

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

L'infraction de trafic d'influence des agents public pour obtenir des avantages injustifiés dans les marchés public

تاريخ إرسال المقال : 2017/07/27 تاريخ قبول المقال للنشر : 2017/09/03

عنان جمال الدين / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

الملخص :

تعتبر الصفقات العمومية من أهم القنوات التي تصرف فيها الدولة الأموال العامة، وذلك في سبيل تجسيد المشاريع التي تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، إلا أنه ورغم الضمانات التي وضعها المشرع سواء قبل أو أثناء أو بعد إبرام الصفقة إلا أن أعين الطامعين والفسادين كانت دائما تسعى للحصول على ما يرصد من أغلفة مالية للمشاريع العامة، أيا كانت الطريقة والوسيلة.

لذلك كان من اللازم تجريم بعض الأفعال ذات الصلة بموضوع الصفقات العمومية، ويعتبر استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية واحدا منها، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في هذا البحث. الكلمات المفتاحية: جريمة استغلال نفوذ ، الصفقات العمومية ، امتيازات غير مبررة ، الأعوان العموميين .

Résumé :

Les marchés publics sont considérés comme les plus importants canaux où l'État débourse ses deniers publics dans le but de concrétiser des projets d'utilité publique.

En dépit des garanties placées par le législateur et ce avant pendant ou après la conclusion du marché, les corrompus ont toujours couru derrière pour l'obtention des enveloppes financières consacrées aux projets publics par toutes les voies et en utilisant tous les moyens.

C'est pour cela qu'il est impératif d'incriminer certains actes en relation avec le sujet des marchés publics, dont mettre à profil l'autorité des agents publics pour l'obtention d'avantages non justifiés dans le domaine des marchés publics en est un, et c'est ce que nous essayerons de traiter dans cette recherche.

Mots-clés : L'infraction de trafic d'influence, marchés public, avantages injustifiés, agents public .

مقدمة :

تعتبر الصفقات العمومية من أفضل الوسائل التي تقوم الدولة من خلالها بإنجاز برامج التنمية، وتجسيد الاستثمارات العمومية للنهوض بالاقتصاد الوطني ورقيه، وهذا الوضع يجعل منها (أي الصفقات العمومية) من أهم القنوات التي تتحرك في إطارها الأموال العامة. هذه العوامل جعلت الصفقات العمومية ميدانا خصبا لتفشي ظاهرة الفساد بما تنطوي عليه من مساوئ على الاقتصاد الوطني، فالأغلفة المالية المرصودة للمشاريع العامة من الضخامة ما يجعلها تسيل لعاب الطامعين إلى الثراء السريع وبأي طريقة، الأمر الذي يجعل من مكافحة هذه الظاهرة واجبا وطنيا يقع على الجميع.

ورغم الإجراءات التمهيدية التي تسبق إبرام الصفقة، والضمانات المقررة لتكريس مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، والرقابة الممارسة عليها سواء كانت قبلية أم بعدية أو أثناء إعدادها، ومختلف أنواع الرقابة الداخلية والخارجية، ورقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية على الصفقة، زيادة على الرقابة القضائية عند عرض منازعات الصفقات العمومية على القضاء، إلا أن الواقع أثبت أنها غير كافية حتى مع إقدام المشرع الجزائري على تعديل قانون الصفقات العمومية بين الفينة والأخرى، كان آخرها إلغاء المرسوم الرئاسي 10/236 وتعويضه بأخر تحت رقم 15/247 والصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015.

لأجل كل هذا كان من اللازم إضفاء الحماية الجزائية لقواعد تنظيم الصفقات العمومية، حيث حرص المشرع على تجريم كافة السلوكات التي تصاحب عمليات التحضير للصفقة، مروراً بإجراءات تحضيرها وطرق إبرامها واختيار المتعامل المتعاقد، لنتهي عند تنفيذها، وهو ما تحقق من خلال بعض التدابير والآليات المتعلقة بمكافحة الفساد في الصفقات العمومية، حيث خصص القسم الثامن من الفصل الثالث من المرسوم الرئاسي 15/247 لمكافحة الفساد بموجب المواد من 88 إلى 94، وكذا قواعد قانون العقوبات، وانتهاء عند قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الصادر تحت رقم 06/01 بتاريخ 20 فبراير المعدل والمتمم.

وفي هذا البحث سنتناول واحدة من جرائم الصفقات، والمتمثلة في استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، المعاقب عليها بالمادة 26/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث سنتعرض إلى هذه الجريمة والعقوبات المقررة لها ضمن مطلبين، نتناول في الأول أركان هذه الجريمة وفي الثاني العقوبات المقررة لها.

المطلب الأول : أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

للحصول على امتيازات غير مبررة

يجرم المشرع استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بموجب المادة 26/2 من القانون 06/01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،⁽¹⁾ والتي تنص على: « يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج:

2- 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 أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية 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 أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل.

وعليه فإن هذه الجريمة تقتضي توافر صفة معينة في الجاني ونشاط مادي يتحدد في القيام بنشاط إجرامي هو الاستفادة من تأثير أعوان الهيئات الخاضعة في إبرام عقودها إلى قانون الصفقات العمومية بغرض التعديل في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل، إلى جانب توفر قصد جنائي خاص، وهي النقاط التي سنحاول بيانها وفق التفصيل الآتي:

أولاً : صفة الجاني

بحسب نص المادة 26/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإنه وحتى يعد الشخص مرتكباً لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، يتعين أن يكون تاجراً⁽²⁾ أو صناعياً⁽³⁾ أو حرفياً⁽⁴⁾ أو مقاولاً من القطاع الخاص⁽⁵⁾.

غير أن المشرع الجزائري عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني، حيث عمم ذلك على كل شخص طبيعي أو معنوي، إذ تقوم هذه الجنية في حق أي شخص تابع للقطاع الخاص، أي كل عون اقتصادي خاص، سواء كان طبيعياً أو معنوياً، يعمل لحسابه أو لحساب غيره، وعليه يثور التساؤل حول جدوى تخصيص التاجر أو الحرفي أو الصناعي أو المقاول الخاص بالذكر، ما دام أي شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص معرض للمساءلة⁽⁶⁾.

ويقصد بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً مع الهيئات الخاضعة في إبرام عقودها، والتي حددها نص المادة 6 من المرسوم 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية،⁽⁷⁾ أي كل شخص طبيعي حائز لصفة التاجر أو الحرفي أو المقاول أو الصناعي، وذلك بغرض انجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو تقديم خدمات كأشغال الترميم مثلاً، أو انجاز دراسات، وذلك بعد الدعوة إلى المنافسة.

أما الشخص المعنوي فيقصد به مختلف الشركات والمقاولات والمؤسسات الخاصة، وغيرها من الأشخاص المعنوية التي تحوز على سجل تجاري في مجال النشاط محل العقد أو الاتفاقية أو الصفقة العمومية، والتي تسمح لها مؤهلاتها المالية والبشرية بالتعاقد في إطار الصفقات العمومية.⁽⁸⁾

وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الجاني بائعاً وليس مشتر، ومن ثم لا يطبق حكم المادة 26/2 من قانون الفساد على التاجر الذي يكون في مركز المشتري أو المستفيد من خدمة أو صفقة تعود عليه بربح غير مبرر.⁽⁹⁾

إن قراءتنا لنص الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تجعلنا نستخلص الملاحظات الآتية:

1- أن المشرع استعمل في تحديده لصفة الجاني أسلوب التخصيص قبل التعميم، حيث يعد مرتكبا لهذه الجريمة كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقتول، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي آخر، وهذا الأسلوب لا يتماشى مع قواعد المنطق وصياغة النصوص القانونية، التي تقتضي الانتقال من العام إلى الخاص.⁽¹⁰⁾

2- أن تجريم استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، يقتصر على الاستفادة من سلطتهم من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، وعليه يمكن القول بأن تجريم فعل الاستغلال ينحصر فقط في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، لأن الاستفادة من النفوذ محصور في التعديل في نوعية المواد أو الخدمات، وهذا يتعلق بمرحلة ما بعد التعاقد. وعليه لا تقوم هذه الجريمة في مرحلة ما قبل التعاقد أو مرحلة الدعوة إلى المنافسة، الأمر الذي يجعل الجاني يفلت من العقاب امتثالا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

3- يلاحظ الدكتور خضري حمزة أن المشرع عندما حدد صفة الجاني في هذه الجريمة، لم يشمل بالتجريم مرتكب النشاط الإجرامي بصفة مباشرة، بل اقتصر فقط على المحرض على ارتكابه، معللا ذلك بقوله أن الجاني ممثلا في الطرف المتعاقد مع الإدارة بأي صفة كان، ليس هو من يقوم بالنشاط الإجرامي المتمثل في استغلال النفوذ من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، إنما من يرتكب هذه الجريمة هو الموظف أو العون العمومي الذي يشرف على تنفيذ الصفقة، والذي يمنح المتعاقد مع الإدارة عن طريق الاستفادة من سلطته، امتيازات غير مبررة تتمثل في الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة، أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، لذلك فإنه يدعو واحتكاما لمقتضيات مبدأ الشرعية إلى ضرورة استبعاد الموظف العمومي أو العون القائم على تنفيذ الصفقة من نطاق التجريم.⁽¹¹⁾

وتعقيبا على هذا الرأي نقول :

- إن أول ما نلاحظه هو ذلك الارتباك الذي وقع فيه الباحث الأمر الذي جعله لا يستقر على رأي واحد، فهو تارة يرى بأن الذي يجب أن يعاقب هو الموظف العمومي باعتباره هو من يتولى تنفيذ الصفقة، وتارة أخرى يرى ضرورة استبعاد هذا الموظف العمومي من نطاق التجريم، وهذا يجعلنا نقول بأن الأمر التبس عليه حيث أخلط بين جريمة منح امتيازات غير مبررة التي يقرتها الموظف العمومي، وجريمة الحصول عليها والتي يرتكبها الأشخاص الذين حددتهم المادة 26/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- يظهر من قراءة المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بفقرتها أن الباحث لم ينتبه إلى أن هناك فرقا جليا بين منح امتيازات غير مبررة والحصول عليها، وكلاهما معاقب عليه، المانح للامتيازات والحاصل عليها، الأول وهو الموظف العمومي بموجب المادة 26/1 أما الحاصل

على هذه الامتيازات والمتمثل في الأشخاص الذين حددتهم المادة 26/2 فهو كذلك معاقب على فعله، وكل ما هنالك أن الموظف العمومي الذي استغل نفوذه من أجل الحصول على هذه الامتيازات لا يكون جانبا، وإنما وجوده ضروري في هذه العلاقة، وعنصر مستلزم لقيام هذه الجريمة.

ثانيا : الركن المادي للجريمة

الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ينبنى على عنصرين أساسيين هما: السلوك الإجرامي المتمثل في استغلال نفوذ الأعوان العموميين، والغرض منه والذي يتمثل في الزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات، أو التعديل في آجال التسليم أو التمويل.

وقبل الخوض في هذه العناصر لا بد من الإشارة إلى نقطتين أساسيتين تتمثلان في:

1- ما أحدثته الصياغة غير الدقيقة للمادة 26/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في نسختها العربية والفرنسية من لبس، حيث ورد فيها: «كل تاجر أو... يقوم... بإبرام... صفقة مع الدولة أو... ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل».

والأصح أن تكون الصياغة على النحو الآتي: «كل تاجر أو... يقوم... بإبرام... صفقة مع الدولة أو... ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل»، لأن الهاء تعود هنا على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي، وليس على أعوان الدولة والهيئات التابعة لها.⁽¹²⁾

2- أن الغاية الأساسية التي يصبو المشرع إلى تحقيقها من خلال تجريم هذا الفعل وغيره ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تتجلى في الحفاظ على المال العام في إطار الصفقات العمومية وحمايته، ومن هذا المنطلق فإن الموظف العمومي الذي يمنح امتيازات غير مبررة للغير عن طريق استغلال نفوذه، يكون قد أخل بنزاهة الوظيفة وهي من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الوظيفة العامة، كما أنه قد خان الثقة التي من أجلها منح امتياز السلطة العامة التي انحرف عنها عندما استغل نفوذه.⁽¹³⁾

1- استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

يقصد بالنفوذ « ما يتمتع به الشخص من نفوذ فعلي⁽¹⁴⁾ لدى السلطات العامة، أو إحدى الجهات الخاضعة لرقابتها»، وعليه يكون للشخص الذي يتمتع بهذا النفوذ قدر خاص لدى البعض من الأعوان العموميين الذين يكون بمقدورهم تحقيق مصلحة ذوي الحاجات.⁽¹⁵⁾ ويعرفه البعض الآخر بأنه « تلك القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف العمومي بين زملائه العاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادرا على توجيه القرارات أو الإجراءات بطرق غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني».⁽¹⁶⁾

أما مفهوم الأعوان العموميون وبحسب المفهوم الذي جاءت به المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فلا يقتصر فقط على مسؤولي المصالح المتعاقدة التي تخضع في إبرام عقودها لقانون الصفقات العمومية، بل يشمل أيضا كل موظف موجود على مستوى هذه المصالح ويملك بمقتضى النصوص القانونية التي تحدد صلاحيات هؤلاء الموظفين سلطة، بغض النظر عن رتبته أو أقدميته أو طبيعته عقد عمله، تجعله (أي السلطة) يستعملها لصالح المتعامل المتعاقد مع الإدارة لمنحه امتيازات غير مبررة.⁽¹⁷⁾

وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة الثانية فقرة (ب) من القانون 06/01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مفهوم الموظف العمومي تحديدا دقيقا لم يترك فيه مجالا للشك أو التأويل، حيث عرفه بأنه:

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

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

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

ومما سبق ذكره يتحقق الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، إذا أقدم الجاني (في مفهوم الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الفساد) على استعمال تأثيره الحقيقي أو الوهمي على الأعوان العموميين، لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة، وذلك حتى يتسنى له الاستفادة بما يتمتع به هذا الموظف من تأثير وسلطة يجعلانه يقوم ببعض الإجراءات أو يصدر قرارات مخالفة للقوانين، يترتب عليها منح هذا المتعامل المتعاقد مزايا غير مبررة.⁽¹⁸⁾

2- الغرض من ارتكاب الجريمة

يشترط المشرع أن يكون الهدف من الاستغلال هو الحصول على زيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية الخدمات أو المواد، أو التعديل في آجال التسليم أو التمويل.

أ- الزيادة في الأسعار:

تحرص الإدارة عند إرسالها للصفقة على أي متعاقد على احترام المعايير والإجراءات التي حددها القانون، ويعتبر السعر هو العنصر الحاسم في عملية إسناد الصفقة، لذلك فإن لجنة البت تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا، وهذا ما يعرف بالمناقصة والذي يتم منت خلاله التأكد من العناصر الآتية:

- وضع كل الأسعار لمختلف بنود كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري من طرف المتعهد وعدم إضافته لأي عنصر آخر.

- الحساب الأفقي والعمودي للبيان الكمي والتقديري ومقارنة مختلف المبالغ الواردة بالعرض.
- مطابقة الأسعار بين أسعار كشف الوحدة والبيان الكمي والتقديري والأخذ بعين الاعتبار عند
عدم المطابقة للسعر الوارد بالحرف في كشف أسعار الوحدة وتصحيح مبلغ العرض على أساس
ذلك.⁽¹⁹⁾

وكما تمت الإشارة له يقوم الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ لأجل الحصول على
امتيازات غير مبررة، إذا طلب الطرف المتعاقد من الموظف العمومي التعديل في الأسعار على
نحو يختلف أو يتعارض مع الكيفيات المحددة في الصفقة أو تلك التي نص عليها القانون، وذلك
عن طريق إصدار قرارات أو اتخاذ إجراءات بموجب ما يتمتع به من سلطة وتأثير، تجعل الجاني
(المستفيد) يحصل على امتيازات غير مبررة.

ومثال ذلك أن يبرم أحد التجار عقدا مع بلدية ما لأجل تزويدها بأجهزة الكمبيوتر،
حيث يكون السعر المعمول به هو 50.000 دج للوحدة، في حين يطبق هذا التاجر سعر 70.000
دج للوحدة مستغلا في ذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية.⁽²⁰⁾

ب- التعديل في نوعية المواد:

عقب صدور إعلان الدعوة إلى المنافسة لأجل التعاقد لإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو
تقديم خدمات أو دراسات، يقوم المتعامل المتعاقد بالتقدم إلى الجهة صاحبة الصفقة وسحب
دفتر الشروط، الذي يتضمن يحدد كمية ونوعية الأشغال المراد إنجازها أو اللوازم المراد اقتنائها
بدقة في الكشف الكمي والتقديري المرفق بهذا الدفتر، إذ تعتبر النوعية من المعايير التي تستند
إليها المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد معها.⁽²¹⁾

ويتحقق الركن المادي للجريمة محل الدراسة إذا ما بادر أحد الموظفين التابعين إلى
الهيئة المتعاقدة باستعمال سلطته وتأثير، فيصدر قرارا إداريا أو يتخذ إجراء قانونيا، يرمي
من خلاله إلى التعديل في نوعية المواد المحددة في بنود الصفقة العمومية لمصلحة المتعامل
المتعاقد، كأن يتم السماح له باستعمال نوع من أنابيب الترصيص أو الزجاج أو الإسمنت يكون
أقل جودة وغير ذلك المتفق عليه في تنفيذ الصفقة.

وتكمن العلة في تجريم التعديل في نوعية المواد في حرص المشرع على جودة الأشغال
المنجزة أو المنقولات الموردة، في أن النوعية المتفق عليها في بنود الصفقة هي المعيار الذي على
أساسه تم اختيار المتعامل المتعاقد، كما أنها السبب الذي جعل الإدارة المختصة تمنح الغلاف
المالي الكافي لإنجازها أو اقتنائها.

لذلك فإن التجريم هنا يهدف إلى الحفاظ على النفقات العامة، وحماية مبدأ المساواة
بين المتعاملين المتعاقدين، الذين يكون معيار اختيار أحدهم وتفضيله عن غيره هو نوعية المواد،
فإذا عمدت الإدارة إلى تغيير هذه النوعية فإنها بهذا تكون قد فضلت أحد المتعاملين عن غيره،
وهو ما يشكل خرقا واضحا لمبدأ المساواة.⁽²²⁾

ج-التعديل في نوعية الخدمات:

ويتعلق الأمر في هذه الحالة بعقود الخدمات التي تيرمها الإدارة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد من أجل تقديم خدمات معينة، كأعمال الصيانة أو الحراسة أو النظافة أو الأمن أو الاتصالات أو التكفل بخدمات السفر وغيرها من الخدمات التي تكون المصلحة المتعاقدة في حاجة إليها.⁽²³⁾

وتعتمد المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة الدعوة إلى المنافسة إلى وضع كسفي كهي وتقديري مع دفتر الشروط في أيدي المتعاملين المتعاقدين، حتى يتسنى لهم تحديد نوعية الخدمات التي سيتكفلون بتقديمها، ومن ثم قيام المصلحة المتعاقدة على مقارنة العروض واختيار الأفضل منها.

لذلك تعتبر نوعية الخدمات من المعايير الأساسية التي جعلت المصلحة المتعاقدة تختار متعاملا متعاقدًا دون غيره، وتفضله عن بقية المتعاملين المتعاقدين، لذلك فإن أي تعديل في نوعية هذه الخدمات سيخل بمبدأ المساواة بين المتعاملين، لأن هذه النوعية تقررت على نحو يوازن بين ما يحققه المتعامل المتعاقد من ربح، وما يحمي المصلحة العامة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.⁽²⁴⁾

ومن أمثلة ذلك أن تقوم البلدية بإبرام عقد من أجل صيانة تجهيزاتها الإلكترونية أو حواسيبها، على أن يتم ذلك فصليا ومن قبل مهندسين مختصين، فلا يقوم المتعامل المتعاقد مع البلدية بعملية الصيانة سوى مرة واحدة في السنة يجريها تقنيون وليس مهندسون، وذلك بسبب علاقته الخاصة التي تربطه بمسؤولي البلدية.⁽²⁵⁾

د-التعديل في آجال التسليم أو الترمين:

جعل المشرع الجزائري الآجال من الإجراءات محل اعتبار في مجال الصفقات العمومية، سواء تعلق الأمر بعملية الإبرام أو عملية تنفيذ الصفقة، يترتب على عدم مراعاتها الفسخ تارة وتوقيع عقوبات إدارية تارة أخرى،⁽²⁶⁾ باعتبارها من المعايير الأساسية في اختيار المتعامل المتعاقد، كما هو الحال في الآجال التي يشترطها المشرع لتسليم الأشغال في صفقات الأشغال، أو تسليم المنقولات واللوازم في صفقات التوريد.⁽²⁷⁾

ومن هذا الباب تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة، المعاقب عليها بموجب المادة 26/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إذا قام التاجر أو الحرفي أو الصناعي أو الحرفي، باستغلال نفوذ وتأثير أحد الموظفين العموميين، الذي يقوم وعن طريق المصلحة المتعاقدة باتخاذ قرار أو إجراء يتضمن تعديلا في آجال التسليم أو الترمين.

ونظرا لكون آجال التسليم من المعايير التي جعلت المتعامل المتعاقد يفوز بالصفقة، فإن العلة في تجريم هذا السلوك تكمن في حرص المشرع على تحقيق مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، وكذا تحقيق الطلبات العمومية في وقتها المناسب، زيادة على أن كل تعديل غير مبرر في الآجال سيحرم الخزينة العمومية من الغرامات المقررة على المتعاقد كعقوبات مالية نتيجة

تأخره في تنفيذ الصفقة.⁽²⁸⁾

لأجل التاجر فإن أي قرار أو إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة تحت تأثير والملاحظ أن تجريم الصور السابقة قائم على قرينة قانونية تربط بين وجود أسعار زائدة أو التعديل لصالح المتعاقد في النوعية أو الأجل من جهة، والاستفادة من سلطة وتأثير الموظف من جهة ثانية، وبالتالي فإنه يستبعد وجود هذه المزايا نتيجة خطأ أو سوء تقدير، وهذا موقف يتماشى والصرامة التي أرادها المشرع في معاقبة جرائم الفساد.⁽²⁹⁾

ثالثا : الركن المعنوي للجريمة

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، جريمة عمدية تتطلب توفر القصد الجنائي بنوعيه: العام والخاص، وهو ما سنبينه كما يأتي:

1- القصد الجنائي العام:

تشترط جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية توفر القصد الجنائي العام، المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة واستغلاله هذا النفوذ لفائدته، كما ينصرف أيضا إلى علمه بكافة العناصر المكونة للواقعة الإجرامية، فيلزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي يسعى للحصول على مزية منها هي سلطة عامة أو جهة خاضعة لإشرافها.⁽³⁰⁾

ولا يشترط وفاء عون الدولة بوعده للجاني، لأنه عنصر خارج عن القصد بعنصره العلم والإرادة، فالقصد الجنائي يتوافر بمجرد اتجاه إرادة الجاني إلى استغلال نفوذ أعوان الدولة من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة.⁽³¹⁾

2- القصد الجنائي الخاص:

يتمثل القصد الجنائي الخاص في هذه الجريمة في اتجاه نية الجاني إلى الحصول على امتيازات مع علمه أنها غير مبررة، من خلال استغلال نفوذ الأعوان العموميين القائمين على تنفيذ الصفقة، وذلك في حال قيامهم بالأنشطة المجرمة التي يتكون منها الركن المادي للجريمة والمتمثلة في: الزيادة في الأسعار. التعديل في نوعية المواد، التعديل في نوعية الخدمات، والتعديل في آجال التسليم أو التمويل.

ويتم البحث عن نية الجاني والتأكد من وجودها بالرجوع إلى جميع الظروف والملابسات التي ارتكبت فيها الجريمة، فيقوم القاضي مثلا بالبحث عما إذا كانت هناك علاقة بين الجاني والموظف العمومي الذي يقوم بتنفيذ الصفقة والذي استغل نفوذه لمصلحته، والوثائق المكونة للصفقة والتي تم بناء عليها ارتكاب النشاط الإجرامي، للوصول إلى أن نية الجاني اتجهت إلى الحصول على امتيازات غير مبررة.⁽³²⁾

ومن هذا المنطلق يتعين على القاضي البحث عن القصد الخاص، وأن يبين في حكمه أركان الجريمة بما فيها هذا القصد الجنائي الخاص،⁽³³⁾ الذي يمكن استخلاصه وإثباته بجميع وسائل الإثبات في المواد الجنائية، بما فيها اعتراف المتهمين أو اللجوء إلى القرائن، كحالة تكرار

العملية التي يستخلص منها علم الموظف العمومي التام في جنحة المحاباة، والتاجر وغيره في جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، ووعيمهم بمخالفة القواعد القانونية المنظمة لعملية تنفيذ الصفقة العمومية بغرض منح أو حصول المتعامل المتعاقد على امتيازات غير مبررة.⁽³⁴⁾

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لهذه الجريمة

توقع على مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية عقوبات أصلية تضمنتها المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وأخرى تكميلية منصوص عليها في قانون العقوبات، توقع على كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وفي ما يلي تفصيل ذلك:

أولا : العقوبات الأصلية

إذا كانت جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مرتكبة من طرف شخص طبيعي فإن المشرع ومن خلال نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، قد حدد له عقوبة جزائية تتمثل في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.⁽³⁵⁾

أما إذا كانت هذه الجريمة مرتكبة من قبل شخص معنوي فإن المادة 53 من القانون 06/01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 قد نصت على أن الشخص الاعتباري يكون مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات، وهي القاعدة التي تبناها المشرع الجزائري سنة 2004 حينما أقدم على تعديل قانون العقوبات،⁽³⁶⁾ حيث أقر مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين، دون أن يحول ذلك عن المساءلة الجزائية الفردية للأشخاص المتورطين في ارتكاب الجرائم.

وبموجب المادة 18 مكرر/1 من قانون العقوبات فقد فرض المشرع الجزائري على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة المالية والتي تقدر بمرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة. وما يلاحظ على هذا النص أنه:

- بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات فإنه وحتى يعاقب الشخص المعنوي يجب أن تكون الجريمة قد ارتكبت باسمه ولحسابه، ومن ثم فلا مسؤولية عليه إذا كانت الجريمة قد ارتكبت لمصلحة ممثليه الشرعيين.⁽³⁷⁾

- أن المشرع الجزائري وأسوة بغيره من التشريعات المقارنة قد أقر في حق الشخص المعنوي عقوبة الغرامة المالية وهي عقوبة تتلاءم مع طبيعته، على اعتبار أن العقوبات السالبة للحرية لا تتلاءم سوى مع الأشخاص الطبيعية، كما يلاحظ أن المشرع قد لجأ إلى التشديد في هذه العقوبة لأنها العقوبة الوحيدة التي تطبق على الشخص المعنوي من جهة، كما أنها أكثر تأثيرا

وإيلا ما كونها موجهة ضد أهم عنصر من عناصره ألا وهو الذمة المالية.⁽³⁸⁾

ثانيا : العقوبات التكميلية

يمكن للقاضي الجزائي وبموجب المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته،⁽³⁹⁾ أن يحكم على الشخص الطبيعي في حالة إدانته بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون العقوبات،⁽⁴⁰⁾ والتي تتمثل في ما يلي:

1- الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية

إذا كانت المادة 9 ق ع قد نصت على عقوبة الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية كعقوبة تكميلية، فإن المادة 9 مكررا 1 ق ع قد حددت جملة الحقوق المهنية بالحرمان،⁽⁴¹⁾ والمتمثلة في العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف أو المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة، والحرمان من حق الانتخاب أو الترشح أو حمل أي وسام، زيادة على عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

كما يتم حرمان المحكوم عليه من الحق في حمل الأسلحة، وتولي وظيفة التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم، بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا، وعدم الأهلية في أن يكون وصيا أو قيدا، وسقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه في حالة الحكم بعقوبة جنائية، وذلك لمدة أقصاها عشر (10) سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

2- تحديد الإقامة:

في حالة إدانة المتهم بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون 06/01، يمكن للقاضي أن يحكم على الجاني في حالة إدانته بعقوبة تكميلية تتمثل في تحديد إقامته، ومعناها إلزام المحكوم عليه بالإقامة في نطاق إقليمي يعينه الحكم، وذلك لمدة لا تتجاوز خمس سنوات يبدأ سريانها من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.⁽⁴²⁾

والهدف من الحكم على الجاني بتحديد الإقامة هو الحيلولة دون عودته لارتكاب الجريمة مرة ثانية، أو اتخاذ هذه العقوبة كتدبير وقائي من احتمال قيام الجاني بالانتقام أو الثأر، وتعتبر مخالفة تدابير تحديد الإقامة جريمة قائمة في حد ذاتها يعاقب عليها بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 25.000 دج إلى 300.000 دج.⁽⁴³⁾

3- المنع من الإقامة:

المنع من الإقامة عقوبة تكميلية يمكن للقاضي الجزائي أن يصدرها بمناسبة جنحة أو جنائية، ويقصد بها الحظر على المحكوم عليه أن يتواجد في بعض الأماكن المعينة لمدة أقصاها خمس سنوات في مواد الجرح،⁽⁴⁴⁾ تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

إذا خالف الشخص أحد تدابير المنع من الإقامة فإنه يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة مالية من 25.000 دج إلى 300.000 دج.⁽⁴⁵⁾

4- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط :

يمكن للجهة القضائية التي تنظر جريمة من جرائم الفساد أن تحكم بحرمان الجاني من مزاوله نشاط معين، إذا كان لارتكاب الجريمة علاقة مباشرة بمزاوله الجاني لهذا النشاط، وتكمن العلة من هذه العقوبة التكميلية في أنه قد يكون من العوامل المساعدة على العود في ارتكاب الجريمة، استمرار الجاني في ممارسة النشاط محل المنع أو الحرمان.⁽⁴⁶⁾

ومن قبيل النشاطات التي يحرم المحكوم عليه من ممارستها، المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الصفقات العمومية، حيث يكون هذا المنع نهائياً ولمدة لا تتجاوز عشر سنوات في حالة الإدانة بجناية، أو خمس سنوات في حالة الإدانة بجنحة، ويجوز للقاضي أن يأمر بالنفذ المعجل لهذا الإجراء.⁽⁴⁷⁾

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى ضرورة التمييز بين الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بحكم قضائي، والذي لا يسري إلا إذا صدر كعقوبة تكميلية في منطوق الحكم القضائي القاضي بالإدانة. أما الإقصاء الإداري من الصفقات العمومية الذي نصت عليه المادة 89 من قانون الصفقات العمومية،⁽⁴⁸⁾ والتي أوردها المشرع ضمن القسم الثامن الموسوم بمكافحة الفساد حيث جاء فيها بأنه ودون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يعتبر كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردعي، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.

5- المصادرة:

المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء،⁽⁴⁹⁾ وتشمل الأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها، وكذلك الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت لمكافأة مرتكب الجريمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.⁽⁵⁰⁾

ويعتبر من الغير حسن النية الأشخاص الذين لم يكونوا محل متابعة جزائية أو إدانة من أجل الوقائع التي أدت إلى المصادرة، شريطة أن يكون لديهم ما يثبت ملكيتهم أو حيازتهم حيابة صحيحة ومشروعة للأشياء القابلة للمصادرة.⁽⁵¹⁾

6- المنع من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع:

بحسب المادة 16 مكرر⁽⁵²⁾ من قانون العقوبات، فإنه يترتب على عقوبة الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، إلزام المحكوم عليه بإرجاع الدفاتر والبطاقات التي بحوزته والتي عند وكلائه إلى المؤسسة المصرفية المصدرة لها، لمدة لا تتجاوز العشر سنوات في حالة الإدانة بارتكاب جناية وخمس سنوات في حالة الإدانة بارتكاب جنحة، ويجوز للقاضي أن يأمر بالنفذ المعجل لهذا الإجراء.

ولا يطبق هذا الحظر على الشيكات التي تسمح بسحب الأموال من طرف الساحب لدى المسحوب عليه أو تلك المضمنة.

وفي حالة مخالفة حكم هذه المادة، أي عند قيام المحكوم عليه بإصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع رغم وجود حكم قضائي يحظر عليه ذلك، فإنه يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية تتراوح بين 100.000 دج إلى 500.000 دج.

7- نشر الحكم وتعليقه:

في إطار العقوبات التكميلية يمكن للقاضي الجزائي أن يأمر وفي الحالات التي يحددها القانون، بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر، أو بتعليقه في أماكن محددة، وذلك على نفقة المحكوم عليه، شريطة ألا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي حدده حكم الإدانة لهذا الغرض، وألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا.

ويعاقب كل من قام بإتلاف أو إخفاء أو تمزيق المعلقات المتضمنة نشر الحكم أو تعليقه بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنتين، وبغرامة مالية تتراوح بين 25.000 دج إلى 200.000 دج، مع الأمر بتنفيذ الحكم القاضي بالنشر أو التعليق على نفقة الفاعل.⁽⁵³⁾

إلى جانب العقوبات التكميلية الواردة بالمواد 9 وما يليها من قانون العقوبات، نص المشرع الجزائري في الأمر 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على عقوبات تكميلية أخرى، حيث نص على عقوبات التجميد والحجز والمصادرة تحت عنوان العقوبات التكميلية، حيث جاء بالمادة 51 منه أنه يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة، وفي حالة الإدانة تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية، 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 زوجته أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد خص الشخص المعنوي بعقوبات تكميلية تتناسب مع طبيعته، تتمثل في حل الشخص المعنوي، وغلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، والإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، والمنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا

تتجاوز الخمس سنوات، ومصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، ونشر وتعليق حكم الإدانة، والوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات.⁽⁵⁴⁾ ويعتبر حل الشخص المعنوي من أشد وأخطر العقوبات التي توقع على الشخص المعنوي، إلى درجة أن بعض الفقه الجنائي قد شبهها بعقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي، ويتحدد مجال تطبيق هذه العقوبة في حالة ما إذا كانت إرادة مؤسسي ومسيرى الشخص المعنوي اتجهت للقيام بالنشاط الإجرامي بغرض الحصول على فائدة أو مصلحة له، بمعنى أن يكون الشخص المعنوي قد أنشأ من أجل ارتكاب جريمة، والحالة الثانية تتعلق بخروج الشخص المعنوي عن أهدافه التي نص عليها قانونه الأساسي وذلك من أجل القيام بالنشاط الإجرامي.⁽⁵⁵⁾ ويقصد بعقوبة غلق الشخص المعنوي أو أحد فروعها منعه من مزاولة النشاط المعتاد لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، خلالها يمنع على مسيريه أو مؤسسيه القيام بأي نشاط باسم ولحساب هذا الشخص المعنوي، سواء كان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، كما يحظر عليهم التصرف في أصوله بالبيع أو الإيجار أو الرهن أو العارية أو الهبة طيلة مدة الغلق التي حددها الحكم القضائي.

أما الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية فهو عقوبة، من خلالها يحظر على الشخص المعنوي المشاركة في المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الهيئات الخاضعة في إبرام عقودها لقانون الصفقات العمومية، وذلك لمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، وذلك سواء تعلق الأمر بصفقات الأشغال أو التوريد أو الدراسات أو الخدمات، كما يحظر على الشخص المعنوي التعاقد مع المصالح الإدارية خارج إجراء المناقصة أي عن طريق التراضي، بنوعيه البسيط والتراضي بعد الاستشارة، أو التعاقد معها لانجاز أشغال أو توريد لوازم أو تقديم خدمات عن طريق سندات طلب.⁽⁵⁶⁾

خاتمة :

في خاتمة بحثنا هذا لاحظنا أنه رغم التعديلات الكثيرة التي طرأت على قوانين الصفقات العمومية، لتصل أحيانا حد إلغاء قوانين برمتها واستبدالها بأخرى، إلا أن أساليب ارتكاب جرائم الفساد في تزايد وتطور مستمر رغم وجود منظومة تشريعية متكاملة تجرمه وتعاقب عليه، فهل السبب يعود إلى اتصاف العقوبات المقررة بالردع، أم أن تشريعات الصفقات العمومية بما هي عليه الآن تشجع الجناة على اقتراف هذه الجرائم؟

ومن هذا المنطلق فإننا وفيما يتعلق بالجريمة محل الدراسة، نثمن موقف المشرع الجزائري الذي جعل إجرام الموظف العمومي مستقلا عن إجرام المتعامل المتعاقد أيأ كانت صفته، فهو بموجب المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يعاقب الموظف الذي يستغل نفوذه لأجل منح امتيازات غير مبررة للغير، كما أنه يعاقب الغير الذين حدد صفتهم بموجب الفقرة الثانية من هذه المادة، والذين يستغلون نفوذ هذا الموظف العمومي لأجل الحصول على هذه الامتيازات غير المبررة، حيث يعتبره فاعلا أصليا مستقلا بجريمة خاصة، وليس شريكا.

ودعما لموقفنا السابق فإننا نناشد المشرع الجزائري بأن يتراجع عن سياسة التجنيز التي انتهجها عند سن قانون الفساد، وندعوه إلى اعتبار جميع جرائم الفساد سيما تلك المتعلقة بالصفقات العمومية جنائيات، مع تقرير عقوبات مشددة عليها، عساها تسهم في ثني الجناة عن مخططاتهم الإجرامية وإرجاع حرمة المال العام التي استباحها الكثير رفعا لكل لبس وغموض نطلب من المشرع إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لتصبح صياغتها كالآتي: «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 أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية 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 أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين».

الهوامش :

- 1 القانون 06/01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية لسنة 2006، العدد: 14، المعدل والمتمم بموجب القانون 11/15 المؤرخ في 2 أوت 2011، الجريدة الرسمية لسنة 2011، العدد: 44. و جدير بالذكر أن المادة 26 من قانون الفساد قد حلت محل المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، التي أضيفت بالقانون 01/09 المؤرخ في 26 يونيو 2001، الجريدة الرسمية لسنة 2001، العدد: 34، وألغيت بقانون الفساد السالف ذكره.
- 2 عرفت المادة الأولى من القانون التجاري على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له، وقد حددت المواد 2، 3، 4 ما هي الأعمال التجارية، وما نلاحظه أن المادة 26/2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم تشترط ممارسة العمل التجاري بصفة اعتيادية، بل يعتبر أيضا فاعلا من يقوم بالفعل بصفة عرضية.
- 3 يعرف الصناعي بأنه الشخص الذي يمارس نشاطا اقتصاديا في مجال استخراج أو إنتاج أو تحويل الثروات. ينظر: علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2012/2013، ص: 235.
- 4 بحسب المادة 10 من الأمر 96/01 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، (الجريدة الرسمية لسنة 1996، العدد: 3). فإنه يعد حرفيا كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 5 من نفس الأمر.
- 5 تشير المادة 549 من القانون المدني إلى الما قول من خلال تعريفها لعقد الما قوله بنصها على: "الما قوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".
- 6 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة عشر، 2014/2015، ص: 168، وما يمكن استخلاصه لأول وهلة عند قراءة عبارة "وكل شخص طبيعي أو معنوي" العامة التي جاء بها المشرع الجزائري، أنه يمكن أن ندرج ضمنها الأشخاص التابعة للقانون الخاص والأشخاص التابعة للقانون العام، غير أنه يرجعنا لنص المادة 7 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجده يستثني العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من الخضوع لأحكام هذا المرسوم، وبالتالي لا يمكن أن يكون الفاعل في هذه الجريمة إدارة عمومية. أنظر تفصيلا: علة كريمة، المرجع السابق، ص: 236.
- 7 المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2015، العدد 50، وتمثل هذه الهيئات في: الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة أو الجماعات المحلية.
- ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحدث تغييرا بموجب هذه المادة، وهذا يخالف ما كان منصوبا عليه بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي 236-10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم، حيث كان الأمر يتعلق بالإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات

الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة. ولا يفوتنا هنا الإشارة إلى أن المادة 2 من المرسوم الرئاسي قد تم تعديلها مرتين بعد صدور هذا المرسوم، حيث تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12/23 المؤرخ في 18 يناير 2012، المعدل والمتمم لقانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية لسنة 2012، العدد: 4، ، وأيضاً بموجب المرسوم الرئاسي 13/03 المؤرخ في 13 يناير 2013، المعدل والمتمم لقانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية لسنة 2013، العدد 2.

8 زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، بورقلة، 2011/2012، ص: 84.

9 أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 168.

10 وهي الملاحظة التي أبدتها الدكتورة خضري حمزة في رسالته، والتي نؤيده فيها، أنظر: خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كطلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014/2015، ص: 362-361.

11 خضري حمزة، المرجع السابق، ص: 362-363.

12 أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 169، وقد سبق للدكتور أحسن بوسقيعة أن أبدى نفس الملاحظة حول المادة 128 مكرر والتي أصبحت فيما بعد المادة 26 من قانون مكافحة الفساد، ويظهر أن المشرع لم يلتفت إلى هذه الملاحظة لإعطائها حقها من العناية.

13 ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص: ١٤٥.

14 يرى بعض الفقه الفرنسي أنه يستوي أن يكون النفوذ حقيقياً أو حكماً، ومن ثم لا يمنع من قيام الجريمة إذا كان لعون الدولة نفوذ افتراضي غير حقيقي.

Mireille Delmas-Marty, Droit pénal des affaires, 2 ème partie, 3 ème édition, presse universitaire de France, Paris 1990, p: 95.

وهو الأمر الذي أكدته المادة 11/2-432 من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على:

”pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d’une autorité ou d’une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable“.

15 ياسر كمال الدين، المرجع السابق، ص: 141.

16 عامر الكبيسي، الفساد والعولمة تزامنان لا توأمة، المكتب الجامعي الحديث، د ب ن، 2005، ص: 33، نقلاً عن: بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو، 2013، ص: 52.

17 حمدي عبد العظيم، عولمة الفساد وفساد العولمة، منبر نظري وعملي، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية 2008، ص:

38، نقلاً عن: خضري حمزة، مرجع سابق، ص: 364-365.

18 حمزة خضري، المرجع السابق، ص: 365.

19 زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 87.

20 أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 170.

21 راجع المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تقابلها المادة 56 من المرسوم الرئاسي الملغى 10/236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

22 خضري حمزة، مرجع سابق، ص: 369.

23 راجع المادة 39/4 من المرسوم الرئاسي 10/247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتقابلها المادة 13/4 من المرسوم الرئاسي 10/236 الملغى.

24 خضري حمزة، مرجع سابق، ص: 369-370.

25 أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص: 170.

26 إذا ما أخذ المتعامل المتعاقد بالالتزام بالتسليم خلال الآجال القانونية فإنه يكون عرضة لعقوبات التأخير المنصوص عليها بالمادة 147/3 من المرسوم الرئاسي 15/247 (المادة 90/1 من قانون الصفقات العمومية السابق) التي تقضي بأن العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، تقتطع من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة، وبحسب المادة 147 في فقرتها الرابعة والخامسة (المادة 90 في فقرتها الثانية والثالثة من قانون الصفقات العمومية السابق) يؤخذ بعين الاعتبار إمكانية إقدام المصلحة المتعاقدة على إعفاء المتعامل المتعاقد من هذه العقوبة، إذا كان التأخير ناتجاً عن قوة قاهرة، أو كانت هي المتسببة فيه بأن طلبت منه التوقف عن الأشغال. وفيما يتعلق بالفسخ تراجع المواد 149 وما يليها من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، وتقابلها المادتان 112-113 من قانون الصفقات العمومية الملغى.

27 المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، وتقابلها المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10/236 الملغى.

28 المادة 147/1 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية، وتقابلها المادة 90 من قانون الصفقات العمومية

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

- الملغى. راجع في ذلك: خضري حمزة، مرجع سابق، ص: 370-372.
- 29 علة كريمة، مرجع سابق، ص: 238.
- 30 أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 171، مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة 1988، ص: 199.
- 31 بن بشير وسيلة، المرجع السابق، ص: 55.
- 32 حمزة خضري، المرجع السابق، ص: 373.
- 33 عيب على القضاء الجزائري في ظل سريان التشريع السابق (أي قبل صدور قانون الفساد) وبخاصة جنحة المحاباة المعاقب عليها بالمادة 26/1 من قانون الفساد، عدم البحث في القصد الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، وهو إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، فكثيرا ما أدين مسيرون لا لسبب سوى أنهم خالفوا أحكام قانون الصفقات العمومية، فتحوّلت بذلك جنحة المحاباة من جريمة عمدية تتطلب لقيامها قصدا جنائيا عاما وخصوصا، إلى جريمة مادية تقوم لمجرد مخالفة حكم تشريعي أو تنظيمي. أنظر: أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 160.
- وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه: يعد سؤالا غير قانوني، السؤال المطروح بخصوص جريمة إبرام صفقة مخالفة للتشريع، الخالي من أركانها القانونية الآتية: أن يكون الفاعل موظفا أو شبيها به، أن يبرم عقدا أو صفقة باسم الهيئة التي يعمل لصالحها، أن يخالف الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل، وأن يكون الغرض من العقد أو الصفقة منح امتيازات غير مبررة للغير".
- قرار صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 15 فيفري 2006، ملف 354438، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 1، ص: 509.
- 34 علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2005، ص: 52.
- 35 وما نلاحظه أنها نفس العقوبة المقررة لجريمة المحاباة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذه المادة، كما نلاحظ أن مبلغ الغرامة التي كانت مقررة بالمادة 128 مكرر الملغاة كانت مغلفة إذا ما قورنت بمبلغ الغرامة الحالية المنصوص عليها بالمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث كانت تتراوح بين 500.000 دج إلى 5.000.000 دج.
- 36 وذلك بموجب القانون 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية لسنة 2004، العدد 71.
- 37 علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص: 56.
- 38 محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعة، مصر 1979، ص: 156.
- 39 تنص المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أن: "في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات.
- 40 وهي العقوبات التي حددها ونظمها المشرع الجزائري من جديد بموجب القانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر 66/156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، حيث يلاحظ إلغاؤه للعقوبات التبعية التي كان منصوصا عليها بالمواد 6 و 7 و 8، ودمجها مع العقوبات التكميلية في المادة 9 من ذات القانون.
- 41 أضيفت المادة 9 مكرر 1 بموجب القانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون العقوبات، الجريدة الرسمية لسنة 2006، العدد 84.
- 42 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 288.
- 43 المادة 11 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون العقوبات.
- 44 وتكون المدة بالنسبة للجنايات عشر (10) سنوات، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري قد عمد إلى تجنيح جرائم الصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بعد أن كان البعض منها يعتبر جنايات بموجب نصوص قانون العقوبات التي تم إلغاؤها وإدماجها ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. أنظر: خضري حمزة، مرجع سابق، ص: 378.
- 45 المادة 12/4 من قانون العقوبات، وبالنسبة للأجنبي المحكوم عليه بالمنع من الإقامة تراجع أحكام المادة 13 من قانون العقوبات.
- 46 المادة 16 مكرر من قانون العقوبات، المضافة بموجب القانون 06/23 المؤرخ في 10 ديسمبر 2006.
- 47 المادة 16 مكرر 2 من قانون العقوبات والتي أضيفت بموجب القانون 06/23 المؤرخ في 10 ديسمبر 2006، ويشمل منع المحكوم عليه من المشاركة في الصفقات العمومية، منعه من تقديم عروض بعد الدعوة إلى المنافسة التي تعلنها الهيئات الخاضعة في إبرام عقودها إلى قانون الصفقات العمومية، أو التعاقد معها عن طريق التراضي أو في إطار تقديم الخدمات العمومية بموجب سندات طلب. وبخصوص بدء سريان المنع فإننا نلاحظ التزام المشرع الصمت حيال هذه النقطة، مكتفيا بالنص على جواز الأمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء، وأمام هذا الوضع فإن الأصول تقتضي أن يبدأ سريان هذا الإجراء من اليوم الذي تصبح فيه العقوبة نهائية. أنظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 294.
- 48 المرسوم الرئاسي رقم 15/247 وتقابلها المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، الجريدة الرسمية لسنة 2010، العدد 58.
- 49 المادة 15 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

- 50 المادة 15 مكرر 1 المضافة بالقانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، هذا وفي سبيل الحفاظ على الحماية الاجتماعية لأصول أوفروع المحكوم عليه، استبعد المشرع بموجب المادة 15/2 من قانون العقوبات بعض الأشياء من القابلية للمصادرة، حيث لا يجوز مصادرة محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه، إذا كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة، شريطة ألا يكون هذا المحل قد اكتسب بطريق غير مشروع، ولا يكون أيضا محلا للمصادرة الأموال المحددة في الفقرات من الثانية إلى الثامنة من قانون الإجراءات المدنية، إلى جانب المداخليل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه والأصول الذين يعيشون تحت كفالته.
- 51 المادة 15 مكرر 2 المضافة بالقانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 52 أضيفت بالقانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 53 المادة 18 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 54 المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، المضافة بالقانون 04/15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 (الجريدة الرسمية لسنة 2004، العدد 71)، والمعدلة بالقانون 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 55 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص: 305.
- 56 خضري حمزة، مرجع سابق، ص: 383.