الملتقى الوطني الموسوم:

" الجوانب العملية لمستجدات الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام".

يوم السبت 16 جوان 2021.

بيانات المشارك

- الاسم و اللقب: لوكال مريم.
- الوظيفة: أستاذة جامعية.
- الدرجة العلمية: أستاذة محاضرة -أ-
- المؤسسة العمل: كلية الحقوق بودواو، جامعة امحمد بوقرة بومرداس(القسم العام).
- العنوان الشخصي:
- الهاتف :
- الفاكس: /.
- البريد الإلكتروني: m.loukal@univ-boumerdes.dz

- **محور المداخلة**: الرابع: الأليات الإجرائية والموضوعية لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية
- **عنوان المداخلة**: **"جريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01."**
- **ملخص:**

على خلفية مصادقتها على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، أقرت الجزائر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01، والذي أولى اهتماما كبيرا لجرائم الصفقات العمومية، ومنها جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية وذلك في المادة 26 منه ليعدلها سنة 2011، وهي من جرائم الصفة التي تتطلب أن يتمتع الجاني بصفة الموظف بمفهوم القانون 06-01، وأن يكون ومختصا، بالإضافة لشرط وجود صفقة عمومية، أما الركن المادي فيتلخص في يتحقق بقيام الجاني بإبرام صفقة بدون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، في حين أن الركن المعنوي يبين أن الجريمة عمدية تتطلب توافر العلم والإرادة وتوافر القصدين العام و الخاص لإعطاء امتيازات غير مستحقة للغير، وهي جنحة مغلظة إلا اذا توافرت شرط التشديد لتتحول لجناية.

▪ **الكلمات المفتاحية:** الفساد، الامتيازات غير المبررة، الصفقات العمومية، الموظف العمومي، محاباة.

Abstract :

On the background of its ratification of the United Nations Convention against Corruption of 2003, Algeria approved the Law on Prevention and Combating Corruption No. 06-01, which pays great attention to crimes of public procurement, including the crime of unjustified privileges in the field of public procurement in the Article 26, to be amended in 2011, It is one of the status crimes that requires the perpetrator to have the status of an employee under the concept of Law 01-06 and to be competent in addition to the condition of a public deal. As for the material element, it is summarized by the fact that the perpetrator concludes a deal without observing the legislative or regulatory provisions in force in order to give unjustified privileges to others. While the moral element indicates that the crime is intentional, there is knowledge, will, and the general and private intent to give privileges not due to others, and it is a severe misdemeanor unless the aggravation condition is met to turn into a felony.

Keywords: corruption, unjustified privileges, public procurement, public employee, nepotism.

الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01.

مقدمة:

ينخر الفساد كل القطاعات في الدولة فلا يترك مجالا إلا اجتاحه، فالفساد ظاهرة شاملة لأنه ليس جريمة واحدة وإنما نوع يتضمن الكثير من الجرائم، كلها تتعلق بسوء إدارة المال الذي يمكن أن يكون عاما أو خاصا، إلا أنه عندما يكون المال عاما فإنه يمس بمقدرات الدولة والشعب، ويؤدي إلى خلل في توزيع الثروات حتى لو كانت المبالغ غير كبيرة.

منه نميز الفساد القضائي والتشريعي والديني والاقتصادي والإداري وغيره، ومن بين أكثر صور الفساد خطورة نجد الفساد الإداري والمالي والذي يجد في الصفقات العمومية مناخا مؤاتيا للحصول على الأموال بطرق غير مشروعة نظرا لقيمة المبالغ التي تخصص لها، والتي عادة ما تكون هائلة خاصة إذا كانت صفقات دولية.

ولم تكن الجزار في منأى عنه فقد ضربتها موجة فساد من الصعب التستر عليها في ظل البحبوحة الاقتصادية التي كانت تعيشها، كما أنه من الصعب محاربتها نظرا لتفشيها وتحولها إلى ثقافة قارة، إذ تظهر بين الفينة والأخرى قضايا فساد يتورط فيها موظفين عامين سامين في الدولة، وهو ما يجعل الدولة في مواجهة دائمة لهذه الآفة الاقتصادية.

لذا وبعد مصادقتها على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتحفظ، المعتمدة من قبل الجمعية العامة لها في 31 أكتوبر 2003 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04- 128 المؤرخ في 19 أفريل 2004[1]، سارعت الجزائر لإقرار القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[2]، والذي يعتبر نسخة طبق الأصل من الاتفاقية أعلاه، وقد خص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مجال الصفقات العمومية بأربعة جرائم هي: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وجريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية 34 ق.و.ف.م، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية المادة 35 ق.و.ف.م، وجريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية المادة 35 ق.و.ف.م موضوع الدراسة.

مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: **ماهي التدابير الإجرائية والموضوعية الكفيلة بمكافحة جريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01؟**

[1] الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة في 25 أفريل 2004.

[2] الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

ستتم الإجابة على هذه الإشكالية من خلال مبحثين: يتعرض الأول إلى الركن المفترض لجريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية، في حين يتعرض المبحث الثاني للركنين المادي والمعنوي للجرم.

المبحث الأول: الركن المفترض لجريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية.

تناول المشرع جريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية في المادة 26 ق.و.ف.م، مستقدما إياها من قانون العقوبات أين كان تناولها بنص المادة 128 مكرر 2 الملغاة، وقد بادر المشرع إلى تعديل الفقرة الأولى منها بعد خمس سنوات فقط من إصدار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ويقابلها جنحة المحاباة في التشريعات العربية المقارنة.

المطلب الأول: قراءة في التعديلات التي طرأت على المادة 1/26.

أولا يجدر بنا التنويه إلى الاختلافات التي لحقت المادة 26 والتي عدل القانون رقم 11-15 المتضمن تعديل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فقرتها الأولى، حيث كانت تنص على أنه:"1- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".

أما بعد التعديل فأصبحت كالتالي:"1- كل موظف عمومي يمنح، **عمدا**، للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة **بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات**"[1].

يلاحظ أولا إضافة كلمة "عمدا" وهي إضافة للتأكيد فقط، ذلك أن هذه الجريمة تتطلب القصد الجنائي أي العلم والإرادة، وفي حال تخلفه لا تقوم في حق الجاني الجريمة، ومن هنا فإن إضافة كلمة عمدا تدل على التأكيد على طابع الجريمة العمدي وأن الخطأ أو الإهمال لا يؤدي لقيام الجريمة.

أما عبارة "مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها" فتم الإبقاء عليها مع تخصيص أن هذه الأحكام تتعلق "بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات"، من هنا بيّن المشرع أو خصص الإجراءات التي يتم مخالفتها في هذه الجريمة وهي تلك التي تتعلق بالمساس بأحد أهم المبادئ في مجال الصفقات العمومية وهو مبدأ المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

[1] قانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة في 10 أوت 2011.

المطلب الثاني: اكتساب صفة الموظف العمومي وان يكون مختصا.

يعتبر بيان المقصود بالموظف بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مهم جدا بالنسبة لشرح جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، نظرا لاشتراط الصفة في الجاني الذي تنتج عنه الأفعال المجرمة المرتبطة بالجريمة ذات الصلة[1].

إن تعرض المشرع لمفهوم الموظف في حد ذاته يجب الاهتمام به وبيان أسبابه، باعتبار أنه كان يتم الرجوع دائما في ذلك إلى المادة الرابعة من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[2] والتي جاء فيها:" يعتبر موظفا كل عون عُين في وظيفة عمومية ورُسّم في السلم الإداري."

هذا التعريف الذي يظهر أنه بسيط جدا يعطي تعريفا ضيقا للموظف، لذلك لم يتوقف المشرع عند التعريف الإداري له، وإنما أبقى عليه ووسعه، أي أضاف له أشخاص أخرى، ليطال كل من يتولى المصلحة العامة أو حتى الخاصة، ويرتكب جرائم تتعلق بالفساد منعا للإفلات من العقاب، بما يتسق وتعريف اتفاقية الفساد للأمم المتحدة، وهو ما يعتبر خروجا عن القواعد العامة للقانون الإداري ولا يصب حتما في صالح الجاني.

باستقراء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يُلاحظ أنه قسّم مفهوم الموظف العمومي إلى ثلاثة مجموعات كالتالي:

المجموعة الأولى تضم:

1- **الأشخاص الذين يشغلون منصبا تشريعيا:** يقصد بهم المنتخبون من الغرفتين أعضاء مجلس الأمة وعددهم 144 منتخبا، والمجلس الشعبي الوطني وعددهم 462 عضوا.

2- **الأشخاص الذين يشغلون منصبا تنفيذيا:** ويمكن تقسيمهم إلى:

- رئيس الجمهورية: لا يسأل عن الجرائم التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته لمهامه، ومنها جرائم الفساد ما لم تشكل خيانة عظمى، ويحال إلى المحكمة العليا للدولة بمفهوم المادة 177 تعديل دستوري 2016 التي لم تنصب بعد.

- الوزير الأول: تجوز متابعته عن الجنايات والجنح بما فيها الفساد، لكن أمام المحكمة العليا للدولة أعلاه، وهذا ما أثار الجدل بين القانونيين لدى متابعة كل من عبد المالك سلال وأحمد أويحي، فبينما يظهر من المادة وجود فراغ قانوني ناتج عن عدم إنشاء المحكمة المذكورة، فإن فريق آخر يدفع بأنه تختص المحكمة بنظر قضايا الوزير الأول العامل فقط، أما ذلك الذي انتهت مهامه بالاستقالة أو الإقالة

[1] بن عودة صالحة، الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العدد 22 2018، ص 115.

[2] الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة في 16 جويلية 2006.

فإنه يخرج عن اختصاصها، وفي ظل غموض المادة فإنه تتم متابعة المذكورين أمام المحكمة العليا في مواد الجنايات وأمام القضاء العادي في مواد الجنح.

– أعضاء الحكومة: يساءلون أمام المحكمة العليا في مواد الجنايات والجنح التي ارتكبوها أثناء أو بمناسبة تأديتهم لوظائفهم وفقا للمادة 573 ق.إ.ج وما يليها.

– **الأشخاص الذين يشغلون منصبا إداريا والإداريين:** سواء الدائمين أو المؤقتين

– **الأشخاص الذين يشغلون منصبا قضائيا:** كان المشرع موفقا في المصطلح إذ يعتبر المنصب القضائي في الجزائر متعددا، وهو أفضل من استعمال مصطلح القاضي، بحيث يشمل علاوة على القضاة بعض الموظفين الذين يتمتعون بقسط من السلطة العمومية، وتخولهم صلاحية البت في طلبات المواطنين مثل الولاة ورؤساء البلديات بحيث يشمل هذا المصطلح وفقا للمادة الثانية من القانون العضوي[1] رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء[2] الفئات التالية:

– قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم.

– قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

– القضاة العاملين في: الإدارة المركزية لوزارة العدل، أمانة المجلس الأعلى للقضاء، المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة، مؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل.

هذا إلى جانب قضاة مجلس المحاسبة حسب المادة الثانية من الأمر رقم 95-23 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة المعدل والمتمم[3]، ويبقى التساؤل حول قضاة المجلس الدستوري، وأعضاء مجلس المنافسة.

– الأشخاص الذين يشغلون منصبا في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة: المقصودون هم المنتخبون أعضاء المجالس الشعبية الولائية والبلدية، بحيث تصدق عليهم صفة الموظف العمومي سواء أكانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، يتقاضون مقابل عملهم أجرا أو لا، وبصرف النظر عن رتبتهم أو أقدميتهم.

المجموعة الثانية:

تعتبر توسعا كبيرا لمفهوم الموظف العمومي والتي تلحق كل شخص يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، وبالتالي يصبح موظفا عموميا كل من يعمل ليس بمؤسسة عمومية وإنما حتى يقوم بأداء خدمة لها.

---

[1] الفرق بين القانون العضوي والقانون العادي: وفقا للمادة 138 من التعديل الدستوري لسنة 2016 فالقانون العضوي أرفع من القانون العادي :"وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية"، كما تضيف المادة 141 منه بحصر مجالات المخصصة للقوانين العضوية والتي تعتبر حساسة مثل الانتخابات، القضاء والإعلام، ويخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور قبليا.

[2] الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004

[3] الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة في 03 سبتمبر 1995.

كما أشار المشرع إلى الشخص الذي يقدم خدمة إلى أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، ذلك أن المشرع الجزائري مازال محافظا على قاعدة 51/49 والتي تجعل المستثمر الأجنبي ملزما باشراك الدولة في شركته مع حق الإدارة، وبالتالي تملك الدولة أغلبية رأسمال الشركة، ويصبح من يقدم خدمة لهذا النوع من الشركات موظفا عموميا.

المجموعة الثالثة:

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

في هذه المجموعة الثالثة يرجع المشرع إلى محتوى المادة الرابعة التي تعبر عن المفهوم التقليدي للموظف العمومي والتي بدورها تتناول طائفتين من الموظفين:

– تتعلق الطائفة الأولى بالموظف العمومي في صورته التقليدية، إذ يمكن القول أن المقصود بالموظف العام أو الضابط العمومي هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء كان ذلك بأجر أو بدون أجر، فيدخل في هذا النطاق كل موظف عام من اختصاصاته تحرير الأوراق كالقاضي بالنسبة للأحكام التي يحررها، ويستوي أن يكون الشخص موظفا بإحدى الإدارات الرسمية للدولة أو إحدى الهيئات المحلية أو المؤسسات العامة كموظفي المجالس البلدية، موظفي الجامعات، ضباط الحالة، المدنية والقناصل[1].

أما الطائفة الثانية فتتعلق بالشخص المكلف بخدمة عامة وهو من الخواص، إذ أنه ليس معينا في إحدى مصالح الدولة ولا يتلقى أجرا من خزينة الدولة، إلا أنه يقوم على خدمة عامة تنازلت الدولة عن القيام بها من خلال موظفيها، فهم يتولون وظيفتهم بتفويض من السلطة العمومية ويُحصّلون الحقوق والرسوم المختلفة لحساب الخزينة العامة وهم أساسا: الموثقون(انظر المادة 3 قانون رقم 06–02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق[2])، المحضرون القضائيون(انظر المادة 4 القانون 06–02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق[3])، والخبراء(انظر المادة 3 مرسوم تنفيذي رقم 95–310 مؤرخ في 10 أكتوبر سنة 1995، يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفياته، كما يحدد حقوقهم وواجباتهم[4])، ومحافظي البيع بالمزايدة(انظر المادة 5 الأمر رقم 96–02 المتضمن تنظيم مهنة)، المترجمون الرسميون(انظر المادة 4 الأمر 95–13 المؤرخ في 11 مارس 1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم[5]).

---

[1] السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 51.

[2] الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

[3] الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

[4] الجريدة الرسمية العدد 60، الصادرة في 15 أكتوبر 1995.

[5] الجريدة الرسمية العدد 17، الصادرة في 29 مارس 1995.

يثبت للأوراق التي يحررونها صفة الرسمية بسبب أهمية الأعمال المكلفين بها[1]، ولا يشترط أن يكتبوها بيدهم، بل يكفي أن تنسب إليهم وتكون موقعة من طرفهم حتى يتصف المحرر بالرسمية[2].

شرط اختصاص الموظف العمومي:

لا يكف أن يتمتع الجاني بصفة الموظف العمومي، أي أن ينتمي الموظف التي تنتج عنه الأفعال المجرمة إلى أحد المجموعات أعلاه، وإنما يجب أن يكون الموظف من المتدخلين في أي مرحلة من مراحل إبرام الصفقة العمومية، وأن يدخل ذلك في الاختصاصات الموكلة له من الإدارة ولو كانت استشارية، لذا يجب أن يكون الموظف العمومي مختصا بإبرام عقد أو التأشير أو مراجعة عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا.

المطلب الثالث: وجود صفقة عمومية.

من الشروط الأساسية لقيام هذه الجريمة وجودا وعدما هو وجود صفقة عمومية، والتي يعرفها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015[3]، في مادته الثانية بأنها:"عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

لم يكتف المشرع بالإشارة إلى ضرورة وجود صفقة لقيام الجرم، وإنما عدد أنواع الصفقات العمومية أو العمليات المعنية بالنص وهي:

- **العقد:** هو مصطلح عام يتسع ليشمل باقي الصور الأخرى، ويتعلق الأمر هنا بالعقود ذات الطابع التجاري، التي يمكن تعريفها على أنها اتفاق بين طرفين أو أكثر يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بأداء عمل أو الامتناع عن أدائه.
- **الاتفاقية:** لا يخرج مفهومها عن مفهوم العقد[4].
- **الصفقة العمومية Marché Public:** عرفتها المادة الثانية من المرسوم أعلاه، وقد عينت المادة الخامسة من المرسوم أن كل عقد يقل قيمته عن 4.000.000 دج أو يساوي لا يقتضي إبرام صفقة عمومية بشأنه.

---

[1] هنان مليكة، جرائم الفساد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص ص 49-50.

[2] نبيل صقر ومكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 83.

[3] الجريدة الرسمية العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

[4] زاير الهام، جريمة منح امتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 4، العدد 02، 2020، ص 171.

كما بينت المادة 13 من المرسوم أعلاه أن كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار أو يقل عنه للأشغال واللوازم وستة ملايين دينار للدراسات والخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية.

- **الملحق Avenant** : عرفته المادة 90 ق.ص.ع.ت.م.ع بأنه كل وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود في الصفقة الأصلية. وهي عبارة عن ملاحق للصفقة الرئيسية.

4- أن تكون الصفقة باسم: الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، وهنا يجب التساؤل عن سبب هذا التفصيل باعتبار أن ما يخرج عن هذه الهيئات لا يعد صفقة عمومية وإنما خاصة، وبالتالي فإن العاملين في تلك المؤسسات خواص لا تنطبق عليهم المادة.

أما المستفيد فيكون عادة من المتعاملين المتعاقدين كما عرفتهم المادة 37 من المرسوم أعلاه، والذين يمكن أن يكونوا شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات.

كما يمكن أن يكون شخصا يقوم بدفع رشوة لصالح غيره من المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة العمومية.

4- أن تكون الصفقة لصالح: الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات طابع الصناعي والتجاري.

ويكمن الفرق بين جريمة الرشوة وجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، في أن جنحة الامتيازات تطال عمليات معينة وعلى فئة متعاملين معينة، تم تحديدهم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بالصفقات العمومية، على عكس جريمة الرشوة، كما أن المزية تقدم للجاني في جريمة الرشوة في حين تقدم للغير في جنحة الامتيازات.

المبحث الثاني: الركنين المادي والمعنوي المادي لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

لا تقوم جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية إلا بتوافر الشروط القانونية في ركنيها المادي والمعنوي، فإذا انتفت أي منها أدى ذلك إلى انتفاء قيام الجريمة.

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

يتحقق الركن المادي بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو تأشيره أو مراجعته بدون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل وتحديدا أحكام قانون الصفقات بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، لذا يجب شرح كل تلك المكونات كل على حدة:

- يقصد بالإبرام:

التوقيع على الوثيقة التي يفرغ فيها مضمون العقد بمفهومه الواسع، وهنا يتعلق الأمر برئيس المصلحة المتعاقدة الذي يختص قانونا بالتعاقد مع الغير باسم المؤسسة التي يمثلها أو وكيله المعتمد من قبله.

- تعريف التأشير على الصفقة:

الموافقة عليها بعد التأكد من مراعاتها للشروط الإجرائية والقانونية، وفي هذا نصت المادة 114 من قانون الصفقات على إحداث "لجنة الصفقات" لدى كل مصلحة متعاقدة تكلف بالرقابة القبلية على الصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص المحددة في قانون الصفقات المادة 165 وما بعدها، وتتوج الرقابة بمنح التأشيرة أو رفضها ولا يمكن إبرام أية صفقة من دون تأشيرة.

- يقصد بمراجعة الصفقة:

يقصد بذلك تحيينها وفق الصيغ والكيفيات المتفق عليها والمحددة في العقد أو الصفقة أو إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك وغالبا ما تتم المراجعة على السعر .

- يقصد بمخالفة الأحكام القانونية والتنظيمية:

يقصد بها مخالفة كيفيات إبرام العقود والصفقات والإشهار العمومي إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي جريدتين يوميتين على الأقل، وإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد وفقا لإجراءات المناقصات الوطنية أو الدولية أو المزايدة أو المسابقة، كما يجوز بصفة استثنائية اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي Gré à gré وهو تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة في حالات الوضعية الاحتكارية.

لقد أبانت الممارسة على تنوع الوسائل المستعملة لتحويل القواعد نحو تفضيل مترشح ما، منها ما هو قبل الشروع في الاستشارة أو أثناء إجراءات المناقصة أي أثناء فحص العروض كالإبعاد التعسفي

للمترشحين من دون إبداء سبب جدي، أو بعد تخصيص الصفقة من خلال الصفقات التصحيحية أو الملاحق، بالإضافة لمخالفة أحكام التأشير[1].

يجب أن يهدف النشاط الإجرامي لإفادة الغير بامتيازات غير مبررة ويشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط، فإذا استفاد منه الجاني اعتبر رشوة.

فيما يخص الركن المادي لطالب الامتيازات يلاحظ على الفقرة الثانية من المادة 26 ق.و.ف.م أن المشرع حصر الأشخاص الذين تنطبق عليهم جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، وبيّن أنهم على التوالي: كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، شخصا طبيعيا كان أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة.

منه يفهم أن المشرع حصر صفات الأشخاص الذين يمكن أن تقوم قبلهم هذه الجريمة، كما حصر كذلك الامتيازات التي يصبو إليها صاحب المصلحة ولم يتركها عامة بل حددها بأربع صور واردة على سبيل الحصر لا المثال وفقا لمصطلحات النص، هي كالتالي:

1- الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة:

فالسعر هو العنصر الحاسم في إسناد الصفقات العمومية، أي إذا كان سعر الوحدة في السوق الوطنية لا يتجاوز 500 دج، فيقوم المترشح برفعها إلى 5000 دج بالتواطؤ مع الموظف المختص على أن يأخذ الفارق لصالحه.

2- التعديل لصالحه المستفيد في نوعية المواد أو الخدمات:

أي استبدال المنتج بآخر أقل جودة ونوعيته اقل من تلك المطلوبة ففي الصفقات العمومية يعتبر معيار الجودة مهما إلى جانب معيار السعر، لكن بالسعر نفسه أو اقل حتى لكي يحصل على الفارق في السعر.

3- **التعديل في نوعية الخدمات:**

يتعلق الأمر بصفقات وعقود الخدمات والتي يقوم بها المختصون التقنيون، كطلب صيانة فصلية فيقوم المتعامل بصيانة واحدة سنوية بالمبلغ ذاته.

4- تعديل آجال التسليم أو التموين لصالحه:

تخص أجال التسليم والتموين وصفقات اقتناء اللوازم، وعادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها اذا اخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته، أو تأخر في تسليم ما هو مطلوب منه دون فرض

[1] زاير إلهام، مرجع سابق، ص 170.

غرامات عليه، كذلك الأمر بالنسبة لآجال التسليم كما لو تم الاتفاق على تسليم سكنات في أجل 24 شهر فيتم التعديل للتسليم في أجل ثلاث سنوات[1].

المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية:

تعتبر جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية جريمة قصدية تتطلب توافر القصد العام و كذا الخاص المتمثل في إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة، و قد أكد المشرع على الطابع العمدي لها من خلال إضافة كلمة عمدا، وهو ما يستتبع أن خطأ الموظف أو إهماله المؤدي إلى إعطاء امتيازات للطرف المتعاقد مع الإدارة لا يؤدي لقيام الجرم.

كما يظهر القصد العام من خلال توافر القصد في تجاوز الإجراءات بإرادة الموظف المحضة، وفي حالة التكرار العملية يمكن استخلاص القصد الجنائي من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية أو استحالة تجاهلها بالنظر إلى الوظائف الممارسة.

لا يؤثر الباعث على ارتكاب هذا الجرم حتى لو كان الموظف العمومي الذي أعطى الامتيازات يبحث عن فائدة المؤسسة المتعاقدة ذات الطبيعة العمومية، وحتى وإن لم يكن الغرض من الامتيازات التسبب في زيادة الكلفة التي تتحملها الجماعة أو الإضرار بالخزينة العمومية.

أما بالنسبة للركن المعنوي الخاص بالمتعامل المتعاقد فهو ينقسم بدوره إلى عام وخاص، عام يتمثل في العلم بنفوذ الموظف العمومي وأنه مختص بعملية إبرام الصفقات العمومية، واتجاه إرادته نحو استغلال النفوذ لفائدته، أما القصد الخاص فيتمثل في نية الحصول على امتيازات غير مبررة.

تقوم الجريمة سواء حصل الجاني على الفائدة أم لا، كما هو الحال في الجريمة الخائبة، عندما لا تتحقق النتيجة لسبب خارج عن إرادة الجاني كأن تتم الإجراءات وترفض المصالح المالية تسديد الثمن[2].

**

*

أخيرا يعاقب بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200 ألف إلى مليون دج، منه فقد كيفها المشرع بأنها جنحة مغلظة[3]، والملاحظ أن المشرّع جعل العقوبة للطرفين واحدة.

---

[1] بن عودة صالحة، مرجع سابق، ص ص 133-134.

[2] بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجاني الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص ص 81-86.

[3] كما تكيف الجريمة على أنها جناية وفقا للمادة 48 ق.و.ف.م وتضاعف العقوبة أي من 10 إلى عشرين سنة إذا ما اقترف الجرم قاضي حماية لنزاهة وهيبة القضاء ولكونه يستغل ميزات مهنته للحصول على مزايا غير مستحقة، أو موظف يمارس وظيفة عليا في الدولة، ضابط عمومي(الموثق والمحضر القضائي والخبير والحارس القضائي، أو عضو في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، أو ضابط، أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية(مثل موظفي الجمارك والضرائب والتجارة والسياحة والغابات وغيرهم)، موظف أمانة ضبط.

خاتمة:

إن جرائم الصفقات العمومية ومنها جريمة الامتيازات غير المبررة من جرائم الفساد التي تمس بمقدرات الوطن ونوعية الخدمة العمومية التي تقدم للمواطن والتي كان لزاما على المشرع التشدد في مكافحتها.

مع ذلك نلاحظ عدم كفاية الجهود التشريعية التي يقوم بها المشرع، ذلك أن الجهود هذه يجب أن تتعزز بتحرير يد القضاء في المتابعة القضائية خاصة عندما يتعلق بكبار الموظفين في الدولة، ومن ذلك إلغاء المادة السادسة مكرر من قانون الإجراءات الجزائية[1]، بالإضافة إلى تحسيس المواطن وإحياء قيمة التبليغ عن الجرائم.

في غضون هذا تواصل الجزائر احتلالها لمراكز متقدمة في إحصائيات عالمية خاصة بالفساد، من أهمها ترتيب منظمة الشفافية الدولية الذي يصدر سنويا إذ احتلت الجزائر المرتبة 105 سنة 2010، والمرتبة 112 سنة 2011، و 105 سنة 2012، و94 سنة 2013، و 100 سنة 2014، و 88 سنة 2015، و 108 سنة 2016، و 112 سنة 2017، و 105 سنة 2018، و 106 سنة 2019.[2]

من هذا الترتيب يظهر أن الجزائر مازالت بعيدة كل البعد على القضاء على الفساد، خاصة في مجاله الخصب وهو الصفقات العمومية، كما يظهر أن المشكل ليس مشكل تشريعات، وإنما مشكل قضاء وشرطة.

قائمة المراجع:

الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة لها في 31 أكتوبر 2003، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04- 128 المؤرخ في 19 أفريل 2004، الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة في 25 أفريل 2004.

القوانين:

- الأمر رقم 95-23 المؤرخ في 26 أوت 1995 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة في 03 سبتمبر 1995.
- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة في 08 سبتمبر 2004.

[1] جاء في المادة السادسة مكرر الملغاة بموجب القانون رقم 19-10(ج.ر.ع 78):" لا تحرك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة، إلا بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الاجتماعية للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري الساري المفعول".

[2] المصدر الموقع الرسمي لمنظمة الشفافية الدولية. www.transparency.org/cpi

– القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 و المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

– قانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

– القانون رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة في 16 جويلية 2006.

– قانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة في 10 أوت 2011.

الكتب:

– السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009

– بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجاني الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.

– نبيل صقر ومكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

– هنان مليكة، جرائم الفساد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

المقالات:

– بن عودة صالحة، الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العدد 22 2018، ص ص 111- 140.

– زاير الهام، جريمة منح امتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 4، العدد 02، 2020، ص ص 165-179.

– فتحي وردية، السياسة العقابية لمكافحة الفساد وفقا للأمر رقم 06-01، مجلة الحقوق والحريات، العدد الثاني، مارس 2016، ص ص 335-340.

– د.لوكال مريم، تقييم تقييد تحريك الدعوى العمومية في قضايا الفساد على شرط الشكوى في ضوء التشريعات الوطنية والدولية(دراسة تحليلية للمادة السادسة مكرر)، في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلة دولية دورية محكمة، تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 12، جوان 2019، ص ص 108-120.