

مداخلة موسومة بعنوان:

سياسة المشرع الجنائية إزاء الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته

مقدمة

للملتقى الوطني حول

مدى فعالية مكافحة جرائم الفساد بين الإتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري

يومي 06 و 07 فيفري 2019

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف

المحور الثاني: صور الأنماط الإجرامية في مجال مكافحة الفساد

من إعداد:

الدكتورة إلهام بن خليفة

أستاذ محاضر "أ"

جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي

رقم الهاتف: 0696201876

البريد الإلكتروني: ilham.benkhalfa@gmail.com

ملخص باللغة العربية

سلطت هذه الورقة البحثية الضوء على نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث جاء فيها تحليل لجريمة الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية والتي أنتت على صورتين المحاباة والاستفادة غير الشرعية من نفوذ أعوان الدولة، لتتجلى سياسة المشرع التجريبية والعقابية إزاءها، وينبئ مدى حرصه على مكافحة هذه الجريمة.

ملخص باللغة الأجنبية

This paper highlights the text of Article 26 of the Prevention and Combating Corruption Law, which provides an analysis of the crime of unjustified privileges in the field of public transactions, which has resulted in two forms of favoritism and illegal exploitation of the influence of State agents. This is reflected in the policy of the legislative and punitive legislators. His keenness to combat this crime.

مقدمة

يعتبر مجال الصفقات العمومية ميدانا خصبا للفساد الإداري والمالي باعتبارها من أهم القنوات المستهلكة للأموال العامة، وتعد من أهم الوسائل التي تلبي الطلبات العمومية وتخدم الصالح العام، وهي نفقة عمومية منحها المشرع أهمية خاصة وخصها عن بقية النفقات العمومية بقانون خاص ينظمها، فإذا ما أسئ استغلالها عن طريق الاتجار بها أو الإخلال بواجب النزاهة فيها كنا أمام صفقات مشبوهة يترتب عليها أضرار خطيرة كون الحق المعتدى عليه هو المال العام ونزاهة الوظيفة العمومية، ولقد عرفت ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية منعرجا خطيرا في المجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة، ورغبة من المشرع في حماية وصيانة هذا الحق المعتدى عليه، أولى لهذه الظاهرة أهمية خاصة في استراتيجيته ضد الفساد، حيث نص في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹ على تجريم عدة صور؛ والجدير بالذكر أن هذا التجريم كان بداية في قانون العقوبات ثم ألغي لينقل إلى قانون الفساد، ولكن سياسة المشرع اختلفت جذريا في هذا القانون الجديد حيث أتى بصياغة جديدة لهذه الجرائم الكلاسيكية حاولت مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه الآفة، وأيضا استحداث جرائم جديدة، وتتمثل صور الفساد في مجال الصفقات العمومية المجرمة في الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، وكذا الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وسنخصص هذه الورقة البحثية في التعمق في تحليل النصوص المتعلقة بجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، حيث نص المشرع على هذه الجريمة بداية في المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، التي ألغيت وعوضت بالمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته؛ وللبحث في هذه الجريمة نطرح الإشكالية التالية: هل كانت السياسة الجنائية لمشرعنا موفقة في مكافحة جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية؟ للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم البحث فيها إلى محورين رئيسيين كما يلي:

المحور الأول: البناء القانوني لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

المحور الثاني: الجزاء الجنائي لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

المحور الأول

البناء القانوني لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

تنص المادة 26 الفقرة الأولى من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على: (يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج

1 - كل موظف عمومي يمنح، عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات،

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 التموين.)

يتضح بعد إستقراء النص أن جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية تأتي على صورتين: جريمة المحاباة وجريمة الاستفادة غير الشرعية من نفوذ أعوان الدولة ، وسندرس كل جريمة على حدا كما يلي:

أولاً: جريمة المحاباة

يعتبر مصطلح المحاباة مصطلح فقهي²، وفي القانون هي جريمة المنح العمدي لامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، ومن خلال استقراء الفقرة رقم واحد من المادة 26 يتبين أن تجريم فعل المحاباة يقوم على ثلاث أركان، ركن مفترض يتمثل في صفة الجاني وفي محل الجريمة وهو الصفقة العمومية، وركن مادي يقوم على منح الغير امتياز غير مبرر مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات، وركن معنوي يتمثل في القصد العمدي، الذي يكفي فيه توافر قصد جنائي عام؛ وفيما يلي تفصيل هذه الأركان:

أ/ الركن الخاص أو المفترض:

يفترض في جريمة المحاباة أن يكون مرتكبها له صفة موظف عمومي، وأن يتعلق محلها بصفة
عمومية.

1/ صفة الجاني:

تنص المادة الثانية الفقرة "ب" من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على تعريف الموظف العمومي،
ومن خلال استقرائها يستشف أن الذين يحملون هذه الصفة هم:

- 1 - من يشغلون مناصب تنفيذية وهم رئيس الجمهورية والوزير الأول ونائبه، وأعضاء الحكومة، والولاة،
والمدراء التنفيذيين، وممثلي الدولة في الخارج كالسفراء والقناصل³.
- 2 - من يشغلون مناصب إدارية وهم كل من يعمل في إدارة أو مؤسسة عمومية بصفة دائمة أو مؤقتة،
مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بغض النظر عن رتبته أو أقدميته، وهذا التعريف ينطبق على فئتين،
الأولى تتعلق بالموظفين العاملين بصفة دائمة في إدارات أو مؤسسات عمومية، والثانية تتعلق بالموظفين
العاملين بصفة مؤقتة في إدارات أو مؤسسات عمومية وهم المتعاقدين والمؤقتين⁴.
- 3 - من يشغلون مناصب قضائية وهم القضاة المحددون في القانون الأساسي للقضاة⁵.
- 4 - من يشغلون مناصب تشريعية وهم أعضاء البرلمان بغرفتيه سواء أكانوا معينين أو منتخبين؛ وكذا
المنتخبون في المجالس الشعبية المحلية، وهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية، وأعضاء المجالس
الشعبية الولائية.
- 5 - من يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر لخدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، أو
أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض أسماؤها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، ويقصد
بهم العاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية، أو في المؤسسات ذات رأسمال مختلط أو في
المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية والذين يتمتعون بقسط من المسؤولية⁶، ذلك أن عبارة يتولى
تفيد معنى التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية، بمعنى أن تسند للجاني مهمة معينة أو مسؤولية في تلك
الهيئات أو المؤسسات المذكورة، وفي كل الأحوال يستبعد من نطاق تولي وظيفة أو وكالة العامل البسيط
مهما كانت كفاءته ومستواه الثقافي⁷.
- 6 - كل شخص معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ويتعلق
الأمر بالمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني⁸ وهم أفراد الجيش الشعبي الوطني، ويتعلق أيضا
بالضباط العموميين وهم الموثقين⁹، والمحضرين القضائيين¹⁰، محافظي البيع بالمزاد العلني¹¹،
والمترجميين الرسميين¹².

كما يستشف أيضا من نص المادة أن المشرع الجزائري في تعريفه للموظف العمومي قد توسع مقارنة بما كان منصوص عليه في المواد 119 و128 من قانون العقوبات الملغتان حيث كان مفهومه منحصر في القاضي والموظف والضابط العمومي، وكل من تحت أي تسمية يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويسهم في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام، ويفهم من ذلك أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أضاف من يتولى وظيفة أو وكالة ويسهم في خدمة المؤسسات المختلطة أو الخاصة التي تقدم خدمة عمومية حيث أغفلتها المادة 119 من قانون العقوبات، كما أضاف من هم في حكم الموظف العمومي ويتعلق الأمر فقط بإضافة المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني، لأن الضباط العموميين ورد ذكرهم في قانون العقوبات.

ومن ثم يمكن القول أن المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد توسع في مفهوم الموظف العمومي، وبذلك يكون قد سد بعض الثغرات التي يتخذها البعض حجة على إفلاتهم من تحمل مسؤولية جرائم الفساد.

إضافة إلى صفة الموظف العمومي المفترضة في هذه الجريمة، يفترض كذلك أن يكون هذا الأخير مختصا بعملية الصفقة العمومية، أي أن تكون له سلطة أو صلاحية إبرام أو تأشير العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق كما ذكرتها المادة 26، وإن انتفى هذا الاختصاص انتفت الجريمة.

2/ محل الجريمة:

يتمثل محل جريمة المحاباة في الصفقة العمومية، حيث يفترض ألا تقوم هذه الجريمة إلا عند إبرام أو تأشير هذه الصفقة، والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد توسع في مفهوم الصفقة العمومية المحدد في المرسوم الرئاسي 13/236/10¹³ بأنها الصفقة التي تتجاوز السقف المذكور في قانون الصفقات العمومية، حيث يتسع مفهوم الصفقة ليشمل كذلك العقود والاتفاقيات والملاحق كما ذكرتها المادة 26، التي لم تبلغ السقف المحدد في هذا القانون¹⁴.

1/1/ التوسع في مفهوم الصفقة العمومية:

1/1/1 العقد:

ويقصد بها العقود ذات الطابع التجاري التي تبرمها المؤسسات والهيئات الادارية مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة أو مع شخص طبيعي دون استعمال امتيازات السلطة العامة كما هو محدد في القانون

الاداري¹⁵، ويمكن تعريفها بأنها اتفاق بين طرفين أو أكثر يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بأداء عمل أو الامتناع عن أدائه¹⁶.

2/1/1 الاتفاقية:

لا يخرج مفهوم الاتفاقية عن مفهوم العقد غير أنها تتعلق بانجاز أشغال أو خدمات لصالحها عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة¹⁷.

3/1/1 الصفقة:

عقد مكتوب يبرم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد أو الخدمات أو إنجاز الدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة¹⁸.

4/1/1 الملحق:

حسب المادة 103 من المرسوم الرئاسي 236/10، فإن الملحق هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة، ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الاجمالية، هذا وإبرام الملحق لا يخضع لنفس إجراءات إبرام الصفقة خاصة فيما يتعلق بالرقابة، إلا إذا تجاوز مبلغ الملحق النسب المحددة في القانون¹⁹.

2/1 عملية الإبرام أو التأشير:

1/2/1 الإبرام:

يقصد بالإبرام الكيفيات والأشكال والإجراءات التي يتطلبها القانون لاعتماد عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، بشكل يرتب عليه القانون آثارا²⁰.

2/2/1 التأشير:

ويقصد به موافقة السلطات المختصة على العقد أو الاتفاقية أو الصفقة أو الملحق وتوقيعها من طرف المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد.

ب/ الركن المادي:

تعتبر جريمة المحاباة جريمة شكلية تقوم بمجرد إثبات الجاني للسلوك الإجرامي المتمثل في منح امتيازات غير مبررة مخالفة لأحكام التشريع والتنظيم المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات.

1/ منح امتيازات غير مبررة:

ويقصد بمنح امتيازات غير مبررة إفادة الغير بامتياز غير مبررة نتيجة تفضيل مترشح لصفة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة بما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية، وهدف المشرع من وراء تجريم هذه المحاباة أو تفضيل أحد المتعاملين على الآخر في العقود التي تبرمها الإدارة هو تشجيع النزاهة والأمانة وضمان مبدأ المساواة والمنافسة الشريفة بين جميع المرشحين لنيل الصفقات العمومية²¹.

ويشترط في هذه المحاباة أن يكون منح الامتيازات غير مبرر أو غير مستحق، أما إن كان مبررا فتنتفي الجريمة وكمثال على منح امتيازات مبررة ما جاء في نص المادة 01/23 من قانون الصفقات العمومية التي تقضي بأنه يمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرون بالمئة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون.

2/ مخالفة أحكام التشريع والتنظيم المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات:

يتأتى المنح العمدي لامتيازات غير مبررة بمخالفة أحكام التشريع والتنظيم المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات.

والجدير بالذكر أن المادة 26 عدلت بموجب تعديل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2011، وانصب التعديل على التضييق من نطاق التجريم وذلك بحصره في مخالفة الاجراءات المتعلقة بشفافية الترشح للصفقات والمساواة بين كل المترشحين وشفافية الاجراءات، حيث كان قبلا مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، والهدف هو عدم تعطيل المشاريع الاستراتيجية، ذلك أنه كنتيجة لحكم المادة قبل التعديل فإن جميع المتدخلين في مجال ابرام الصفقات ولا سيما المطالبين بالتأشير عليها، وجدوا أنفسهم مضطرين لقضاء أوقات طويلة للتدقيق فيما يقومون به من أعمال الرقابة للتأكد من احترام هذه الصفقات لكل الاجراءات المنصوص عليها قانونا، الأمر الذي أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع الاستراتيجية²².

وتأخذ هذه المخالفة عدة صور فقد تكون قبل الشروع في الاستشارة، أو تكون أثناء فحص العروض، أو بعد تخصيص الصفقة، أو مخالفة أحكام التأشير.

ج/ الركن المعنوي:

يتضح من المادة 26 الفقرة الأولى أن جريمة المنح العمدي لامتيازات غير مبررة هي من الجرائم العمدية التي تتطلب قصد جنائي عمدي، ويكفي لقيامه توافر اتقصد الجنائي العام فحسب بغض النظر عن القصد الجنائي الخاص.

ويتطلب القصد الجنائي العام توافر الإرادة والعلم.

1/ الإرادة:

وهي أن تتجه إرادة الجاني بكامل حريته واختياره إلى إفادة أحد المترشحين بامتيازات غير مبررة مخالفاً بذلك أحكام التشريع والتنظيم المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات. ويفهم من ذلك أنه بانتفاء الإرادة ينتفي القصد الجنائي، بمعنى أنه إذا لم تتجه إرادة الجاني إلى مخالفة تلك القواعد المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات، فإنه لا جريمة عليه؛ كما أنه إذا تم منح الإمتيازات مخالفة لتلك القواعد تحت تأثير الإكراه أو أي سبب آخر يؤثر على إرادته فإن القصد ينتفي.

2/ العلم:

لا تكفي الإرادة لوحدها لقيام القصد العام بل لا بد أن يكون الجاني عالماً ومدركاً بأركان الجريمة، فيجب أن يعلم أنه يحمل وصف الموظف العام أو من في حكمه وأن يكون مختصاً بإبرام أو تأشير العقود أو الاتفاقيات أو الصفقات أو الملاحق، فإن كان لا يعلم بذلك فينتفي القصد، كما في حالة عدم تبليغه بقرار تعيينه أو ترقيته.

ثانياً: جريمة الاستفادة غير الشرعية من نفوذ أعوان الدولة

باستقراء نص الفقرة رقم اثنان من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يتبين أن جريمة الاستفادة غير الشرعية من نفوذ أعوان الدولة تتمثل في قيام الجاني أثناء إبرام عقد أو صفقة مع الهيئات المذكورة في المادة بالاستفادة غير المشروعة من سلطة أو تأثير أعوان تلك الهيئات قصد الزيادة في الأسعار

التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، وعليه يمكن القول أن الجريمة محل الدراسة تبنى قانونا على ثلاث أركان، ركن مادي وهو الاستفادة غير المشروعة من سلطة أو تأثير أعوان الدولة وركن معنوي وهو ضرورة توافر قصد جنائي خاص إلى جانب القصد الجنائي العام وركن خاص حيث يفترض في مرتكب الجريمة صفة معينة.

أ/ الركن الخاص (صفة الجاني):

تنص الفقرة المتعلقة بالجريمة موضوع الدراسة بأن مرتكب الجريمة هو كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، ويسمى هؤلاء المذكورين على سبيل المثال لا الحصر الأعوان الاقتصاديون، غير أن المشرع ذكر أنه 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، فبعد أن اشترط المشرع صفة معينة في الجاني أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص بمعنى أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص، عدل عن اشتراط هذه الصفة بأن أضاف بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، فالمطلوب هنا أن يكون الجاني عونا اقتصاديا خاصا ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يعمل لحسابه أو لحساب غيره، والمقصود بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم عقدا مع المؤسسات والهيئات العمومية، ويحوز على صفة تاجر أو حرفي، وعادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة، أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال، والذين يحوزون على سجل تجاري ولهم إمكانيات ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإبرام الصفقات العمومية أو عقود مع المؤسسات والهيئات العمومية²³.

ب/ الركن المادي:

يكفي في هذه الجريمة تحقق النشاط الإجرامي المتمثل في الاستفادة غير الشرعية من سلطة أو تأثير أعوان الدولة، ويمكن تحليل ذلك كما يلي:

يقصد بأعوان الدولة الموظف العمومي وهو ليس بجاني في هذه الجريمة إنما يعد عنصرا ضروريا لقيامها حيث يستغل الجاني سلطته وتأثيره قصد الحصول على امتيازات غير مبررة.

والسلطة أو التأثير فيقصد بهما النفوذ أو نفوذ الموظف الذي يستغله الجاني الذي يعرفه بعض الفقه²⁴ بأنه القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه والعاملين 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.

ويقصد بالصفقة العمومية أنه يوجد في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب يتكون من مهندسين وتقنيين وأعاون إداريين، توكل إليهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة كالتحضير للإعلان عن المنافسة وتحضير إجتماعات لجنتي فتح الأطراف وتقييم العروض وارسال استدعاء لأعضائها ومراجعة دفتر الشروط وكذا إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها وكل هذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة.

وعليه يفهم من ذلك أن الجريمة لا تقوم لها قائمة إن لم يكن الموظف له نفوذ في هيئات الدولة، بما يعني أن يكون هذا الموظف رئيسا أو مديرا أو مسؤولا، وله الاختصاص في إبرام الصفقات العمومية، حيث عادة ما يستطيع هؤلاء المسؤولين تمرير قرارات لفائدة الجاني مخالفة للقانون أو اللوائح ومنح غير المستحقين لمزايا مالية دون وجه حق، واستخدام النفوذ الرسمي تحقيقا لمصالح خاصة على حساب مصالح عامة²⁵.

ج/ الركن المعنوي:

وفقا لنص الفقرة السابقة الذكر فإنه لقيام الركن المعنوي لهذه الجريمة فلا بد للقاضي أن يبحث عن

القصد الجنائي الخاص إلى جانب القصد الجنائي العام ونتطرق لذلك كما يلي:

1/ القصد الجنائي العام:

تتطلب الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وإرادة استغلال

هذا النفوذ لفائدته.

2/ القصد الجنائي الخاص:

يشترط في الاستفادة غير الشرعية من نفوذ أعوان الدولة أن يكون لدى الجاني قصد خاص يتمثل

في نية الحصول على امتيازات تنحصر في الزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

ومثال الزيادة في الأسعار كما لو كان العقد يتمثل في تزويد البلدية بأجهزة كمبيوتر وكان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة، واستغل البائع علاقته برئيس البلدية لتسويق بضاعته بسعر 70.000 دج للوحدة²⁶.

ومثال التعديل في نوعية المواد كما في المثال السابق لو أبرم العقد لتزويد البلدية بنوع معين من هذه الأجهزة بسعر معين فيتم تزويدها بنوع آخر أقل جودة ولسعر أقل ولكن على أساس نفس سعر الأجهزة المطلوبة، ومثال التعديل في نوعية الخدمات إبرام عقد لصيانة أجهزة البلدية فصليا على أن يقوم بها مهندسين مختصين فلا يقوم المتعامل المتعاقد مع البلدية إلا بصيانة واحدة في السنة يجريها تقنيون، ومثال التعديل في آجال التسليم أو التموين كأن يتم الاتفاق على تسليم أجهزة كمبيوتر للبلدية في أجل شهر من إبرام العقد غير أنه لا يتم تسليمها إلا بعد مرور سنة على إبرام العقد²⁷.

المحور الثاني

الجزاء الجنائي لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإن الشخص المعنوي يتحمل المسؤولية الجنائية عن فعل الامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية في صورتها وتطبق عليه في ذلك الأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات، كما أنه تطبق أحكام هذا القانون فيما يتعلق بالمشاركة في الجريمة، وأيضا يمكن تطبيق العقوبات التكميلية المبينة في قانون العقوبات.

ولقد خص قانون الوقاية من الفساد هذه الجريمة بعقوبات أصلية تطبق على الشخص الطبيعي سواء أتم الجريمة أم شرع فيها وأضاف عقوبات أخرى تكميلية.

كما أنه نص على أحكام خاصة تتعلق بجرائم الفساد عموما.

أولا: عقوبات الشخص الطبيعي:

رصد المشرع الجزائري لمرتكب جريمة الامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية في صورتها عقوبات أصلية وأخرى تكميلية نتعرض لها كما يلي:

أ/ العقوبات الأصلية

نصت المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أن عقوبة الجريمة هي الحبس من سنتين إلى 10 سنوات، والغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتشدد عقوبة الحبس إلى سجن من 10 سنوات إلى 20 سنة إذا كان مرتكب الجريمة قاضيا أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا، أو عضوا في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، أو ضابطا أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط.

ويلاحظ أنه في المادة 128 مكرر 01 الملغاة كان المشرع يرصد للجريمة نفس عقوبة الحبس ولكن في الغرامة كانت مغلظة على ما هي عليه الآن، حيث كانت من 500.000 دج إلى 5.000.000 دج.

ب/ العقوبات التكميلية:

حسب المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فإنه في حالة الادانة يمكن تطبيق واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات إلى جانب العقوبة الأصلية؛ وحسب المادة

09 من قانون العقوبات²⁸ فإن العقوبات التكميلية تتمثل في الحجر القانوني والحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية وتحديد الإقامة والمنع من الإقامة والمصادرة الجزئية للأموال والمنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط وإغلاق المؤسسة والإقصاء من الصفقات العمومية والحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع وتعليق أو سحب رخصة السحب أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة وسحب جواز السفر ونشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة²⁹.

ونظرا للطبيعة الخاصة لجرائم الفساد عموما ونظرا لعدم كفاية تلك العقوبات التكميلية السابقة لمواجهة هذه الجرائم إستحدث المشرع عقوبات تكميلية جديدة في المادتين 51 و 55 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لمحاصرة هذه الظاهرة وضمان عدم استفادة مرتكبيها من عائدتها غير المشروعة، وتتمثل هذه العقوبات المستحدثة في المادة 51 في إمكانية حجز وتجميد العائدات والأموال غير المشروعة المتحصلة عن جرائم الفساد، وتأمير الجهة القضائية بمصادرة هذه العائدات والأموال مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية، وكذا تحكم نفس الجهة برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ولو انتقلت إلى أصول المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى، أما عقوبة المادة 55 فتكمن في إمكانية تصريح الجهة القضائية ببطلان أو انعدام آثار العقود أو الصفقات أو البراءات أو التراخيص المتحصل عليها من جرائم الفساد مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

ثانيا: عقوبات الشخص المعنوي:

حسب المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإن الشخص الاعتباري يكون مسؤولا عن احدى جرائم الفساد التي ارتكبها وفقا لقانون العقوبات، وبالرجوع إلى المواد 18 مكرر وما يليها³⁰ من هذا القانون نجد المشرع نص على عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

أ/ العقوبات الأصلية:

وفقا للمادة 18 مكرر فإن العقوبة الأصلية هي الغرامة التي تساوي مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي.

ب/ العقوبات التكميلية:

كذلك وفقا للمادة 18 مكرر فإنه يمكن تطبيق واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية التالية على الشخص المعنوي وهي حل الشخص المعنوي وغلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات والإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات والمنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ومصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها ونشر وتعليق الحكم والوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة.

ثالثا: الأحكام الخاصة بجرائم الفساد

ويتعلق الأمر بحماية الشهود والخبراء والمبلغين والضحايا والبلاغ الكيدي وعدم الإبلاغ عن الجريمة والإعفاء من العقوبة وتخفيفها والتقاعد.

أ/ حماية الشهود والخبراء والمبلغين والضحايا:

حسب نص المادة 45 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإن كل شخص يلجأ إلى الانتقام أو التهريب أو التهديد بأية طريقة كانت أو بأي شكل من الأشكال ضد الشهود أو الخبراء أو المبلغين أو الضحايا أو أفراد عائلاتهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج.

ب/ البلاغ الكيدي:

وفقا لنص المادة 46 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإن كل شخص أبلغ عمدا وبأية طريقة كانت السلطات المختصة ببلاغ كيدي يتعلق بجرائم الفساد ضد شخص أو أكثر يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج.

ج/ عدم الإبلاغ عن الجريمة:

حسب المادة 47 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل شخص يعلم بحكم مهنته أو وظيفته

الدائمة أو المؤقتة بوقوع أحد جرائم الفساد ورغم ذلك لم يبلغ عنها السلطات العمومية المختصة في الوقت الملائم.

د/ الإغفاء من العقوبة وتخفيضها:

وفقا للفقرة الأولى من المادة 49 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فإنه يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من جرائم الفساد، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الادارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها.

وطبقا للفقرة الثانية فإنه فيما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة فإن كل شخص ارتكب أو شارك في جرائم الفساد والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها فإنه تخفض له العقوبة إلى النصف.

هـ/ التقادم:

نصت المادة 54 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد عموما في الحالة التي يتم فيها تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، أما في غير هته الحالة فإنه تطبق فيما يتعلق بالتقادم الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

الخاتمة

يلاحظ بعد استقراءنا للمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن المشرع كانت سياسته الجنائية إزاء فعل الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية على قدر ما فيها من إيجابيات فهي تحمل من السلبيات، فمن ناحية الإيجابيات فنلاحظ أنه من ناحية التجريم يأخذ بمبدأ الشرعية بطابعه المرن خاصة ما تعلق بالتحديد على سبيل المثال لمرتكب صورة الاستفادة غير الشرعية من أعوان الدولة وأنه أيضا توسع في مفهوم الموظف مرتكب جريمة المحاباة، وتوسع في مفهوم الصفقة العمومية وبذلك يكون قد سد بعض الثغرات التي يتخذها البعض حجة على إفلاتهم من تحمل مسؤولية جرائم الفساد، ومن ناحية المكافحة نجد أنه أقر بمسؤولية الشخص المعنوي إلى جانب مسؤولية الشخص الطبيعي وأن العقوبات متنوعة بين أصلية وتكميلية وبراغي فيها المشرع مبدأ التفريد العقابي، وأنه وضع أحكاما خاصة لحماية الشهود والخبراء والمبلغين والضحايا ووضع أحكاما خاصة لלבلاغ الكيدي وعدم الإبلاغ عن الجريمة والإعفاء من العقوبة وتخفيضها والتقاعد.

ومما يعاب عليه بالرغم من أنه جعل الجريمة بصورتها جنحة مشددة إلا أن ذلك غير كاف، لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص مرتكب الجريمة، وغير كاف لجبر الضرر الناجم عن الجريمة سواء بالنسبة للفرد أو لإقتصاد الدولة مما لا يساهم هذا العقاب في الحد من الجريمة المستشرية والتي أصبحت ظاهرة تأخذ منعرجا خطيرا.

- ¹ قانون رقم 01/06 مؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته معدل ومتمم، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، ص: 04 وما يليها.
- ² أنظر ذلك في: د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر 2004، ص: 68.
- ³ حاحا عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2012/2013، ص: 60.
- ⁴ بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص: 20.
- ⁵ أنظر المادة الثانية من القانون العضوي رقم 11/04 مؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2004.
- ⁶ هنان مليكة، مرجع سابق، ص: 48، أنظر ذلك في: زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2011/2012، ص: 29.
- ⁷ أنظر ذلك في: د/ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 18-19.
- ⁸ طبقا للمادة الأولى من الأمر 02/06 المؤرخ في 02/02/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، منشور في الجريدة الرسمية عدد لسنة 2006.
- ⁹ قانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، منشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، ص 15 وما يليها.
- ¹⁰ قانون 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، منشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، ص 21 وما يليها.
- ¹¹ الأمر الأمر 02/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، منشور في الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة في 14 يناير 1996، ص 11 وما يليها.
- ¹² الأمر 09/95 المؤرخ في 11 مارس 1995، يتضمن تنظيم مهنة المترجم-الترجمان الرسمي، منشور في الجريدة الرسمية العدد 17 المؤرخة في 29 مارس 1995، ص 25 وما يليها.
- ¹³ المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، متضمن تنظيم الصفقات العمومية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 58 الصادرة بتاريخ 08 أكتوبر 2010.
- ¹⁴ أنظر ذلك في: بن بشير وسيلة، المرجع السابق، ص: 29.
- ¹⁵ زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 37.
- ¹⁶ د/ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 69.
- ¹⁷ شروقي محترف، مرجع سابق، ص: 30، أنظر ذلك في: زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 38.
- ¹⁸ د/ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 69.
- ¹⁹ بن بشير وسيلة، المرجع السابق، ص: 31.
- ²⁰ حاحا عبد العالي، المرجع السابق، ص: 113.
- ²¹ نفس المرجع، ص: 116.

-
- ²² حاحا عبد العالي، المرجع السابق، ص:110.
- ²³ شروقي محترف، مرجع سابق، ص 43، أنظر: زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 84.
- ²⁴ عامر الكبيسي، الفساد والعولمة تزامن لا توأمة، المكتب الجامعي الحديث، بدون بلد نشر، 2005، ص 33، أنظر ذلك
- في: زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 85.
- ²⁵ زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 85.
- ²⁶ د/ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 84.
- ²⁷ نفس المرجع، ص، ص: 85- 86.
- ²⁸ معدلة بالقانون رقم 23/06 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، منشور في الجريدة الرسمية عدد المؤرخة في
- ²⁹ أنظر في أحكام هذه العقوبات المواد 09 مكرر إلى المادة 18 من قانون العقوبات.
- ³⁰ مضافة بالقانون رقم 23/06 السابق الذكر.