 75 p. 98.

أنظر أيضا:

Allaire (Frédéric), *L'essentiel du droit des marchés publics*, France, Éd. Galino, Éd. Lextenso, 2014-2015, 6^e éd., coll. « Les carrés », p. 28.

⁽¹⁶⁾ أنظر:

Bezançon (Xavier) e.a., préc., § 74 p. 97.

⁽¹⁷⁾ أنظر:

Hoepffner (Hélène), *La modification du contrat administratif*, thèse de doctorat en droit, université Paris II (Panthéon-Assas), France, L.G.D.J., Éd. Lextenso, 2009, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, § 481 p. 283.

⁽¹⁸⁾ أنظر حول تقسيمات العقود التي تقوم بها الإدارة العامة: الطماوي (محمد سليمان)، المرجع السابق، ص 23.

⁽¹⁹⁾ أنظر حول الصفقات الخاصة أو ما يطلق عليه اسم « الصفقات شبه العمومية »:

Rouquette (Rémi), « Les marchés semi-publics », *A.J.D.A.*, 20 juillet 1994, n° 175, p. 18 sq.

⁽²⁰⁾ وقد أطلق عليها الفقه في الجزائر إسمًا آخر هو جريمة «قبض العمولات من الصفقات العمومية». أنظر: بوسقيعة (أحسن)، المرجع السابق، ص 172؛ وأنظر حول دور اسم المادة 27 حسب قانون الفساد في تحديد مدلول العمل التعاقدى: حيدرة (سعدى)، «كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 "المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته"؟»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، الجزائر، العدد الأول، 2010، ص 60.

⁽²¹⁾ أنظر:

Debbasch (Charles), Colin (Frédéric), préc., pp. 404 et 405 ; Rouquette (Rémi), préc. p. 18 sq.

⁽²²⁾ أنظر: حاحا (عبدالعالي)، المرجع السابق، ص 164. وقارن:

Bennadji (Chérif), « Marchés publics et corruption en Algérie », *R.E.C.S.*, 2008/1, vol. n° 25, pp. 147 et 148.

⁽²³⁾ أنظر: حيدرة (سعدى)، المرجع السابق، ص 60 و 61.

⁽²⁴⁾ أنظر حول هذا السبب:

Dal Farra (Thierry), préc., p. 467 sq.

⁽²⁵⁾ أنظر حول هذا المعنى في خصوص جريمة أخرى من جرائم العقد:

Michel (Véron), *Droit pénal spécial*, France, Armand Colin, 1998, 6^e éd., coll. « U », p. 223.

⁽²⁶⁾ أنظر:

Cochi (Valérie), Ternier (Gérard), « Marché public et contrat privé », *CP-ACCP*, octobre 2009, n° 92, pp. 73 à 78.

⁽²⁷⁾ أنظر:

Lagoune (Walid), «La sous-traitance des marchés publics en Algérie, essai de réflexion à propos du contrôle de l'Etat sur l'entreprise privée sous-traitante», *RASJEP*, 1983, n° 3, p. 99 et p. 101.

⁽²⁸⁾ قد يعتبر عقد المناولة عقدا إداريا إذا انطوى على المعايير القضائية لتحديد العقود الإدارية، وبخاصة معيار تسيير

المرفق العام. وهذا ما قضت به محكمة التنازع الفرنسية في سنة 1983. أنظر:

Tribunal des conflits, 16 mai 1983, *Companie Toulousaine de transport*, n° 02282, *Leb. Tab.*

⁽²⁹⁾ أنظر حول هذه الصفقات:

Debbasch (Charles), Colin (Frédéric), préc., p. 531.

⁽³⁰⁾ إن هيئة الأمم المتحدة منظمة دولية عمومية تخول إبرام صفقات عمومية وإن كانت تختلف جزئيا عن

الصفقات العمومية التي تيرمها الدولة الوطنية. أنظر:

Apelbaum (Raphaël), « Les marchés publics des Nations unies vus de l'intérieur » dans dossier : « Regards internationaux sur les marchés publics », *CP-ACCP*, janvier 2006, n° 51, pp. 56 à 59 ; Perrin (Bertrand), « L'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers en droits Américain et Suisse », Acte du 3e Congrès de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée, Monaco, 26-28 octobre 2011, Gilles Duteil et Marc Segonds (éd.), *A.I.D.P.*, coll. «Nouvelles études pénales», n° 25, 2014, Éd. érès, p. 115.

⁽³¹⁾ أنظر في فرنسا:

Prebissy-Schnall (Catherine), *La pénalisation du droit des marchés publics*, thèse pour le doctorat en droit, université Paris-X Nanterre, 2001, L.G.D.J., 2002, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 223, pp. 7, 32 et 129 ; Philippe (Jean-Paul), Bueb (Jean-Pierre), préc., pp. 40 à 42.

وأنظر أيضا: الطريسي (فهد بن نايف بن محمد)، « جرائم المنافسات والمشتريات الحكومية، دراسة مقارنة»، مصر

المعاصرة، الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مصر، 2013، العدد 509، ص 316.

⁽³²⁾ القانون عدد 46 لسنة 2005، المعدل والمتمم، المؤرخ في 6 يونيو 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض

أحكام المجلة الجزائرية وصياغتها، الرائد الرسمي التونسي، 10 جمادى الأولى 1426 الموافق 17 جوان 2005، العدد

48، ص 1412.

⁽³³⁾ الرائد الرسمي التونسي، 17 جمادى الأولى 1435 الموافق 18 مارس 2014، العدد 22، ص 629.

⁽³⁴⁾ أنظر حول هذا المعنى:

Gimeno-Cabrera (Véronique), « Le maintien du juge judiciaire dans le contentieux du droit de la commande publique : l'échec de la loi MURCEF », *Revue administrative*, 2005, n° 343, p. 25.

⁽³⁵⁾ أنظر:

Manganaro (Francesco), "La corruption en Italie", rapport à la Table rond internationale Marchés publics et corruption. Expérience françaises et étrangères, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 5 mai 2014.

تقرير متوفر على الرابط الإلكتروني التالي:

www.ius-publicum.com/repository/uploads/21_01_2015_13_01-Manganaro.pdf

تاريخ الزيارة: 8 أبريل 2016.

وأنظر حول جريمة الرشوة بوجه عام في القانون الإيطالي:

Ducouloux-Favard (Claude), « Éléments de droit comparé sur le délit de corruption en France et en Italie », *L.P.A.*, 20 mars 1996, n° 35, p. 25 et sq.

⁽³⁶⁾ *الجريدة الرسمية الإيطالية*، 26 أكتوبر 1930، العدد 251.

⁽³⁷⁾ إقتبسه الباحث من:

Ducouloux-Favard (Claude), préc., p. 25 sq.

⁽³⁸⁾ وتجدر الإشارة إلى أن المقصود هنا هو قبل تنفيذ العقد الإداري وليس قبل تنفيذ الاتفاق الإجرامي بين الراشي

والمرتشي. أنظر:

Lattanzi (Giorgio), Lupo (Ernesto) e.a., *Codice penale : Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 2010, p. 206.

⁽³⁹⁾ ولقد رأينا من قبل بأن من الفقه في الجزائر من يعتقد بأن المادة 27 من قانون الفساد تطبق على مرحلة

التحضير أو المفاوضة على صفقة أو عقد أو ملحق، وأنها لا تطبق على مرحلة التنفيذ.

⁽⁴⁰⁾ أنظر: علة (كريمة)، المرجع السابق، ص 82؛ وأنظر في القانون الجنائي المقارن:

Répression pénale de la corruption : « ... en matière de marchés publics, le délit de corruption existe même lorsque la réglementation a été en définitive respectée. ».

دراسة متوفرة على الرابط الإلكتروني التالي:

www.transparencyfrance.org/ewb_pages/r/repression_penale_de_la_corruption.php

تاريخ الزيارة: 31 مارس 2016.

Guibal (Michel), « Commentaire sur la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », *A.J.D.A.*, 1991, n° 4, p. 296 sq. ; Prebissy-Schnall (Catherine), préc., p. 35 ; cass. crim., 6 juin 1983, rejet pourvoi X. Robert e.a. c/ C.A. Nancy, ch. corr., 29 septembre 1982, inédit.