



تقديم:

تقوم الإدارة في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من الأعمال، الأولى أعمال مادية تقوم بها تنفيذًا لقانون معين أو تنفيذًا لقرار إداري، وأعمال الإدارة القانونية ليست من صنف واحد، فهي أحيانًا تقوم بالعمل بإرادتها المنفردة دون مشاركة الطرف المعني بالعمل وتتجلى صورة ذلك في القرار الإداري. والثانية تدخل الإدارة بواسطتها في روابط عقدية كثيرة قصد القيام بنشاطها وتلبية حاجات الجمهور.

ومن أجل ذلك تدخل المشرع معترفًا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوط بها. غير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها أحيانًا تخضع لتشريع متميز ومستقل وهو تشريع الصفقات العمومية.

لهذا تعد الصفقات العمومية الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لإنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز، تسيير وتجهيز المرافق العامة، إذ أن الاقتصاد الجزائي يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية ومنه فنظام الصفقات العمومية يعد الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العواقبة. عرف نظام الصفقات العمومية في الجزائر عدة تطورات منذ الاستقلال إلى يومنا هذا. فقد صدر أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال بموجب الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 وخضع هذا الأمر لعدة تعديلات. وتلي هذا الأمر المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي.

وقد نتج عن المصادقة الشعبية على دستور 1989 ظهور مجموعة كبيرة من القوانين خاصة سنة 1990 و1991 نتيجة تغيير التشريع الأساس و بروز توجه اقتصادي وسياسي جديد. ومن النصوص التي عرفتها مرحلة بداية التسعينات هو ظهور قانون الصفقات العمومية الجديد الذي حملته المرسوم التنفيذي 91-443 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ونظرًا للنقائص التي كانت تمس هذا المرسوم الأخير وبعد أكثر من عشر سنوات من العمل به من جهة وتماشيا مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة والقائمة على فتح المجال أمام المتعاملين



سواء الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني من جهة أخرى، صدر المرسوم 02-250 المؤرخ في تاريخ 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 الذي ألغى المرسوم 91-338 ونظرا للتطورات الاقتصادية وتماشيا مع الأوضاع الجديدة صدر المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 حيث جاء لضمان نجاعة الصفقات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام وكذا لإرساء مبدأ المساواة في معاملات المرشحين وشفافية الإجراءات.

وفي 07 أكتوبر 2010 صدر المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي ألغى المرسوم الرئاسي 02-250 وكان هدفه الأساسي تيسير إجراءات الموافقة على الصفقات العمومية في كنف الشفافية وزيادتها في تسيير الأموال العمومية وتعزيز أدوات الوقاية من الفساد ومكافحته.

وبما أن للصفقات العمومية أهمية تكمن بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة، وجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة كما ينبغي إخضاعها لرقابة محددة ومتنوعة بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية وهدر المال العام.

فمجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة وبالتالي يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره وهو ما أدى إلى اهتمام المشرع بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، وبرز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-09 الصادر بتاريخ 26 جوان 2001 الذي استحدث مجموعة من المواد نصت في مجملها على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام او تنفيذ الصفقات العمومية.

وتماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد، صدر في الجزائر القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والذي جاء نتيجة لمصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك. وقد وضع هذا القانون نصوصا خاصة بتجريم المخالفات المرتكبة في مجال



العمومية ملغيا بذلك نصوص قانون العقوبات التي تنص على نفس التجريم، كما وضع مجموعة من المعايير التي يجب أن تؤسس عليها الصفقات العمومية.

غير أن دراسة التجريم وحده لا تكفي للوصول إلى التكييف القانوني السليم لهذا النوع من الجرائم إذ يستلزم الأمر التطرق إلى أحكام الصفقات العمومية في ظل المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية خاصة ما تعلق منها بمرحلة تحضير وإبرام الصفقة وبكيفية اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة، وهذا لكون معظم الجرائم الخاصة بالصفقات التي جاء بها قانون الفساد تتم في هذه المرحلة.

أولا : إشكالية البحث:

بعد تنامي ظاهرة الفساد، بوجه عام، وتفاقم التجاوزات والمخالفات التي شكلت انتهاكا كبيرا على قواعد ومعايير إبرام الصفقات العمومية، بوجه خاص، سارع المشرع الجزائري إلى وضع عدد من الأحكام والآليات لمواجهة هذه المخالفات التي جرمها المشرع في قانون الفساد .

ليبقى مع ذلك الإشكال الذي يمكن طرحه:

- ماهي أحكام جرائم الصفقات التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته؟، وما هي الأساليب التي استحدثتها هذا الأخير لقمع هذا النوع من الجرائم؟، وإلى أي مدى تمكن المشرع الجزائري من خلال قانون مكافحة الفساد من التصدي للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية كأحد أهم العقود الإدارية في الدولة؟ ثم إلى أي مدى يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وفر التدابير والآليات الكافية لحماية النزاهة عند إبرام الصفقات العمومية؟.

ثانيا : أهمية البحث و أسباب اختياره:

1- أهمية البحث:

يكتسي الموضوع جرائم الصفقات العمومية أهمية بالغة تجعله جديرا بالاهتمام و الدراسة نظرا للأسباب الآتية:

- الطابع التقني الذي تتميز به الصفقات العمومية الأمر الذي يثير إشكالات عديدة.
- الأهمية الاقتصادية للصفقات العمومية باعتبارها أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة.



- الطبيعة القانونية الخاصة للصفقات العمومية التي تفسح المجال في كثير من الأحيان لتلاعبات وتجاوزات مضرّة بالمصلحة العامة.

2- أسباب اختيار البحث: تتنوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

- أسباب ذاتية: تتجلى الأسباب الذاتية لاختيار البحث من خلال النقاط التالية:

- الرغبة في فهم أعمق و اشمل لنظام الصفقات العمومية وتحليلها.

- كثرة القضايا المتعلقة بجرائم الصفقات العمومية المطروحة على القضاء الجزائي لكونها تشكل مجالا خصبا للفساد.

الأسباب الموضوعية: أما الأسباب الموضوعية التي دفعتني لاختيار البحث هي:

- موضوع البحث الذي يتعلق بمجال حماية الأموال العامة خاصة و أن مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، وبالتالي يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره.

ثالثا: أهداف البحث:

تتجلى أهداف البحث فيما يلي :

- محاولة الإجابة على إشكالية البحث.

- محاولة الإلمام بجرائم الصفقات العمومية والعقوبات المقررة لها و آليات التصدي لها من قبل المشرع الجزائري .

رابعا: منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي للنصوص القانونية ،وعلى وجه الخصوص تحليل مضمون قانون الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، وذلك بغرض الوصول إلى مضمون و جوهر الموضوع .

خامسا: الدراسات السابقة في بعض فروع البحث :

رغم العمل على إيجاد مصادر أكاديمية في موضوع الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية في الجنائي الجزائري ، إلا أنني لم اعثر على دراسة تتضمن نفس العنوان، و إنما تحصلت على بعض



الدراسات التي عالجت موضوع الفساد عموما أو إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية الفساد و مكافحته، والتي كان أهمها :

- الفساد الإداري و المالي في التشريع الجنائي الجزائري: وهي رسالة ماجستير للطالب نبيل مالكية، و التي تناولت صور الفساد الإداري والمالي في إطار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وقانون الوقاية من الفساد و مكافحته.
- جريمة الاختلاس والتبديد في التشريع الجنائي الجزائري: وهي رسالة ماجستير للطالبة دنش لبنى، والتي تناولت جريمة الاختلاس والتبديد في ظل قانون الفساد.
- الحماية الجنائية للمال العام : وهي رسالة ماجستير للطالب الأخضر دغو، والتي عالجت الجرائم المضرة بالمال العام و آليات حمايته.

سادسا: صعوبات البحث:

لاشك أن كل عمل تعترضه الصعوبات وتلاقه العوائق التي تجعل الباحث يسعى بجد من أجل تجاوزها ولعل أهمها كون موضوع الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية في التشريع الجنائي الجزائري موضوع حديث باعتباره من الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، وهذا الأخير لم يعرف إلا في 2006 بعد مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. ونظرا لحدثة الموضوع فقد امتاز البحث بقلة المراجع الخاصة وندرة المؤلفات مما استلزم الرجوع إلى بعض المراجع العامة وبعض شراح الكتاب عموما، مع إدراج بعض الباحثين في هذا المجال وكذا قلة الاجتهادات القضائية الصادرة بشأن جرائم الصفقات العمومية.

سابعا: خطة البحث:

بناء على العنوان المحدد للبحث والأهداف المسطرة المرجو تحقيقها، تم تقسيم الدراسة إلى مقدمة، مبحث تمهيدي وفصلين يخلصان إلى خاتمة .



-مقدمة : تحتوي على العناصر المنهجية المطلوبة حيث تم التطرق إلى موضوع البحث و اشكاليته ثم إبراز أهميته، أسباب اختياري له، بيان المنهج المتبع في البحث ، الدراسات السابقة في بعض فروع ، وكذا الصعوبات التي واجهتني في انجازه، وخطته.

- مبحث تمهيدي: يتناول ماهية الصفقات العمومية، وذلك من خلال التطرق الى تعريفها وصورها ، و أساليب ومعايير إبرامها .

- الفصل الأول : يتعلق بالقواعد الموضوعية للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية هذا في المبحث الأول وكذا القواعد الموضوعية للعقاب، وذلك ببيان العقوبات المقررة لكل جريمة في مبحث ثان .
- الفصل الثاني : يتعلق بالقواعد الإجرائية لمتابعة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية التي تضمنها المشرع الجزائري في مبحث أول، والتي تمثل الجانب الردعي لمواجهة هذه الجرائم، ثم استقراء أهم التدابير المتخذة لمواجهةها في مبحث ثان.

- خاتمة : تتضمن أهم النتائج و الاقتراحات التي توصلت إليها والتوصيات المناسبة لهذا الموضوع.

تعدّ الصفقات العمومية عقودا بتصريح صريح من طرف المشرع الجزائري في كل قوانين الصفقات العمومية.

فمن المسلمّ به أنّ العقد سواء كان مدنيا أم إداريا يتكوّن بتوافق إرادتين بقصد احداث أثر قانوني معيّن، على أنّه إذا كان أطراف العقد المدني يتمتّعون بجزية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه - كقاعدة عامة - فإن الأمر يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفا فيه باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره، ومن ثم فإن المشرع حدّد نظاما معيناً للعقد الإداري يحكمه في مراحل المختلفة بدءا بمرحلة تحضير الصفقة إلى غاية الانتهاء من تنفيذها . وعلى هذا الأساس اعتبر قانون الصفقات العمومية نظام غير مألوف في نطاق القانون العادي مما تمكّن معه القول أنّها عقود إدارية، وهو ما يعني مخالفتها لنظرية العقد المدني القائم على مبدأ المساواة. وبما أنّ للصفقات العمومية أهمية كبرى في الاقتصاد الوطني لذلك أولاهها المشرع الجزائري أهمية خاصة، سنتناول في هذا المبحث ماهية الصفقات العمومية ، وستكون دراستنا على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم وصور الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: أساليب إبرام الصفقات العمومية وطرق اختيار المتعامل المتعاقد.

المطلب الثالث: معايير إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول : مفهوم وصور الصفقات العمومية:

تحتاج الإدارة المحلية بمختلف مؤسساتها وجماعاتها المحلية إلى اقتناء أدوات وبناء تجهيزات عمومية وخدمات عمومية، وللقيام بهذا كان لا بدّ من إبرام عقود مع مقاولين و موردين، وتسمّى هذه العقود التي يكون أحد أطرافها على الأقل شخصا معنويا صفقة.

وللصفقات العمومية أهمية كبرى في الاقتصاد الوطني لذا فقد أولاهها المشرع الجزائري اهتماما خاصا، يظهر لنا من خلال التشريعات والمراسيم الصادرة في شأنها قصد تنظيم وتسيير المال العام والمحافظة عليه و صرفه لتلبية متطلبات الأفراد في إطار البرامج الكبرى للدولة بأقل تكلفة وأجود نوعية .

وبهدف التحكّم في مصطلح الصفقات العمومية يقتضي الأمر إعطاء تعريف لها سواء من ناحية التشريع أو اجتهادات القضاء أو الفقه .

كما يقتضي تحديد معايير الصفقات العمومية تشريعا و موقف القضاء والفقه منها ثم بيان صور العقود الإدارية.

الفرع الأول : تعريف الصفقة العمومية :

من منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى، وبالنظر للدور الكبير الرائد للقضاء الإداري سنسوق أولا التعريف التشريعي لتتبعه بالتعريف القضائي ثم يليه تبيان جهود الفقه. أولا: التعريف التشريعي للصفقة العمومية :

نتناول تعريف الصفقة العمومية وفقا للمرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم:¹

1- المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية:

في 7 أكتوبر 2010 صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن للصفقات العمومية،² الملغى لأحكام المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.³

إلا أنه وبالرجوع لأحكام هذا المرسوم نجد أنه لم يقدم تعريفا جديدا للصفقات العمومية، إذ أبقى على التعريف الوارد في المرسوم 02-250 الملغى.

إذ نصّت المادة الرابعة من المرسوم 10-236 على : « الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة » .

1 : عدل وتمم المرسوم الرئاسي 10-236 بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011 /انظر الجريدة الرسمية المؤرخة في 06 مارس 2011، العدد 14.

2 : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010 .

3 : تنص المادة 179 من المرسوم الرئاسي 10-236 على: « تلغى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 3 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ: 24 يوليو 2002 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم » .

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري من خلال النصوص السابقة المنظمة للصفقات العمومية، والتي صدرت في حقب زمنية مختلفة، بل وفي مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة نجد مدى إصرار المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى ويعود ذلك للأسباب الآتية :¹

- 1- إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد، لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى.
- 2- إن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابة خاصة خارجية وداخلية.²
- 3- إن الصفقات العمومية تخوّل جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى .

ثانيا : التعريف القضائي للصفقة العمومية:

رغم أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات العمومية إلا أن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدّم تعريفا للصفقات العمومية، فلا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما، خاصة إذا كانت هذه الجهة تتموقع في قمة القضاء الإداري، وهذا هو الدور الطبيعي لجهة القضاء، فالقضاء الإداري وهو يفصل في بعض المنازعات وإن كان ملزما بالتعريف الوارد في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية.³

غير أن الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه اعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف وإن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالوقائع محل الدعوى.⁴

وحتى نربط اجتهادات القضاء الإداري الجزائري بالقضاء المقارن تعين الاستدلال بقرارات قضائية لأنظمة مقارنة وذلك كالاتي:

1 : عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر ، ط 2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 30 .
 2 : نص المشرع على الرقابة في القسم الخامس 05 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
 3 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 31.30.
 4 : خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 123 .

1/ تعريف القضاء الإداري الجزائري:

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي الولائي بسكرة إلى القول: «..وحيث أنه تعرّف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..».

1

ويبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص في حين أن العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية.² كما أن التعريف أعلاه حصر الصفقة العمومية على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أن الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى، مع ذلك تظل تحتفظ بطابعها المميز كونها صفقة عمومية.

ولم يصرف التعريف القضائي أي أهمية لعنصر الشكل بأن أشار مثلا أن الصفقة العمومية تتم وفقا لأشكال واجراءات محددة قانونا رغم تأكيد التشريع على هذا الجانب.³

2/ تعريف العقد الإداري في القضاء العربي :

جرى القضاء الإداري في مصر على تعريف العقد الإداري على أنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.⁴ وقد جاء تعريف محكمة القضاء الإداري في مصر شاملا لمجموعة عناصر العقد الإداري كونه العقد الذي يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام، وإن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام وأن

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 31

2 : نفس المرجع والصفحة.

3 : أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

4 : جابر جاد نصار، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، دون تاريخ، ص 31 .

تظهر فيه نية الإدارة للأخذ بقواعد القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة على صعيد القانون الخاص.¹

وكرّست المحكمة العليا في ليبيا ذات المسلك في كثير من قراراتها من ذلك القرار الصادر في 1976/06/20 والذي ذهب فيه إلى القول : " وحيث أنه يتبين من الاطلاع على العقدين موضع التداعي أنهما يتصلان بمرفق عام... ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة... وأنهما قد تضمنتا شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة، ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون العقدان المذكوران قد اتّسما بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصالهما بمرفق عام وأخذهما بأسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية ومن ثمة يكونان عقدين اداريين.²

وقد قرّر مجلس شورى الدولة اللبناني أنه لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد إدارة عامة حتى يوصف العقد بأنه عقد إداري يخضع لرقابة مجلس الشورى، بل لا بدّ أن تتوفر شروط ثلاثة ليكتسب هذا الوصف وهي:³

- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.
- أن يكون موضوع العقد تسيير مصلحة عامة .
- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص .

ثالثا: التعريف الفقهي للصفقة العمومية :

يكاد الفقه يجمع على إصباح الصفة الإدارية على العقد إلا إذا كانت الإدارة طرف فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.⁴ ورغم الطابع القضائي لنظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم تقنين جوانب في النشاط التعاقدية ، إلا أن دور الفقه في تحليل الاجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول.

1 : عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، ط منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003 ، ص 10
 2 : مازن ليلو راضي، العقود الادارية في القانون الليبي والمقارن، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، 2002، ص 19.
 3 : محي الدين القيسي، القانون الاداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص 120 .
 4 : ثروت بدوي، القانون الاداري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون طبعة ، 2002، ص 402.

وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر أن كل منها يعبر عن توافق إرادتين قصد إحداث الأثر القانوني المترتب على العقد ، إلا أن تميز العقد الإداري من العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله.¹

ولقد عرف الفقه العقد الإداري على أنه : " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص.²

ويعرف بعض الفقهاء العقد الإداري بأنه صنف محدد من الأعمال التي تقوم أساسا على توافق الإرادتين بقصد إحداث التزامات متقابلة بين أطرافه التي تختلف من العقد الإداري إلى عقود القانون الخاص والتي تكون فيها مصالح الطرفين متساوية ، وعلى عكس ذلك في العقود الإدارية والتي تهدف الإدارة من ورائها الى اشباع الحاجات العامة، حيث تعلق المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وبذلك تكون الالتزامات غير متكافئة.³

وقد عرف الفقه أيضا العقد الإداري بأنه : " العقد الذي يبرمه شخص معنوي بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بأن يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول الإدارة الاشتراك مباشرة في المرفق العام.⁴

1- ضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد:

إن ضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد أمر يبرره أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة، ومن ثم فإن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد عقدا إداريا . ومفهوم الإدارة التي يستلزم أن تكون طرفا في العقد الإداري يشمل الأشخاص المعنوية العامة وهي إما أشخاص إقليمية كالدولة أو الولاية أو البلدية ، والأشخاص المرفقية وهي عبارة عن مؤسسات عامة، ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بهذه الصفة، فإن تعاقدت باعتبارها ممثلا لشخص من أشخاص القانون الخاص، فإن العقد يكون مدنيا.⁵

1 : عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 35.

2 : سليمان محمد الطماوي ، العقود الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991 ، ص 28.

3 : محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص 06.

4 : سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 1975 ، ص 52.

5 : جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 31.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام :

العنصر الثاني المميز للعقد الإداري هو اتصاله بنشاط مرفق عام. ويعرف المرفق العام من ناحيتين فهو من الناحية الشكلية يعني الهيئة أو المنظمة التي تمارس النشاط وهو من الناحية الموضوعية يعني الحزمة أو النشاط الذي يتبع حاجة جماعية.¹

والمرفق العام هو كل مشروع تنشئه وتبناه الدولة بنفسها أو تحت إشرافها ورقابتها لإشباع الحاجات العامة، مثل مرفق التعليم، ومرفق المواصلات، ومرفق العدالة ومرفق الدفاع الوطني . ولارتباط المرفق العام بالصالح العام للمجتمع في الدولة كان لا بد وحتما لتنظيم نشاط أعمال المرفق العام، بما يضمن لها الاستمرار والاضطراد في سيرها وحسن إرادتها. من وضع قواعد قانونية خاصة للمرافق العامة وتمييزة عن قواعد القانون الخاص. وهذه القواعد هي قواعد القانون الإداري وذلك حتى يوفر القانون الإداري الذي يحكم وينظم هذه المرافق العامة لها عدة ضمانات لتحقيق الصالح العام على الوجه الأفضل والأسرع، بما يتضمنه هذا القانون من امتيازات وسلطات عامة وشروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.²

إذن فاتصال العقد بمرفق عام ركن أساسي ومتى انقطعت هذه الصلة أصبح العقد عقدا من عقود القانون الخاص ولو كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما .

3- إتباع أساليب القانون العام:

بعد تراجع نظرية المرفق العام والتي لم تستطع أن تعبر لوحدها عن العقد الإداري ، دعت طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في مبادئ العقد الإداري من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، والتي تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أساليب القانون العام والخضوع لأحكامه وقواعده. وهذه الشروط الاستثنائية هي التي تظهر

1 : جابر جاد نصار، مرجع سابق ، ص ص 38،39 .

2 :عمار عوابدي ، القانون الإداري - النشاط الإداري - الجزء الثاني ، الطبعة الخامسة ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 ، ص 194.

فيها الإدارة كطرف ذو امتياز في العقد فتعطي للإدارة الحق في تعديل شروط العقد سواء كان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها زيادة أو نقصانا أم تعديل في الائتمان أو في مدة العقد.¹ ولاشك أن هذه المحاولة وإن دلت على شيء فهي تدلّ على غلبة فكرة السلطة العامة في تحديد ماهية الشروط الاستثنائية، وكما هو معلوم فإن الإدارة ليست بحاجة إلى الاستناد لشروط معينة في العقد الإداري لكي تمارس سلطاتها على المتعاقد، بل هي تمارس تلك السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد.²

وعلى ذلك لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد لكي يكون إداريا حتى ولو تعلق الأمر بنشاط مرفق عام بل يجب أن يحتوي العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص. ولا نغالي في القول إن أكدنا أهمية هذا العنصر الحاسم في تبيان طبيعة العقد.³

الفرع الثاني : المعايير التشريعية للصفقات العمومية :

إذا كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية محددة بموجب التشريع فلا شك أن المشرع بتقنيته للعمل والنشاط التعاقدية للإدارة يكون قد حدد معالم وعناصر تميز الصفقة العمومية . وهو ما أكد عليه المشرع في مختلف قوانين الصفقات العمومية .

من التعريفات السابقة للصفقات العمومية والواردة في قوانين مختلفة تمكن حصر معايير الصفقات العمومية في:

أولاً: المعيار العضوي.

ثانياً: المعيار الشكلي.

ثالثاً : المعيار الموضوعي.

رابعاً: المعيار المالي.

خامساً: معيار الشرط غير المألوف. وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً: المعيار العضوي :

1 : جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 47.

2 : ابراهيم طه الفياض، العقود الادارية، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، 1981، ص 59.

3 : يذهب جانب من الفقه إلى كفاية احتواء العقد بالشروط الاستثنائية الغير المألوفة بأسباب الصفة الإدارية عليه/للمزيد في تفصيل هذا الرأي راجع: ثروت بدوي، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها .

يتميّز العقد الإداري أو الصفقة العمومية من حيث الجانب العضوي أن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية طرفاً أساسياً فيه، أي أن أحد أطراف الصفقة شخص من أشخاص القانون العام فالعقد الذي لا تكون أحد الجهات الإدارية المستقلة طرفاً فيه أو الجهات التي حدّدها التشريع لا يمكن اعتباره صفقة عمومية.

وإذا عدنا لتعريف الصفقات العمومية في الجزائر وفي مختلف المراحل (67-82-91-2002 - 2010) نسجّل مدى التذبذب الكبير الذي وقع فيه المشرع بين مرحلة تشريعية وأخرى فيما يخص مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية والهيئات المعنية به.¹ فأحيانا يضيّق من مجال التطبيق فيخص هيئات ويبعد أخرى، وأحيانا أخرى يوسع من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية ثم يعود فيضيّق، ويرجع تفسير ذلك قطعاً لطبيعة كل مرحلة التي سنّ فيها قانون أو تنظيم الصفقات العمومية.

لذا فسنحاول بيان موقف المشرع الجزائري من المعيار العضوي، وذلك على النحو الآتي:

1- المرحلة السابقة على صدور تنظيم الصفقات العمومية الحالي:

لقد نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم على ما يلي: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل المصاريف الإدارية العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة ».

1 : لتفصيل هذه المراحل انظر: عمار بوضياف مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

ويتضح من المادة أعلاه أن المشرع وخلافاً لنصوص سابقة فصل بشأن الهيئات الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية فذكر هيئات ومؤسسات قديمة ذكرت في نصوص سابقة. وذكر هيئات جديدة وردت لأول مرة نوضح ذلك فيما يلي:

أ- الإدارات العمومية :

هذا الوصف يتسم بشيء من الشمولية والاطلاق، فتدخل تحت طائلته الدولة باعتبارها تتمتع بالشخصية القانونية والمعنوية،¹ ويدخل تحت هذا الوصف الكبير الأشخاص المركزية الأخرى كرئاسة الجمهورية والوزارة الأولى أو رئاسة الحكومة والوزارات المختلفة والمصالح الخارجية للوزارات المتمثلة في المديرات التنفيذية على مستوى الولايات. وهذا أمر طبيعي طالما تمتعت كل هذه الهيئات بالشخصية المعنوية.

ويجدر التنبيه أن تعديل تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2008 لم يخضع للصفقات العمومية المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام المرسوم المنظم للصفقات العمومية.² ولعلّ القصد وراء ذلك هذا الاستثناء يكمن في تشجيع التعامل بين الإدارات العمومية.

ب- الهيئات الوطنية المستقلة :

يقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي، إذ قد تضطرّ هذه الهيئات جميعاً إلى الدخول في علاقة عقدية بعنوان صفقة عمومية من أجل قيامها بنشاطها.³

ج- الولاية:

الولاية باعتبارها هيئة أو مجموعة إدارية لامركزية إقليمية في النظام الإداري الجزائري، تعرف بأنها :

1 : أنظر المواد 49، 50 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2 : المادة 02 من المرسوم 08-338 المؤرخ في 09 نوفمبر 2008 المتضمن تعديل المرسوم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .
3 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 41.

« جماعة عمومية اقليمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي، ولها اختصاصات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية... »¹.

فالولاية تعتبر مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي وحدة إدارية منفصلة عن الدولة، ونظرا لأهميتها ذكرت الولاية كتنظيم إداري في كل الدساتير الجزائرية،² ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة في هذه النصوص، فإن وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية لخدمة الجمهور، لذا كان يجب الاعتراف لها من جهة بأهلية التعاقد ومن جهة أخرى اعتبار أفرادها كأصل عام من قبيل العقود الإدارية إذا توفرت فيها العناصر والشروط المذكورة في قانون الصفقات العمومية .

د-البلدية :

البلدية هي وحدة أو هيئة إدارية لامركزية إقليمية - محلية - في النظام الإداري الجزائري بل هي الجهاز أو الخلية التنظيمية الأساسية والقاعدية سياسيا وإداريا و اجتماعيا وثقافيا.³

وتعتبر البلدية البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن كل من الدولة والولاية وقد تم ذكرها في كل دساتير الدولة المتعاقبة⁴ وتشكل كيانا مستقلا وذاتيا مثبت في القانون المدني⁵، وكرسه أيضا قانون البلدية لسنة 1990 في المادة الأولى منه التي تنص على أن: « البلدية هي الجماعة الإقليمية الأساسية، وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتحديث بموجب قانون » .

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية وأهلية التعاقد فإن وظيفتها ضمن إطار التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة تفرض عليها هي الأخرى للدخول في علاقات عقدية من القانون العام بهدف النهوض بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور مما يستلزم خضوعها لتنظيم الصفقات

1 : أنظر المادة 15 من دستور 1996.

2 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 41 .

3 : عمار عوايدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1984، ص 194 .

4 : أنظر المادة 15 من دستور 1996.

5 : أنظر المادتين 50-49 من الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

العمومية سواء عند إبرامها لعقود الأشغال أو الخدمات أو التوريد أو عقود الدراسات.¹ ولهذا السبب ورد ذكر البلدية في كل قوانين الصفقات العمومية.

هـ- المؤسسات العمومية :

لقد جاءت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 مفصلة بشأن أنواع المؤسسات العمومية المعنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية، فذكرت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وهذه الأخيرة شملتها بالذكر مختلف قوانين الصفقات العمومية، غير أن الجديد الذي حمّله المرسوم الرئاسي لسنة 2002 أنه فصل في ذكر المؤسسات العمومية في جانب المؤسسات العمومية الإدارية ذكر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي والمؤسسات العمومية ذات الطابع المهني بل إن مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية امتد ليشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارية بمساهمة كاملة من ميزانية الدولة.²

ومن الواضح أن المشرع أخرج بمناسبة هذا التعديل الذي أعلنت عنه المادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 أشخاصا قانونية من حيث طبيعتها ومن حيث مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له، وما هو ما استقر عليه المرسوم الرئاسي 08-338 المعدل والمتمم للمرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ثانيا: مرحلة تنظيم الصفقات العمومية الحالي المرسوم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 :

بعد الفضائح المدوية التي عرفتها سوناتراك مؤخرا والتي كان سببها تجاوزات في منح صفقات على أساس الإجراءات الخاصة بمنح المشاريع في قطاع الطاقة قررت الحكومة إجراء تعديلات كبيرة على قانون الصفقات العمومية، انطلاقا من توسيع تطبيقه على المؤسسات العمومية الاقتصادية مثل سوناتراك وسونلغاز كما اعتزمت اعطاء تحفيّزات لصالح المنتجات والشركات الجزائرية ومنح الصفقات بالتراضي لمؤسسات عمومية معينة، لذا كان لابد من مراجعة بنود المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وعرض اقتراح هذا التعديل في مجلس وزاري مشترك في

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 42.

2 : قذوج حمامة، مرجع سابق، ص 145

08 فيفري 2010، وهي اقتراحات لتعديل احدى عشرة مادة واستحداث أربع مواد مكررة، وقد صادق مجلس الوزراء لدى اجتماعه برئاسة رئيس الجمهورية على المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وفعلا صدر المرسوم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.¹

ويهدف هذا المرسوم إلى تحقيق ثلاث غايات هي تيسير اجراءات الموافقة على الصفقات العمومية في كنف الشفافية وزيادة الشفافية في تسيير الأموال العمومية وفي تعزيز أدوات الوقاية من الفساد ومحاربه وترقية مشاركة المؤسسات والإنتاج الوطنيين في تلبية الطلب العمومي.

وقد نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 على: « لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات :

- الإدارات العمومية،
- الهيئات الوطنية المستقلة،
- الولايات،
- البلديات،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي
- والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولّة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة " ... ».

و بمقارنة نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 02 من المرسوم 10-236 نجد أن قانون الصفقات العمومية يطبق على جميع المؤسسات العمومية الاقتصادية، بعد أن كانت هذه

1 : أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، العدد 58.

الأخيرة غير معنية، أي أن التعديل ذاته يعطي طابع الصفقة العمومية للمشاريع التي تعينها كل المؤسسات أو الهيئات العمومية مهما كان طابعها .

ثانيا: المعيار الشكلي :

بالرجوع لتعريف الصفقات العمومية الوارد في مختلف قوانين الصفقات العمومية ورجوعا لنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 نجد أن المشرع الجزائري ثبت على مبدأ واحد وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، ولعل اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لسببين اثنين :

1- إن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية المحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة.¹

2- إن الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة إلى جانب أنها تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية والتجارية.

وبالرغم من تشديد المشرع الجزائري على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، إلا أنه أورد استثناء على القاعدة حددته المادة 07 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها : « تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات، وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، تمكن للوزير أو الوالي المعني، أن يرخص بمقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة. وترسل نسخة من هذه الرخصة إلى وزير المالية ».²

ومما لا شك فيه أن اللجوء لهذا الترخيص لا يمكن إلا في حالات محدودة لذلك جاء نص المادة أعلاه بعبارة "في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة،... " .

ويبقى أن المصلحة المتعاقدة هي أول من يتحرك لدى الجهات المخولة للترخيص، ويقع عليها عبء التبرير وجه الخطر، نطاقه وآثاره.

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 47.

2 : ورد ذات الاستثناء في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ثالثا : المعيار الموضوعي :

رجوعا لقوانين الصفقات العمومية الجزائرية الصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة، نلاحظ أن المشرع لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى نكون من حيث موضوع العقد أمام صفقة عمومية. فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية أحيانا، وأحيانا يضيق من هذا النطاق.¹

فالملاحظ أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 02-250 تحدث عن إنجاز أشغال وتوريدات أو خدمات. وأعاد لها الاعتبار لصفقات الدراسات نظرا لأهميتها وخصوصيتها، وذلك بنصه على هذا الصنف من الصفقات والتي تقتضي إجراءات خاصة لإبرامها.² وهذا ما أبقى عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 10-236.

رابعا : المعيار المالي :

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفة عمومية ذلك أنه من غير المعقول الزام جهة الادارة على التعاقد بموجب أحكام الصفقات العمومية في كل الحالات وأيما كانت قيمة ومبلغ الصفقة بما ينطوي عليه ابرام الصفقة من مراحل طويلة، والهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية يخضع لقانون الصفقات هو ترشيد النفقات العامة، فكلما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تكشف للجمهور، وتعلن من حيث الأصل كما تخضع لأطر رقابة محددة. أما إذا المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطا فلا داعي من إرهاب جهة الادارة وإجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية، عندما تريد مثلا شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ بسيطة.³ وقد يختلف الحد الأدنى للصفقة من مرحلة لأخرى ومن صفقة إلى صفقة .

ونظرا لأسباب اقتصادية ومالية تدخل المشرع بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية، وجعل الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة ثلاثة ملايين دينار.⁴

1 : تنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 على : « تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية :

إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، تقديم الخدمات، إنجاز الدراسات.»

2 : المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقة العمومية.

3 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 51.

4 : المادة 05 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية..

ولم يستقر الأمر طويلا إذا أعلن المرسوم الرئاسي 301-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن أحكام مالية جديدة، فميز بين أنواع الصفقات العمومية من جهة، ومنح وزير المالية أحقية تحيين المبالغ من جهة أخرى. فميز بين عقود الأشغال وعقود التوريد من جهة وعقود الخدمات والدراسات من جهة أخرى. فالحد الأدنى المطلوب في عقود الأشغال وعقود التوريد يساوي 6 ملايين دينار أي أقل من هذا الحد لا تلزم الإدارة بإبرام صفقة طبقا لقانون الصفقات العمومية. أما عقود الخدمات وعقود الدراسات فقد ضبطها النص بحد واحد قدره أكثر من 4 ملايين دينار تمثل القاعدة العامة.¹

ويتضح من نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 301-03 أن المشرع ومراعاة منه لحركية وتيرة الاقتصاد الوطني ومواكبة نسب التضخم منح وزير المالية سلطة تعيين الحد الأدنى الواجب مراعاته لإبرام الصفقات العمومية ذلك أن غياب إجراءات التحيين يعني تعديل القيمة المالية والحد المالي بنص مماثل أي مرسوم رئاسي أو نص أعلى منه وهذا يتطلب مدة أطول مقارنة بقرار وزاري.

وقد جاء المرسوم الرئاسي 338-08 معلنا على تغيير في الحد المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية بما اقتضى تغيير المادة 05 التي رفعت في المعاينة المالية في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد إلى أكثر من 8 ملايين دينار، أما عقد الدراسات وعقد الخدمات فلم يشملها التعديل و استقرت العتبة المالية بالنسبة لهما عند أكثر من 4 ملايين دينار.²

أما المرسوم الرئاسي 236-10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فقد استقر على نفس العتبة المالية للحد المالي المطلوب لإبرام الصفقات العمومية بـ 8 ملايين دينار جزائري في عقد الأشغال العام وعقد التوريد، أما عقد الدراسات وعقد الخدمات فقد استقرت العتبة المالية لها عند أكثر من 4 ملايين دينار جزائري.³

خامسا: معيار الشروط الاستثنائية (البند غير المؤلف):

1: المادة 05 من المرسوم الرئاسي 301-03 المعدل والمتمم لمرسوم 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
2: المادة 02 من المرسوم الرئاسي 338-08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم لأحكام المادة 05 من المرسوم الرئاسي 250-02 .
3: المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236-10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

إن وجه تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يكمن في أنّ العقد الإداري يخوّل جهة الإدارة ممارسة مجموعة السلطات وامتيازات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص، وقد أقرت بالأساس لتمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدتها وفي تلبية حاجات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة وهذا ما كرّسه المشرع الجزائري في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فاعترف للإدارة بممارسة جملة من السلطات والامتيازات التي لا نجد لها مثيل على مستوى دائرة القانون الخاص.¹

فقد نصت المادة 112 من المرسوم 10-236 في فقرتها الثالثة على: «... لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها في البنود التعاقدية في الضمان، والملاحظات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها..»، وهذا لم يقرره المشرع الجزائري في القانون المدني.²

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: «إن العقد الإداري هو العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام لما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد».³

الفرع الثالث: صور الصفقات العمومية :

رجوعاً لنص المادة 4 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 نجد أن المشرع قد حدد وبالنص الصريح أربعة أنواع من العقود التي تبرمها الإدارة أو الهيئة العامة. وأضفى عليها طابع الصفقة العمومية إن توافرت شروطها السابق ذكرها. وهذه العقود هي: عقد الأشغال العامة، عقد اقتناء الموارد، عقد تقديم الخدمات، وعقد إنجاز الدراسات. وعليه سنتناول في هذا الفرع هذه العقود بالشرح والتحليل.

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 53.

2 : أنظر المادة 49 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني العدل والمتمم.

3 : عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، ط، جامعة حلوان، مصر، 2003، ص 181.

وقبل ذلك تجدر الإشارة أن الإدارية قد تتحرر من الخضوع لقانون الصفقات العمومية إن تعلق الأمر بإبرام بعض العقود التي تخضع لتشريعات خاصة أو تنظيمات كعقود التأمين والنقل والتزويد بالغاز والكهرباء والماء والأشغال المتعلقة بتوصيلها.¹

كما أن المشرع قد ينص على عقود أخرى تحتويها تشريعات أو تنظيمات و يخضعها بصريح النص لقانون الصفقات العمومية، أو يقرر لها نصوص أخرى خاصة و مستقلة - وهناك أيضا عقودا إدارية تخضع لاختصاص ورقابة القاضي الإداري، ولم تذكر في قانون الصفقات، بل ذكرت في تشريع الإدارة المحلية منها عقد الامتياز وعقد القرض العام.² مما يوصلنا إلى نتيجة لن عقود الإدارة لا تخضع لنظام قانوني واحد بل لقوانين مختلفة من حيث طبيعتها.³

وعليه سيتم في هذا الفرع دراسة صور الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 10-236-وذلك على النحو الآتي:

أولا: عقد إنجاز الأشغال العامة:

يستمد عقد الأشغال العامة أساسه القانوني من المادة 04 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي ونظرا لأهميته فقد أشارت إليه كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية.⁴

وكان المشرع الجزائري في قوانين الصفقات العمومية السابقة. وإن اعتبر عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية وأخضعه لقانون الصفقات إلا أنه لم يقدم له تعريفا. ومن المؤكد أنه فضل ترك هذه المهمة للفقه والقضاء.

إلا أن الجديد الذي حملة المرسوم الرئاسي 10-236 أنه قدم تعريفا لكل نوع من أنواع الصفقات العمومية. إذ نص في الفقرة الثانية من المادة 13 على : «...تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها، كما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها، فيظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع...» .

1 : عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص ص 74-75.

2 : يعرف عقد الامتياز على أنه : " اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين "، عن عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 121.

3 : انظر المواد 132 من القانون 09/90 المتضمن قانون الولاية.

4 : أشارت إليه المادة 03 من المرسوم 02-205 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى بموجب المرسوم الرئاسي 10/236.

كما عرفه الفقه بأنه: « اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام نظير مقابل يتفق عليه في العقد بقصد تحقيق مصلحة عامة »¹.

وحتى تكون أمام عقد أشغال عامة وجب توافر ثلاثة شروط هي:²

1 - أن ينصب العقد على العقار :

كأن يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات أو يتعلق الأمر بترميم أسقفها أو جدرانها.

فعقد الأشغال لا يأتي منقول للملكية الإدارية وإنما هو يتعلق بعقار بناء أو ترميماً أو صيانة ويلحق بالعقار في ذلك العقار بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية و مراسلات الكهرباء وغير ذلك.³

2- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

حتى نكون أمام عقد أشغال عامة وجب أن يتم العمل الوارد على العقار بالصور المشار إليها في الشرط الأول لحساب شخص معنوي عام، ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية أو شخص مرفقي كالجامعة و مراكز التكوين المهني أو مؤسسات عامة استشفائية.⁴ وعلى ذلك فيجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال مقررة لصالح ولحساب شخص معنوي عام، وفي هذه الحالة يستوي أن يكون هذا الشخص هو المالك للعقار أم لا فيكفي في هذه الحالة أن يكون للشخص المعنوي العام إشراف على الأعمال موضوع العقد.⁵

3- يجب أن تهدف الأشغال محل العقد تحقيق نفع عام :

لاشك أن وصف صفقة عمومية لا يصدق إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة وتليه حاجات الأفراد، ولما كان موضوع العقد ينصب على عقار سواء تمثل في إقامة

1 : عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية ، دط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2003، ص 101، وللاطلاع على تعريفات فقهية وقضائية أنظر:

محمد الصغير بعللي ، العقود الإدارية ، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة. الجزائر. 2003، ص30

2 : عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص 69.

3 : جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 118.

4 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 69 .

5 : جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 118.

طريق أو إنشاء مجموعات سكنية أو إقامة جسور أو محولات فإن الهدف من هذا العمل وهو العقد هو خدمة المصلحة العامة.¹

ولقد ذهب الفقه إلى تأصيل عقد الأشغال العامة كونه في حقيقة الأمر عقد مقابلة، غير أنه لما اتصل بمرفق عام وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة سمي العقد أشغالا تميزا له عن العقد المدني وكونه من العقود الإدارية لا المدنية.²

ثانيا: عقد اقتناء المواد "عقد التوريد" :

إن الجهات الإدارية المختلفة وهي تمارس نشاطها وتسعى إلى تلبية الحاجات العامة وخدمة الجمهور لا تحتاج فقط إلى إبرام عقود الأشغال العامة، بل إلى جانب ذلك تحتاج أيضا إلى إبرام أنماط أخرى من العقود كعقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم كما أطلق عليه رسميا.³

ويجد عقد اقتناء اللوازم أساسه في التشريع الجزائري في المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236.⁴ وقد نصت عليه الفقرة 4 من المادة 13 من ذات المرسوم بقواها: « تهدف صفقة اللوازم إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيـجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد ». «

ويمكن تعريف عقد التوريد بأنه: « اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات - وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه وبقصد تحقيق مصلحة عامة ». «⁵.

وعرف أيضا بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات على ذلك توريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.⁶

ثالثا : عقد تقديم الخدمات :

- 1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 70.
- 2 : محمد أنس جعفر قاسم، العقود الإدارية، دط جامعة القاهرة، مصر، 1999، ص 61.
- 3 : يطلق على عقد التوريد في التشريع الجزائري عقد اقتناء اللوازم/انظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- 4 : أشارت إليه نصوص أخرى سابقة كالمادة 3 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى بموجب المرسوم الرئاسي 02-250.
- 5 : محمد أنس جعفر قاسم، مرجع سابق، ص 73.
- 6 : جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 119/ ولمزيد من التعريفات الفقهية القضائية راجع: - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 13. - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 25.

لا تلجأ الإدارة المتعاقدة حال ممارسة نشاطاتها بهدف خدمة الجمهور إلى أبرام عقود الأشغال وعقد التوريد فقط، بل تحتاج أيضا و إلى جانب العقدين الأولين إلى إبرام عقد واحد هو عقد الخدمات فالإدارة وان كانت تقدم خدمات كثيرة للجمهور سواء كان إدارة مركزية أو ولاية أو بلدية أو جامعة أو مستشفى أو معهد للتكوين المهني وغيرها من الإدارات . فإنها هي الأخرى تحتاج لأن تخدم في جانب معين من أوجه النشاط.¹

ومن هنا تأتي أهمية عقد الخدمات كونه الإطار القانوني والتعاقدي الذي تمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة يقدمها الغير- بمقابل تلزم بدفعه - ونظرا لأهمية عقد الخدمات فقد جاء ذكره في كل قوانين الصفقات العمومية، فذكرته المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 و ذكرته نصوص سابقة كالمادة 03 من المرسوم الرئاسي 02-250.

و لم يعرفه المشرع الجزائري عقد الخدمات في قوانين الصفقات السابقة، إلا أنه وبالرجوع للمرسوم الرئاسي 10-236 وفي المادة 13 منه الفقرة الأخيرة عرف صفقة تقديم الخدمات بأنها كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.²

وعليه فالمشرع الجزائري لم يعط تعريفا واضحا لعقد الخدمات تاركا هذه المهمة للقضاء الإداري و الفقه.

ويمكن تعريف عقد الخدمات على أنه: اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (معنوي أو طبيعي) بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير مرفق عام نظير مقابل مالي.³

وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل العقد الإداري بسيطة ولا تتطلب اعتمادات مالية كبيرة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد التوريد - ذلك أن إبرام جهة الإدارة لعقد أشغال عامة واحد ينتج عنه صرف مبالغ ضخمة كأن يتعلق الأمر بمد شبكة طرقات. كما أن عقد توريد منتجات معينة خلال مدة معينة يلزم الإدارة المتعاقدة بدفع مبالغ ضخمة ناتجة عن هذا العقد. بينما عقد الخدمة لا يكلف جهة الإدارة اعتمادات مالية ضخمة كقاعدة عامة بل أن هناك خدمات تستفيد منها الإدارة

1 : عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 72.

2 : انظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم العمومية.

3 : محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 23.

ولا تخضع لقانون الصفقات العمومية إذا كان موضوع الخدمة بسيطاً ولا يكلف جهة الإدارة اعتمادات مالية كبيرة¹، وهو ما رخص به المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية.²

رابعاً: عقد انجاز الدراسات:

إن هذا العقد بالذات وخلافاً للعقود الإدارية الثلاث السابقة (عقد التوريد و عقد الانشغال العامة وعقد الخدمات) كان المشرع الجزائري بشأنه مضطرباً فأحياناً يتناوله بالإشارة والتعيين وأحياناً أخرى يغفل الإشارة إليه بنص صريح ثم يعود فيستدرك ويتناوله بالذكر والنص.³ وسارت المراسيم السابقة المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية على نفس الخط إذ اكتفت بالنص على العقود الكلاسيكية (عقد الأشغال وعقد التوريد وعقد الخدمات). حتى جاءت المادة 03 من المرسوم الرئاسي 02-250 معلنة عن هذا العقد بالنص الصريح وتؤكد ذلك في المادة 11 من نفس المرسوم.⁴ وهذا ما أبقى عليه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 10-236. إذ أعلن بالنص الصريح على عقد انجاز الدراسات في المادة 04 منه وأكد ذلك أيضاً في المادة 13 من نفس المرسوم.⁵

وعلى ذلك يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري عقد إدارياً بحسب النص. وتلتزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد بالخضوع لقانون الصفقات إما من حيث طرق الإبرام وإجراءاته أو من حيث الرقابة وتمتع إن أبرمته بالسلطات والامتيازات المكرسة في مجال العقود الإدارية وتخضع لرقابة القاضي الإداري حين نشوب النزاع.⁶

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 73.

2 : انظر المادة 06 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

3 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ص 73-74.

4 : انظر المواد من 03 . 11 من المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

5 : انظر المواد 04 . 13 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

6 : انظر عمار عوابدي، مرجع السابق، ص 190

وقد عرفت الفقرة 7 من المادة 13 صفقة الدراسات بقولها : «...تهدف صفقة الدراسات إلى القيام بدراسات نضج واحتمالا تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها و/ أو استغلالها..» .

ونصت الفقرة 8 من ذات المادة على : « تشمل صفقة الدراسات عند إبرام صفقة أشغال مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع ».

ولا يطبق تنظيم الصفقات العمومية إلا عندما يتعلق الأمر بأحد العقود المشار إليها على سبيل الحصر، غير أن الإدارة من الناحية العملية تبرم عقودا إدارية أخرى لعل أهمها عقد الامتياز.¹ وخوّل تشريع الإدارة المحلية لكل من الولاية والبلدية إبرام عقد قرض عام.²

كانت هذه هي أشهر وأهم صور العقود الإدارية التي وضع لها المشرع الجزائري أحكاما ونظما قانونية خاصة بكل عقد منها على حدة، فأصبحت تشبه في تنظيماتها الخاصة وفي شهرتها طائفة العقود المسماة في عقود القانون الخاص.

المطلب الثاني : أساليب إبرام الصفقات العمومية وطرق اختيار المتعامل المتعاقد :

إذا كانت العقود الإدارية لا تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث ضرورة توافر وقيام أركان العقد بصفة عامة وهي : ركن الرضا و-الأهلية- ركن المحل وركن السبب.

وإذا كانت العقود الإدارية تلتقي أيضا مع عقود القانون الخاص في حتمية تحقق شروط صحة وسلامة انعقاد العقد من عيوب الرضا التي هي الغلط والإكراه والغبن، ومن عيوب عدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب. وإذا كانت العقود الإدارية يتم تكوينها وانعقادها مثل العقود المدنية والتجارية عند تلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين في جميع عناصر وشروط العقد وذلك في صورة إيجاب وقبول، فإن العقود الإدارية تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث عملية إبرام العقد في طريقة التعبير والافصاح عنه إرادة السلطة الإدارية حيث تتم عملية التعبير عن إرادة الإدارة هذا إلا عن طريق قطع مراحل متعددة ومختلفة في الإجراءات³ .

1 : انظر المواد 130، 132 من القانون 09/90 المتضمن قانون الولاية، والمادة 138 من القانون 08/90 المتضمن قانون البلدية.

2 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 67.

3 : سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 208.

ولإعطاء نظرة شاملة عن مختلف كفاءات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في قانون الصفقات العمومية في الجزائر، فإنه يجدر بنا ذكر الإجراءات المتعلقة بأساليب إبرام الصفقات العمومية وطرق اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة باعتبارها تمثل المجال الخصب للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : أساليب إبرام الصفقات العمومية

بالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجده قد أدى حدد طرق إبرام الصفقات العمومية ورسمها في طريقتين هما: أسلوب المناقصة وأسلوب التراضي، وهو ما سنفصله فيما يلي:

أولاً: طريقة المناقصة :

أولى المشرع أسلوب أو طريقة المناقصة أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها كما معتبرا من المواد من منطلق أن أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارة، وأن أسلوب التراضي هو الاستثناء.¹

ولتفصيل قواعد المناقصة سوف نتطرق لتعريفها أو إبراز أشكالها المختلفة وذلك كالآتي:

1/: تعريف المناقصة :

عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236 المناقصة على أنها: « المناقصة هي إجراء يستهدف الوصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض ». «

وتعرف المناقصة بأنها مجموعة الإجراءات تقدر القوانين واللوائح العامة اتباعها قصد الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة، فالمنافسة العامة (مفرد مناقصات عامة) تعني الطريقة والإجراء الذي تلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أقل عطاء

1 : المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ممكن ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كما هو الحال في عقود الأشغال العامة، أو القيام بالشراء أو التوريد أو النقل مثلا.¹

ومن ثم فإن قوام طريقة المناقصة هو:²

- المنافسة بين عدة عارضين.

- تقديم أفضل عرض.

فالمناقصة تعدّ الوسيلة الأساسية والقاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية كما تعدّ بمثابة دعوة للمنافسة، كما أنها يمكن أن تخص متعهدين وطنيين فتكون بتلك مناقصة وطنية، أو قد تخص متعهدين دوليين إلى جانب الوطنيين فتكون مناقصة دولية.³

2/ أشكال المناقصة :

رجوعا للمادة 28 من المرسوم 10-236 نجدها قد بينت بوضوح أشكال المناقصة وصنفتها خمسة

أنواع هي :

المناقصة المفتوحة. المناقصة المحدودة، الاستشارة الانتقائية، المزايدة، المسابقة. وهو ما سنوضحه فيما يلي

أ- المناقصة المفتوحة :

يفسح المجال للمنافسة في مناقصة مفتوحة للجميع (جميع المقاولين مثلا) ويكون ذلك في العمليات البسيطة.⁴

فالمناقصات المفتوحة هي تلك التي تسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء، فبعد إجراء عملية العلانية التامة تلتزم الإدارة في هذا النوع من المناقصات باختيار من يتقدم بأفضل الشروط المالية والفنية دون أن تقتصر المنافسة فيها على أشخاص معينين: ويسمى طلب العرض طلبا مفتوحا إذا كان يتضمن نداء للعموم إلى المنافسة.⁵

1 : سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 231.

3: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، د ط دار العلوم للنشر والتوزيع-عناية-الجزائر، ص 30 .

3 : المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

4 : محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 31.

5 : سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 216.

وقد عرّفها المادة 29 من المرسوم الرئاسي 10-236 بأنها : « المناقصة المفتوحة هي إجراء يتمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً¹ .»

ب- المناقصة المحدودة :

المناقصة المحدودة هي التي تقتصر المنافسة فيها على أشخاص معينين تختارهم الإدارة مقدما، كما يقتصر حق الاشتراك في منافسات المناقصات والمزايدات العامة على أشخاص وغرف مسجلة في سجلات أو كشوف جهات فنية أو حرفية خاصة بوزارة من الوزارات في الدولة، وذلك لتمييزها وكفايتها من الناحية الفنية أو المالية.²

وقد ورد تعريف المناقصة المحدودة في المادة 30 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها : « المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلى المترشحين فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحدد المصلحة المتعاقدة مسبقاً» .

ج- الاستشارة الانتقائية:

تعّد الاستشارة الانتقائية حسب المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 شكلا من أشكال المناقصة. وقد عرفها المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 31 منه بأنها : « الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم تقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي³ .»

وهذا الشكل من المناقصة يتمثل في انتقاء أولي تقوم به المصلحة أو الإدارة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموع المرشحين. وبعد اختيار وانتقاء عدد منهم، يرخص لهم دون سواهم بتقديم عروضهم وتعهداتهم للتعاقد-بالنهاية مع واحد منهم-وتلجأ الإدارة إلى الاستشارة الانتقائية في العمليات المعقدة وذات الأهمية الخاصة والتميزة.³

وخلافا للمرسوم الرئاسي 02-250 الذي لم يحدد عدد معين للمرشحين الذين يجب دعوتهم المنافسة نص المرسوم الرئاسي 10-236 على وجوب أن توجه الاستشارة الانتقائية إلى ثلاثة

1 : كان نص المادة في المرسوم 02-250 : « المناقصة المفتوحة هي إجراء يتمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهداً» والجديد في المرسوم 10-236 أنه اشترط في المترشح أن يكون مؤهلا.

2 : عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 206.

1: محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 32.31.

مترشحين على الأقل ممن تم انتقاؤهم أوليا،¹ أما القانون الفرنسي فقد نصّ على أن لا يقل عدد المؤسسات المدعوة للمشاركة عن 05.²

وإجراء الاستشارة الانتقائية يستخدم عادة عندما تكون هناك اعتبارات أخرى أي معايير إضافية عن المعايير المعروفة بالنسبة للطرق المستخدمة في عمليات إبرام الصفقات العمومية، ويفرض على الإدارة اللجوء إليها بسبب خصوصية موضوع الصفقة وشروط تنفيذها.³

د-المزايدة:

المزايدة تعني الطريقة والإجراء المقرر قانونا والذي تلتزم بمقتضاه الإدارة باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى عطاء ممتحن-ويكون ذلك إذا أرادت الإدارة العامة أن تبيع أو تؤجر شيئا من أملاكها يجب على الإدارات أن تلجأ إلى طلب العرض عندما تستلزم الخدمات المقدرة من مقدمي العروض مؤهلات تقنية وإمكانات مالية كافية.⁴

فإذا كانت الصفقات العمومية بأشكالها المختلفة السابقة الذكر (مناقصة مفتوحة ومحدودة واستشارة انتقائية) ينجم عنها خروج المال من الخزينة العامة بعنوان صفقة عمومية واستفادة المتعاقد مع الإدارة بالمقابل الناتج عن تنفيذ العملية موضوع الصفقة، فإن التعاقد بطريقة المزايدة ينجم عنه تحقيق مداخيل للخزينة العامة ناتجة عن التعاقد.⁵

وعن تعريفها فقد ورد في المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236 بأنها: « المزايدة هي الإجراء الذي تمنح بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ».

كما خص المشرع الجزائري المزايدة في المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، بعدما كانت تخص المترشحين الوطنيين أو الأجانب المقيمين في الجزائر في المرسوم 02-250 وهذا ما يمكن ملاحظته عن المرسوم 10-236 الذي أعطى الأولوية للمؤسسات الوطنية والشركات المحلية على منافساتها الأجنبية.

1 : المادة 31 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 : Laurent Richier. Droit des contrats administratifs LGDG. 1999.page 345.

3 : قدوج حمامة، مرجع سابق، ص ص 89-90.

4 : سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 231.

5 : عمار بوضياف، مرجع السابق، ص 93.

هـ-المسابقة :

لقد عرفت المادة 34 من المرسوم الرئاسي 10-236 المسابقة تعريفا دقيقا بقولها : « المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة ».

فالمسابقة كما تنص المادة أعلاه إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو فنية متميزة مثل وضع لحن لنشيد بمناسبة وطنية معينة، تصميم وإعداد أوراق نقدية أو إعداد شارات ورموز فنية... الخ.¹

ويتخذ هذا الإجراء عادة في الصفقات الخاصة بالدراسات والمتابعة لأشغال البناء ويتم الاعلان عن المنافسة وفقا لإجراء إبرام الصفقات العمومية إذا كان مبلغ الصفقة يجاوز قيمة 4 ملايين دج. ثانيا: أسلوب التراضي :

لقد جعل المشرع أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة بما كفل به حق المشاركة لكل العارضين، كما قيد جهة الإدارة بجملة من الإجراءات تؤدي في مجملها لفقد الإدارة حريتها في اختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية وإبعادها من المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض عن آخر وكلك إضفاء مبدأ العلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية.²

غير أنه ولأسباب موضوعية يتعين الاعتراف لجهة الإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص دون الحاجة لإجراءات الاشهار والنشر ودون أي داع لإعلام الغير وهو ما أطلق عليه أسلوب التراضي في إبرام الصفقة .

وتجدر الإشارة أن المرسوم 10-236 الذي جاء بعد جهد جهيد إذ قامت السلطات التشريعية بسن هذا المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مدججا بترسانة من التدابير المانعة للفساد، بهدف تشديد الرقابة على الصفقات بكل أنواعها الداخلية والخارجية وتقييد شكل المناقصة بالتراضي البسيط

1 : محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص33.

2 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 112.

إلا في الحالات النادرة والمحددة جدا. ولتفصيل ذلك سوف نتطرق لتعريف التراضي وأشكاله وحالاته وذلك في النقاط التالية:

1- تعريف التراضي :

ابتداء ينبغي التوضيح أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد. فالرضا في التعاقد هو اتجاه الإدارة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، وهو أساس العقد، وقوامه فلا وجود له إذا لم يتوافر الرضا به، فلا يقوم بغير توافره،¹ ووجود هذا الأخير كركن من أركان العقد لازم في كل العقد سواء كانت بين أطراف القانون الخاص، أو أطراف القانون العام، ذلك أنه لا يتصور عقد دون ركن الرضا.

والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قوانين الصفقات العمومية، وتمكنها مباشرة اختيار المتعاقد دون التقيد بهذه الإجراءات، فرضاها بارز انطلاقا من حريتها في الاختيار خلافا لطريقة المنافسة أين تفقد نسبيا هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود والشكلية والإجرائية.² وقد عرفته المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها: « التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد دون الدعوة الشكلية للمنافسة... ».

فالتراضي هو الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية،³ حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، ولذلك هو استثناء يختلف عن المناقصة التي تشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية.⁴

2- أشكال التراضي وحالاته:

بالرجوع لنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 نجد أن التراضي يأخذ شكلين أساسيين هما: التراضي و البسيط التراضي بعد الاستشارة.

1 : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات-الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2004 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص79.

2 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 115.

3 : المادة 27 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

4 : محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص32.

أ- التراضي البسيط:

نصت المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه: « تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة،
 - في حالات الاستعجال الملح المعلل بخاطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار، قد يتجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة التنبؤ بالظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة ممارسات اختيارية من طرفها،
 - في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجيات السكان الأساسية،
 - عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء،
 - عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وتحدد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني،
 - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء»¹.
- وعليه يسمح قانون الصفقات العمومية الجديد باللجوء إلى صفقات بالتراضي البسيط في حالات محددة جدا تتمثل أساسا في المشاريع ذات الأهمية الوطنية الكبرى، حيث يمكن منحها بالتراضي بعد موافقة مجلس الوزراء، كما أقر القانون الجديد منح الصفقات بالتراضي إلا إذا تعلق الأمر بمتعامل متعاقد يحتل وضعية احتكارية، أو امتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، وتسمح

1 : هاتان الفقرتان استحدثتا بموجب المرسوم الجديد 10-236، فلم يشر إليهما المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الإجراءات الجديدة باللجوء إلى صيغ منح الصفقات بالتراضي في حالات الاستعجال الذي يهدد استثمارا معيناً قد يجسد في الميدان، فضلا عن حالات التموين المستعجل المخصصة لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجيات السكان الأساسية.

ب- التراضي بعد الاستشارة :

تلجأ الإدارة المتعاقد إلى التراضي بعد الاستشارة حسب المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الحالات الآتية¹:

- عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط، بعد تقييم العروض المستلمة.

- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية تعاون حكومي وعلاقات ثنائية بين دراستين، ففي هذه الحالة يتعين قصر مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية.

- في حالة إبرام اتفاقات مضمونها تحويل ديون إلى مشاريع.

الفرع الثاني : طرق اختيار المتعامل المتعاقد :

تستند صلاحيات اختيار المتعامل المتعاقد إلى المصلحة المتعاقدة، فالمتعامل المتعاقد يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة، إما فرادى وإما مشتركين ومتضامنين، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقات مع متعاملين وطنيين أو متعاملين أجنبية قصد تنفيذ خدماتها. والمقصود هنا بالمتعامل الأجنبي المؤسسات الأجنبية غير الموجودة في الجزائر وتقوم هذه المؤسسات بتقديم ضمانات ذات طابع حكومي و ضمانات التنفيذ الجيد.

أولا: معايير اختيار المتعامل المتعاقد:

1 : أنظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

لمعرفة الكيفية أو الطريقة التي يتم بها اختيار المتعامل في مجال الصفقات العمومية أهمية بالغة ولاختياره يجب أن نستند لنص المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي نصت على جملة من المعايير وذلك بقولها: « يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة اجباريا في دفتر الشروط الخاصة بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على الخصوص إلى ما يأتي :

- الأصل الجزائري أو الأجنبي للمنتوج،
- الضمانات التقنية أو المالية،
- السّعر والتنوعية وآجال التنفيذ،
- التكامل مع الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانويا في السوق الجزائرية.
- شروط التمويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية أو الضمانات التجارية وشروط دعم المنتوجات (الخدمة بعد البيع والصيانة والتكوين)،
- اختيار مكاتب الدراسات، بعد المنافسة الذي يجب أن يستند أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات.
- يجب أن تؤخذ اعتبارات أخرى في الميدان بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة».

وفي سبيل تجسيد هذه المعايير تعمل المصلحة المتعاقدة قبل الدعوة إلى المنافسة على تحضير دفتر شروط يحتوي على جميع المعلومات المتعلقة بالصفقة، من حيث موضوعها وطبيعة الأشخاص أو الخدمات المراد إنجازها وكيفية إبرامها، والتعليمات الموجهة للمترشحين، كما يجب أن يتضمن اجباريا المعايير المعتمدة في اختيار المتعاقد والمشار إليها آنفا.¹

وعموما فللمصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد، وهذا وفقا لما نصّت عليه المادة 53 من المرسوم 10-236 بقولها: « تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد، مع مراعاة تطبيق أحكام الباب الخامس من هذا المرسوم والمتعلق برقابة الصفقات ».

1 : قُدوج حمامة، مرجع سابق، ص ص 42، 43.

ثانيا: الرقابة على الصفقات العمومية:

لما كانت للصفقات العمومية بمختلف أنواعها صلة بالخزينة العامة فإنه أضحى من الضرورة إخضاعها لصور شتى من الرقابة تلازم مختلف مراحلها سواء قبل إبرام الصفقة أو دخولها حيز التنفيذ أو بعد التنفيذ والعرض الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد، وإلزام الإدارات العمومية والهيئات المستقلة بالتقيد بأحكام تنظيم الصفقات العمومية، كما يكرس خاصة المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين العارضين والمتنافسين.¹

وقد خصص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 10-236 باباً بأكمله للرقابة (الباب الخامس) مما يعكس أهمية الرقابة على مستوى منظومة الصفقات العمومية.

وقد صنفت المادة 117 من ذات المرسوم أنواع الرقابة إلى داخلية وخارجية ورقابة الوصاية:

1- الرقابة الداخلية :

تعرف الرقابة بصور عامة بأنها الفعل أو العمل الموجه المحدد بمعايير وخطوات نحو جعل العمليات التشغيلية والإدارية وأجهزتها متطابقة مع المقاييس والغايات المحددة مسبقا والمخططة لتحقيق نتائجها على النشاط العام للمؤسسة بغية تصحيحها للطرف والوقت الملائمين لتقليل الخسائر واستبعادها لضمان القدرة على معالجة النتائج وإعادة الأمور إلى مسارها الطبيعي.²

وقد نصت المادة 120 من المرسوم الرئاسي 10-236 على الرقابة الداخلية بقولها:

« تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بأحكامها القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية. ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابة والإجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها... ».

فالمشرع ألزم كل مصلحة متعاقدة، كما ألزم سلطتها الوصية بإنشاء هيئة لممارسة الرقابة على صفقات بما يتماشى مع آليات الرقابة المقدررة في تنظيم الصفقات العمومية، ويتجلى الهدف من

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 149

2 : موسى خليل، الإدارة المعاصرة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2005، ص 183 .

تكثيف آليات الرقابة على الصفقات العمومية واضحا في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية من جهة، ومبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد من جهة وضمان منافسة شريفة ومشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين من جهة ثالثة بما يبعد في النهاية الصفقة عن كل شبهة ويحقق هدف ترشيد النفقات العامة.¹

وقد عهد المرسوم الرئاسي 10-236 بممارسة الرقابة الداخلية إلى لجنتين هما :

أ- لجنة فتح الأظرفة:

بعد الإعلان عن المناقصة وبعد انتهاء أجل تقديم العروض المعلن عنها، تجتمع لجنة فتح الأظرفة في جلسة علنية يحضرها المتعهدون أنفسهم، وهذا لفتح الأظرفة وتثبيت العروض المقدمة في سجل خاص كما تقوم اللجنة ذاتها بإعداد قائمة المتنافسين حسب تاريخ الوصول وتتوج جلستها بإعداد محضر تضمنه أعمال اللجنة.

وقد بين المشرع الجزائري مهام لجان فتح الأظرفة في المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10-236-

بقولها: « تتمثل مهمة لجنة فتح الأظرفة فيما يأتي :

- تثبيت صحة تسجيل العروض في سجل خاص،
- تعد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها، مع توضيح مضمونها ومبالغ المقترحات،
- تعد وصف مفصل للوثائق التي يتكوّن منها كل عرض،
- تحرر محضر أثناء الجلسة يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، يجب أن يتضمن التحفظات التي قد يبتها أعضاء اللجنة،
- تحدد لجنة فتح الأظرفة، عند الإقصاء، محضرا بعدم الجدوى يوقعه الأعضاء الحاضرون في حالة عدم تسلّم أي عرض « .

ب- لجنة تقديم العروض:

لقد فرض المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 125 على كل الإدارات والهيئات العمومية المستقلة وعلى مراكز البحث وجميع الهيئات الواردة في المادة 02 منه إنشاء لجنة تقييم العروض

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 150.

ليكون عملها مكملاً للجنة فتح الأظرفة ولتتمارس مهمة الرقابة الداخلية في مرحلة حاسمة من مراحل إبرام الصفقة العمومية.¹

وتعتبر مهمة لجنة تقييم العروض مهمة في غاية الخطورة إذ على أساسها سيتم معرفة المتعاقد مع الإدارة وهذا بناء على ما ورد من شروط سبق إعلانها عن طريق دفتر الشروط.

وهكذا فرض المشرع الجزائري باستحداثه للجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض رقابة سابقة على الإبرام بما يكفل شفافية إبرام الصفقة ومبدأ الجماعية في فتح الأظرفة وتقييمها وبما يضمن منافسة مشروعة بين المتعهدين أو المترشحين، ويحافظ على حقوق الخزينة العامة أمام ما تتحمّله من نفقات ناتجة عن التعاقد.²

ج- لجنة الصفقات :

وهي أهم جهاز رقابة في مجال فحص شرعية وملاءمة العقود التي تبرمها الإدارة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لبرامجها المحددة.³

وقد أشار المشرع الجزائري لهذا النوع من الرقابة في المادة 128 من المرسوم الرئاسي 10-236.

2- الرقابة الخارجية :

يتمثل هدف الرقابة الخارجية في التأكد من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما، كما ترمي أيضا إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج وهذا ما نصت عليه المادة 127 من نفس المرسوم السالف الذكر وذلك بقولها : « تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم وفي إطار العمل الحكومي، في التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الباب، للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وترمي الرقابة أيضا إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية .»

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 153.

2 : عبد الوهاب علاق، مرجع سابق، ص 56.

3 : أحمية سليمان، العقود المبرمجة في النظام القانون الجزائري والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، ص ص 203.202.

وتمارس هذه الرقابة السابقة الخارجية هيئات إدارية متخصصة هي لجان الصفقات التي تحدث لدى مصلحة متعاقدة، حيث نص المرسوم الرئاسي 10-236 في مادته 133 على إنشاء لجان الصفقات التالية :

- اللجنة الوزارية.

- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية.

- لجنة الصفقات الولاية.

- اللجنة البلدية للصفقات.

- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية .

- لجنة الصفقات الخاصة بالهيئات الوطنية المستقلة والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري

ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي والمؤسسات

العمومي ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي

والتجاري ضمن الشروط المحددة في المادة 02 من المرسوم وهي لجنة جديدة من حيث

الاستقلالية استحدثتها تعديل 2008.

3-رقابة الوصاية:

نصت عليها الفقرة 01 من المادة 127 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها : « تتمثل غاية

رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في مفهوم هذا المرسوم في التحقق من مطابقة الصفقات

التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع

الصفقة تدخل فعلا في إطار الأسبقيات المرسومة للقطاع ».

المطلب الثالث: معايير إبرام الصفقات العمومية :

إذا كان المشرع قد حوّل جهة الإدارة إبرام العقد باعترافه لها بالشخصية المعنوية الاعتبارية، فإنه من جهة أخرى قيدها بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد والمتمثلة في مبدأ العلنية والشفافية ومبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة بين المواطنين.¹

وإذا كان المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، قد وضع مجموعة من الإجراءات القانونية التي يجب مراعاتها أثناء المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية وذلك من بداية التحضير لها إلى غاية الانتهاء من تنفيذها مكرّساً مجموعة من المبادئ المتعلقة باحترام قواعد المنافسة والشفافية وحسن اختيار المتعامل المتعاقد، فإن القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المتمم بالأمر 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، قد نص على جملة من المعايير التي يجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية والتي هي مستمدة أصلاً من المرسوم السالف الذكر المتعلق بالصفقات العمومية، حيث نصت المادة 09 من القانون 06-01 على: « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تكرّس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،
 - الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،
 - إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية،
 - معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية،
 - ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية».²
- وعليه فهذه المعايير يجب أن تكرّس مجموعة من المبادئ والتي سنتناولها من خلال الثلاث الفروع الآتية، حيث نخصص الفرع الأول لمبدأي علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة والإعداد المسبق لشروط

1 : للتفصيل أنظر : عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، د ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص 172 وما بعدها.
2 : هذه المادة متممة بموجب الأمر 05-10 المتمم للقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته : أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، ص 16.

المسابقة والانتقاء. في حين نخصص الفرع الثاني في الجديد الذي حمّله المرسوم الرئاسي 10-236 وكرّسته المادة 09 من القانون 06-01 وهو إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية، أما الفرع الثالث فنخصصه لمبدأي الموضوعية والدقة في اختيار المتعامل المتعاقد والحق في ممارسة الطعن وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول : علانية المعلومات المتعلقة والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء:

إن مبدأ العلانية يعني وضع مبدأ حرية المنافسة موضوع التطبيق. إذ يعتبر الإعلان عن الصفقة إجراءً أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام الصفقات العمومية، ومن مقتضاه توجيه الدعوة إلى كافة المتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدّم بالعروض إلى الإدارة هذا من جهة.

ومن جهة أخرى وباعتبار أن الصفقة العمومية من عقود الإذعان، فإن الإدارة تقوم قبل الإعلان عن المنافسة بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بالصفقة بإرادتها المنفردة وفقاً لما يسمى بدفتر الشروط، والذي يعتبر بمثابة عقد ملزم للإدارة والمتعامل المتعاقد في حالة منحه الصفقة.¹ وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى مبدأي الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء وكذا مبدأ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، وفقاً لنصوص تنظيم الصفقات العمومية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء :

يكون الإعداد المسبق لشروط المشاركة وفقاً لدفاتر الشروط، وهي عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من البنود والقواعد والأحكام تضعها الإدارة مسبقاً وإرادتها المنفردة بما لها من امتيازات السلطة العامة حتى تطبق على عقودها وصفقاتها العمومية مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة.²

1 : أحمد محبو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 371.
2 : محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 48.

وهذه البنود تتعلق بموضوع الصفقة، طريقة منحها الوثائق المكوّنة لها والوثائق المطلوبة من المترشحين والأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد، ومعايير الاختيار وكذا الشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل تنفيذ الصفقة-وعموما يتضمن دفتر الشروط جميع الشروط التي ترم وتنفذ وفقها الصفقة.¹

فمن النادر عمليا أن يتضمّن الإعلان عن الصفقة²، كافة الشروط التي تحددها الإدارة، ولذلك فإن تحديد موضوع الصفقة والشروط المتعلقة بها وكافة بياناته إلى ما يعرف بدفتر الشروط الذي تعدّه جهة الإدارة، وفي واقع الأمر يتضمن دفتر الشروط كثيرا من أحكام العقد المزمع إبرامه.

ولذلك تعد دفاتر الشروط التي تعدها الجهة الإدارية جزء لا يتجزأ من العقد، وتمثل الشروط والمواصفات التي تحتويها أساسا للتعاقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء.³

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الصفقات على أن دفاتر الشروط تشتمل ما يلي :

1- دفاتر البنود الإدارية العامة :

وهي الدفاتر المطبقة على كل أنواع الصفقات (الأشغال العامة، التوريد، والدراسات والخدمات) الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، وتعدّ جزء أساسيا في العقود الإدارية، حيث تتضمن بنودا تنطبق على كافة عقود الإدارات العمومية، وتحدد الأحكام الإدارية العامة المتعلقة بكل أنواع الصفقات، كما تهدف لبيان الأحكام الملزمة لكل طرف، كما تحدد الاختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية.⁴

2- دفاتر التعليمات المشتركة :

كما تسمى أيضا بدفاتر الأعمال المشتركة والتي تحدد القواعد التقنية القابلة للتطبيق في فئة معينة من الصفقات، وهي دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير

1 : نفس المرجع والصفحة .

2 : المقصود هنا بالصفقة المناقصة.

3 : جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 152.151.

4 : أحمد محيو، مرجع سابق، ص 371.

المعني¹ وهي الدفاتر التي تتضمن الشروط الخاصة بكل صفقة بالتفصيل، والأحكام التي تتضمنها هذه الدفاتر ملزمة للإدارة ولا يمكن مناقشتها أو التفاوض بشأنها.

ثانيا: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية :

وإذا كان المشرع قد حوّل جهة الإدارة إبرام العقد باعترافه لها بالشخصية الاعتبارية فإنه قيدها بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد وأهمها مبدأ العلانية.

ومبدأ علانية الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية يكفل تحقيق مبدأ المنافسة الواجب توافرها.

ونظرا لأهمية الإعلان، فإن القوانين التي تنظم الصفقات العمومية على وجه العموم، والمناقصات على وجه الخصوص، تحرص على النص عليه صراحة، فقد نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الإدارة وتطلب ضرورة توافره سواء في عقود الدولة أو بالنسبة للعقود التي تبرمها المحليات².

وقد كرّس القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مبدأ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية في المادة 09 منه.

كما نصّت المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على :

« يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي الزاميا في الحالات الآتية :

- المناقصة المفتوحة،
- المناقصة المحدودة،
- الدعوة إلى الانتقاء الأولي،
- المسابقة،
- المزايدة. »

1 : المادة 10 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 : Bonnard . la passation des Marchés publics, Revue de droit public et de la science politique, n° 59, 1998, p 159

ويتضح من النص أعلاه أن المشرع الجزائري فرض اللجوء إلى الإشهار بنشر إعلان المناقصة بأشكالها المختلفة، وهذا حتى يفتح فرصة المنافسة أمام جميع العارضين ويجسد مبدأ علنية الصفقة وكذلك مبدأ المساواة بين المتنافسين.

ونظرا لأهمية الإعلان كون أن الصفقة وبالأخص المناقصة¹ لا تتم إلاّ به، فقد فصل المرسوم الرئاسي 10-236 في قواعد الإعلان وذلك بتحريره باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما يشدد على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين.²

وبالنسبة للصفقات الدولية يجب نشر الإعلانات المتعلقة بها باللغة الانجليزية بالإضافة إلى نشر الإعلان باللغتين العربية والفرنسية.³

الفرع الثاني : إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية :

يمثل قطاع الصفقات العمومية في الجزائر، أحد القطاعات الأكثر تخلفا، والفساد فيه ولا سيما الرشوة سواء على المستوى الوطني أو على مستوى الصفقات الدولية، جد كبيرة، وتشكل الرشوة في الصفقات العمومية ظاهرة عالمية منتشرة في كل أنحاء العالم، وقد برهنت أحداث السنوات الأخيرة أنّها لا تخص فقط البلدان السائرة في طريق النمو التي تعاني حكوماتها ضعفاً، ويتلقى موظفوها أجورا متدنية، بل تمتد لتشمل حتى أقصى الدول تطورا أو نمواً.

وتعطي مرحلة إبرام الصفقة الامكانية لممارسات تستهدف المنح الغير الشرعي للعقد أو الصفقة لمن يدفع أكثر، وخلال تنفيذ العقد تهدف الممارسات إلى تحصيل المبالغ المدفوعة لشراء العقد، وتحويل المال بالتواطؤ مع المتعاقد أو بمجرد الابتزاز حينما لا يكون المتعاقد متواطئا في ممارسات غير شريفة.⁴ لذا وفي مجال الكفاح ضد الفساد في ميدان الصفقات العمومية اعتمد المشرع مجموعة من الإجراءات قصد احترام قواعد ابرام الصفقات العمومية. فبعد الإعلان عن الصفقة على الوجه الذي

1 : لأن إبرام الصفقة عن طريق إجراء التراضي بنوعيه لا يشترط فيها الإعلان الصحفي./عن عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 113.

2 : أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236.

3 : تعليمية رئيس الحكومة رقم 08 المؤرخة في 26 ديسمبر 2006 تحت عنوان الصفقات العمومية.

4 : الجيلالي حجاج وآخرون، مكافحة الرشوة، رهانات وآفاق، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

سبق بيانه، فإن المقاولين أو الموردين الذين لهم حق الدخول في الصفقة والذين تتوفر فيهم الشروط التقدم بعبءاتهم إلى جهة الإدارة وفق الشروط التي يحددها القانون أو التي نصت عليها الإدارة. وقد فصلت نصوص تنظيم الصفقات العمومية في مشتملات ملفات العرض الذي يتقدم به المترشحون.

ومن بين ما اشتمل عليه ملف العرض ما يسمى بالتصريح بالنزاهة وهو الجديد الذي جاء به المرسوم 10-236، وكرّسه المشرع الجزائري في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، إذ نص عليه الأمر 10-05 المتمم للقانون 06-01.

ويعدّ إدراج التصريح بالنزاهة إجراء جوهري في إبرام الصفقات العمومية. ويلتزم بتقديمه كل متعهد وطني أو أجنبي، ويرغب في الترشح للحصول على صفقات عمومية يمتنع بموجبه عن ارتكاب أو قبول أي فعل من أفعال الفساد.

وقد جاء في التعليمية الرئاسية للوزير الأول رقم 03 المؤرخة في 21/12/2009 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد تحت موضوع الصفقات العمومية، والتي ركزت على تعزيز مبادئ الشفافية والنزاهة في إبرام الصفقات العمومية، حيث تقرّر ابتداء من الفاتح جانفي 2010، فرض تصريح بالنزاهة على كل متعاقد، وطني أو أجنبي وكذا على من يعمل بالمناولة، الراغبين في التعمّد للحصول على صفقات عمومية، هذا ويشترط العمل بهذا التصريح بالنزاهة في جميع أنواع الصفقات العمومية كلما استعملت الأموال العمومية ابتداء من المستوى المحلي إلى المستوى المركزي، وبالنسبة للمؤسسات العمومية. وفي مشاريع الصفقات التي تبادر بها المؤسسات المملوكة للدولة، أو تلك التي تملك الدولة جزءاً من رأسمالها.*

وقد جاء وفقاً لهذه التعليمية نموذج من هذا التصريح بالنزاهة، في انتظار إدراجه في قانون الصفقات العمومية.¹

* أنظر نموذج التصريح بالنزاهة المدرج بالملحق.

1 : وهو ما تمّ فعلاً، إذ تمّ الأمر 10-05 المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بإدراج شرط التصريح بالنزاهة كإجراء جوهري لإبرام أي صفقة عمومية.

وأهم ما جاء في هذا النموذج بالتصريح بالنزاهة، أن يصرّح الشريك المتعاقد بشرفه أنه لم يكن هو شخصياً، ولا أحد من مستخدميهِ، محلّ متابعات قضائية بسبب الرشوة أو محاولة رشوة أعوان عموميين.

كما يلتزم الشريك المتعاقد بعدم اللجوء إلى أي ممارسة غير نزيهة بهدف تفضيل عروضه على حساب عروض المنافسين الآخرين.

وهذا ويمتنع الشريك المتعاقد، طبقاً للقانون عن أي وعد أو منح عون عمومي بصفة مباشرة أو غير مباشرة هدايا، أو أية مزايا أخرى، بهدف تسهيل أو منح الأفضلية في معالجة ملفه على حساب المنافسة النزيهة.

وفي حالة الإخلال بهذا يتمّ اتخاذ تدابير ردعية إزاء المخالفين قد تصل إلى حد تسجيلهم في القائمة السوداء للمتعاملين، وفسخ العقد أو إلى متابعات قضائية.

وهذا ما أكدّه المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 61 ضمن القسم السادس من هذا القانون والذي جاء تحت عنوان " مكافحة الفساد " إذ نصّت هذه المادة على أنه : « دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إمّا لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتيازات مهما كانت طبيعته المناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني. ومن شأنه أن يكون سبباً كافياً لاتخاذ أي تدبير ردي آخر، يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية أو فسخ الصفقة ».

الفرع الثالث : الموضوعية والدقة في اختيار المتعامل وحق الطعن :

تعدّ الصفقات العمومية الوسيلة القانونية التي أتاحها المشرع للإدارة لإنجاز المشاريع العامة وتسيير المال العام تحقيقاً للمصلحة العامة، لذا كان لزاماً على الإدارة البحث على أنجع الطرق المتاحة، وإيجاد أحسن السبل لضمان نجاعة مشاريعها من جهة، وللحفاظ على المال العام من جهة أخرى، ولا يتم ذلك إلا بتحرّي الدقة والموضوعية في اختيار المتعامل المتعاقد المناسب لإنجاز الصفقة مع ضمان حق الطعن. وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

أولاً : الموضوعية والدقة في اختيار المتعامل المتعاقد :

لقد نصّت المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على ضرورة أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية بالإضافة إلى قواعد النزاهة والمنافسة الشريفة والشفافية على معايير موضوعية.¹

ولتحقيق ذلك ترك المشرع للمصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار الشريك المناسب لإبرام الصفقة، فتقوم بدراسة كافة العروض التي يتقدّم بها المتعهدّين. وتكوّن لنفسها فكرة عن المتعهدّ الأقدر والأنسب لتنفيذ الصفقة، من حيث الإمكانيات المادية والبشرية التي يقترحها والضمانات التي يقدمها.²

كما يؤخذ بعين الاعتبار سيرة المتعامل وخبرته في إنجاز المشاريع والخدمات المراد القيام بها، وذلك من خلال شهادة التأهيل التي يقدمها، وكذا من خلال معاملته السابقة معها أو مع مصالح أخرى لتقرير مدى جديته واحترامه لمقاييس ومدة إنجاز هذه الصفقات. ويجب النص على كل ذلك في دفتر الشروط المعد من قبل المصلحة المتعاقدة.³

1 : راجع المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 : لذا نجد المادة 36 من المرسوم 10-236 نصّت على : « يتعيّن على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية ».

3 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 127.

غير أنه وأمام هذه الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد نجد المشرع قد قيد هذه الحرية من خلال نصّه في المادة 42 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة.¹

ثانيا : الحق في ممارسة الطعن في إجراءات الصفقة :

تكريسا لمبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية أقرّ المشرع الجزائري للأعوان الاقتصاديين المتعاملين مع الإدارة الحق في الطعن في إجراءات إبرام الصفقة. وقد نصّت المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته واعتبرته من ضمن المبادئ التي يجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية.

كما أن المرسوم الرئاسي 10-236 نصّ في المادة 114 منه على طريقة ممارسة الحق في الطعن في منح الصفقة مبينا الإجراءات والمهل التي يجب مراعاتها في إيداع الطعن وفي رد السلطة المختصة عليه وهذا بالإضافة إلى حق الطعن المنصوص عليه في التشريع المعمول به والمتمثل في الطعن القضائي في إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

وطبقا لذلك فإن الطعن هو وسيلة وضعها المشرع في متناول كل متعهدٍ يحتجّ بها على الاختيار التي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار الإعلان عن المناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الاستشارة. إذ يلزم كل طاعن بتقديم طعنه في ظرف 10 أيام من تاريخ نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، وعلى لجنة الصفقات الفصل فيه في ظرف 15 يوم من تاريخ انقضاء 10 أيام المخصصة للطعن.

زيادة على ذلك يمكن لكل متعهدٍ مترشّح للصفقة أن يحتجّ على طريقة اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها في إطار إبرام الصفقة المراد إبرامها عن طريق الطعن القضائي، ويتم الأمر برفع

1 : أنظر المادة 42 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

دعوى قضائية أمام القضاء الإداري باعتباره الجهة المختصة قانوناً في فض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

ولا يعدّ الطعن المسبق أمام لجان الصفقات إجراءً إلزامي قبل اللجوء إلى القضاء إذا يمكن للمتعهّد الطعن مباشرة أمام القضاء دون اللجوء إلى اللجان المختصة، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة.¹

1: قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 07/06/2005-ملف رقم 21173، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 89.

لقد تفاقمت آفة الفساد¹ في خطورتها وآثارها السلبية على الحياة العامة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأمنية لمجتمعات والدول في العالم بصورة متزايدة، فهكذا تطورت هذه الآفة من مجرد مظهر من مظاهر البيروقراطية الإدارية ثم إلى جريمة قانونية، لتتحول بعد ذلك وبفعل تشابك وتعقد أسبابها ومظاهرها وآثارها وخطورتها وعولتها إلى ظاهرة بالغة الجساماة والخطورة على المصالح العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية في جميع دول العالم بدرجات مختلفة، الأمر الذي أصبحت فيه هذه الظاهرة قاسم مشترك بين الدول يتطلب التعاون والتكاتف الدولي والإقليمي للوقاية منه ومكافحته بكافة الأساليب والوسائل والإجراءات الوقائية والعلاجية التربوية والثقافية والإدارية والقانونية والسياسية والقضائية بصورة متكاملة متناسقة ومستمرة.²

والدولة الجزائرية قد تفتنت إلى خطورة هذه الظاهرة منذ البداية وعندها كانت التدابير الاقتصادية في ظل النظام الاشتراكي، ولذلك تسلحت منذ البداية بنظام رقابي شامل ومحكم مسنود الترسانة من النصوص القانونية التي بلورت بصورة مبكرة الجرائم الاقتصادية وتوسعت في نطاقها حماية للاقتصاد الوطني و المال العام وبدعم من النظام القضائي.³

وقد حصرت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،⁴ و الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد أنشطة وأفعال محددة لتصنيفها كجريمة فساد دون اعتماد على تعريف قانوني محدد للفساد. وتشمل جرائم الرشوة، استغلال الموظف سلطته ونفوذه، غسل الأموال، الاختلاس، المحاباة، الاتجار بالمعلومات السرية للدولة، التلاعب بالمشتريات و المبيعات الحكومية، إثراء الموظف غير المشروع، الإضرار

1 : من أكثر تعريفات الفساد دقة تعريف المنظمة الدولية للفساد الذي يحدد الفساد بإيجاز بأنه : إساءة استعمال السلطة التي أوتمن عليها لمكاسب شخصية- www.Transparency.org.hayont/Misuse_of_entrusted_power_for_private_gain
2 : محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، دط، جامعة نايف للعلوم الأمنية الرياض، 2007، ص9.
3 : مجلة الفكر البرلماني، جانفي 2006، العدد الحادي عشر، دور البرلمان في الوقاية من الفساد، ص 186.
4 : اعتمدت هذه الاتفاقية بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر 2003 ودخلت حيز التنفيذ في 14 ديسمبر 2005 عدد الدول الأطراف فيها 104.

بالعدالة، التهرب من الضرائب، التبرعات السياسية غير المشروعة و التستر على جرائم ضد البيئة و صحة الإنسان.¹

وبالرجوع إلى المشروع الجزائري وفي إطار مكافحة الفساد نص من خلال القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتتم بالأمر 10-05 و المؤرخ في 26 أوت 2010 المتعلق بالفساد وقد جاء ذلك بالباب الرابع من هذا القانون و المعنون بـ : " التجريم و العقوبات و أساليب التحري _ رشوة الموظفين العموميين " .

والجزائر على غرار باقي الدول صادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب مرسوم رئاسي.² ما وضعها في خانة الالتزام بالمسؤولية الدولية من جهة، ومن جهة أخرى الخضوع لنص المادة 133 من الدستور التي تمنح لمثل هذه الاتفاقيات المصادق عليها من رئيس الجمهورية المكانة الكاملة والسامية تعلق حتى التشريع العادي (القانون).³

وتبعاً لذلك فقد نص قانون مكافحة الفساد على مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال كل من المادة 26 الفقرتين 1 و 2 التي جاءت تحت عنوان " الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية " ، و المادة 27 التي جاءت تحت عنوان " الرشوة في مجال الصفقات " إضافة إلى ما نصت عليه المادة 35 المتعلقة بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية و التي تعد صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية و هي نفس المواد التي كان يشملها قانون العقوبات من خلال المواد 123، 124، 125، 128 مكررو التي ألغيت بموجب المادة 71 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

كما لم يكتف المشرع الجزائري في تجريم أنماط الفساد عموماً على الأشكال التقليدية المعهودة في ظل التشريع السابق،⁴ بل استحدثت قواعد جديدة و أحكام تساهل القواعد و الأحكام التي جاءت بها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

1 : محمد الأمين البشري مرجع سابق ، ص 18.

2 : صادقت الجزائر على الاتفاقية، بموجب المرسوم الرئاسي 04-128 المؤرخ في 19/04/2004.

3 : تنص المادة 132 من دستور 1996 على : « المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون ».

4 : ويقصد به قانون العقوبات الجزائري.

وعموما يمكن تحليل هذه القواعد إلى قواعد متعلقة بالتجريم و قواعد تتعلق بالعقاب أو الجزاء المقرر لكل نمط تجريمي.

ونظرا لقلّة و ندرة البحوث و المؤلفات التي تناولت موضوع الفساد عموما في التشريع الجنائي الجزائري، كونها حديثة النشأة، ولم تدخل حيز الوجود إلا في فبراير 2006 وقلّة المراجع و المؤلفات المتناولة لجرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص، فقد اعتمدت في توضيح أهم هذه القواعد على نصوص قانون الوقاية من الفساد و مكافحته. مع شرح بعض الباحثين في هذا المجال.

ولمحاولة الإحاطة الكافية بمختلف صور الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية في ظل التشريع الجزائري أي في ظل قانون من الوقاية من الفساد و مكافحته. فقد ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول القواعد الموضوعية للتجريم في مجال الصفقات العمومية، لنعرج في المبحث الثاني للقواعد الموضوعية على مستوى الجزاء أو العقاب لكل نمط تجريمي، ومن ثم تكون خطة هذا الفصل وفق التقسيم التالي :

- المبحث الأول : القواعد الموضوعية للتجريم في مجال الصفقات العمومية .
- المبحث الثاني : القواعد الموضوعية للعقاب في مجال الصفقات العمومية .

المبحث الأول: القواعد الموضوعية للتجريم في مجال الصفقات العمومية:

لقد بدأت التشريعات الحديثة تدرج ضمن منظوماتها الداخلية ما يسمى بآليات إدماج القواعد والتوصيات الدولية المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وحتى على مستوى قواعد الاتفاقية فإن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وفي صدر نصوصها نجدتها تحت الدول الأطراف باتخاذ ما هو ممكن من تدابير وإجراءات قصد تحقيق أغراض هذه الاتفاقية وعلى رأسها تدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأنجع مع تعزيز النزاهة والإدارة السليمة للشؤون والممتلكات العمومية، والجزائر كبقية الدول ووفاء منها لالتزاماتها الدولية.¹ وإرادة منها لمكافحة أشكال وأنماط الفساد، سنت القانون الخاص الذي يعني بالوقاية من الفساد ومكافحته كما استحدثت أحكام وقواعد موضوعية وإجرائية لم تعرف من قبل في التشريع الجنائي السابق.

ولما كانت الصفقات العمومية أهم مسار تتحرك فيه الأموال العمومية والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية من أجل تسيير هذه الأموال فهي تعد المجال الخصب للفساد بصوره. لذا جرم المشرع الجزائري المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام الصفقات العمومية وأدرجها ضمن جرائم الفساد.

وعليه سيتم في هذا المبحث دراسة القواعد الموضوعية للتجريم في مجال الصفقات العمومية، حيث نخصص مطلب لكل جريمة من جرائم الصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد وكافحته. ومن ثم سيتم دراسة هذا المبحث في المطالب الآتية :

- المطلب الأول: جنحة المحاباة.
- المطلب الثاني : جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.
- المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.
- المطلب الرابع: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية.

1 : وفي هذا السياق صادقت الجزائر بتاريخ 05 فبراير 2002 على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية، والتي نصت في مادتها 08 على جرائم الفساد وفي المادة 09 على تدابير مكافحته.

المطلب الأول: جريمة المحاباة:

جنحة المحاباة هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد التي حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة. وستتناول في هذا المبحث مفهوم جريمة المحاباة في الفرع الأول في حين نخصص الفرع الثاني لدراسة أركان هذه الجريمة.

الفرع الأول: مفهوم جريمة المحاباة:

يطلق على هذه الجريمة كذلك اسم "جنحة المحاباة *délit favoritisme*"، وهي الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 26 فقرة 1 من قانون مكافحة الفساد التي حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة 01 من قانون العقوبات الملغاة، والتي تقضي بـ: « يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج 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». وهناك تلازم أو تصاحب بين جنحة المحاباة مع جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية. فقد عرضت على القضاء الفرنسي قضايا تخص أمناء السلطة العامة كانت لهم مصالح في المؤسسات التي استفادت من الصفقات العمومية ومع ذلك فقد تمسك القضاء بجنحة المحاباة فحسب.

وهكذا قضى بإدانة رئيس البلدية من أجل جنحة المحاباة في قضية بوشرت فيها المتابعة من أجل أخذ فوائد في عملية بالرغم من أن الصفقة قد خصصت لحرفيين كانوا أعضاء في المجلس البلدي وذلك إثر مخالفات تتمثل أساسا في اللجوء إلى مناقصة ضيقة المجال غير مبررة وتعديل العروض بعد فتح الظروف.¹

كما أدين عضو في مجلس بلدي من أجل الإخفاء في جنحة المحاباة إثر حصول الشركة التي يشترك فيها على صفقة بعد ما شارك في كل إجراءات منحها. كما أدين من أجل هذه الجنحة، فحسب

1 : أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الطبعة التاسعة، دار هومة، الجزائر، 2008، الجزء الثاني، ص 122.

رئيس البلدية الذي منح بطريقة تعسفية صفقات إلى مؤسسات يديرها ابنه ومن بينها كانت ملكه. كما أدين من أجل هذه الجنحة، فحسب رئيس البلدية الذي منح تلقائيا كل الصفقات إلى صهره. وبالمقابل أدين رئيس بلدية من أجل جنحة أخذ فائدة بصفة غير قانونية من صفقة، على أساس أنه وقع بصفته هذه عقدا مع مؤسسة قام فيها زوج ابنته بإنجاز عملية أداء خدمات على أساس أن رئيس البلدية حصل عمدا على مصلحة في عملية هو مكلف بها، بصرف النظر عما إذا كان رئيس البلدية لم يحصل على أية فائدة مالية مباشرة في هذه القضية.¹

وإذا كنا لم نعثر في ما نشر من القضاء الجزائري حالات نستشهد بها فإننا وجدنا في القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة للأعمال المخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية في مجال الصفقات العمومية، نورد نماذج منها في ما يأتي، علما أن التشريعين متطابقين في هذا المجال.

فقد تعددت وتنوعت الوسائل المستعملة للإخلال بقواعد الوضع في المنافسة والمساواة في معاملة المترشحين. وقد استعملت هذه الوسائل سواء قبل الشروع في الاستشارة، أو أثناء إجراءات المناقصة، أو بعد تخصيص الصفقة.²

أولا: قبل الشروع في الاستشارة:

أخذت الجريمة الصور الآتي بيانها:

1- اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير، أي الصفقات التي لا تطلب شكليات أولية، وذلك عن طريق تجزئة الصفقات ويلجأ إلى هذه الوسيلة لتفادي إجراءات الوضع في المنافسة عندما لا يفوق الحد الأقصى للطلبات مستوى معيناً.³ وذلك عن طريق تجزئة الصفقة. وغالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة وتكون هذه الفواتير عموما من فعل شركات تابعة أو صديقة للشركات المستفيدة من الصفقة وتحتوي على بيانات مزورة في المبلغ أو التاريخ أو طبيعة أداء الخدمات وذلك من أجل إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب إجراء مناقصة لم يتم بلوغه في حين أن الأشغال المنجزة تفوق ذلك المبلغ.

2- عدم إجراء الوضع في المنافسة أو حصرها ويتم ذلك عن طريق ما يأتي:

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 124.

2 : نفس المرجع والصفحة.

3 : أنظر المادة 05 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- اللجوء إلى إجراء التراضي بدعوى أن المشروع يتطلب مهارة خاصة.
- اللجوء المتعسف فيه إلى مناقصة محدودة في حين أن خصائص المشروع والتقنيات التي يتطلبها إنجازها لا يبرران حصر عدد المؤسسات المقبولة لتقديم عرض.

ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسي أن الجريمة تقوم بحذف وإلغاء أداء بعض الخدمات أو تعديل مواصفات الصفقة المحددة ابتداء، وذلك بعد فتح العروض، مخالفة لدفتر الشروط، متى كان ذلك يهدف إلى تمكين المؤسسة المميزة عن غيرها من تخفيض عرضها حتى يصبح أحسن عرض، في حين لم يتم استشارة باقي المترشحين لترتيب عروضهم.¹

3- الإبعاد التعسفي لبعض المترشحين :

يجب أن تفحص عروض المترشحين بنفس الموضوعية وتختار المؤسسة التي اقترحت أحسن عرض بالنظر إلى العلاقة بين السعر المقترح ووجود أداء الخدمات، فإذا لم يقع الاختيار على من اقترح أحسن عرض وجب تبرير هذا الاختيار وإلا اعتبر محاباة.

4- المخالفات المرتكبة بمناسبة انعقاد لجنة المناقصة :

تهدف القواعد المتعلقة بتشكيلة اللجنة وبإجراءات فحص الترشيحات والعروض إلى ضمان شفافية وحياد انتقاء المؤسسة التي يقع عليها الاختيار، وعدم مراعاة هذه القواعد يتم عن نية تبجيل مؤسسة أي تفضيلها على غيرها، ومن هذا المنطلق قضى بقيام الجريمة في الحالات التالية :

أ- عدم احترام في إطار مناقصة محدودة، أحكام المادة التي تقابل المادة 25 من قانون الصفقات العمومية، والعمل على فتح العروض من قبل المجلس البلدي الذي يوجد ضمن تشكيلته المقاولون المعينون والطلب من أحدهم بعد فتح العروض، اقتراح عرض بخصوص حصة لم يكن مرشحا لها وذلك من أجل تخصيص الصفقة لمؤسسة محلية.

ب- التحديد التعسفي للمبلغ الأقصى للصفقة وذلك للتمكن من الإعلان بأن المناقصة غير مجددة.

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 125.

ج- تسريب معلومات امتيازية لبعض المترشحين لتمكينهم من ترتيب عرضهم وفق ما هو مطلوب سواء بحكم انتمائهم للجمعيات التي تصوت على المشروع أو بحكم كونهم أعضاء في لجان المناقصة أو بحكم مشاركتهم في تحرير دفتر الشروط.¹

ثانياً- أثناء فحص العروض:

أخذت الجريمة المظاهر الآتية :

1- تعديل العروض:

كرس قانون الصفقات العمومية مبدأ عدم المساس بالعروض، وذلك لتفادي ترتيب المؤسسات لعروضها تبعاً للعناصر التي لم تكن قبل المناقصة خاصة عروض المترشحين الآخرين، والفوز هكذا بالصفقة.²

ويهدف هذا المبدأ إلى ضمان المساواة في الحظوظ بين المترشحين، فيتعين على كل واحد منهم تقديم عرضه بالنظر إلى المعايير المتعلقة بالصفقات ليس إلا، ودون الأخذ بعين الاعتبار العرض الذي قدمه منافسوه، وهكذا يرتكب جنحة المحاباة من تفاوض مع بعض المترشحين بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عرضهم حتى يضعوا أنفسهم موضع من يقترح أحسن عرض وذلك بتقديم كشف جديد.³

2- تعديل موضوع الصفقة:

ينص قانون الصفقات العمومية على أنه لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض وأثناء تقييم العروض، لاختيار الشريك المتعاقد.⁴

3- تشكيل لجنة صفقة فرعية مخالفة لأحكام قانون الصفقات:

وذلك حتى ينفرد الأعضاء الذين لهم حق التداول باختيار المؤسسة المرشحة للفوز بالمشروع ووضع باقي الأعضاء الذين لا يتمتعون بحق التصويت أمام الأمر الواقع. وكذلك عدم تحرير التقرير حول سياق الإجراءات⁵، مما يستحمل معه ممارسة الرقابة على الشرعية.

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص ص 125.126 .

2 : المادة 58 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

3 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 125.

4 : المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

5 : المادتان 42، 128 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

- 4- عدم مسك سجل إيداع العروض
- 5- عدم احترام القواعد المتعلقة بانتخاب أعضاء لجنة المناقصة.
- 6- قبول إجراء فتح العروض التي وصلت خارج الأجل المحدد لها مخالفة للقانون.
- 7- فتح الظرف الثاني في حين لا تتوفر في المترشحين معايير الانتقاء الذي يضمنها الظرف الأول فكان المفروض إبعادهم في هذه المرحلة .

ثالثا - بعد تخصيص الصفقة :

يتعلق الأمر هنا أساسا بتنظيم صفقات تصحيحية و صفقات التسوية مخالفة للتشريع والتنظيم الساري الجاري العمل به أو في إبرام ملحقات تهدف إلى العودة إلى الثمن الأول للصفقة الذي تم تخفيضه لتفضيل مؤسسة عن باقي المؤسسات المنافسة لها.¹

1- الصفقات التصحيحية :

تخصص بعض الصفقات بدون مراعاة إجراءات الوضع في منافسة ويتم تسويقها كي تظهر في مظهر الشرعية، بتنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي يكون فيه الأشغال قد أنجزت. وغالبا ما تقام البيئة على أن الأمر يتعلق بصفقة تصحيحية إثر اكتشاف فواتير تحمل تاريخ سابق للشروع في الاستشارة تتعلق بالأشغال المحددة في المناقصة الوهمية، أو بفضل اكتشاف كشف الأشغال المحرر من قبل مصالح الأشغال العمومية الذي يستند إليه في الفوترة الإجمالية للصفقة، والذي يشهد بأن الأشغال قد تم إنجازها قبل الشروع في المناقصة الضيقة المجال.²

كما أقيم الدليل على وجود صفقة تصحيحية إثر اكتشاف تنظيم وضع في المنافسة صوري عن صفقة متفاوض عليها أو عند اللجوء إلى صفقة متفاوض عليها بالرغم من أن مبلغ الصفقة يفوق ما هو مسموح به قانونا،³ بذريعة غير مبررة مفادها أن المؤسسة واحدة قادرة على تحقيق أداء الخدمات المطلوبة في حين أن هذه المؤسسة كانت قد أنجزت كل الأشغال التي تتضمنها الصفقة .

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 127.

2 : نفس المرجع والصفحة.

3 : أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2- الملحقات:

يتم اللجوء أيضا إلى الملحقات من أجل تخصيص أشغال إضافية لمؤسسة يتم اختيارها بدون اللجوء إلى إجراءات جديدة لعرض الصفقة على المنافسة، وهي الإجراءات المطلوبة إذا كان من شأن الملحق أن يحدث اضطرابا في السوق. وهكذا قضي بقيام الجريمة في قضية تتلخص وقائعها بعدم تعديل محل الصفقة بصفقة غير شرعية وذلك بإلغاء أداء الخدمة من أجل تفضيل مؤسسة، ثم بعدها إبرام ملحق مع تلك المؤسسة لإعادة أداء تلك الخدمة بغية العودة إلى الصفقة الأولى.

وبوجه عام لا تقوم الجريمة لا إذا كان للمخالفات المرتكبة تأثير على تخصيص الصفقة المبرمة وعلى القرار الصادر بشأنها و مجمل الأحكام القضائية تستخلص توافر تلك العلاقة من الواقع.¹

الفرع الثاني: أركان جريمة المحاباة:

لا جدال أن للجريمة ركنا ماديا و ركنا معنويا, وذلك لأنها سلوك إرادي مصدره الإنسان-وهي كأى سلوك إنساني- لها جانبان مادي خارجي نلمسه في الكون المحيط وجانب باطني داخلي يعبر عن نفسية مرتكبها وهذان الجانبان ليسا سوى الركن المادي و الركن المعنوي، ولا بد من اجتماعهما حتى تقوم الجريمة وتختلفهما أو تختلف أحدهما يتركب عليه تخلف الجريمة، فكلاهما إذا جزء فيها.²

فالركنان المادي والمعنوي يكونان الأركان العامة وهي تلك التي تشترك لصفقتها جميع الجرائم، أما الأركان الخاصة فهي التي تتميز بها كل جريمة عن الأخرى - وتعتبر الأركان الخاصة بكل جريمة بمثابة العناصر التي تدخل في تكوين الأركان العامة، وهناك جانب من الأركان الخاصة ببعض الجرائم يسبق السلوك المكون لها أو يعاصره ويترتب على تخلف أحدهما عدم قيام الجريمة و يطلق على هذه الأركان الخاصة الجانب المفترض أو الركن أو الشرط المفترض ومن الأمثلة على ذلك اشتراط توافر صفة الموظف العام في جريمة الرشوة والاختلاس.³

وتقوم جريمة المحاباة على توافر الأركان الآتية: صفة الجاني والركن المادي والقصد الجاني وستتطرق لكل ركن على حدى من خلال النقاط الآتية :

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 127.
2 : علي عبد القادر الفهوجي، شرح قانون العقوبات-القسم العام، دراسة مقارنة، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 48
3 : نفس المرجع، ص 51.

أولاً: صفة الجاني:

تتشرك جميع جرائم الفساد في ركن مفترض هو صفة الجاني. وتمتاز جرائم الفساد في مجملها بكونها من جرائم ذوي الصفة، التي تقع إلا من شخص يتصف بصفة معينة وهي الموظف أو من في حكمه أي ما اصطلح على تسميته في القانون المتعلق بالفساد ومكافحته بالموظف العمومي، وهو ذات المصطلح المعتمد لدى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

وقد حصرت المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد صفة الجاني في الموظف العمومي حيث يمثل الركن المفترض فيها وفي باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون .

ولذلك سنوضح في هذا المقام تعريف الموظف العمومي وفقاً لقانون الفساد في هذه الجريمة مع الإحالة إليه في باقي الجرائم التي سنتطرق إليها والتي تكون فيها صفة الجاني موظفاً عمومياً.

والجدير بالذكر أن قانون العقوبات سواء الجزائري أو المصري لم ينص على معنى الموظف العام في صدد الأفعال المجرمة التي يمكن ارتكابها مكتفياً بذكر صفة العمومية. وذلك خلافاً لما نص عليه القانون الإيطالي في 1930 في المادة 357 منه على التعريف بالموظفين العموميين¹ بالقول أنهم: « الأشخاص الذين تستخدمهم الدولة أم الهيئات العامة بصفة دائمة أو مؤقتة لقيام بعمل تشريعي أو إداري أو قضائي، وكل شخص يؤدي عملاً تشريعياً أو إدارياً أو قضائياً بصفة دائمة أو مؤقتة بمكافأة أو بدون مكافأة أو بموجب التزام».

كما أن القانون الفرنسي عرف الموظف العام بقوله أنه الشخص الذي يكلف من قبل السلطة الإدارية بالقيام بخدمة في مرفق عام أو مصلحة عمومية.²

هذا ويشترط الاعتبار الشخص موظفاً عاماً ما يلي :

1 - أن يكون قائماً بعمل دائم، فالمعيار في تحديد كون الوظيفة دائمة أم لا، هو بحسب طبيعة الوظيفة والعلاقة التي تقوم بها بين الموظف والدولة على أن يكون لها درجة في الميزانية، أو أن تكون بالتالي داخلية في التدرج الهرمي للدرجات المقررة في الوزارة أو المصلحة، ولا يشترط أن يتقاضى

1 : نصت المادة 357 من قانون العقوبات الإيطالي الصادر في 1930 على :

« En garde au droit pénal quiconque exerce fonctions publiques dans le secteur législatif judiciaire et administratif sera considéré comme un agent publique ».

2 : أحمد أبو الروس، قانون جرائم التزوير والتزوير والرشوة واختلاس المال العام، دط، المكتبة الجامعية الحديثة، الاسكندرية، 1997، ص 84.

راتبا عن عمله من خزينة الدولة لأن الراتب ليس من الخصائص اللازمة للوظيفة العامة أو شرطا من الشروط الواجبة في اعتبارها. وعلى هذا الأساس أقر القضاء الإداري بصفة الموظف العام للذين يشغلون وظائف دائمة بمقتضى عقود محددة المدة ويعتبرون موظفين عموميين.¹

2- أن يقوم بهذا العمل الدائم في خدمة مرفق عام تديره سلطة إدارية، سواء أكانت هذه السلطة هي الإدارة المركزية أو الإدارة المحلية أو الإدارة المرفقية ممثلة في المؤسسات العامة، كما يستوي أن يتبع الموظف السلطة التنفيذية المركزية أو السلطة اللامركزية والمصلحة أو السلطة القضائية أو التشريعية.

وعلى هذا الأساس لا يعتبرون موظفين عموميين الأشخاص الذين يعملون في خدمة المرافق التي تدار بطريقة الامتياز أو بطريق الاقتصاد المختلط، فلا يعتبر بواب العمارة التي يملكها وقف تشرف عليها وزارة الشؤون الدينية موظفا عاما لأن الوزارة هنا تدير شؤون الوقف لا بوصفها سلطة عامة.² وقد استقر فقهاء القانون الإداري على تعريف الموظف العام على أنه: «الشخص الذي يعين بصفة مستمرة غير عارضة للمساهمة بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو الحكومة أو السلطات اللامركزية بالطريق المباشر».³

فالموظف العام هو كل من يتم تعيينه بصفة عامة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص التابعين لها بالطريق المباشر.⁴

ويقصد بالموظف العام وفق ما اتفق عليه الفقه والقضاء هو كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام يديره شخص معنوي عام أو يدار بطريق الإدارة المباشرة.⁵

وقد كانت المادة 128 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، قبل إلغائها تتحدث عن كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام، مما يحمل على الاعتقاد بأنه ليس بالضرورة أن يكون الجاني موظفا أو من في حكمه، على اعتبار أنه من الجائز أن تلجأ إدارة

1 : أحمد أبو الروس، مرجع سابق، 84.

2 : أنور العمروسي وأمجد العمروسي، جرائم الأموال العامة وجرائم الرشوة، دون طبعة، النشر الذهبي للطباعة، مصر، 1996، ص 132.

3 : بلا أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 17.

4 : نفس المرجع، ص 11.

5 : محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 20.

عمومية أو هيئة عمومية إلى شخص يمارس مهنة حرة، كأن يكون مستشارا أو صاحب مكتب دراسات، وتكلفه بإنجاز عملية معينة تقتضي منه إبرام عقد مع الغير لصالح الجهة المستخدمة.¹ وقد عرف قانون الوقاية من الفساد و مكافحته من خلال المادة 02 فقرة ب منه الموظف العمومي بقولها: « كل شخص يشغل منصبا تشريعا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء كان معيناً أو منتخبا أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

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

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

وهذا التعريف مستمد من المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل 2004. وهو يختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي الذي جاء به الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة العمومية والذي نص على تعريفه في المادة 04 فقرة 01 بقوله: « يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري».

وبهذا التعريف يكون قانون مكافحة الفساد قد حدد مختلف الفئات التي تدخل ضمن مفهوم الموظف العمومي. ويمكن تقسيمها إلى 04 فئات تتناول كل منها بشيء من التفصيل على اعتبار أن صفة الجاني تعد ركنا في جنحة المحاباة. كما أن التكييف القانوني السليم لهذه الجريمة ولغيرها من جرائم الفساد يتوقف بداية على تحديد صفة الجاني إن كان موظفا أم لا في نظر قانون الفساد.

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 112.

الفئة الأولى: ذوو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية:

يعدّ موظفا عموميا كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا، ويستوي أن يكون معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر وبصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

1- الشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا :

ويقصد به أعضاء السلطة التنفيذية وعلى رأسهم رئيس الجمهورية الذي يكون منتخبا.

- رئيس الحكومة، المعين من قبل رئيس الجمهورية.

- أعضاء الحكومة (الوزراء و الوزراء المتدبون) وكلهم معينون من قبل رئيس الجمهورية.

الأصل أن لا يسأل رئيس الجمهورية عن الجرائم التي قد يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى، ويحال في هذه الحالة إلى المحكمة العليا للدولة، المختصة دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية.¹

- أما رئيس الحكومة، فإذا كان جائزا مساءلته جزائيا عن الجنايات والجنح التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته مهامه، بما فيها جرائم الفساد، فإن محاكمته تظل معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها لمحاكمته.

- في حين يجوز مساءلة أعضاء الحكومة عن جرائم الفساد أمام المحاكم العادية.²

2- الشخص الذي يشغل منصبا إداريا :

ويقصد به كل من يعمل في إدارة عمومية، سواء كان دائما في وظيفته أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن أقدميته.

وينطبق هذا التعريف على فئتين :

- العمال الذين يشغلون منصبهم بصفة دائمة.

- العمال الذين يشغلون منصبهم بصفة مؤقتة.

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص08.

2 : المادة 573 من الأمر 66-155 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

أ- العمال الذين يشغلون منصبهم بصفة دائمة :

و يمثل كل شخص يحمل صفة موظف عمومي. بمفهوم المادة 04 فقرة 01 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية التي تنص: « يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، ورسم في رتبة السلم الإداري»، وهو التعريف المكرس في القانون الإداري. ويستخلص من خلال النص أعلاه أنه لكي يحمل صفة الموظف يشترط توافر أربعة عناصر هي:¹

- أن يكون معيناً في وظيفة عمومية سواء كان التعيين بموجب قرار وزاري أو مرسوم رئاسي.
- أن يقوم بعمل دائم.

- أن يكون مرصفاً برتبة في السلم الإداري.
- أن تمارس نشاطاً في مؤسسة أو إدارة عمومية.

ويقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها، والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية تمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون.²

ب- العمال الذين يشغلون مناصبهم بصفة مؤقتة:

ويقصد بهم عمال الإدارات والمؤسسات العمومية الذين لا تتوفر فيهم صفة الموظف، بمفهوم القانون الإداري، كالأعوان المتعاقدين والمؤقتين.

وتأسيساً على ما سبق، يشمل مصطلح الشخص الذي يشغل منصباً إدارياً، بمفهوم المادة 02 من القانون المتعلق بالفساد:

- الموظفين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية، كما عرفتهم المادة 04 من القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية،

- العمال المتعاقدين والمؤقتين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية.³

1 : المادة 02 فقرة 02 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية المؤرخ في 15 يوليو 2006، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

2 : بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 17.

3 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 13.

3- الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا:

والمقصود به القاضي بالمفهوم الضيق وليس بالمفهوم الواسع، كما الحال في المادة 119 من قانون العقوبات في ظل التشريع السابق، فلا يشغل منصبا قضائيا إلا القضاة كما عرفهم القانون الأساسي للقضاء، وهم فئتان:

أ- القضاة التابعون لنظام القضاء العادي، ويشمل هذا السلك، بالرجوع إلى المادة 02 من القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم وكذا القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل.¹

- القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري، ويتعلق الأمر بقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية. كما يشغل منصبا قضائيا المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات والمساعدون في قسم الأحداث وفي القسم الاجتماعي، بحكم مشاركتهم في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية المذكورة. وبالمقابل لا يشغل منصبا قضائيا لا قضاة مجلس المحاسبة،² ولا أعضاء المجلس الدستوري ولا أعضاء مجلس المنافسة.

بينما يقصد بالضابط العمومي الشخص الذي يتولى وظيفته بمقتضى قرار من السلطات العمومية، ويمارسها لحسابه الخاص، ويدخل ضمن هذا التعريف على وجه الخصوص الموثق والمخضر القضائي، ومحافظ البيع بالمزاد العلني... الخ.

ولالإشارة فإن تعريف الموظف العمومي كما ورد في الفقرتين 1 و 2 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته لا يشمل مصطلح الضابط العمومي، ومع ذلك فهم يتولون وظيفتهم بتفويض من قبل السلطة العمومية، ويحصلون على الحقوق و الرسوم المختلفة لحساب الخزينة العامة، الأمر الذي يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن من في حكم الموظف العمومي.³

1 : أنظر المادة 02 من الأمر 95-23 المؤرخ في 26/20/1995 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة.

2 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 13.

3 : نفس المرجع، ص 46.

ويرى البعض أنه يؤخذ في حكم الموظف العمومي، المحكمون والخبراء، كما يعتبر العاملون بالقطاع العام في حكم الموظفين العموميين، وكذلك الأطباء والجراحين و القابلات والشهود إذا ما شهدوا زورا مقابل وعد أو عطية.¹

الفئة الثانية : ذوو الوكالة النيابية :

يتعلق الأمر بالشخص الذي يشغل منصبا تشريعيا أو المنتخب في المجالس الشعبية المحلية.

1- الشخص الذي يشغل منصبا تشريعيا:

ويقصد به العضو في البرلمان بغرفتيه: المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة سواء أكان منتخبا أو معيناً.

فبالنسبة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني فكلهم منتخبون عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري.² أما أعضاء مجلس الأمة فثلث أعضائه منتخبون عن طريق الاقتراع غير المباشر و السري و الثلث الآخر معينون من طريق رئيس الجمهورية.³

2- المنتخب في المجالس الشعبية المحلية:

ويقصد به كافة أعضاء المجالس الشعبية البلدية و المجالس الشعبية الولائية.من فيهم الرئيس .

الفئة الثالثة : من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية ذات رأس مال مختلط: ويتعلق الأمر بالعاملين في الهيئات العمومية أو في المؤسسات العمومية أو في المؤسسات ذات رأس المال المختلط أو في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية و الذين يتمتعون بقسط من المسؤولية. وتقتضي هذه الصفة أن ينتمي الجاني إلى أحد الأشخاص المعنوية غير الدولة و الجماعات المحلية و أن يكون قسط من المسؤولية على النحو الآتي بيانه:⁴

1- الهيئات العمومية :

1 : أحمد فتحي سرور. الوسيط في قانون العقوبات-القسم الخاص- الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، دط، القاهرة، 1979، ص170.

2 : المادة 101 دستور 1996.

3 : المادة 101 فقرة 02 دستور 1996.

4 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 14.

و يقصد بها كل شخص معنوي عام آخر غير الدولة و الجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عمومي. ويتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهيئات الضمان الاجتماعي، -فضلا- عن بعض الهيئات المتخصصة كهيئات الضمان الاجتماعي.¹

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأساسي العام للوظيفة يعتبر العاملين في المؤسسات العمومية المذكورة المعينين في وظيفة عامة والمرسمين في رتبة السلم الإداري، موظفين، و على هذا الأساس فهم يدخلون في فئة من يشغل وظيفة إدارية. كما ينطبق مفهوم الهيئة العمومية على السلطات الإدارية المستقلة كمجلس المنافسة و سلطة ضبط البريد و المواصلات و سلطة الكهرباء والغاز و سلطة ضبط المحروقات.

2- المؤسسات العمومية :

ويتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي حلت محل الشركات الوطنية بموجب قانون توجيه المؤسسات العمومية.

وقد عرفت المادة 02 من الأمر 04-01 المؤرخ في 20-08-2001 المتعلقة بتنظيم المؤسسات الاقتصادية على النحو الآتي: «شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة. و هي تخضع للقانون العام». وتشمل هذه الفئة كل المؤسسات العمومية الاقتصادية التي كانت تعرف بالشركات الوطنية التي تنشط في مجالات الإنتاج و التوزيع والخدمات. بما فيها مؤسسات "سوناطراك و سونلغاز" و البنوك العمومية و شركات التأمين و الخطوط الجوية الجزائرية.²

3- المؤسسات ذات رأس المال المختلط :

ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي فتحت رأس مالها الاجتماعي للخوادم، سواء كانوا أفرادا أو شركات، مواطنين جزائريين أو أجانب عن طريق بيع بعض الأسهم في السوق أو التنازل عن بعض رأس مالها.³ ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي فتحت رأس مالها

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص 15.

2 : نفس المرجع، والصفحة.

3 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص 15.

الاجتماعي للخواص، سواء كانوا أفراداً أو شركات، مواطنين جزائريين أو أجانب عن طريق بيع بعض الأسهم في السوق أو التنازل عن بعض رأس مالها.

4- المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية :

ويتعلق الأمر أساساً بالمؤسسات من القانون الخاص تتولى تسيير مرفق عام عن طريق ما يسمى عقود الامتياز. وللخدمة العمومية ثلاثة معالم وهي: أن تكون للمؤسسة مهمة ذات نفع عام و أن تكون لها امتيازات السلطة العمومية و أن تكون للإدارة حق النظر في كيفية تطبيق مهمتها.¹

الفئة الرابعة : من في حكم الموظف :

مرّت هذه الفئة بعدة مراحل و تطور مدلولها عبر تلك المراحل، تتناول أولاً المقصود بها في ظل قانون الفساد الجديد ثم في ظل التشريع السابق.

1- في ظل قانون الفساد الجديد :

يقصد بـ "من في حكم الموظف" كل شخص آخر معروف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وينطبق هذا المفهوم لا سيما على المستخدمين العسكريين و المدنيين للدفاع الوطني و الضباط العموميين.

فأما المستخدمين العسكريين و المدنيين للدفاع الوطني، فقد استتتهم المادة 02 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية من مجال تطبيقه و يحكمهم الأمر 06-02 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين.²

وأما الضباط العموميون، فإن تعريف الموظف العمومي كما ورد في الفقرتين 1 و 2 من قانون مكافحة الفساد لا يشملهم، كما لا ينطبق عليهم تعريف الموظف كما ورد في القانون الأساسي للوظيفة العامة، ويتعلق الأمر أساساً بالموثقين، والمحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزايدة والمترجمين الرسميين.

2- في ظل التشريع السابق :

1 : نفس المرجع و الصفحة.
2 : انظر المادة 02 من القانون 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

مرّت عبارة "من في حكم الموظف" بعدة مراحل. وتعكس هذه المراحل في مجملها التطورات التي شهدتها الجزائر على الصعيدين السياسي والاقتصادي.

أ- مرحلة "الموظف في نظر القانون الجنائي" :

لقد حرص المشرع الجزائري منذ البداية على تمييز مفهوم الموظف في القانون الجنائي عن مفهومه في القانون الإداري، فقد عمد إلى توسيع مفهوم الموظف العمومي في المجال الجنائي مع حصره في المواطنين الذين يتمتعون بقسط من السلطة العامة.¹

ب- مرحلة الشبيه بالموظف:

تزامنت هذه المرحلة مع تعديل قانون العقوبات بموجب الأمر 75-45 المؤرخ في 17/06/1975، حيث ألغيت المادة 149 من قانون العقوبات ونقل محتواها إلى المادة 119 مع

التخلي في النص الجديد عن مصطلح "الموظف في نظر القانون الجنائي" واستبداله بمصطلح "الشبيه بالموظف". ويقصد به كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في المؤسسات الاشتراكية أو المؤسسات ذات الاقتصاد المختلط أو الهيئات المصرفية أو الوحدات المسيرة ذاتيا للإنتاج الصناعي أو الفلاحي أو في أية هيئة من القانون الخاص شهد بإدارة مرفق عام.²

ج- مرحلة استبدال "الشبيه بالموظف" بعبارة "من يتولى وظيفة أو وكالة" :

تزامنت هذه المرحلة مع تعديل قانون العقوبات، وقد تم هذا التعديل بتخلي المشرع عن مصطلح "الشبيه بالموظف" في المادة 119 واستبداله بمصطلح "من يتولى وظيفة أو وكالة" ويقصد به كل شخص تحت أي تسمية وفي إجراء، يتولى وظيفة أو وكالة بأجر أو دون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية العمومية أو أي هيئة أخرى خاضعة للقانون الخاص تتعهد بإدارة مرفق عام.

د- مرحلة تكريس عبارة "من يتولى وظيفة أو وكالة" :

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 20.

2 : نفس المرجع ، ص 24 .

2 : نفس المرجع ، ص 15.

تزامنت هذه المرحلة مع تعديل المادة 119 من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26-06-2001.

وإثر هذا التعديل أصبح المقصود بمن في حكم الموظف : « كل شخص، تحت أية تسمية وفي نطاق أي إجراء، يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو دون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام ».

وتجدر الإشارة إلى أن الإشكال الذي كان قائما بخصوص تطبيق نص المادة 119 على المؤسسات العمومية الاقتصادية لم يعد مطروحا بعد صدور القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي نص صراحة على خضوع المؤسسات العمومية لأحكام القانون الجديد.¹

ولعل أهم ما يميز قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهذا بالرجوع لنص المادة 02 منه هو إدراجه لمصطلحين جديدين هما الموظف العمومي الأجنبي في الفقرة -ج- وموظف منظمة دولية عمومية، في الفقرة - د - فعرف الموظف العمومي الأجنبي بأنه : « كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا لدى بلد أجنبي سواء كان معينا أو منتخبا، وكل شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي بما في ذلك لصالح هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية ».

أما موظف المنظمة الدولية العمومية فهو " كل مستخدم دولي أو كل شخص تآذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف نيابة عنها ".²

ثانيا : الركن المادي :

الركن المادي للجريمة هو مظهرها الخارجي أو كيانها المادي أو هو من الماديات المحسوسة في العالم الخارجي، فكل جريمة لا بد لها من ماديات تتجسد فيها الإرادة الإجرامية لمرتكبها.

فالقاعدة أنه لا جريمة دون ركن مادي.³ فلا يعاقب قانون العقوبات على مجرد الدوافع والنزاعات النفسية الخالصة ما لم تكن تملك العوامل النفسية مظهرها ماديا يشكل الركن المادي للجريمة.⁴

1: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 24 .

2 : استعمل هذين المصطلحين قبل ذلك في اتفاقية ستراسبوغ المبرمة في 1999/01/27 في إطار مكافحة الرشوة، للاطلاع أكثر انظر مختار شلبي، الإجرام الاقتصادي والمالي الدولي وسبل مكافحته، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428 ، 2007 ، ص ص 47.46.

3 : علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 306.

4 : عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1994.

ويتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات عبر مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو تأشيرة أو مراجعة دون مراجعة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل، وذلك بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير،¹ ويتحلل هذا الركن إلى عنصرين أساسيين وهما : النشاط الإجرامي والغرض منه.

1 - النشاط الإجرامي :

يعدّ السلوك الإجرامي من أهم عناصر الركن المادي لأنه يمثل القاسم المشترك بين جميع أنواع الجرائم سواء تلك التي يكفي لوقوعها ارتكاب السلوك الإجرامي فقط أم تلك التي يلزم لقيامها ضرورة تحقق نتيجة إجرامية معينة إلى جانب السلوك الإجرامي، وسواء كانت تامة أم غير تامة أي وقفت عند حد المحاولة أو الشروع. فلا قيام للركن المادي و لا قيام للجريمة إذا تخلف هذا السلوك.

فالقاعدة أنه : " لا جريمة بلا سلوك ". فالسلوك الإجرامي إذن شرط جوهري لتحقيق الركن المادي للجريمة، بل هو أهم عناصر هذا الركن لأنه يمثل مادتها أو مظهرها الخارجي.²

ويتمثل النشاط الإجرامي في جريمة المحاباة في إبرام صفقة عمومية أو تأشيرها أو مراجعتها دون احترام الأحكام التشريعية واللوائح التنظيمية.

أ- إبرام صفقة عمومية أو تأشيرها أو مراجعتها :

تساءل أولا عن حلول الصفقة العمومية قبل التطرق لمختلف الأنشطة المكونة للركن المادي للجريمة وهذا بمفهوم قانون الفساد.

ويقصد بها كل عقد يبرمه الموظف العمومي قصد انجاز الأشغال أو اقتناء المواد أو الخدمات أو انجاز الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، ويتسع مفهوم الصفقة العمومية ليشمل العقد والاتفاقية والملحق.³

العقد:

1 : أحسن بوسقبة، مرجع سابق، ص 112 .

2 : علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 309.

3 : المادة 26 فقرة 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المتمم بموجب الأمر 05-10.

يقصد بالعقد في مفهومه العام: « كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص آخر أو عدة أشخاص، بمنح أو فعل أو الامتناع عن فعل شيء ما ».¹

غير أن المقصود من عبارة العقد التي أشارت إليه المادة 01/26 من قانون مكافحة الفساد تلك العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة، أو مع شخص طبيعي دون استعمال امتيازات السلطة العامة كما هو محدد في القانون الإداري، ويتعلق الأمر بالعقود التجارية التي تبرمها المؤسسات والهيئات الإدارية.²

الاتفاقية:

لا يخرج مفهوم الاتفاقية عن مفهوم العقد³ -غير أنه عمليا يطلق مصطلح اتفاقية على العقود التي تبرمها الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها، مع شخص آخر معنوي أو طبيعي، خاص أو عام. و المتعلقة بإنجاز أشغال أو خدمات لصالحها. عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة. كما هو محدد بالمادة 06 الفقرة 01 من المرسوم 10-236 و التي نصت على: « كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم أو أربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم ».

الصفقة :

مفهوم الصفقة كما هو وارد في قانون مكافحة الفساد يتسع ليشمل كافة العقود التي يبرمها الموظف العمومي، كما هو معروف في المادة 02 فقرة ب من قانون مكافحة الفساد و التي تدخل ضمنها الصفقات بمفهوم المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي يبرمها موظفو الهيئات المذكورة بالمادة 02 منه، كما تضم العقود التي يبرمها موظفو المؤسسات العمومية والاقتصادية و المستثناة من المرسوم السالف الذكر، كما تشمل أيضا العقود التي يبرمها الأشخاص الذين يتولون الوظيفة أو وكالة في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عمومية.⁴

1 : المادة 54 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 113.

3 : علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 309.

4 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 114.

الملحق :

نصت عليه المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها: « يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة. ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

و يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي. و مهما يكن من أمر. لا يمكن أن يؤثر الملحق بصفة أساسية على توازن الصفقة, ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لو تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف. «.

ولا يخضع إجراء إبرام الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية و المالية و أجل التعاقد و إذا كان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا النسب الآتية 20% من مبلغ الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات.¹

وتقتضي الجريمة القيم بإحدى الأنشطة الآتي بيانها :

-مراجعة العقد أو الصفقة :

بالنسبة لمراجعة العقد بمفهومه السابق الذكر، فإنه يخضع لإرادة الطرفين، الإدارة و الطرف الآخر المتعاقد معها، أما بالنسبة لمراجعة الصفقة فإن إمكانية مراجعة أحد بنودها أو السعر المتفق عليه بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل و المتعاقد، يتم النص عليها في دفتر الشروط من خلال أحد بنوده الذي يبين إمكانية المراجعة من عدمها، كما يبين الأسباب التي قد تؤدي إلى مراجعته أو تحيينه. ويقصد بمراجعة الصفقة تحيينها وفق الصيغ والكيفيات المتفق عليها و المحددة في العقد أو الصفقة أو إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.²

وقد ترك المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة للمتعاقد الحرية لتحديد هذا الأمر من خلال دفتر الشروط غير أنه نص في المادة 65 منه على حالتين لتحيين الأسعار أو مراجعتها وهما:

1 : المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
2 : انظر المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد ثلاثة أشهر (03) وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.

- عند انقضاء أجل صلاحية السعر المنصوص عليها في التعهد الذي يفصل بين تاريخ التوقيع للمتعاقل المتعاقد على الصفقة، وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة، وتكون الأرقام الاستدلالية القاعدة (10) التي تأخذ بعين الاعتبار هي أرقام الشهر التي تنتهي في تاريخه صلاحية الأسعار.

هذا بالإضافة إلى حالة ثلاثة منصوص عليها بالمادة 66 من المرسوم 10-236 وتعلق بإمكانية تحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب المتعاقل معها في هذا التأخير، وهذا عندما تكون أسعار الصفقة ثابتة وغير قابلة للمراجعة أو التحين.¹

التأشير على العقد أو الصفقة :

يقصد بالتأشير بالإمضاء أو المصادقة، فبالنسبة للعقود والاتفاقيات التي تبرمها المؤسسات والهيئات فإن أمر التأشير عليها يتم بإمضاء مسئولها على العقد كشرط لاستكمال عنصر الرضا قبل الشروع في تنفيذ العقد، أما بالنسبة لتأشير الصفقة يقصد به الموافقة عليها بعد التأكد من مراعاتها للشروط الإجرائية والقانونية.²

فالصفقة التي تخضع لرقابة اللجان الوطنية للصفقات العمومية حسب ما هو محدد بالمرسوم 10-236 فإن التأشير عليها يتم من قبل رئيس إحدى هذه اللجان، وهو بمثابة تنويج للرقابة التي تمارسها هذه اللجان حول مدى قانونية الإجراءات المعمول بها في إبرامها، فإذا تم التأشير على الصفقة تمضيها المصلحة المتعاقدة رفقة المتعاقل المتعاقد ويسلم هذا الأخير أمر ببدء الأشغال أما إذا رفض التأشير عليها فإن إجراءاتها تعاد من جديد وفقاً لسبب رفض التأشير الصادر عن اللجنة المختصة.³

وإجمالاً يمكن حصر أهم الأعمال المخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المكونة للجنة كالاتي:⁴

1 : انظر المادة 66 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 115.

3 : المواد 155-156 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

4 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 119.

1/ المساس بالقواعد المتعلقة بإشهار إجراء الوضع في المنافسة، ومن هذا القبيل عدم نشر إعلان المناقصة في الصحافة و في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل الاقتصادي، مخالفة لنص المادة 45 من قانون الصفقات العمومية.

2/ المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المرشحين بمناسبة إجراء الوضع في المنافسة، ومن هذا القبيل المتعامل العمومي الذي ينوي إبعاد مؤسسات مؤهلة للفوز بالمشروع على حساب مرشح يحظى برضاه، فيقرر بأن تلك المؤسسات لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة فيما يتعلق بالكفاءات المهنية، أو يختار مؤسسة من المفروض أن لا تكون ضمن المرشحين اعتبارا إلى كون ترشيحها غير مقبول.

3/ المساس بالقواعد المتعلقة بإيداع العروض في إطار إجراءات الوضع في المنافسة، ويجب أن يكون للمرشحين وقت كاف لإعداد عرضهم، وأن يكون على علم تام ودقيق بالميعاد المحدد لهم لهذا العرض وتقوم الجريمة بعدم احترام المواعيد المحددة في القانون للسماح للمرشحين بإعداد عروضهم وكذا تحديد موعد قصير جدا لإيداع العروض، عندما لا يحدّد القانون أجلا أدنى، وذلك بغرض تفضيل مرشح على آخر وإعطائه امتياز غير مبرر.

4/ المساس بالقواعد المتعلقة باختيار المستفيد من الصفقة في إطار إجراءات الوضع في المنافسة:¹ يشكل اختيار المستفيد من الصفقة بطريقة غير مشروعة صورة من صور الجريمة، ويتحقق ذلك عندما لا تحترم معايير الاختيار المعلن عنها التي يستوجب احترامها، أو أخذها كمعايير لا يفرضها القانون في إجراء الوضع في المنافسة.

وحتى في غياب أي التزام بإجراء الاختيار حسب معايير معينة، فإن أحسن عرض هو الذي يستوجب التمسك به ومن ثم وجب إسناد المشروع للمرشح الذي استجاب أكثر من غيره للحاجة المطلوبة واقترح أحسن الخدمات بسعر أنسب.

وفضلا عما سبق، تشكل السلطة المكلفة بالاختيار ضمانا لحرية الحصول على الصفقات العمومية والمساواة بين المرشحين لهذه الصفقات، وعلى ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن التشكيلة غير الشرعية للجنة المناقصة يشكل جنحة المحاباة.²

1 : انظر المادة 56 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 119 .

فبالنسبة للصفقات العمومية والتي يحكمها المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فقد تضمن إجراءات إبرام الصفقة وحدد الهيئات والمؤسسات العمومية المعنية بهذه الإجراءات من خلال المادة 02 منه. ويشكل الإخلال بها عنصراً مكوناً للركن المادي لجنحة المحاباة.

أما العقود التي تتضمن عمليات خاصة بالصفقات العمومية كما هي محددة بالمرسوم والتي لا تتجاوز قيمتها المبلغ المحدد لإبرامها على شكل صفقة فإن الإدارة تبرمها على شكل اتفاقية. ولا يتطلب فيها مراعاة جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 10-236 ولكن يجب أن تؤسس على قواعد المنافسة والشفافية والنزاهة حفاظاً على المال العام.

أما باقي العقود التي يبرمها الموظف العمومي الذي عرفته المادة 02 فقرة ب من قانون مكافحة الفساد، والتي تشمل الهيئات غير المعنية بإجراء الصفقة وهي: والمؤسسات ذات رأس المال المختلط والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عامة. فتخضع عملية إبرامها ومراجعتها والتأشير عليها وتعديلها للإجراءات المحددة في القوانين الخاصة بهذه المؤسسات أو في لوائحها التنظيمية. ويشكل الإخلال بها عنصراً مكوناً للركن المادي لجنحة المحاباة.¹

2- الغرض من النشاط الإجرامي:

لا يكفي لتحقيق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها بطريقة مخالفة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها، وإنما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني، وألا عد الفعل رشوة وهي جريمة قائمة بحد ذاتها في مجال الصفقات العمومية.²

ويعد إفادة الغير بامتيازات غير مبررة عنصراً أساسياً في الجريمة، فلا تقوم الجريمة بمجرد خرق الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية الذي لا يعدو أن يكون مجرد خطأ إداري يسأل عنه مرتكبه تأديبياً، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية تمييز أحد المتنافسين وتفضيله على غيره وأن يكون زيادة على ذلك هذه الامتيازات غير

1 : نفس المرجع، ص ص 119، 120 .

2 : نفس المرجع، ص 120.

مبررة. ذلك أن الغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان المساواة بين المرشحين للفوز بالصفقات العمومية ومكافحة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في المعاملات ذات الطابع التجاري الصناعي.

وعليه فلا تقوم الجريمة بمجرد خرق الإحكام القانونية واللوائح التنظيمية والتي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل ومحاباة أحد المتنافسين على غيره، مثل تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة. وإرساء لمبدأ الشفافية في إبرامها، وهي المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية سواء في المرسوم 10-236 أو في المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.¹

ثالثا: الركن المعنوي:

الركن المعنوي ضروري لقيام الجريمة قانونا. فلا يكفي توافر مجرد الركن المادي، وإنما يلزم أن تكون الماديات التي يتكون منها هذا الركن لها انعكاس في نفسية الجاني، أي يجب أن توجد رابطة نفسية بين النشاط الإجرامي ونتائجه وبين الجاني الذي صدر عنه هذا النشاط، وبين السلوك. هذه الرابطة النفسية هي التي يعبر عنها بالركن المعنوي.

فالقاعدة أن لا جريمة بدون ركن معنوي. فالركن المعنوي إذن يتمثل في العناصر النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها وتعتبر الإرادة أهم هذه العناصر. ولهذا جاز القول بأن الإرادة هي جوهر الركن المعنوي، ولا تكفي أي إرادة للقول بتوافر الركن المعنوي. وإنما يلزم أن تتجه الإرادة إلى الماديات غير المشروعة للجريمة (الركن المادي)، أي يلزم أن تكون إرادة غير مشروعة أي آثمة أو خاطئة أو ما يعبر عنه بالإرادة الإجرامية وهي تستمد تلك الصفة من الماديات غير المشروعة.² وجنحة المحاباة هي جريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام. وهو اتجاه إرادة الجاني إلى إلحاق الضرر بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم وظيفته. أو بسببها أو بأموال الأفراد أو مصالحهم المعهود بها إلى تلك الجهة مع علمه بذلك.³

1 : انظر المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 : علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 391

3 : علي محمد جعفر، جرائم الرشوة والاختلاس والاعتداء على الأشخاص والأموال، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص 126.

كما تتطلب توافر القصد الجنائي وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة. ويمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في توافر هذه الجريمة من خلال تكرار العملية و الوعي التام للجاني بمخالفته للقواعد الإجرائية أو باستحالة تجاهلها بحكم الوظيفة التي يشغلها الجاني.¹

ولا يأخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائده الخاصة وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية. كما لا يؤثر قيام الحجة استقامة الجاني ونزاهة الموظف خلال حياته المهنية. مثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للمتهم.²

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

استغلال نفوذ الأعوان العموميين هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد التي حلت محل المادة 128 مكررة فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة والتي تقتضي بـ: " كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل زيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد والخدمات وآجال التسليم أو التموين".

وتقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على ثلاث أركان هي: صفة الجاني-الركن المادي-الركن المعنوي. نتناولها تباعا وفق الفروع الآتية :

الفرع الأول: صفة الجاني:

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 121.

2 : نفس المرجع والصفحة.

2 : نفس المرجع والصفحة.

اشتطت المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد. أن يكون الجاني في هذه الجريمة تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص. أي أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص. غير أنهما ما لبثت أن أضفت: "أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي". وبهذه الإضافة يكون المشرع قد عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني فالمطلوب هو أن يكون عونا اقتصاديا خاصا، ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يعمل لحسابه أو لحساب غيره. بل ويثور التساؤل في حالة كهذه حول جدوى تخصيص التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص بالذكر مادام أن أي شخص طبيعي أو معنوي معرض للمساءلة.¹

وقد أطلق على الأشخاص المذكورة في المادة أعلاه تسمية الأعوان الاقتصاديون، كما يطلق عليهم اسم المتعامل المتعاقد في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية وفقا لأحكام المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.²

والمقصود بالشخص الطبيعي، كل شخص يرم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية يجوز على صفة تاجر أو حرفي، سواء بتملكه سجل تجاري أو بطاقة الحرفي، وعادة يتم التعامل معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم واقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة أو يكون متعامل ثانوي في صفقة عمومية.³

الفرع الثاني : الركن المادي :

يتحقق الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ بإبرام الجاني عقدا أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة تتمثل

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 128.

2 : انظر الباب الثاني من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 17 أكتوبر 2010 الذي جاء تحت عنوان تحديد الحاجات والصفقات و المتعاملين المتعاقدين.

3 : انظر المواد من 107 إلى 109 من المرسوم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

في الزيادة في الأسعار التي يطبقها الجاني عادة أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.¹

ويتحلل الركن المادي إلى عنصرين أساسيين و هما : النشاط الإجرامي والغرض منه.

أولاً: النشاط الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال النفوذ في استغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة و الهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

ومدلول أعوان الدولة و الهيئات التابعة لها ، كما ورد في المادة 26 فقرة 02 يختلف عن مدلول الموظف العمومي كما هو معروف في الفقرة ب من المادة 02 من قانون مكافحة الفساد، إذ أشار النص الأول إلى أعوان الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات و الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام و المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مستبعداً بذلك المؤسسات الخاصة التي تقوم بخدمة عمومية.²

ويشترط أن يكون عون الدولة صاحب سلطة في الهيئات المعنية أو له تأثير عليها ،ومن ثم فالأمر يتعلق إما برئيس أو مدير الهيئة أو بمسؤول مختص بإبرام الصفقات أو تنفيذ بنودها.

وهكذا فإذا كان العقد أو الصفقة قد أبرمت مع بلدية، على سبيل المثال يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه و الأمين العام للبلدية و رؤساء المصالح الفنية التابعة للبلدية كرئيس مصلحة التجهيزات و رئيس مصلحة الأشغال... إلخ هم المعنيون بهذه الجريمة.³

فالمقصود بأعوان الدولة من خلال المادة 26 كل من يشغل في المؤسسات المذكورة و تكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات أو يساهم في الإعداد لها و تشمل مديري هذه المؤسسات أو الهيئات، رؤساء المصالح و رؤساء المكاتب و المهندسين و التقنيين و الأعوان الإداريون بمختلف رتبهم.

1 : لا بد من الإشارة إلى اللبس الذي أحدثته الصياغة غير الدقيقة لنص المادة 26 من قانون مكافحة الفساد في نسختها العربية والفرنسية حيث ورد فيها: " كل تاجر أو..في الأسعار التي يطبقونها عادة من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو آجال التموين"- و الأصح هو: " كل تاجر أو... في الأسعار التي يطبقها عادة من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد والخدمات أو آجال التموين ". لأن الهاء هنا تعود على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي وليس على أعوان الدولة و الهيئات التابعة لها / عن احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 128.

2 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 129.

3 : نفس المرجع والصفحة.

وبالنسبة للصفقات العمومية فإنه يوجد عادة في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب و يتكون من مهندسين و تقنيين و أعوان إداريون، توكل لهم مهمة تحضير اجتماعات لجنتي فتح الأظرفة و تقييم العروض وإرسال الاستدعاء إلى أعضائها، ومراجعة دفتر الشروط، إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة و ترتيبها و هذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة.¹

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون النفوذ حقيقيا، فالجريمة تقع حتى لو كان النفوذ مزعوما سواء كان الجاني عالما بزعمه أو يعقد خطأً بصحته.²

ثانيا : الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون :

يتمثل الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون في الحصول على منفعة غير مستحقة من إدارة أو سلطة عمومية لفائدة الغير، و لكي يتحقق الركن المادي للجريمة تشترط المادة 26 فقرة 02 أن يشغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التنظيم أو التموين.

ويجب أن يستغل الجاني سلطة الأعوان العموميين أو تأثيرهم من أجل:

1- الزيادة في الأسعار :

كما لو أبرم تاجر عقدا مع بلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر، وكان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة، في حين طبق التاجر على البلدية سعر 70.000 دج مستغلا في ذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية.³

ومن أمثلة ذلك أيضا الأسعار المتعلقة بعقود انجاز الأشغال والتي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا، فيتقدم صاحب شركة مقاوله باقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها.⁴

2- التعديل في نوعية المواد :

1 : عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 75.
2 : الأخضر دغو، الحماية الجنائية للمال العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق - باتنة، 2000.
3 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 130.

ويتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تطلبها الإدارة من حيث الجودة والنوعية (في مجال الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة يتم النص عليها في دفتر الشروط).
 فيعمد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة وبنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة.
 كما في المثال الأول السابق.

3- التعديل في نوعية الخدمات :

الأمر هنا يتعلق بصفقات و عقود الخدمات إذ يقوم الجاني إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها و المذكورة في المادة 26 فقرة 02 حيث تخص نوعية معينة من الخدمات مثل أعمال الصيانة الدورية لأجهزة الكمبيوتر كل شهرين فيقلص الجاني من هذه المدة لتصبح مرة واحدة كل أربعة اشهر مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات.¹
 وتجدر الإشارة إلى أن الجاني في هذه الجريمة من المفروض أن يكون صاحب نفوذ حقيقي، أي أن تكون لديه علاقات قوية تربطه بالسلطات العامة أو الجهات الإدارية بحيث يستطيع أن يؤثر على هذه السلطات بإصدار القرار لمصلحته، في سبيل حصوله على مزايا أو وظائف أو صفقات.²
 فالنفوذ هو نوع من التقدير لشخصية الجاني أو مركزه الاجتماعي أو الوظيفي أو للصلات الخاصة التي تربطه ببعض رجال السلطة كالقراية و الصداقة و الزمالة. و قد لا يكون للجاني نفوذ حقيقي على النحو السابق مع أن له نفوذا مفترضا و ذلك لقراية أو مصاهرة أو مركز اجتماعي، فإذا استغل هذا النفوذ المفترض ليحصل على فائدة ممن له مصلحة مقابل نفوذه المفترض هذا قامت الجريمة.³
 لذا فالنفوذ هو كل ما يعبر عن إمكانية لها تأثير على السلطة العامة مما يؤدي استجابة السلطة العامة لما هو مطلوب أيا كان موقعه رئاسيا أو اجتماعيا أو سياسيا حسب ما يقدره قاضي الموضوع.⁴
 وقد نصت على ذلك المادة 32 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد 06-01 المتمم بقولها :
 « كل موظف عمومي أو أي شخص آخر يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر بطلب أو قبول أي مزية

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 130.

2 : عبد الله سليمان. دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم الخاص- الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر، 1996، ص85

3 : نفس المرجع و الصفحة.

4 : شريف طه، جريمة الرشوة، دط، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، 1999، ص 96.
 وانظر أيضا :خالف عقيلة، الحماية الجنائية للوظيفة الإدارية من مخاطر الفساد، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر ، عدد 13، جوان 2006.

غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة» .

4- التعديل في آجال التسليم أو التموين:

آجال التسليم أو التموين تخص عقود و صفقات اقتناء اللوازم. وعادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها. وإذا أحل المتعامل المتعاقد بالتزامه وتأخر في تسليم ما هو مطلوب منه تفرض عليه غرامات التأخير، فيقوم الجاني بتأخير أجل التسليم أو التموين دون فرض غرامات عليه، مستغلا في ذلك سلطة وتأثير مسؤول الهيئة أو المؤسسة التي تربطه به علاقة صداقة مثلا. كذلك الأمر بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال حيث يقترح المتعامل المتعاقد مدة الإنجاز لهذه الأشغال ويتم النص عليها في الصفقة فيعمد إلى التأخر في إنجازها .

أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في شركات الخدمات ومقاولات الأشغال والذين يجوزون على سجل تجاري ولهم إكسكانيات ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإبرام الصفقات أو عقود مع المؤسسات والهيئات العمومية.¹

وقد نص المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 61 المستحدثة تحت عنوان: "مكافحة الفساد" على: « دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي. بمنح أو بتخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني. ومن شأنه أيضا أن يكون سببا كافيا لا اتخاذ أي تدبير ردعي آخر، يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقة وفسخ الصفقة» .

الفرع الثالث: الركن المعنوي :

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص130.

استغلال النفوذ هي جريمة عمدية يشترط لقيامها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص.¹

ويتمثل القصد الجنائي العام في العلم و الإرادة أي علم الجاني بسلطة وتأثير الأعوان العموميون في إبرام الصفقة أو العقد أو اتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته. ويتمثل القصد الجنائي الخاص في نية الجاني في الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة.² وكغيرها من الجرائم فإن على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال النفوذ من صفة الجاني، وسلطة تأثير العون العمومي بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني، وكذا تبيين الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني.³

المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

إن قبض العمولات من الصفقات العمومية هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد، والذي وصفه بالرشوة في مجال الصفقات العمومية. وكان هذا الفعل منصوصا عليه في المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات الملغاة.

وقد اختلفت التشريعات في تجريمها للرشوة وهي عموما تتفق على أن الرشوة هي ائجار بالخدمة العامة عن طريق خدمة ما فهي تعرقل السير الحسن للمرافق العامة.⁴ وسنحاول في هذا المطلب تبيان أهم النقاط المتعلقة بجريمة الرشوة، وتبيان النصوص القانونية التي وضعت لمكافحتها وذلك عن النحو الآتي :

الفرع الأول : مفهوم الرشوة:

الرشوة في اللغة العربية مشتقة من الفعل: رَشَى وجمعها رُشَى ورُشَاء، وهي ما يعطى بدون حق لقضاء مصلحة أو إحقاق باطل أو إبطال حق. ويقال: رَشَوْتُ لشاهد أو لموظف، ويقال: إرْتَشَى: أي أخذ رشوة. والمرْتَشِي هو من يقبض رشوة فيقال: موظف مُرْتَشٍ وشاهد مُرْتَشٍ.⁵

1 : عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص86.

2 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص130.

3 : الأخضر دغو، مرجع سابق، ص106 .

4 : جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية الحديثة، دط، دار الفكر والقانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية. 2003، ص ص 656.662.

5 : انطوان نعمة، عصام مدور، لويس عجيل، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط1، دار الشروق، بيروت لبنان، 2000، ص557.

والرشوة أو كما يعرف بمصطلح الفساد-على اعتبار أن ترجمة الرشوة بالفرنسية هي corruption- وهو المصطلح ذاته الذي يطلق على الفساد وإن كان هذا الأخير أعم وأشمل مظهرها من الرشوة.¹

وتعتبر الرشوة من أشنع صور الفساد شيوعاً بما تتضمن من معاني اللامبالاة وعدم الاكتراث من قبل الموظف العام بالوظيفة العامة لدرجة أنه يتجر فيها أو يبيعها بأبخس ثمن.²

ولقد حرمت الشريعة الرشوة واعتبرتها منى قبيل أكل أموال الناس بالباطل الذين قال الله تعالى فيهم: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ}.³

وفي السنة النبوية عن عبد الله بن عمرو قال: « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرئشي والرائش ».⁴

والرشوة عبارة عن اتفاق بين الموظف أو عضو الإدارة وبين صاحب الحاجة وهو الراشي على قيام الأول بالتدخل لإصدار قرار أو عمل إداري أو الامتناع عن القيام بالعمل مقابل عطية يقدمها له هذا الأخير.⁵

والرشوة بمعناها العام هي من جهة عرض ومن جهة أخرى قبول بأية منفعة من أجل القيام بعمل وظيفي أو الامتناع عن عمل وظيفي يشكل العرض رشوة إيجابية. وهو عمل من يقوم بالإعطاء أو الوعد، أما القبول فيشكل رشوة سلبية وهو عمل من يتلقى مالا يكون متوجبا عليه أو يقبل بوعده بذلك.⁶

والرشوة في السنوات القليلة الماضية اجتذبت قضية الفساد - ونعني هنا سوء استخدام الوظيفة العامة للحصول على كسب خاص- اهتماماً متجدداً من الأكاديميين وصانعي السياسة على السواء،

1 : نبيل مالكية، الفساد الإداري و المالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، المركز الجامعي ،خنشلة، ص 53.

2 : بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص120.

3 : الآية 188 من سورة البقرة.

4 : رواه أبوداود، كتاب القضاء، باب في كراهية الرشوة، رقم 3580، وصححه الألباني في سلسلته الضعيفة والموضوعة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1420هـ-2000م، ص381.

5 : بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 107.

6 : رينيه غارو، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، المجلد الخامس، ص 323.

والسبب في ذلك يعود إلى وجود فضائح كبرى أطاحت بحكومات في البلدان الصناعية المتطورة لأنها تمارس سياستها من خلال الرشوة. فهي تشكل آفة اجتماعية تنسج خيوطها في الدوائر والمؤسسات العامة والخاصة فتعمل على استغلال النفوذ لتحقيق الربح السريع.¹

وقد اختلف الفقهاء في تعريف الرشوة فاعتبرها البعض بأنها تعد من الموظف على أعمال وظيفته التي يجب أن تؤدي بالتطلع فقط لمقتضيات الصالح العام لأن يعتدي فيها على السير الطبيعي للإدارة العامة.²

والبعض الآخر اعتبر الرشوة قيام الموظف العام أو من في حكمه بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من أعمال الوظيفة أو الإخلال بأحد واجباتها وذلك مقابل منفعة خاصة له أو لغيره.³ وعرفت الرشوة أيضا بأنها الإتجار بأعمال الوظيفة أو الخدمة، وتفترض هذه الوظيفة وجود طرفين الراشي والمرتشي. فالراشي هو صاحب المصلحة الذي يهدف ارتكاب الموظف لعمل من أعمال وظيفته أو الإخلال بها أو الامتناع عن القيام بهذه الأعمال مقابل الرشوة.

أما الطرف الثاني فهو المرتشي سواء كان موظفا عموميا أو مستخدما عموميا يطلب لنفسه أو لغيره أو يأخذ وعدا أو عطية.⁴

وعلى ذلك فالرشوة فعل يرتكبه موظف عام أو شخص ذو صفة عامة عندما يتجر بوظيفته وبالأحرى عندما يستغل السلطات المخولة له بمقتضى هذه الوظيفة وذلك حين يطلب لنفسه أو لغيره أو يطلب أو يأخذ عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عن ذلك العمل أو الإخلال بواجبات الوظيفة.⁵

وتعتبر الرشوة أكثر أنواع الفساد المعروفة انتشارا، وقد جرى تعريف الرشوة وتحديد أنواعها في كثير من المواثيق الدولية. كما جرى تعريفها وتجريمها في معظم القوانين الوطنية. فالرشوة بالنسبة للموظفين العموميين والسياسيين ورجال الأعمال تشكل مدخلا للفساد الجسيم حتى ولو كانت في

1 : فاديا قاسم بيضون، من جرائم أصحاب الياقات البيضاء- الرشوة وتبييض الأموال، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص37.

2 : عبد المهين بكر، قانون العقوبات- الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دط، دار النهضة العربية، 1970، ص236.

3 : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات القسم الخاص، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 393.

4 : عبد الحكم فودة، الموسوعة الجنائية الحديثة- التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه وأحكام النقض، دط، دار الفكر والقانون، مصر، 2002، المجلد الأول، ص 656.

5 : مصطفى مجدي هرجة، موسوعة هرجة الجنائية- التعليق على قانون العقوبات، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، المجلد الثاني، ص174.

بدايتها فسادا بسيطا.¹ إذ أن الموظف أو السياسي أو رجل الأعمال الذي يقبل أي نوع من أنواع الرشوة يصبح أسيرا لدى الجهة التي قدمت له الرشوة. وتكون الرشوة وسيلة ابتزاز وإكراه لإغراق مستلم الرشوة في عمليات الفساد الجسيمة.²

والحكمة من تحريم الرشوة تعود إلى المصلحة القانونية المهذورة، فالإتجار بالوظيفة العامة يهبط بها إلى مستوى السلع ويجردها من سموها باعتبارها خدمات تؤديها الدولة لأفراد الشعب والنتائج المترتبة عن ذلك وخيمة العواقب سواء بالنسبة للفرد أو بالنسبة للمجتمع على حد سواء، فالرشوة خرق لمبدأ المساواة بين الأفراد المتساوين في المركز القانوني حيث تؤدي خدمات مرافق الدولة إلى من يدفع المقابل وتحجب هذه الخدمات أو تعطل عن الأفراد غير القادرين أو العازفين عن ذلك المقابل.

والرشوة فوق ذلك مدخل لفساد موظفي الدولة، لأنها تؤدي إلى إثرائهم دون سبب مشروع بينما الأصل أنهم ملزمون بأداء الخدمات للمواطنين دونما مقابل، وبالتالي تصبح الوظيفة العامة سلعة رابحة وتلك مقدمات الفساد والتي تصيب وظائف الدولة الأخرى.³

أما بالنسبة للرشوة في مجال الصفقات العمومية هي كما سبق الذكر الجريمة التي كانت تنص عليها المادة 128 مكرر 01 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون مكافحة الفساد حيث حلت محلها المادة 27 منه والتي تقضي بـ « يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها. بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو المؤسسات العمومية الاقتصادية ». «

ويطلق على هذه الجريمة كذلك تسمية العمولات من الصفقات العمومية وهي جريمة تختص في الإتجار بأعمال الوظيفة العامة وتستلزم وجود شخصين موظف عام أو قاضي أو عامل أو مستخدم

1 : يقسم دليل الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الفساد إلى نوعين :

- الفساد الجسيم Grand Corruption مثل الفساد المتصل بالخصخصة ومصيريات الحكومة.
- الفساد البسيط Petit Corruption مثل الرشوة والتهرب عبر الحدود الدولية.

2 : محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص55.

3 : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 397.398.

يطلب أو يقبل عطية أو وعد أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى مقابل قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل من أعمال وظيفته سواء كان مشروعاً أو غير مشروع، وإن كان خارجاً عن اختصاصاته الشخصية إلا من شأن وظيفته أن تشمل له أداؤه أو كان من الممكن أن تسهله له، ويسمى هذا الموظف مرتشياً وصاحب المصلحة يسمى راشياً إذا قبل أداء ما يطلبه الموظف أو تقدم بالعطاء فقبله القاضي أو الموظف.¹

فالرشوة تقع متى قبل الموظف ما عرض عليه قبولاً صحيحاً وجاداً قاصداً العبث بأعمال وظيفته ولو كان الطرف الآخر غير جاد في عرضه ولا تقع الرشوة إذا لم يكن الموظف أو القاضي جاداً في قبوله كما لو تظاهر بالقبول ليسهل بالقبض على من تحاول رشوته متلبساً بجريمة الرشوة.²

الفرع الثاني: أركان جريمة الرشوة:

كغيرها من جرائم الفساد تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على ثلاثة أركان هي: صفة الجاني (الركن المفترض)، الركن المادي، الركن المعنوي.

أولاً: صفة الجاني:

يعدّ الجهاز الإداري أياً كان النموذج المطبق إحدى ركائز الدولة الحديثة ويقوم أشخاص ذلك الجهاز من الموظفين العموميين ومن في حكمهم بدور بالغ الأهمية في تسيير مهامه الخدمائية من خلال ما يضطلعون من وظيفة عامة. لذلك عدت هذه الأخيرة محلاً لتنظيم قانوني دقيق من مختلف جوانبها الاقتصادية والإدارية والجنائية وذلك في إطار ما يسمى بالقانون الأساسي للوظيفة العامة.³

وقد حرص المشرع الجنائي على حماية كافة مقومات حسن أداء الوظيفة العامة من خلال تجريم العديد من مظاهر السلوك أفعالاً كانت أم مجرد امتناع التي تعرض للخطر.

لذا كانت الوظيفة العمومية محل حماية جنائية وكان الموظف العام محل المسائلة القضائية ويعتبر الركن المفترض للجرائم التي تشكل إخلالاً بمبادئ الوظيفة العامة.⁴

1 : محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص. ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص8.

2 : نفس المرجع، ص8.

3 : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص89.

4 : نفس المرجع، ص397.

وتعتبر جريمة الرشوة من جرائم ذوي الصفة أي لا يتصور وقوعها إلا إذا توافرت في فاعلها الصفة التي يتطلبها القانون وهي من هذه الناحية جريمة موظف عام لا يعقل أن يرتكبها غيره، وينبغي بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا الموظف مختصا بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به. وعلى ذلك فالرشوة فعل يرتكبه موظف عام أو شخص ذو صفة عامة عندما يتاجر بوظيفته وذلك حين يطلب لنفسه أو لغيره أو يقبل أو يأخذ وعدا أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عن ذلك العمل أو الإخلال بواجبات الوظيفة.¹

وقد حصرت المادة 27 من قانون مكافحة الفساد صفة الجاني في الموظف العمومي.²

وكانت كانت المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات، قبل إلغائها، لا تشترط صفة معينة في الجاني. وهي نفس الصفة التي يجب توافرها في جريمة رشوة الموظفين العموميين في صورة الرشوة السلبية،³ وحيث أنها صفة مفترضة في المرثشي إذ يشترط أن يكون قاضيا أو موظفا عاما أو خبيرا أو طبيبا....، ومختصا بالعمل أو الامتناع عن عمل أو كان خارجاً عن اختصاصه ولكن وظيفته تسهل له القيام بالعمل.⁴

وإذا كان الراجح، في ظل التشريع السابق، أن يكون الجاني موظفاً أو من في حكمه المخولين قانونا إبرام العقود والصفقات باسم الدولة أو الهيئات التابعة لها، فمن الجائز أن يكون غير ذوي الصفة المذكورة، فقد تلجأ إدارة أو هيئة عمومية إلى شخص يمارس مهن حرة، كأن يكون محاميا أو مستشارا أو صاحب مكتب دراسات، وتكلفه بتحضير عقد أو صفة أو بالتفاوض لصالحها أو إبرام عقد باسمها أو الدفاع عن مصالحها بمناسبة إبرام العقد أو تنفيذه.⁵

وقد توسع المشرع الجزائري في القانون 01/06 في تعريف الموظف العام، ولذا يمكن إسناد جرائم الفساد إليه فيدخل أيضا الموظف الأجنبي، وموظفي المؤسسات الدولية.⁶

ثانيا : الركن المادي :

1 : مصطفى مجدي هرجة، مرجع سابق 175.
2 : انظر المادة 2 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
3 : انظر المادة 25 فقرة 2 من القانون 01/06. المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
4 : محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 10.
5 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 131.
6 : انظر المادة 2 فقرة 3، 4 من القانون 01/06. المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الركن المادي هو عبارة عن مجموعة أفعال تكون باجتماعها أو بمفردها جرم الرشوة.¹ ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بقبض أو محاولة قبض عمولة (أجرة أو فائدة) بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام.² ويتحلل الركن المادي إلى عنصرين هما: النشاط الإجرامي و المناسبة .

1-النشاط الإجرامي:

يتمثل النشاط الإجرامي في قبض أو محاولة قبض عمولة، وقد عبر عنها المشرع بعبارة أجرة أو فائدة أو الهبة أو الهدية أو أية منافع أخرى مادية كانت أو معنوية، صريحة أو ضمنية، محددة أو غير محددة، ويدخل ضمنها حتى الأجرة أو المنفعة.³ أ- الأجرة أو الفائدة:

لم يحدد المشرع طبيعتها، وهي عموماً لا تختلف عن المنفعة أو الفائدة التي يقبضها المرتشي لقاء أداءه عملاً أو الامتناع عن أداءه، وقد تكون الأجرة أو الفائدة ذات طبيعة مادية أو معنوية.⁴ فالأصل أن تكون الأجرة أو الفائدة مادية وأمثلتها عديدة، فقد تكون مالا عينيا كمصوغ من الذهب أو سيارة أو ملابس، وقد تكون نقوداً أو شيكا أو فتح اعتماد لصالح الجاني أو سداد دين في ذمته أو منحه مهلة غير محددة الأجل للدفع ثمن أو سداد دين أيا كان . وقد تكون الأجرة أو الفائدة ذات طبيعة معنوية، كحصول الجاني على ترقية أو السعي في ترقيته. ب- المستفيد:

يستفاد من المادة 27 أن الأجرة أو الفائدة قد تقدم إلى الجاني نفسه أو إلى شخص غيره، مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. فالأصل أن تقدم إلى الجاني نفسه نظير قيامه بأداء الخدمة المطلوبة منه، وقد يعين الجاني شخصا آخر يقدم إليه الأجرة أو الفائدة حتى وإن لم يكن هناك اتفاق سابق بين الشخص المعين والجاني.

1 : فاديا قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 27.

2 : انظر المادة 27 من القانون 01/06، وتسجل اختلافا في الصياغة بين النص في نسخته بالعربية والنص في نسخته بالفرنسية، إذ جاء النص الثاني بالصيغة الآتية " بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق. بينما جاء النص بالعربية على النحو الآتي: " بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق"، والصيغة الأولى أنسب وأكثر انسجاماً مع السياق العام للقانون. عن احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 33.

3 : المادة 25 فقرة 02 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

4 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 132.

وقد يقوم المتعامل المتعاقد مع الدولة أو الهيئات الخاضعة للقانون العام (الذي يكون في موضع الراشي) بتسليم المنفعة إلى شخص لم يعينه الجاني ولكن توجد صلة ما بينهما، ففي هذه الصورة تتحقق الفائدة إذا علم الجاني بالأجرة أو المنفعة المقدمة إلى هذا الشخص ووافق عليها نظير قيامه بالعمل لمصلحة (الراشي).¹

2- المناسبة:

يكتمل تحقق الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بقبض أو محاولة قبض الجاني لأجرة أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى المؤسسات العمومية المذكورة في المادة 27.² وعملية تحضير الصفقات أو العقود أو الملاحق أو إجراء المفاوضات بشأنها يقوم بها عادة الموظفون الذين لهم صلة مباشرة بهذه العمليات، وذلك وفقاً لما سبق التطرق إليه من خلال جريمة استغلال النفوذ.

وتجدر الإشارة إلى أن إجراء المفاوضات بشأن صفقة أو عقد أو ملحق، يكون عادة في الصفقات أو العقود التي تبرم وفقاً لإجراء التراضي، وبذلك تكون مناسبة قبض العمولة في هذه الجريمة محددة في تحضير أو إجراء مفاوضات بشأن إبرام صفقة أو عقد أو ملحق، بخلاف الأمر في جريمة الرشوة السلبية التي يكون فيها مقابل الحصول على مزية هو أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل هو من واجبات الجاني مهما كان نوعه.³

ثالثاً: الركن المعنوي:

تعتبر جريمة الرشوة من الجرائم القصدية التي تقوم على العلم والإرادة. فالموظف يجب أن يعلم بأن ما يقوم به هو متاجرة بالوظيفة أي أنه يبيع ويشترى في وظيفته كأبي سلعة، لأنه إذا انتفى علمه انتفت جريمة الرشوة عنه. والعلم وحده غير كاف لأنه يجب أن تتجه إرادته الحرة والواعية إلى إتمام ماديات هذا الفعل من أجل إحداث نتيجته الجرمية.⁴

1: احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 132.

2: انظر المادة 27 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3: احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 64.

4: فاديا قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 44.

ويتحقق القصد الجنائي في جريمة الرشوة بتوافر عنصرين :

أولهما: إرادة السلوك المادي المكون للجريمة الذي يتمثل في طلب الموظف أو قبوله أو أخذ الأجرة أو الفائدة نظير أداء عمل من أعمال الوظيفة أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة.

وثانيهما: علم الموظف بكافة العناصر الواقعية التي يشملها النموذج القانوني للجريمة حسب ما يستخلص من نص التجريم.¹

وهذا القصد الجنائي يطلق عليه الفقه أحيانا النية الجرمية في الجريمة أو ركن الخطأ القصدي، وأيا كانت التسمية التي نطلقها، فالمهم هو استبعاد وقيام الرشوة غير القصدية أو الرشوة عن طريق الخطأ أو الإهمال وعلى هذا لا يعتبر مرتشيا إذا قبل الموظف هدية من شخص معتقدا أنها قدمت له بغرض براء لا علاقة لها بتطبيق مهنته، لكنه لو علم بعد ذلك بالغرض من تقديمها ورغم ذلك قام بالعمل المطلوب فإنه لا يعتبر مرتشيا لأن الرشوة لا تقع في هذه الحالة لأن الأخذ أو القبول يجب أن يتم قبل التنفيذ، والذي يدل على الإلتجار بالوظيفة هو علم الموظف قبل أن ينفذ العمل بأنه يعبث بوظيفته ورغم ذلك يقبل ويطلب الثمن مقابل ذلك، فهنا يتوافر في حقه القصد الجنائي.²

وتوافر القصد الجنائي مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع مادام تقديرها سالفاً مستندا إلى أصل صحيح ثابت بالأوراق، ولها أن تستخلصه من ظروف الدعوى،³ ولا يحول انتفاء القصد لدى الموظف العام دون مساءلة صاحب الحاجة عن جريمة عرض الرشوة.

وفي كل الأحوال يتعين على قضاة الموضوع إبراز أركان الجريمة في قرار الإدانة، وإلا اعتبر قرارهم قاصر البيان مستوجبا النقض، وهكذا قضى بنقض القرار الذي لا يبين من هو الراشي وماهي العطية أو الهدية التي طلبها أو تلقاها ونوع العمل الذي قام به المرتشي مقابل ذلك.⁴

المطلب الرابع : جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة :

نصت على هذه الجريمة المادة 35 من قانون مكافحة الفساد والتي تقضي بـ :

1 : محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص452.

2 : محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص ص 15، 16.

3 : محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط2، مطبعة جامعة القاهرة، 1984، ص44.

4 : الغرفة الجزائرية الثانية قرار 1987/10/27 ملف رقم47745، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 4، 1990، ص 238.

« يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري، وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر أمرا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت».

وسنحاول في هذا المطلب تبيان أهم النقاط المتعلقة بهذه الجريمة وبيان النصوص القانونية التي وضعت لمكافحتها وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة:

أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو غير مشروعة هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 35 من قانون مكافحة الفساد، بعدما كانت تعاقب عليه المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة.

وتتمثل هذه الجريمة في إقحام الموظف لنفسه في عمل أو صفقة يديرها أو يشرف عليها للحصول على فائدة منها متاجرا بذلك بوظيفته، وهي مظهر من مظاهر الرشوة، فضلا عن كونها أحيانا تشكل صورة من صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.¹

فتكمن هذه الجريمة في تدخل الموظف في الأعمال التي أحيلت إليه إدارتها أو رقابتها، وهو ما يؤدي استغلال الموظف للوظيفة العامة من خلال العمل على تحقيق مصلحة خاصة من ورائها، وعليه تعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة.²

وتأخذ هذه الجريمة في القانون الفرنسي تسمية ثانية وهي "جنحة التدخل"، وقد اصطلح عليها في مصر تسمية "جريمة التربح".³

الفرع الثاني: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية:

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص99.
2 : محمد نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ، ص 456.
3 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص99.

تتطلب هذه الجريمة شرطا أوليا يتمثل في صفة الجاني فضلا عن النشاط المجرم والقصد الجنائي، فهي بهذا تقوم على ثلاثة أركان: صفة الجاني (الركن المفترض) - الركن المادي - الركن المعنوي.

أولا : صفة الجاني :

تشرط المادة 35 من قانون الفساد المذكورة آنفا أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي ، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات ، أو الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما.

وعليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معروف بنص المادة 02 فقرة ب من قانون الفساد على النحو السابق بيانه.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الموظف العمومي، في ظل التشريع الحالي، يشمل المنتخبين الذين كانوا في ظل التشريع السابق خارج دائرة التجريم، ذلك أن المادة 123 الملغاة كانت قد حصرت صفة الجاني في الموظف بمفهومه الضيق، كما هو معروف في القانون الإداري دون سواه من باقي الفئات الأخرى، الأمر الذي جعل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لا تنطبق على المنتخبين على الرغم من كونهم عرضة، أكثر من غيرهم، للحصول على فوائد شخصية غير مشروعة بحكم صفتهم واختصاصهم الواسع في الرقابة والإشراف على الأعمال والصفقات المحلية، وكذا قدرتهم على الاطلاع على مشاريع الصفقات.¹

وعلاوة على توافر صفة الموظف العمومي في الجاني، تشترط الجريمة أن يتولى الجاني مسؤوليات لمنحه سلطة فعلية بشأن المشروع أو العملية التي أخذ أو تلقى منها فوائده. فلا يمكن تصور قيام الجريمة بدون هذه السلطة التي تحقق الرابطة بين المال المشروع أو العملية المعنية. وبعبارة أخرى، تقتضي الجريمة أن يكون الجاني مختصا بعمل من أعمال وظيفته على النحو المبين في المادة 35 من القانون، أي أن يكون مديرا لعقود أو مزايدات ومناقصات أو مشرفا عليها، وأن يكون مكلفا بإصدار إذن الدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيته.²

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص99.

2 : نفس المرجع، ص101.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المادة 124 من قانون العقوبات و الملغاة بموجب قانون الفساد كانت تقضي بتجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية حتى بعد انتهاء الموظف العمومي من الخدمة- بأية طريقة كانت- وهذا خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته، حيث يحظر عليه خلال هذه الفترة تلقي فائدة من العمليات التي أشرف عليها أو كانت له سلطة عليها¹.

ثانيا: الركن المادي:

يقوم الركن المادي للجريمة بأخذ فوائد بصفة غير قانونية على أقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة عن عمل من أعمال وظيفته، تكون له فيها سلطة الإدارة أو الإشراف سواء كانت الفائدة له أو لغيره، وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق.

وأضفت المادة 35 من قانون الفساد في نسخته بالفرنسية صورة ثالثة وهي الاحتفاظ بالفائدة وهي صورة لم يرد ذكرها في النسخة بالعربية.

وقد عدت المادة 35 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي فائدة وهي:

- العقود.

- المناقصات.

- المزايدات.

- المقاولات.

ومن ثمة فإن السلوك المحرم في هذه الجريمة يأخذ إحدى الصورتين: إما أن يأخذ الجاني فائدة أو يتلقى فائدة من عملية من العمليات المذكورة التي يديرها أو يشرف عليها.

1- أخذ فائدة :

وذلك كأن يحصل الجاني (الموظف) على منفعة من المشروع أو العقد أو الصفقة المزمع إبرامها، ولاهم في ذلك طبيعة الفائدة فقد تكون مادية أو معنوية، كما لاهم الطريقة التي تتحقق بها الفائدة فقد يتفق الجاني مع أحد المرشحين للعقد أو المناقصة أو المزايدة على السعي له لأن يكون هو الفائز بها مقابل الحصول على مبلغ مالي أو أسهم في شركة، أو تمكين أحد أصدقائه أو أقاربه من إنجاز جزء من

1 : عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص133.

الأشغال المدرجة في العقد أو الصفقة ويحدث هذا الأمر عادة في عقود انجاز الأشغال التي نجزاً فيها الأشغال.¹

2- تلقي الفائدة :

ومعناه أن يستلم الجاني بالفعل الفائدة ، ولا يهم وقت التسليم سواء كان أثناء تحضير العملية التي يتلقى بمناسبة الفائدة أو أثناء تنفيذها ، وسواء تم التسليم للشخص الجاني أو لغيره.²

3- الاحتفاظ بالفائدة :

بالنسبة لصورة الاحتفاظ بالفائدة، والتي وردت في النص بالفرنسية، يشترط أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير المقاول أو العملية أو يشرف عليها أو مكلفاً بالأمر بالدفع فيها أو مكلفاً بالتصفية، وتبعاً لذلك لا تقوم الجريمة في صورة الاحتفاظ بالفائدة إذا أخذ الموظف العمومي الفائدة أو تلقاها في وقت لم يكن فيه مكلفاً بإدارة المشروع أو العملية أو مشرفاً عليها.³

ويجب أن تكون الفائدة من عمل من الأعمال التي يديرها الجاني أو يشرف عليه أو كان فيها آمراً بالدفع أو مكلفاً بالتصفية ، فيجب أن تكون للموظف العمومي بحكم الوظيفة التي يشغلها أو الوكالة التي يتولاها، سلطة إدارة الهيئة أو المؤسسة التي يأخذ أو يتلقى فيها فوائده أو الإشراف عليها أو دفع مستحقاتها بمعنى تقتضي الجريمة أن يأخذ الجاني أو يتلقى فائدة من عقد أو عملية كان وقت ارتكاب الجريمة يديرها أو يشرف عليها أو كان فيها آمراً بالصرف أو مكلفاً بالتصفية.⁴

ولا تهم طبيعة الفائدة ولا الطريقة التي تتحقق بها، إذ يتضح من صياغة نص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد أن مدلول الفائدة لا يقتصر على ما يجنيه الفاعل من ربح اقتصادي، وإنما يشمل أيضاً ما يعود عليه من فوائده معنوية واعتبارية.⁵

كما لا تهم الطريقة التي تتحقق بها المنفعة أو الفائدة، فقد تتحقق مباشرة بقبض مبلغ من المال أو الحصول على أسهم في شركة أو بمجرد وعده.¹

1 : محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، د.ط، دار النهضة العربية القاهرة، 1983 ، ص 181.

2 : احسن بوسقيعة 'مرجع سابق، ص 102.

3 : نفس المرجع، ص 103.

4 احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 102.

5 : من قبيل الفائدة المعنوية الاستفادة من تخفيضات في السعر أو الحصول على تسهيلات في الدفع أو التعيين في وظيفة بدون وجه حق.

وقد يحصل على الفائدة عن طريق شخص آخر، مثل شريكه أو زوجه أو أحد أبنائه أو أي شخص آخر يتفق معه لإرساء المزايدة عليه.

وتكون هذه الفائدة مقابل امتناع الجاني عن مطالبة المتعامل الاقتصادي بالقيام بعمل كان عليه أن يؤديه أو صرف النظر عن أحد شروط العقد الذي يربطه بالمؤسسة التي يديرها الجاني أو يشرف عليه.²

وهذه الجريمة على النحو السابق، تتفق مع الرشوة، غير أنهما يختلفان في كون جريمة الرشوة تنطوي على معنى الإلتجار بالوظيفة العامة في حين تقوم جريمة الاستفادة غير المشروعة من أعمال الإدارة على استغلال الوظيفة، كما أن الجاني في الجريمة الأولى يحصل على الفائدة من صاحب المصلحة في حين يتدخل الموظف في الجريمة الثانية في عمل للحصول على فائدة.³

ولا يشترط القانون الإضرار بمصلحة الدولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها، فالضرر ليس عنصرا من عناصر الركن المادي للجريمة.⁴

ثالثا: الركن المعنوي:

إن الجريمة أخذ فوائدها بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية. لذا يشترط لقيام الشرط المعنوي فيها توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني والمتمثل في العلم والإرادة. فتقتضي هذه الجريمة أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجريمة عالما بأنه موظف، وأنه مختص بالإدارة والإشراف على الأعمال التي أقحم فيها المصلحة الخاصة لنفسه أو لغيره، وعالما بأن ما من شأن فعله تحقيق فائدة ربح، و عالما بأنه في حالة تحقيق هذه الفائدة أن ذلك بدون حق. كما تقتضي هذه الجريمة أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، فإذا جهل أن اختصاصه يتضمن هذا الفعل ينتفي القصد لديه.⁵

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 106.

2 : نفس المرجع، ص 107.

3 : عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 114-115.

4 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 108 .

5 : عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 115.

وعلاوة على القصد العام كان الفقه و القضاء الفرنسيين يجمعان على ضرورة توافر قصد خاص يتمثل في الطمع والجشع، غير أنه منذ مطلع القرن العشرين أصبحت محكمة النقض الفرنسية تكتفي بالقصد العام وهو مجرد الوعي بأخذ فوائد غير مشروعة.¹

وبالرجوع لنص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد نجد أن الجريمة تتم بمجرد إساءة استعمال الوظيفة، حسب الشروط المنصوص عليها في القانون بصرف النظر عن البحث عن ربح غير شرعي أو منفعة شخصية.²

والجدير بالذكر وبما أن مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة وعليه يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره مما أدى إلى اهتمام المشرع بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، وبرز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-09 الصادر بتاريخ 26 جوان 2001 الذي استحدث مجموعة من المواد نصت في مجملها على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام أ و تنفيذ الصفقات العمومية.

فقد نصت المادة 175 من القانون 01-09 المعدل لقانون العقوبات على أنه: « يرتكب جريمة التعرض لحرية المزايدات ويعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 200.000 دينار كل من عرقل حرية المزايدات أو المناقصات أو تعرض لها أو أحل بها بطريق التعدي أو العنف أو التهديد وذلك في المزايدات على الملكية أو حق الانتفاع أو على تأجير الأموال العقارية أو المنقولة أو على المقاولات أو الاستغلالات أو أية خدمات أخرى أو شرع في ذلك سواء قبل المزايدة أو المناقصة أو أثناءهما.

ويعاقب بذات العقوبة كل من يبعد المزايدين أو يحد من حرية المزايدة أو المناقصة أو يشرع في ذلك سواء بطريق الهبات أو الوعود أو بالاتفاقات أو الطرق الاحتيالية وكذلك كل من تلقى هذه الهبات أو قبل هذه الوعود» .

المبحث الثاني : القواعد الموضوعية للعقاب في جرائم الصفقات العمومية :

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص108.

2 : انظر المادة 35 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

بالإضافة إلى الأحكام الموضوعية على مستوى التجريم، والتي تم التطرق إليها في المبحث الأول هناك أيضا أحكام موضوعية تنصرف إلى الجزاء أو العقاب الجنائي المقرر للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، وهي الأحكام التي كانت منصوص عليها ضمن قانون العقوبات قبل تعديلها في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

فمن المبادئ القانونية التي استقرت عليها أغلب التشريعات الجنائية الحديثة مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات" أو مبدأ "قانونية الجرائم والعقوبات" أو مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وكلها مترادفات تفيد معنى واحدا ويقصد بذلك أن العقوبة قانونية.¹ وكون العقوبة قانونية أن المشرع هو صاحب الاختصاص في نوعها ومقدارها . ويعد مبدأ قانونية العقوبات ضمانا أساسية لحماية حريات الأفراد وصيانتها ضد تعسف القاضي أو السلطات الحاكمة في الدولة.²

وعليه فالجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية كغيرها من الجرائم المنصوص عليه في قانون مكافحة الفساد تخضع لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير في سبيل قمع جرائم الفساد. وحتى تكون الدراسة بسيطة وممنهجة فقد ارتأيت تناولها بأسلوب مقابل لما تم تناوله في المبحث الأول من حيث مظاهر التجريم مع التركيز على نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : العقوبات المقررة لجريمة المحاباة .

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات.

المطلب الثالث: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الرابع : العقوبات المقررة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية .

وسيتم دراسة هذه الأحكام على ثلاث مستويات تتمثل في:

الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي.

الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي.

الثالث: أحكام المشاركة والشروع في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية.

1: العقوبة جزاء جنائي يتضمن إيلا ما مقصودا يقرره القانون ويوقعه القاضي على من ثبتت مسؤوليته عن الجريمة . والإيلا يتمثل في الانتفاض من بعض حقوق الجاني الشخصية كحقه في الحياة وحق الحرية والحق المالي.../عن محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 549 .

2 : علي عبد القادر الفهوجي، المرجع السابق، ص 749.

المطلب الأول: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة :

تخضع جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير .

وأهم ما تميز قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، هو استبدال العقوبات الجنائية التي كانت مقررة في ظل مواد قانون العقوبات الملغاة بعقوبات جنحية، وتنطبق هذه القاعدة على كافة صور جرائم الفساد وعلى جميع الجناة بصرف النظر عن رتبهم.¹ عدا الحالة التي يشغل فيها الجاني منصبا قياديا في الإدارة العامة لبنك أو مؤسسة مالية.²

وقصد دراسة أهم الأحكام الموضوعية المقررة كجزاء مترتب على هذا النوع من الجرائم فستتطرق بداية للعقوبات المقررة للشخص الطبيعي ثم الشخص المعنوي وتنتهي بما هو مقرر لمسألتي الشروع والمشاركة ومسألة الأفعال المبررة.

الفرع الأول : العقوبات المقررة للشخص الطبيعي :

أولا:العقوبات الأصلية:

العقوبات الأصلية هي العقوبات التي فرضها المشرع باعتبارها الجزء الأساسي أو الأصلي المباشر للجريمة أو التي بها يتحقق معنى الجريمة.³

وقد نصت المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على الجزاء المقرر لمن يرتكب جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وهو الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية من 200.000 إلى 1.000.000 دج .

1- تشديد العقوبة :

تنص المادة 48 من قانون مكافحة الفساد على: « إذا كان مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قاضيا، أو موظفا تمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا، أو

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 35 .

2 : في هذه الحالة تكون العقوبات اشد من تلك العقوبات المقررة في القانون المتعلق بمكافحة الفساد وهذا حسب الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بالأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 .

3 : علي عبد القادر الفهوجي، مرجع سابق، ص 758.

عضوا في الهيئة،¹ أو ضابطا أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط، يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة «.

والملاحظ أن هذه المادة نصت على تشديد عقوبة الحبس لتصبح مدتها من 10 سنوات إلى 20 سنة دون تشديد الغرامة المالية، إذا ارتكب الجريمة أحد الأشخاص المذكورين في هذه المادة وهم:²

-القاضي بمفهومه الواسع، وبالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي والإداري، وقضاة مجلس المحاسبة ومجلس المنافسة والمجلس الدستوري.

-الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة، ويقصد به كل موظف سام يعين بموجب مرسوم رئاسي.

-الضباط العموميون، وهم المحضرون القضائيون، الموثقون، محافظ البيع بالمزايدة والمترجمون الرسميون .

-أعضاء الهيئة، ويقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد بمعرفة تنص المادة 2 فقرة م من قانون الفساد.³

-ضباط وأعوان الشرطة القضائية وهم كل من يجوز صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط.⁴

-من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية والذين لهم صلاحيات الشرطة القضائية كل في مجال اختصاصه.⁵

-موظفو أمانة الضبط، ويتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون ورؤساء أقسام الضبط وأمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية وكذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية.

1 : ويقصد بها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والتي تم استحداثها بموجب المادة 10 من الأمر 06-01 و صدر بشأنها مرسوم رئاسي رقم 06-413 مؤرخ في 22/11/2006 يحدد تشكيلة للهيئة الوطنية وتنظيمها وكيفية سيرها ج.ر عدد 74 صادرة 2006/11/22، ص ص 20.17.

2 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 134.

3 : المادة 2 فقرة م : " الهيئة يقصد بها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته " .

4 : انظر المواد 15، 19، من الأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

5 : وهم الأشخاص المذكورون في المادتين 21 و 27 من قانون الإجراءات الجزائية

المادة 21 : « يقوم رؤساء الأقسام والمهندسون والأعوان الفنيون والتقنيون والمختصون في الغابات وحماية الأراضي واستصلاحها بالبحث والتحري ومعاينة جنح ومخالفات قانون الغابات .. » .

المادة 27 : « يباشر الموظفون واعوان الادارات المصالح العمومية بعض سلطات الضبط القضائي .. » .

كما تشدد العقوبة وتتحول إلى جنائية إذا كان الجاني أمينا عموميا وقام بإتلاف أو بتبديد أوراق أو سجلات أو عقود أو سندات محفوظة في المحفوظات أو في كتابه الضبط أو في المستودعات العمومية أو مسلمة إليه بهذه الصفة وتكون العقوبة في هذه الحالة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة.¹

والسبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى تشديد العقوبة على هذه الفئات دون غيرها، يرجع إلى ما يتمتع به هؤلاء الأشخاص من سلطة مؤثرة وحاسمة في الحفاظ على أموال الدولة، فهم القائمون على رعاية المصالح التي جاء القانون لحمايتها، ويوم أن يكون هؤلاء الأشخاص موضع شبهة سيكون القانون بعيدا كل البعد عن تحقيق المقاصد التي جاء من أجلها وبالتالي فإن هذا التشديد يندرج في إطار الضمانات التي وفرها المشرع الجزائري من أجل مكافحة الفساد عموما والوقاية منه،² ومكافحة جرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص .

2- الإعفاء من العقوبة :

لقد نصت المادة 49 فقرة 1 من قانون مكافحة الفساد على : « يستفيد من الأعدار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، كل من ارتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها ».

3- تخفيض العقوبة:

تخفيض العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد بما فيها جنحة المحاباة، وفقا للمادة 49 فقرة 2 من قانون الفساد إلى النصف، لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها .

4- تقادم العقوبة:

تطبق على هذه الجريمة فيما يتعلق بالتقادم ما هو مقرر في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 54 من قانون مكافحة الفساد .

1 : انظر المادة 158 فقرة 2 من القانون 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

2 : دنش لبنى، جريمة الاختلاس والتبديد في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008 ، ص 77.76

فتنص الفقرة الأولى على عدم تقادم العقوبة وفي جرائم الفساد، بوجه عام، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، وتنص الفقرة الثانية على تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية في غير ذلك من الحالات، أي تتقادم العقوبة بمرور (05) خمس سنوات ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً، غير أنه إذا كان عقوبة الحبس المقضي بها تزيد على 5 سنوات كما هو جائر حصوله في جنحة المحاباة، فإن التقادم تكون مساوية لهذه المدة.¹

ثانياً: العقوبات التكميلية:

يقصد بالعقوبات التكميلية العقوبات الثانوية التي لا يمكن توقيعها بمفردها إلا إذا كانت هناك عقوبة أصلية محكوم بها، أي تلحق أو تضاف إلى عقوبة أصلية .
وتقضي المادة 50 من القانون 06-01 بإمكانية معاقبة الجاني في حالة إدانته بجريمة أو أكثر من جرائم الفساد بوجه عام بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات في المادة 09 منه ومن بين هذه العقوبات:

1- المنع من الإقامة :

وهو الحظر مؤقتاً على المحكوم عليه أن يوجد في أماكن محددة، وذلك لمدة سنة على الأقل و 05 سنوات على الأكثر، يبدأ سريانها من يوم الإفراج عن المحكوم عليه وبعد تبليغه قرار المنع من الإقامة.²
2- تحديد الإقامة:

وهو إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة يعينها الحكم، لمدة لا تتجاوز 05 سنوات يبدأ سريانها من يوم انقضاء العقوبة أو الإفراج عن المحكوم عليه.³

3- الحرمان من مباشرة بعض الحقوق:

ويتعلق الأمر بالحقوق المنصوص عليها في المادة 14 من قانون العقوبات⁴ وهي الحقوق التي حصرتها المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات كالاتي :

1 : المادة 614 من القانون 06-22 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 .

2 : المادة 12 قانون العقوبات الجزائري .

3 : انظر المادة 11 قانون العقوبات الجزائري .

4 : انظر المادة 14 قانون العقوبات الجزائري .

- عزل المحكوم عليه وطرده من بعض الوظائف السامية في الدولة وكذا الخدمات التي لها علاقة بالجريمة،

- الحرمان من الحقوق السياسية ، كحق الانتخاب و الترشح وحمل الأوسمة ،

- عدم الأهلية لتولي مهام محلف أو خبير أو شاهد أمام القضاء،

- عدم الأهلية لتولي مهام وصي، ما لم تكن وصاية على الأبناء،

- الحرمان من حمل السلاح وتولي مهام في سلك التعليم، ويكون الحرمان لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

4- سحب جواز السفر :

وهي عقوبة تتمثل في الحكم بسحب جواز السفر لمدة لا تزيد عن 05 سنوات من تاريخ النطق بالحكم.

5- نشر أو تعليق حكم الإدانة :

وهي عقوبة تكميلية جوازية للقاضي نصت عليها المادة 18 من قانون العقوبات الجزائري بقولها :
«للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على أن لا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض ، على ألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا».

وقد نصت المادة 14 من قانون العقوبات على أنه : « يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات .. ».

ولم يكتف المشرع الجزائري بالعقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 50 بل أورد في المادة 51 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد على ما يلي: « في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصد أو حقوق الغير حسن النية ».

ومن خلال هذين النصين فإن الحكم بالمصادرة هو عقوبة إجبارية تتمثل في مصادرة الأشياء التي تسلمها المستفيد من الجريمة، وتطبق هذه العقوبة سواء على الجريمة التامة أو الشروع في ارتكابها.¹

ب- إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات :

أجاز القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته للجهة القضائية التي تنظر في الدعوى العمومية التصريح ببطالان عقد أو صفقة أو براءة امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب جرائم الفساد وانعدام آثاره.²

فبالنسبة للجرائم المتعلقة بالصفقات خاصة، وباقي جرائم الفساد، عامة، إذا تم إدانة الجاني بإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، جاز للقاضي إبطال هاته الصفقات أو العقود أو الامتيازات وتصبح في حكم العدم، بالرغم أن إبطال العقود هو من اختصاص جهات القضاء المدني،³ وعليه فالقاضي ملزم بعد الحكم بالإدانة بجريمة منح الامتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية بتبيين الامتيازات الممنوحة وعدم شرعيتها، ليحكم بإبطال هذه العقود والامتيازات في الشق الجزائي والمدني .

وهو حكم جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائري الجزائي، فالأصل أن يكون إبطال العقود من اختصاص الجهات القضائية التي تبت في المسائل المدنية ليس من اختصاص الجهات التي تبت في المسائل الجزائية.⁴

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

إن التطور الاقتصادي والاجتماعي الحاصل في عصرنا هذا زاد من انتشار الأشخاص المعنوية، كما تعدد وتنوع نشاطها وأصبحت تمتلك إمكانيات مالية وبشرية ضخمة تستخدمها لممارسة نشاطها،

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 39 .

2 : انظر المادة 55 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3 : مداخلات الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية التشريعية جامعة 08 ماي 1945 قالمة يومي 24، 25 أفريل

2007

4 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 40 .

وهي بذلك تحقق فوائد كبيرة لأفراد المجتمع ومع ذلك فإنها يمكن أن تسبب أضرارا تعاقب عليها النصوص الجزائية وهو ما يجعلها محل مساءلة جزائية عن الجرائم المرتكبة.¹

والحقيقة أن المشرع الجزائري كان قد قدر المسؤولية للشخص المعنوي وفي جرائم الأموال بالتحديد من خلال العديد من النصوص الجزائية، وكان ذلك ابتداء من القانون 36/90 المتضمن قانون المالية لسنة 1990 والمؤرخ في 31/12/1990 المعدل بالقانون 25/91 المؤرخ في 18/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 ثم جاء الأمر رقم 22/96 المعدل بالأمر 01/03 المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، الذي نص صراحة على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.²

وقد أصبح في الوقت الراهن الأخذ بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ضرورة تقتضيها مكافحة الفساد.³

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد جاء القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بدوره لينص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عند ارتكابه لجريمة من جرائم الفساد وذلك ضمن المادة 53 من هذا القانون ويكون ذلك وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات مما يدفعنا إلى معرفة الهيئات المعنية بالمساءلة الجزائية ثم معرفة العقوبات المقررة للشخص المعنوي .

أولا: الأشخاص المعنوية محل المساءلة الجزائية :

أقر المشرع في المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بوجه عام،⁴ وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات .

وفيما يخص الهيئات المعنية بالمساءلة الجزائية فيسأل جزائيا، طبقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، ومن هذا القبيل المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الرأسمال المختلط، والمؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية، بالمقابل لا تسأل

1 : دنش لبنى، مرجع سابق، ص 81 .

2 : انظر : عبد الرحمان خلفي، إسناد المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الأموال، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية والتعديلات التشريعية، مرجع سابق، ص 74.64.

3 : <http://www.undp.pogar.org/arabic> ، ص 76.

4 : عدت المادة 49 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل لأحكام القانون 76-58 المتضمن القانوني المدني للأشخاص المعنوية، والاعتبارية في: «الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.» .

جزائيا الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

وحتى يمكن إسناد التهمة إلى الشخص المعنوي فعلى النيابة العامة أن تثبت أن الجريمة قد ارتكبت من طرف شخص طبيعي معين بذاته، وأن هذا الشخص له علاقة بالشخص المعنوي، وأن الظروف والملابسات التي ارتكبت في ظلها الجريمة تسمح بإسنادها إلى الشخص المعنوي، وهذا ما نستشفه من موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، حيث أن شرط مساءلة الشخص المعنوي جزائيا تتمثل في أن يرتكب الفعل الإجرامي من طرف أجهزته أو ممثله القانوني، ويقصد بذلك الشخص الذي يملك سلطة ممارسة نشاط الشخص المعنوي باسمه مثل المدير أو رئيس مجلس الإدارة.¹

ثانيا : العقوبات المقررة للشخص المعنوي :

تنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على : « العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح، غرامة تساوي من مرة (01) الى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة » .

وياسقاط نص المادة السابقة على عقوبة جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تصبح عقوبة الغرامة المالية فيها بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج .

والغرامة كعقوبة مالية تعتبر جزءا فعالا بالنسبة للشخص المعنوي ذلك لأن معظم الجرائم التي يرتكبها يكون القصد منها تحقيق فائدة غير مشروعة ، كما تعتبر هذه العقوبة الأكثر تطبيقا وانتشارا بالنسبة للشخص المعنوي لكونها أكثر رذعا وأقل ضررا من الناحية الاقتصادية بالإضافة إلى أنها سهلة التطبيق سواء من حيث التحصيل أو من حيث إجراءات التنفيذ وهذا الأمر يجعلها أكثر نجاعة وفائدة بالنسبة للدولة لأنها توفر لها أموال كثيرة.²

1 : عبد الرحمن خلفي (إسناد المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الأموال)، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية والتعديلات التشريعية، مرجع سابق ، ص 69 ، 70 .

2 : محمد محدة، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الأول، مارس 2006، ص 51-52.

كما نصت المادة 18 مكرر على العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي وذلك بتطبيق واحدة وأكثر من العقوبات التالية:

1- حل الشخص المعنوي :

إن عقوبة حل الشخص المعنوي تماثل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي، ولا توقع إلا بتوافر حالتين هما:

- أن يكون الشخص المعنوي قد وجد بغرض ارتكاب الجريمة وهذا يعني أن هناك عرضاً رئيسياً لمؤسسي الشخص المعنوي هو ارتكاب النشاط غير المشروع، وعرض آخر احتياطي تم بناء عليه تأسيس الشخص المعنوي من الناحية القانونية .

- والحالة الثانية تتمثل في خروج الشخص المعنوي عن الغرض الذي أنشأ من أجله ارتكاب النشاط الإجرامي¹ .

وعقوبة الحل تحمل في طياتها مبدأ العدالة، ويرى بعض الفقهاء أنها من قبيل التدابير الأمنية وهذا ما نجد أن المشرع الجزائري قد نص عليه في المادتين 20 ، 26 من قانون العقوبات .
بالإضافة إلى ذلك يعتبر الحل أشد العقوبات التي نص عليها المشرع الجزائري وأعطى للقاضي إمكانية المفاضلة بينه وبين 06 عقوبات أخرى معه.²

2- غلق مؤسسة أو إحدى فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات:

الغلق يعني وقف الترخيص لمزاولة النشاط لمدة لا تتجاوز 5 سنوات وخلال هذه المدة المقضي بغلق المؤسسة فيها لا يجوز بيعها ولا التصرف بها طول مدة الغلق، لذا قيل أن عقوبة الغلق من العقوبات المضرة بمصالح الشركاء والدائنين معا، وأيضاً هي من العقوبات المؤقتة بخلاف الحل الذي يعتبر الإنهاء الكلي لها.³

3- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات :

1 : محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دط، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص 78 .

2 : محمد محدة، مرجع سابق، ص 53 .

3 : نفس المرجع ، ص 54 .

وتقضي حرمان الشخص المعنوي من المساهمة في أي صفقة، والقصد من وراء ذلك هو إبقاء الهيئة للمال العام والحفاظ على مصالح الوطن.

4- المنع من مزاوله نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا و لمدة لا تتجاوز **05** سنوات:

هذه العقوبات مفادها أن يكون المنع من مداولة النشاط بشكل مؤقت أو دائم، كما أنه يمكن أن يكون هذا النشاط المحظور هو الذي وقعت الجريمة بمناسبةه أو يعترى المنع أنشطة أخرى.¹

5- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها:

المصادرة تعني نزع ملكية مال من صاحبه جبرا عنه وإضافته إلى ملك الدولة أو الخزينة العامة دون مقابل، والمصادرة كعقوبة تمتاز بأنها غير رضائية، وأنها دون مقابل، وأيضا قضائية² والأهم من ذلك أن المصادرة بنوعيتها تعتبر من العقوبات الفعالة لأنها تصيب الشخص المعنوي بخسارة مالية.³

6- تعليق ونشر حكم الإدانة:

يعني نشر الحكم إعلانه بحيث يصل إلى علم عدد كاف من الناس يؤثر على عددهم في اعتبار الشخص المعنوي وذلك بأي وسيلة كانت سواء سمعية أو بصرية .

7- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز **5** سنوات :

تنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه. ويجب على المحكمة التي تصدر حكمها بالوضع تحت الحراسة القضائية أن تحدد وتعين الوكيل القضائي الذي يقوم بهذه الحراسة ويقدم تقريره لقاضي تنفيذ العقوبات.⁴

إن هذه العقوبات التي أقرها المشرع الجزائري لمعاقبة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية، تستهدف تطويق الأسباب المؤيدة إلى ارتكاب هذا النوع من الجرائم نظير خطورتها الشديدة ليس على الأفراد

1 : وتجدر الإشارة إلى المشرع الجزائري لم يحدد النشاط الذي يجوز منع الشخص من ممارسته على عكس المشرع الفرنسي الذي نص على تحديد ماهية ومفهوم الأنشطة التي يجوز منع الشخص من ممارسته لا نظر في هذا محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 43 .

2 : محمد محدة، مرجع سابق، ص 55 ، 56 .

3 : أنظر المادة 18 مكرر، 18 مكرر 1 قانون العقوبات الجزائري .

4 : محمد محدة، مرجع سابق، ص 58 .

فقط، وإنما لامتدا هذه الخطورة إلى كيان الدولة وتأثيرها على المصدقية والثقة التي تتمتع بها، كما أن إقرار هذه العقوبات ما هو إلا تهديد صريح لمن قد تحدثه نفسه بارتكاب هذه الجرائم .

الفرع الثالث: المشاركة والشروع:

تقضي المادة 52 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على الإحالة على قانون العقوبات فيما يتعلق بالشروع أو المشاركة في مختلف جرائم الفساد.

أولاً: المشاركة:

بما أن صفة الجاني هي ركن قائم بذاته في جنحة المحاباة ، كما رأينا سابقاً فإن مساءلة الشريك تأخذ إحدى الاحتمالات الآتية:¹

- إما أن يكون الشريك موظفاً عمومياً حسب ما هو معروف بالمادة 02 فقرة ب من قانون مكافحة الفساد فيأخذ حكم الفاعل الأصلي وتنطبق عليه نفس العقوبة المقررة للفاعل.

- وإما أن يكون الشريك موظفاً، فتتنطبق على هذه الحالة القواعد العامة للمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات. فيعاقب الشريك عقوبة الفاعل الأصلي سواء في الجنائيات أو الجنح كما هو الحال في جنحة المحاباة، وذلك بصرف النظر عن صفة الشريك.²

ثانياً: الشروع:

يمكن تصور الشروع في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية. ومن ذلك ما قضى به في فرنسا بأن إلغاء الصفقة أثر في الملاحظات التي أبدتها إحدى المصالح بمناسبة مراقبة شرعية الصفقة، لا يؤثر في شيء في توافر نية ارتكاب الجريمة باعتبار أن تنفيذ الصفقة لم يتوقف بإرادة المتعامل معه، وإنما توقف بفضل يقظة الإدارة (صاحبة المشروع).³

وقد نصت المادة 52 فقرة 02 من قانون العقوبات مكافحة الفساد: « يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها ».

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 43.

2 : تنص المادة 44 من قانون العقوبات 06-23 على: « يعاقب الشريك في جنابة أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنابة أو الجنحة ».

3 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 82.

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية:

تخضع كذلك عقوبة جريمة استغلال النفوذ كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير .

وستتطرق من خلال هذا المطلب إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي .

الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

تطبق على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين نفس الأحكام المقررة لجنحة المحاباة، سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة بالعقوبات . وهكذا تعاقب المادة 2/26 على جنحة استغلال نفوذ أعوان الدولة والهيئات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج¹ .

وتطبق على هذه الجريمة نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة والمتعلقة بتشديد العقوبة والإعفاء أو التخفيض منها، ومصادرة العائدات من الجريمة وإبطال العقود والصفقات، والمشاركة والشروع وتقادم العقوبة .

وتطبق العقوبات سواء حصل الجاني فعلا على الامتيازات أو لم يحصل عليها ، كما لو خاب أثر الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني، كأن يحرر فاتورة بسعر الأجهزة المباعة ويصادق عليها رئيس البلدية ثم ترفضها المصالح المالية المكلفة بتسديد الثمن.

وقد نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، الملغاة والتي حلت محلها المادة 26 من قانون مكافحة الفساد والتي كانت تنص على: « معاقبة الشروع في ارتكاب الجريمة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة » .

1 : المادة 2/26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

سبقت الإشارة أن المشرع أقر في المادة 53 من قانون مكافحة الفساد بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الفساد بوجه عام، وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات وعليه فبإحالة المادة 53 من قانون مكافحة الفساد على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر 1 منه تنص على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي مساوية من مرة (01) إلى خمس (05) مرات كحد أقصى للغرامة المقررة عليه، وبالتالي تصبح عقوبة الشخص المعنوي بالنسبة لجريمة استغلال النفوذ غرامة من 1000.000 دج إلى 5.000.000 دج.¹

المطلب الثالث : العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية :

تطبق على جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية أو الرشوة في مجال الصفقات العمومية نفس الأحكام المقررة لرشوة الموظف العمومي، سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة، او بالعقوبات مع تسديد عقوبة الغرامة .

الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

تعاقب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج .

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

بالنسبة للشخص المعنوي وبإحالة المادة 53 من قانون الفساد فيما يخص العقوبة المقررة على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر -1- منه تنص على أن: « العقوبات التي تطبق على

1 : انظر المادة 18 مكرر 1 من قانون 06 - 23 المتضمن تعديل لقانون العقوبات .

الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح هي الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

وبما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة فإن عقوبة الشخص المعنوي فيها تكون غرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.¹ وتمثل هذه الأحكام العقوبات الأصلية لجريمة الرشوة المقررة للشخص الطبيعي أو المعنوي، ويلاحظ عنها أنها تمثل أقصى عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد سواء بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة إذ أصبحت عقوبة الحبس المقررة بـ : من 10 سنوات إلى 20 سنة مساوية للعقوبة المقررة لباقي جرائم الفساد في حالة تطبيق الظروف المشددة.² كما أن عقوبة الغرامة في هذه الجريمة رفعت إلى الضعف سواء في حدها الأدنى أو الأقصى مقارنة بباقي عقوبات الغرامة المقررة لجرائم الفساد الأخرى.

وبذلك تختلف الجزاءات المقررة لهذه الجريمة عن تلك المقررة لجريمة الرشوة السلبية التي يعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي وتطبق عليها نفس الأحكام فيما يتعلق بعقوبة الشخص المعنوي.³ وما يستنتج من ذلك أن المشرع اعتبر فعل قبض أو محاولة قبض أجرة منفعة في مجال الصفقات العمومية ظرفا مشددا.

وتطبق على جريمة الرشوة نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة فيما يتعلق بالإعفاء أو التخفيض من العقوبة، والعقوبات التكميلية ومصادرة العائدات من الجريمة والمشاركة وإبطال العقود والصفقات.⁴

1 : وتجدر الإشارة إلى أن جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية كانت في ظل المادة 128 مكرر -1- ق.ع.ج - الملغاة - جنائية تعاقب بالسجن المؤقت من 05 إلى 20 سنة، وبغرامة من 1.000.000 إلى 5.000.000 دج .
2 : انظر المادة 48 من القانون 06 / 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
3 : المادة 25 فقرة 01 من القانون 06 / 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .
4 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 133 .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 27 من قانون الفساد 06-01 نصت على محاولة قبض الأجرة أو المنفعة من قبل الجاني، وعبارة الجاني هنا تعني الطلب لهذه الأجرة أو المنفعة بشكل مباشر أو غير مباشر، أو اتخاذ موقف يدل على أن الجاني سعى للحصول على المنفعة أو الأجرة، وبذلك يكون المشرع قد نص بشأن هذا خلافاً لباقي النصوص المتعلقة بجرائم الفساد¹ وعموماً يطبق عليها أحكام الشروع المذكورة في المادة 52 من قانون الفساد لأنه نص يطبق على جميع جرائم الفساد وذلك على النحو السابق الذكر في جنحة المحاباة .

وبخصوص التقادم، تطبق على هذه الجريمة ما هو مقرر لرشوة الموظف العمومي في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 54 من قانون مكافحة الفساد. إذ تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على عدم تقادم العقوبة في جرائم الفساد، بوجه عام في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، في حين تنص الفقرة الثانية على تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية في غير ذلك من الحالات.¹

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية، وتحديد المادة 612 مكرر منه المستحدثة إثر تعديله بموجب القانون 04-14 المؤرخ في 10/11/2004 نجد أنها تنص على : « لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة أو اختلاس الأموال العمومية».

وبذلك تعد العقوبات المنطوق بها في جنحة قبض العمولات من الصفقات العمومية الموصوفة في القانون بـ: " الرشوة في مجال الصفقات العمومية غير قابلة للتقادم " .

المطلب الرابع: العقوبات المقررة لجريمة أخذ قواعد بصفة غير مشروعة :

تخضع جريمة أخذ قواعد بصفة غير مشروعة كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير.

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 133-134.

الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:

تعاقب المادة 35 من قانون مكافحة الفساد إلى هذه الجنحة بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج .

وقد كانت المادة 123 من قانون العقوبات تعاقب على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 5000 دج . وتطبق هذه العقوبة على الموظف الذي حصل عليها دون وجه حق لغيره.

كما كانت المادة 123 ق.ع تنص على أنه يعد شريكا في الجريمة، وتطبق عليه العقوبة نفسها للفاعل الأصلي، الغير الذي يتخفى خلفه الموظف ويتخذ ستارا للحصول على فوائد غير مشروعة بطريقة غير مباشرة .

الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي :

تنص المادة 53 من قانون الفساد على تطبيق أحكام قانون العقوبات بشأنها، وتنص المادة 18 مكرر -1- منه على أن يطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة تساوي من مرة (01) الى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي وعليه تصبح عقوبة الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 إلى 5.000.000 دج .

وتطبق على هذه الجريمة كافة الأحكام المطبقة على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والمتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة والإعفاء أو التخفيض منها، والعقوبات التكميلية، ومصادرة عائدات الجريمة أو المشاركة والشروع وإبطال العقود والصفقات.¹

كانت هذه هي أهم الأحكام أو القواعد الموضوعية للتجريم والعقاب في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية المنصوص والمعاقب عليها في القانون 01/06 المتعلق للوقاية من الفساد ومكافحته، والتي جاءت لتساير الأحكام والقواعد والمظاهر التي جاءت بها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي

1 : احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 109 .

تحت الدول الأطراف على اتخاذ ما هو ممكن من تدابير وإجراءات قصد تحقيق أغراض هذه الاتفاقية وعلى رأسها منع ومكافحة الفساد وتعزيز النزاهة .

وقد جاء المشرع الجزائري وإرادة منها مكافحة أشكال وأنماط الفساد بشتى أنواعه بالقانون الخاص الذي يعني بالوقاية من الفساد ومكافحته، ليس فقط باستحداث القواعد الموضوعية للتجريم والعقاب فحسب، بل أكد على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الفساد اقتضتها ظروف وطبيعة جرائم الفساد .

فلم يبق في دراستنا هذه إلا التطرق إلى أهم الأحكام الإجرائية للجرائم والمرتبطة بالصفقات العمومية على وجه الخصوص وجرائم الفساد عامة، وكذا التدابير المتخذة لمواجهة هذه الجرائم سواء على الصعيد الوقائي أو في إطار التعاون الدولي وهي الدراسة التي سنتناولها ضمن الفصل الأخير من هذه الرسالة .

لقد بدأت التشريعات الحديثة تدرج ضمن منظوماتها التشريعية الداخلية ما يسمى بآليات إدماج التوصيات الدولية المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حتى تكتسب هذه الأخيرة الصفة الإلزامية، حتى أنه وعلى مستوى القواعد اتفاقية فإن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وفي خصوصها نجد تحت الدولة الأطراف على اتخاذ ما هو ممكن من تدابير وإجراءات لتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بكل صوره مع تعزيز النزاهة والإدارة السليمة للشؤون والممتلكات العمومية، وهذا ما تبنته الجزائر وفاء منها بالتزاماتها الدولية بسن القانون الخاص الذي يعني بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وسبقت الإشارة في الفصل الأول من هذا البحث أن المشرع الجزائري لم يكتف في تجريم أنواع الفساد على الأشكال التقليدية المعهودة في ظل قانون العقوبات السابق، بل استحدث قواعد وأحكام جديدة ستؤيد الأحكام والقواعد التي جاءت بها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. ولم يكن حتى بالقواعد الموضوعية المتعلقة بالتجريم والعقاب والجزاء المنصوص في قانون مكافحة الفساد، بل استحدث أحكاما إجرائية اقتضتها ظروف وطبيعة جرائم الفساد بصفة عامة. فبعد أن خالصنا في الفصل الأول من هذه المذكرة إلى تحديد الأحكام الموضوعية للتجريم والعقاب في جرائم الصفقات العمومية بيان العقوبات والجزاءات المقررة لهذه الجرائم وأمام تأكيد المشرع الجزائري على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الفساد سواء من حيث الجانب الجزائي أو باتخاذ التدابير الوقائية، سنتناول في هذا الفصل القواعد الإجرائية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية والتي تضمنتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد واستقاهها المشرع فيما بعد ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ونظرا لقلّة وندرة المؤلفات التي تناولت موضوع الفساد في التشريع الجنائي الجزائري بصفة والمؤلفات التي تناولت الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية على وجه الخصوص فقد اعتمدت في

توضيح هذه القواعد الإجرائية، لهذه الجرائم على نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مع إدراج بعض الباحثين في هذا المجال، وبعض شراح كتب القانون عموماً.

وعليه ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تخصص المبحث الأول لدراسة القواعد الإجرائية لمتابعة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية لنعرج في المبحث الثاني من هذا الفصل لدراسة التدابير الوقائية المتخذة لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية.

المبحث الأول : القواعد الإجرائية لمتابعة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية :

من أجل تطهير المجتمع من الأعمال التي من شأنها الإضرار بالمصالح العامة للدولة، وبالأساس الأعمال المخالفة لاحترام معايير الصفقات العمومية، كان لا بدّ ومن أجل توقيع العقوبات المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته اتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية والتمثلية في إجراءات المتابعة الجزائية.

لذا فقد كفل المشرع الجزائري حماية للمال العام سنّه وإصداره لمجموعة من القواعد القانونية التي تعاقب وتدين كل من سوّلت له نفسه أن يقترب إحدى الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية. وسنحاول في هذا المبحث التطرق إلى القواعد الإجرائية لمتابعة جرائم الصفقات العمومية انطلاقاً من مرحلة تحريك الدعوى العمومية مروراً ببيان أساليب التحريّ الخاصة التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وصولاً إلى جهات الحكم ضماناً لتوقيع العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون.

المطلب الأول : تحريك الدعوى العمومية :

انطلاقاً من النظرية الحديثة المتعلقة بالعقاب فإنه لا يجب أن ينظر إلى العقوبة المسلطة بأنها من مرتكب الجريمة، بل لا بدّ أن يكون تسليط العقوبة بطريقة منظمة و متقنة عبر قواعد وإجراءات محددة، ويتأتى ذلك بأن يعمد المجتمع عن طريق النيابة العامة، وبصفة عامة الدولة إلى إيجاد ملخص تلك الإجراءات للوصول إلى تسليك العقوبة، وهذه الوسيلة تدعى "الدعوى العمومية".¹

1 : بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، د ط، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 21

ونعني بتحريك الدعوى العمومية رفعها أو إقامتها أو البدء فيها وتتم بأن تقدم النيابة العامة تحقيقها بنفسها أو تندب أحد مأموري الضبط القضائي لإجرائه على اعتبار أن النيابة العامة جهاز منوط به تحريك الدعوى العمومية ورفعها ومباشرتها أمام القضاء ومتابعتها إلى حين الفصل فيها بحكم بات ونهائي

فتحريك الدعوى العمومية يعني أول إجراءات استعمالها أمام جهات التحقيق أو الحكم من قبل النيابة العامة وهو ما أشارت إليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "تهدف الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء والموظفون المعهود إليهم بمقتضى القانون....".

وتعتبر النيابة العامة ممثلة المجتمع والنائبة عنه فيما يتعلق بأمر الدعوى العمومية لذا يقال أنها على هذه الدعوى، والأمانة عليها والساهرة عليها.¹

أما مباشرة الدعوى فهو إلى جانب تحريك الدعوى تشمل أيضا تتبعها إلى حين صدور حكم فيها ومن حق النيابة العامة وحدها تمثيلها للمجتمع.²

وتخضع مبدئيا الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية شأنها شأن جرائم الفساد لنفس الاجراءات التي تحكم متابعة جرائم القانون العام، سواء تعلق الأمر بعدم اشتراط شكوى من أجل تحريك الدعوى العمومية أو بملاءمة المتابعة.

وستتناول في هذا المطلب بيان طرق تحريك الدعوى العمومية ثم القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية وأخيرا تقادم الدعوى العمومية.

الفرع الأول: طرق تحريك الدعوى العمومية:

متى وقعت الجريمة كان للنيابة العامة رفع الدعوى العمومية وتوجيه الاتهام للوصول إلى معاقبة المتهم ومقترف الجريمة.

وقد جعل المشرع الجزائري من النيابة العامة سلطة الإدعاء العام للحفاظ على حقوق المجتمع ومعاقبة المجرمين ، وهو ما أشارت إليه المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: « تباشر

1 : سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 337.

2 : طاهري حسين، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية، ط3، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 33.

العامّة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثله أمام كل جهة قضائية ممثّلها المرافعات أمام كل الجهات القضائية المختصة بالحكم ويتعين أن ينطق بالأحكام في كما يتولى العمل على تطبيق أحكام القضاء، ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى استخدام العمومية كما تستعين بضباط وأعاون الشرطة القضائية» .

فالقاعدة العامة أن النيابة العامة هي صاحبة حق رفع الدعوى العمومية، لأنها تمثل سلطة اتهام وتنوب عن المجتمع في استعمال حق المتابعة والمطالبة بتطبيق القانون وتطبيق العقوبة المنصوص فيه.¹

واعتباراً لمبدأ شخصية العقوبة فإن الدعوى العمومية شخصية تمارس ضد مرتكب الجريمة، وإذا يجوز تحريك الدعوى العمومية ضد مجهول في مرحلة التحقيق بقصد الوصول إلى معرفة الفاعل يجوز إحالة شخص غير معلوم للمحاكمة.²

والتشريعات الحديثة في العديد من الدول أصبحت تأخذ بمبدأ المسؤولية الجزائية للشخص وبالتالي أصبحت معه فكرة تحريك الدعوى العمومية ضد الشخص المعنوي ممكنة بأن يتم متابعة الأشخاص المعنوية أمام المحاكم الجزائية والحكم عليها بعقوبات جزائية كالغرامة والحل،³ وهذا بموجب المواد 18 مكرر و18 مكرر 1 من القانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 والمتمم لقانون العقوبات، ويكون تمثيل الشخص المعنوي أمامها من طرف ممثله القانوني.⁴

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري وفي إطار القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد قرر عقوبة الحبس والغرامة في حالة عدم إبلاغ السلطات العمومية المختصة عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، إذ نصت المادة 47 على أنه: « يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 500.00 إلى 500.000 دج، كل شخص يعلم بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة بوقوع جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ولم عنها السلطات العمومية المختصة في الوقت الملائم.» .

1 : مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1987.
2 : محمد حزيب، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة السادسة، 2011، دار هومة، الجزائر. ص 16.
3 : انظر الفصل الأول من هذه الرسالة فيما يخص العقوبات المقررة للشخص المعنوي.
4 : المادة 25 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثاني : القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية :

الأصل في تحريك الدعوى العمومية رفعها ومباشرتها من اختصاص النيابة العامة.¹ إلا أن القانون يطلق يد النيابة بصفة مطلقة خالية من كل قيد. فيقيدها أحيانا من حيث سلطتها في تحريك الدعوى العمومية، فيغل يدها لحين رفع القيد عنها بتقديم شكوى أو الطلب أو الإذن.² وهي قيود لا تتعلق إلا بحق النيابة العامة في المبادرة باتخاذ الإجراء الأول وهو تحريك الدعوى العمومية فتطلق يديها في متابعة بقية الإجراءات التي تتطلبها الدعوى العمومية التي أقامتها بمجرد القيد هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنها قيود يترك أمر تقديرها للمجني عليه.³ أو الجهة التي القانون الحق في رفع القيد بتقديم شكوى أو طلب أو إذن.

وتنحصر هذه الصلاحية فقط في اعطاء الضوء الأخضر للنيابة لإطلاق يدها في الإجراءات ولا يتعداه بعد ذلك رفع القيد بتقديم الشكوى أو الطلب أو الإذن في المشاركة في إجراءات مباشرة الدعوى، وعليه سندرس هذه القيود في الآتي :

أولا-الشكوى:

الشكوى هي تعبير عن إرادة المجني عليه وهي رفع العقبة أو المانع الإجرائي من أمام النيابة بقصد تحريك الدعوى العمومية. فهي تعني زوال القيد الذي كان يحد من حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية.⁴

فالشكوى هي إجراء يباشره المجني عليه أو وكيله خاص عنه يطلب فيه من القضاء تحريك العمومية في جرائم يحددها القانون على سبيل الحصر لإثبات مدى قيام المسؤولية الجنائية في حق المشكو في حقه، ويرجع أساس تقرير هذا القيد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى للمصلحة المحمية قانونا والمراد تحقيقها من عدم السير في الإجراءات، حيث يعلق المشرع هذه في السير في الإجراءات بوجوب حصول النيابة العامة على شكوى من المجني عليه. فإذا رأى هذا

1 : أنظر المادة 29 فقرة 01 من الأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

2 : عبد الله أوهايبية، مرجع سابق، ص 95.

3 : يرجع الأصل التاريخي لفكرة قيود تحريك الدعوى إلى القانون الروماني الذي كان يفرق بين الجرائم الخاصة والجرائم العامة فيكون للمعتدي صاحب المصلحة وحده لتحريك الدعوى عن الجرائم الخاصة/ عن سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 355.

4 : سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 358.

التغاضي عن المتابعة بشأن الجريمة التي وقعت عليها أو ضد حق من حقوقه بعدم تقديمه لشكوى يجوز لها تحريكها.¹

وقد نص قانون العقوبات الجزائري على الحالات التي تقيد فيها النيابة العامة في تحريكها العمومية بوجوب حصولها على شكوى من المجني عليه والمتمثلة في الزنا، السرقة بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة، النص وخيانة الأمانة، إخفاء الأشياء المسروقة، هجر العائلة، وخطف القاصرة وإبعادها.²

كما تناول قانون الإجراءات الجزائية حالتان هما : الجنح المرتكبة من الجزائريين في الخارج الجرائم المرتكبة من الأحداث.³

أما فيما يخص جرائم الفساد عموما فلا تخضع متابعتها لأية إجراءات خاصة.⁴ ومع ذلك لا بد من الإشارة إلى أنه في ظل التشريع السابق كان النص القانوني في صياغته يعلق تحريك الدعوى عندما يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو المؤسسات رأس المال المختلط على "شكوى" من أجهزة المؤسسة المعنية المنصوص عليها في القانون القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة.⁵ وقد أثارت هذه الفقرة من المادة جدلا في التشريع السابق.⁶

ثانيا: الطلب:

يقصد بالطلب تعليق تحريك الدعوى العمومية على إرادة السلطة أو الجهة التي أوقعت الجريمة إضرارا بمصالحها، أو التي اعتبرها القانون معنية أكثر من غيرها بوقوع هذه الجريمة. ومفاد ذلك جرائم اعتبر المشرع-من باب الملاءمة التشريعية- غل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى عنها

1 ، عبد الله أوهابية، مرجع سابق، ص 96.

2 : أنظر المواد: 339،377،373،368،339 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

3 : أنظر المادتين 583،448 من الأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

4 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 33.

5 : أنظر الفقرة 03 من القانون 01-09 المؤرخ في 26/06/2001 المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري الصادرة في 27/06/2001، ج.ر عدد 34.

6 : لقد أثارت المادة 119 إثر تعديلها بموجب القانون 01-09 إشكالية تطبيق هذا النص على المؤسسات العمومية الاقتصادية، على أساس أن الفقرة الثانية المذكورة التي حددت مجال تطبيق النص، لم تعد تذكر المؤسسات العمومية الاقتصادية، وبذلك يكون المشرع قد أبعد تلك المؤسسات عن مجال تطبيق المادة 119، غير أنه وبالإستناد إلى الفقرة 03 من المادة 119 ذاتها التي أوقفت المتابعة الجزائية من أجل الجريمة المنصوص عليها في المادة 119 عندما ترتكب أضرارا بالمؤسسات العمومية الاقتصادية على شكوى من جهة الشركة المعنية، وحسب رأي الدكتور: أحسن بوسقيعة لا يعدو أن يكون مجرد سهو، ومن ثم فإن حكم المادة 119 يطبق أيضا على هذه المؤسسات، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذا الإشكال لم يعد مطروحا بعد صدور القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي نص صراحة على خضوع المؤسسات العمومية لأحكام القانون الجديد.

تطلب ذلك الجهة التي أهدرت مصالحها، أو المعنية أكثر من غيرها بسبب هذه الجرائم. فلا يجوز تحريك الدعوى إذا سكتت هذه الجهات.¹

فالطلب بلاغ مكتوب يقدمه موظف يمثل هيئة معنية، لكي تحرك الدعوى العمومية ضد شخص ارتكب الجريمة أو جرائم يشترط القانون لتحريك الدعوى بشأنها تقديم طلب منه ويهدف الطلب محاكمة الجاني وعقابه.²

ثالثا: الإذن:

يستوجب المشرع بالنسبة لبعض الجرائم التي تقع من طوائف معينة من الأشخاص أن يعلق تحريك الدعوى العمومية على صدور إذن من الجهة التي ينتمي إليها هؤلاء الأشخاص.

ومفاد ذلك أن المشرع قرر حصانة لطوائف من الأشخاص تمنع من اتخاذ التدابير الماسة وحرمتهم وحرمة مساكنهم، وبالتالي تحول دون رفع الدعوى عليهم. والسبيل الوحيد لرفع هذه الحصانة ومباشرة الإجراءات ضدهم أن تأذن بذلك الجهة التي ينتمون إليها.³

فالإذن هو رخصة مكتوبة، صادرة عن هيئة محددة قانونا تتضمن الموافقة أو الأمر باتخاذ المتابعة في مواجهة شخص ينتمي إليها، ويتمتع بحصانة قانونية بوجه عام، وهو يختلف عن الطلب رغم أنهما يصدران عن هيئة أو سلطة عامة بصورة مكتوبة، في أنه لا يتضمن المطالبة بمحاكمة وتوقيع العقاب عليه، وإنما هو مجرد ترخيص منها للسير في الإجراءات في مواجهة المأذون ضده، يختلف عن الشكوى التي لا يشترط فيها شكلا معينا تفرغ فيه.⁴

والملاحظ في مجال الإذن، أنه يقتصر على بعض الجرائم التي تقع من أشخاص يشغلون مناصب ومراكز خاصة أو يتمتعون بصفة نيابية أو برلمانية، مما يضيف عليهم حصانة دستورية وقانونية، وهي حصانة إجرائية يقصد بها إحاطة هؤلاء الأشخاص بسياج من الضمانات تضمن لهم أداء مهمتهم خشية من اتهام ظالم، مما قد يعرضهم لاتخاذ بعض الإجراءات المقيدة لحرمتهم كالحبس المؤقت

1 : سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 382.

2 : عبد الله أو هاببية، مرجع سابق، ص 112.

3 : سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 393.

4 : عبد الله أو هاببية، مرجع سابق، ص 115.114.

والتفتيش،¹ ويستفيد من هذه الحصانة الإجرائية المقررة، البرلمانين في المجلسين الشعبي الوطني وكذلك رجال القضاء.³

فالحصانة نوعان: حصانة برلمانية معترف بها لممثلي الشعب من البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي ومجلس الأمة مقررة بموجب المادة 110 من الدستور،⁴ إلا أنه يتضح من نص هذه الأخيرة أنه لا يجوز اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية إلا بإذن ويكون ذلك بواسطة رفع الحصانة عن النائب. أو إذا تنازل النائب تنازلاً صريحاً عن هذه الضمانة، مما تحوّل جهة المتابعة⁵ الشروع في متابعته، وفي الحالة أيضاً على المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة بحسب الأحوال الاجتماع لرفع الحصانة النائب.

أما بالنسبة للحصانة القضائية فقد كفلها الدستور والقانون لأعضاء الحكومة ورجال السلطة القضائية من قضاة وقضاة تحقيق وقضاة نيابة على مختلف رتبهم والولاة وضباط الشرطة القضائية، نظراً لطبيعة عمل هذه الفئات وأهميته وخطورته في نفس الوقت، وتنص المواد 573 إلى 581 من قانون إجراءات الجزائية الجزائري على ضرورة اتباع إجراءات خاصة في متابعة أعضاء السلطة القضائية عن الجرائم التي تقع منهم.

والجدير بالإشارة أيضاً أن من أهم التدابير والإجراءات التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بخصوص جرائم الفساد عموماً تلقي التصريحات الخاصة بالامتلاكات التي تعود إلى الموظفين بالتصريحات تبين تطور عناصر الذمة المالية لفئة محدودة من الموظفين وهم: رؤساء المجالس المحلية المنتخبة⁶ في أعضاء الحكومة والبرلمان بنوع من الحصانة نظراً لعدم اختصاص الوطنية لمكافحة الفساد بتلقي تصريحاتهم.

وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية وبالتحديد المادة 573 نجد أن وكيل الجمهورية الذي يخطر بجناية أو جريمة مرتكبة ممن يكتسبون الحصانة القضائية، يجب أن يحيل الملف إلى

1 : عثمان ديشيشة، الحصانة النيابية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير-تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 23.

2 : أنظر المادة 109 من دستور 1996.

3 : أنظر المواد 573 إلى 581 من الأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعتدل والمتمم.

4 : أنظر المادة 110 من دستور 1996.

5 : المقصود هنا النيابة العامة.

6 : ويكون ذلك من مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته ، أنظر المادة 20 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

العام على مستوى المحكمة العليا بالطريق السلمي، أو للنائب العام على مستوى المجلس القضائي القضية حينئذ للمحكمة العليا، إذا ارتأت أن هناك ما يقتضي المتابعة، وتعيين هذه الأخيرة أحد قضاة المحكمة العليا ليجري التحقيق.¹

ويجدر التنويه أن الصورة الجديدة للتجريم الحديث والمجسّد في جرائم الفساد دفعت المشرع الجزائري إلى تضيق رقعة الحماية والحصانة، التي كانت مكرّسة دستورياً لا سيما الحق في المراسلات الخاصة وحرمة المواطن الخاصة ومسكنه.

وبناء على ما سبق وبموجب المادة 110 من الدستور لا تستطيع النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية ضد شخص متمتع بالحصانة النيابية إلا بالحصول على إذن من المجلس الشعبي الوطني للنواب ومن مجلس الأمة بالنسبة لأعضائه أو بتنازل صريح منهم.

وفي حالة تلبس عضو البرلمان بجناية أو جنحة فإنه تطبق عليه أحكام المادة 111 مكن الدستور التي تنص على أنه: « في حالة تلبس احد النواب أو احد أعضاء مجلس الأمة بجنحة أو جناية يمكن توقيفه ويخطر بذلك مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الأحوال فوراً...»
الفرع الثالث: انقضاء الدعوى العمومية :

بالإضافة إلى انقضاء الدعوى العمومية عن طريق صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وفاة المتهم، إلغاء قانون العقوبات، وتنقضي عن طريق التقادم.

وتأخذ معظم النظم القانونية-إن لم يكن سائرهما- كمبدأ انقضاء الدعوى العمومية بطريق التقادم بمرور الزمن، ومؤدى ذلك أن القعود عن تحريك الدعوى طوال فترة زمنية يحددها القانون يؤدي انقضاء هذه الدعوى، إذا لم يتخذ خلال هذه الفترة أي إجراء من إجراءات الاتهام أو المحاكمة.²

وقد تضمن نص هذه المادة ما يلي : « دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية لا تقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، في حالة إذا ما تمّ تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن،

وفي غير ذلك من الحالات تطبق الأحكام المنصوص عليها في الإجراءات الجزائية...» .

1 : أنظر المادة 573 من الأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعتدل والمتمم.

2 : سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 510.509.

وعليه فقد تضمنت المادة 54 السالفة الذكر حكما مميزا بتقادم الدعوى العمومية.¹ وهذا الحكم يمكن تحليله إلى شقين الأول هو الأصل والثاني هو الاستثناء- فبالنسبة للأصل فهو ما ذهبت إليه الفقرة 02 من نص المادة 54، التي ترى أن أحكام تقادم الدعوى العمومية في جرائم الفساد هي ذاتها الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

وبالرجوع إلى نص المادة 08 من قانون الإجراءات الجزائية، فإن الدعوى العمومية في مجال الجرح تتقادم بمرور ثلاث سنوات كاملة تسري من يوم اقرار الجريمة إذا لم يتخذ في تلك الفترة أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المتابعة. فإذا كانت قد اتخذت إجراءات في تلك الفترة فلا يسري التقادم إلا بعد 03 سنوات كاملة من تاريخ آخر إجراء.

أما الاستثناء فهو وارد في الفقرة 01 من المادة 54 لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته فلا تتقادم الدعوى العمومية، إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن- وهو حكم عام ينطبق على كافة جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون 06-01 ومنها الجرائم المرتبطة بالصفقات العيوميته وفيما يخص جريمة قبض العملات من الصفقات العمومية، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجد أن المادة 08 مكرر، المستحدثة إثر تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 04-14 المؤرخ في 10/11/2004 تنص على أنه لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجرح الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والرشوة واختلاس الأموال العمومية. وطالما أن المادة 27 من قانون الفساد قد وصفت جنحة قبض العملات من الصفقات العمومية بوصف "الرشوة في مجال الصفقات العمومية"، فإن حكم المادة 08 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية ينطبق عليها.

1 : أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 33.

المطلب الثاني: أساليب البحث والتحري الخاصة:

إن الدعوى العمومية باعتبارها الوسيلة القانونية لاستيفاء حق الدولة في العقاب تبدأ إجراءاتها بمرحلة البحث و التحري عن الجرائم والكشف عن مرتكبيها، وهي إجراءات سابقة للإجراءات القضائية التي تخذ من جهات قضائية كقضاة النيابة والتحقيق، وإن الإجراءات الجزائية المتخذة مرحلة البحث والتحري أو مرحلة التحقيق التمهيدي تتولاها أجهزة الشرطة القضائية.¹

وتخضع الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لأحكام خاصة جاء بها هذا الأخير في سبيل قمع مختلف جرائم الفسولتم المتابعة بالنسبة للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، كغيرها من جرائم الفساد وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، غير أن قانون مكافحة الفساد نص على أحكام متميزة بشأن أساليب التحري والبحث للكشف عن جرائم الفساد بوجه عام.

وعليه سنحاول في هذا المقام تسليط الضوء على هذه الأساليب والتي تضمنت قواعد إجرائية غير معروفة في المنظومة الجنائية الحديثة وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: التسليم المراقب.

الفرع الثاني: الاختراق أو التسرب .

الفرع الثالث: الترصد الإلكتروني.

الفرع الرابع: تجميد الأموال وحجزها ومصادرتها.

وذلك على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول: التسليم المراقب:

تنص المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه: « ومن أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحري خاص كالترصد الإلكتروني، والاختراق على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة ».

1 : حدد قانون إجراءات الجزائية أحكام الشرطة القضائية في المواد 12 إلى 28 و 42 إلى 55 و 63 إلى 65.

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أن الأدلة المتوصل إليها بهذه الأساليب تكون حجيتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري جاء بقواعد إجرائية غير معروفة إطلاقا في المنظومة الجنائية القديمة.

وهو بذلك إدراج قانوني مستحدث يتسق وتعهدهات الدولة الجزائرية على الصعيد الدولي لاسيما بعد مرحلة المصادقة على الاتفاقيات الدولية وعلى سبيل الخصوص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. إذ نصت المادة 50 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في فقرتها الأولى على أنه: « ومن أجل مكافحة الفساد، مكافحة فعالة تقوم كل دولة طرف بقدر ما تسمح به المبادئ الأساسية لنظامها القانوني الداخلي، وضمن حدود إمكانياتها وفقا للشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي، باتخاذ ما قد يلزم من تدابير لتمكين سلطاتها المختصة من استخدام أسلوب التسليم المراقب على النحو المناسب. وكذلك حينما تراه مناسبا، إتباع أساليب تحري خاصة كالترصد الإلكتروني وغيره من أشكال الترصد، والعمليات السرية، استخداما مناسبا داخل إقليمها، وكذلك لقبول المحاكم ما يستمد من تلك الأساليب من أدلة » .

كما ذهبت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في المادة 20 منها إلى بأن: « تقوم كل دولة طرف ضمن حدود إمكانياتها ووفقا للشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي، إذا كانت المبادئ الأساسية لنظامها القانوني الداخلي تسمح بذلك، باتخاذ ما يلزم من لإتاحة الاستخدام المناسب لأسلوب التسليم المراقب، وكذلك ما تراه مناسبا من استخدام أساليب تحر خاصة أخرى مثل المراقبة الإلكترونية أو غيرها من أشكال المراقبة والعمليات المستترة من سلطاتها المختصة داخل إقليمها لعرض مكافحة الجريمة المنظمة مكافحة فعالة » .

أما المشرع الجزائري أو قانون مكافحة الفساد اكتفى بتعريف التسليم المراقب دون باقي وهكذا عرفت المادة 02 في الفقرة ك التسليم المراقب على النحو الآتي: « الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم

السلطات المختصة وتحت مراقبتها، بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالين في ارتكابه»¹.

الفرع الثاني : الاختراق أو التسرب:

تعتبر عمليات التسرب أو الاختراق من الآليات الجديدة التي اعتمدها المشرع ، وسمح بها الحد من الجرائم الخطيرة ، التي تهدد المجتمع، باعتبارها آلية فعالة تسمح بالتغلغل في أوساط الإجرامية ، مما يسمح ويمكن من التعرف على هوية المجرمين وعدم تمكينهم من تحقيق أعمالهم الإجرامية.²

وقد نصت المادة 65 مكرر 11 من قانون الإجراءات الجزائية³ على تعريف المقصود أو التسرب بقولها : « قيام ضابط أو عون شرطة قضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل أو شريك لهم أو خاف، ويسمح لضباط أو أعوان الشرطة القضائية أن يستعمل لهذا الغرض، هوية مستعارة وأن يرتكب عند الضرورة الجرائم المذكورة، ولا يجوز تحت طائلة البطلان أن تشكل الأفعال تحريضا على ارتكاب الجرائم».

إن عملية التسرب لا يجوز قانونا مباشرتها إلا بإذن مكتوب ومسبب من وكيل الجمهورية أو من قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية- وذلك تحت طائلة البطلان- مذكور فيه الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء وهوية ضابط الشرطة القضائية التي تتم العملية تحت مسؤوليته ، والمدة القصوى لعملية التسرب ويجب أن لا تتجاوز أربعة أشهر ، كما يجب أن تذكر في وثيقة الإذن بعملية التسرب . ويمكن أن تجدد تلك العملية حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية ، ويجوز للقاضي الذي رخص بإجرائها أن يأمر في أي وقت بوقفها قبل انقضاء المدة المحددة وتودع هذه الرخصة في ملف الإجراءات بعد الانتهاء من عملية التسرب.⁴

1: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص32.

2: عبد الله خياطة، الأشكال الجديدة للتجريم في ضوء الاتفاقيات الدولية، نشرة القضاء العدد 536 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية فيفري 2008، ص 94.

3 : عدل وتم قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 22/06 المؤرخ في 2004/12/20 ، ج ر ع 84 الصادرة بتاريخ 24 سبتمبر 2006 .

4 : المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية .

ولأجل القيام بعملية التسرب يسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية أن يستعمل هوية مستعارة كما يسمح لهم وللأشخاص الذين يسخرونهم لهذا الغرض دون أن يكونوا مسؤولين جزائيا القيام بعمليات اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها و استعمال أو وضع تحت تصرف هذه الجرائم والوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي ، وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال.¹

ولا يجوز تحت طائلة البطلان أن تشكل هذه الأفعال تحريضا على ارتكاب جرائم ، فقد أوجبت المادة 65 مكرر 12 فقرة 2 و المادة 65 مكرر 14 ، والمادة 65 مكرر 13 من قانون الإجراءات الجزائية على ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب تحرير تقرير يتضمن جميع العناصر الضرورية لمعينة الجرائم غير تلك التي قد تعرض للخطر أمن الضابط أو العون القيملرخصت المادة 65 مكرر 16 من قانون الإجراءات الجزائية إظهار الهوية الحقيقية لضابط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باشرُوا عملية التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات وقررت عقوبات جزائية ضد كل من يكشف هويتهم أو يتسبب كشفها في أعمال عنف ضدهم أو ضد أزواجهم أو أصولهم المباشرين أ وفاة أحد هؤلاء الأشخاص .

بينما أجازت المادة 65 مكرر 18 من قانون الاجراءات الجزائية سماع ضابط الشرطة القضائية التي تجري عملية التسرب تحت مسؤوليته دون سواه بوصفه شاهدا عن العملية .

هذا وإن تقرر وقف عملية التسرب أو انقضت المدة المحددة لها في رخصة التسرب دون ودون أن يتمكن العون من توقيف عمليات المراقبة في ظروف تضمن أمنه فإنه بموجب المادة 65 مكرر 17 من قانون الإجراءات الجزائية يمكنه مواصلة النشاطات المذكورة في المادة 65 مكرر دون أن يكون مسؤولا جزائيا عن الوقت الضروري الكافي لتوقيف عمليات المراقبة على ألا يتجاوز ذلك مدة أربعة أشهر مع ضرورة إخبار القاضي الذي رخص بإجراء عملية التسرب تلك في أقرب

1 : محمد حزيط، مرجع سابق، ص 73.

الآجال فإن انقضت مهلة الأربعة أشهر تلك دون أن يتمكن العون المتسرب من توقيف نشاطه في ظروف تضمن أمنه، يمكن لهذا القاضي أن يرحص بتمديدتها لمدة أربعة أشهر على الأكثر.¹

الفرع الثالث: الترصد الإلكتروني:

إن الترصد الإلكتروني بمعناه الدقيق لا أثر له في القانون الجزائري. مما يعني أن المفهوم الواسع لمصطلح الترصد الإلكتروني محل دراسة من قبل المشرع الجزائري، وهذا ما نجده بالفصل الرابع قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22/06 المؤرخ في 2006/12/20.² فقد نصت المادة 65 مكرر 05 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: « إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن كما يأتي:

-اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية اللاسلكية،

-وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وبت وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو لعدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص.

ويسمح الإذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 74 من هذا القانون وبغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم حق على تلك الأماكن.

وتنفذ العمليات المأذون بها على هذا الأساس تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص وفي حالة فتح تحقيق قضائي، تتم العمليات المذكورة بناء على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة «.

1 : محمد حزيط، مرجع سابق، ص 73.

2 : جاء الفصل الرابع تحت عنوان " في اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور " .

وبمراجعة هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري وإن لم يسلم بدقة المصطلح المعتمد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إلا أنه مع ذلك حدد مدلول هذا المصطلح من خلال المادة 65 مكرر 5، وإن كان من الأولى على المشرع في هذا الصدد التقييد بالمفاهيم التي اتخذها، وتعهد بها بموجب الاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

وإذا كان الأمر المتفق عليه هو استحداث إجراءات تحري خاصة لمتابعة جرائم الفساد عموماً، فإن السؤال الذي يبقى مطروحاً هو حول الطبيعة القانونية لهذه الإجراءات وهل هي واردة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال ما يفتح المجال لإضافة إجراءات أخرى ولا سيما أن فحوى نص المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته جاءت تنص على أنه: «يمكن اللجوء إلى التسليم أو إتباع أساليب تحري خاصة كالترصد الإلكتروني والاختراق». وهذا يجعل معه الاعتقاد أن المشرع ضرب مثالا لأساليب التحري الخاصة وهي:

الترصد الإلكتروني والاختراق، وترك المجال مفتوحاً لإضافة كل أسلوب من شأنه أن يؤدي إلى الغرض المنشود من سن مثل هذه الإجراءات، ألا وهو تسهيل جميع الأدلة المتعلقة بالجرائم عليها في هذا القانون.¹

وبخلاف المشرع الجزائري وبالرجوع إلى القانون المقارن نجد أن المشرع الفرنسي قد أدرج الترخد الإلكتروني في قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون المؤرخ في 19/12/1997 بتطبيقه اللجوء إلى جهاز الإرسال يكون غالباً سورا الكترونياً يسمح بترصد حركات المعني بالأمر الأماكن التي يتردد عليها.²

وبالرغم من أن قانون الفساد جاء بمجموعة من أساليب التحري والتحقيق للكشف عن الجرائم المنصوص عليها والمذكورة آنفاً، إلا أنها قد لا تكون كافية لكشف بعض الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية كجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية نظراً لخصوصية هذه الجريمة، التي ترتكب في الخفاء وباستعمال وسائل احتيالية من طرف الجناة بغرض التهرب من تحمل المسؤولية.

1: نبيل مالكية، مرجع سابق، ص 115، 116.
2: أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 32.

لذا يستوجب من أجل إثبات هذه الجريمة الإصلاح الكافي على ملء القضية والتفحص الدقيق الصفقة أو الاتفاقية، خاصة ما تعلق منها بالإمكانات المتحصل عليها المادية والبشرية والسعر مع مقارنة ذلك مع ما قدمه باقي المترشحين، هذا إلى جانب تحديد العلاقة الموجودة بين الموظف المتهم أو المترشح الفائز بالصفقة، ويكون ذلك بالاستعانة بتصريحات الشهود ومسؤولي السلطات الوصية على الموظف لمعرفة مدى شرعية الإجراءات المتخذة بشأن منح الصفقة وطريقة اختيار المتعاقد.¹

كما أنه فيما يخص جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، يتوقف إثبات هذه الجريمة على إثبات العلاقة الموجودة بين الجاني الدولة الذي استغل فيه الجاني سلطته وتأثيره من أجل إبرام العقد أو الصفقة، لأن مسألة إثبات الركن المادي المتمثل في الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين والمتعلق بالزيادة في الأسعار التعديل في نوعية الخدمات أو المواد يمكن أن يتم عن طريق الخبرة. لذلك يستوجب على القاضي سواء في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة الاطلاع على ملف القضية ودراسته بدقة ومراقبة تصريحات المتهم أو الشهود إن وجدوا لمحاولة استخلاص أركان الجريمة وبالتالي الحكم بإدانته.² وتجدر الإشارة إلى أن الصورة الجديدة للتجريم الحديث والمجسد في جرائم الفساد دفعت المشرع الجزائري إلى تضيق رقعة الحماية والحصانة. التي كانت ممنوحة للأشخاص والمكرسة دستوريا لاسيما الحق في المراسلات الخاصة وحرمة المواطن الخاصة ومسكنه.

إذ نصت المادة 39 من الدستور على انه: « لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون.»

وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أن: « سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة.»

كما نصت المادة 40 على ضمان الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن.

2: بوضويرة مسعود، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية والتشريعية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2007، ص 112.

3: بوضويرة مسعود، مرجع السابق، ص 112.

ومن خلال هذا يمكن القول أن حقوق الانسان الاساسية بدأت في التراجع أمام أشكال التجريم الحديثة ، خاصة و أن المشرع وبصدد استحداثه لأساليب التحري الخاصة تيقن بعدم نجاعة الطرق الكلاسيكية لمكافحة جرائم الفساد، لكنه و بالمقابل لم يضع أثارا مترتبة على سوء استخدام الأساليب أو استخدامها في غير محلها أو بالأحرى لم يضع ضوابط دقيقة لحكمها ، نظرا لما تحمله من مساس بالحق في خصوصية حياة الإنسان وحقوقه التي طالما اعتبرت أساسية !

الفرع الرابع: تجميد الأموال وحجزها ومصادرتها:

لقد أجازت المادة 51 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحتها للجهات القضائية والسلطات المختصة الأمر بتجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جرائم الفساد بصفة عامة بقرار قضائي أو أمر من سلطة مختصة، وذلك كإجراء تحفظي في صورة ما إذا ارتبطت جريمة الفساد بجريمة تبييض الأموال المنصوص عليها في القانون 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال.

كما تأمر الجهة القضائية عند إدانة الجاني بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب الجريمة مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية¹ وبالرجوع إلى أهم المصطلحات الواردة في نص المادة 51 المذكورة أعلاه فنجدتها تتمثل في التجميد أو الحجز والمصادرة والعائدات الإجرامية.

وقد عرفت المادة 02 الفقرة 02 من القانون 01/06 ضمن مصطلحات القانون التجميد أو الحجز أنه: « فرض حضر مؤقت على تحويل الممتلكات أو استبدالها أو التصرف فيها أو نقلها أو تولي عهدة الممتلكات أو السيطرة عليها مؤقتا، بناء على أمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة كما عرفت الفقرة ط من الفقرة الثانية المصادرة بأنها: « التجريد الدائم عن الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية » .

كما نصت المادة 51 من قانون الفساد في فقرتها الثالثة على: « ... وتحكم الجهة القضائية برد اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو

1: قام المشرع الجزائري بإنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02 / 127 المؤرخ في 07/04/2002 للمزيد أنظر ج ر عدد 23 المؤرخ في: 07/04/2002.

فروعه أو إخوته أو زوجته أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى» .

وعليه ففي حالة الحكم بإدانة الجاني بجريمة الرشوة في مجال الصفقات يحكم القاضي برد ما تم قبضه من عمولة نظير تقديمه للخدمة سواء كان في يد الجاني أو في يد أحد الأشخاص المذكورين في المادة أعلاه ويفهم من سياق النص أن الرد إجباري حتى وإن خلا من عبارة "يجب".

وإذا كانت المصادرة تعتبر بمثابة آثار الحكم الصادر بالإدانة، فإن التجميد أو العجز من قبيل الإجراءات الوقائية " أو المؤقتة المتخذة " أثناء سير الخصومة الجزائية وتعد هذه الإجراءات المستحدثة بالغة الأهمية لأنها تمكن الدولة ضحية جرائم الفساد من الإسراع بوضع يدها على الأموال المهربة والناجحة عن جرائم الفساد إلى غاية البث فيها بصفة نهائية من طرف القضاء.

المطلب الثالث: جهات الحكم :

أنشأ المشرع الجزائري في إطار مكافحة الإجرام الخطير ما اصطلح على تسميته بالأقطاب المتخصصة أو الأقطاب الجزائية ذات الاختصاص الموسع، وأقر لها بنظر بعض الجرائم. وكان المشرع قد أقر في السابق بنظر الأقطاب الجزائية ذات الاختصاص الموسع بعض الجرائم على سبيل الحصر، ولم يدرج ضمن جرائم الفساد بصريح العبارة، إلا أنه نص على جريمة تبييض الأموال والتي تعد من أهم جرائم الفساد الماسة بالمال العام بالنظر إلى ما يترتب عنها ما تحويل لرؤوس أموال ناتجة عن استغلال الوظيفة العامة إلى الخارج .

إلا أنه بصدر الأمر 05/10 المتمم للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد أخضع جرائم الفساد للاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع، وفقا لقانون الإجراءات الجزائية في إطار ما أسماه الديوان المركزي لقمع الفساد الذي يضم ضباط من الشرطة القضائية يتكفل تنصيبه لمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد، ويمتد اختصاص الضباط والجرائم المرتبطة بها كامل الإقليم الوطني.¹

1 : أنظر المادتين 24 مكرر 1 من الأمر 05/10 المتمم للقانون 01/06. ج ر المؤرخة في 2010/09/1، عدد 50

وعليه جاء هذا الأمر لسد الطريق أمام الموظف العمومي وتجنبيه استعمال السلطة أو تغليب اعتبارات المحاباة على المتطلبات القانونية ومقتضيات المصلحة العامة والتصدي لجرائم الفساد ومكافحتها.

وبناء على هذا ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، أخصص الأول للتعريف بالمحاكم الجزائية ذات الاختصاص الموسع وأهميتها، بينما أخصص الثاني لقواعد اختصاص وإجراءات سير المحاكم الجزائية ذات الاختصاص الموسع.

الفرع الأول: تعريف المحاكم الجزائية ذات الاختصاص المحلي الموسع :

نظرا للتحويلات العميقة التي عرفتھا الظاهرة الإجرامية ولغياب هيئات قضائية متخصصة في مكافحة الأشكال الجديدة للإجرام ودعم فاعلية الجهات القضائية التقليدية، أنشأ المشرع الجزائري جهات قضائية داخل نطاق النظام القضائي العادي ومد لها صلاحية النظر في الجرائم الواردة على سبيل الحصر بموجب قانون الإجراءات الجزائية المعدل بمقتضى القانون رقم 14/04 المؤرخ نوفمبر 2004 حيث نص على تمديد الاختصاص المحلي لهذه المحاكم في المواد 37 و 40 منه تحديدها وفعلا فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 348/06 المؤرخ في 2006/10/05 تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق¹.

ولهذه المحاكم اختصاص بنظر الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد بموجب الأمر 05/10 حيث نصت المادة 24 مكرر 1 على أنه: « تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لقانون الإجراءات الجزائية». في إنشائها لهذه المحاكم المتخصصة حذت حذو بعض الدول المتطورة التي أثبتت فيها المحاكم نجاعتها في مكافحة الجريمة المنظمة، فالنظام القضائي الفرنسي اعتمد هذه المحاكم منذ 1986 بإنشاء القطب القضائي المتخصص في مكافحة جرائم الإرهاب، حيث تم جعل محكمة باريس محكمة ذات اختصاص وطني، ثم اعتماد القطب المتخصص في الجرائم الاقتصادية والمالية سنة 1994، ثم أنشأ الجهات القضائية الجهوية المتخصصة j. i. R. S في سنة 2004.

2: عبد المجيد جباري ، عملية تعديل قانون الإجرائية بين الإثراء التشريعي والتطبيق القانوني ، مجلة الفكر البرلماني عدد 21 نوفمبر 2008، ص 179.

وتظهر أهمية هذه الأقطاب في تكفلها بمعالجة ملفات ثقيلة وجد خاصة سواء من حيث طبيعتها الأشخاص المتورطين فيها، ونظرها في الجرائم التي لها وقع كبير على أمن واستقرار الوطن من الاقتصادية والاجتماعية والتي غالبا ما يكون المتهمون فيها بارونات خطيرة، مما يستدعي طريقة مخالفة ومغايرة لتلك المعمول بها في الجرائم البسيطة، إذ تنفرد هذه الأقطاب الجهوية بميزة قضائها في معالجة قضايا الجريمة المنظمة باعتبارهم قد تلقوا دورات تكوينية عديدة سواء على الوطني في إطار البرنامج المسطر من قبل وزارة العدل، أو على المستوى الدولي من خلال القنوات التربصية التي يخصص لها في دول أجنبية في إطار الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وتلك الدول في التعاون الدولي.¹

الفرع الثاني : اختصاص المحاكم الجزائرية ذات الاختصاص المحلي الموسع :

حدد المشرع الجزائري قواعد اختصاص المحاكم الجزائرية ذات الاختصاص المحلي الموسع وكذا إجراءات سيرها في كل من قانون الإجراءات الجزائية والمرسوم التنفيذي رقم 348/06 المتضمن تحديد الاختصاص المحلي .

وقد مدد المشرع الجزائري سواء بموجب المرسوم التنفيذي 06-348 أو بموجب الأمر 10-05 المتمم للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الاختصاص المحلي لبعض ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق إلى دوائر اختصاص سواء في الجرائم المحددة على سبيل الحصر أو في الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، وذلك قصد معالجة فعالة لهذه الجرائم نظرا إلى تخصص القضاة المعنيين بها وتوفير إمكانيات ووسائل تحري متطورة لا تمكن توفيرها لمكافحة الجرائم ولهذه المحاكم اختصاص إقليمي واختصاص نوعي يتطرق إليها على النحو الآتي بيانه:

1- الاختصاص الإقليمي:

في إطار الحديث عن الاختصاص الإقليمي أو المحلي للمحاكم الجزائرية يمكننا الإشارة إلى أنه بتاريخ 26/02/2008 تحديد الجهات القضائية المختصة بهذه الجرائم عن طريق تدشين القطب

1 : مقال منشور على الموقع الإلكتروني ، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 17 ماي 2010
<http://WWW.ech-chaab.com>

القانوني أو القطب الجنائي ذو الاختصاص الموسع الكائن مقره بمحكمة سيدي أمحمد بالجزائر ضمن تشكيلة تضم 12 قاضيا وذلك ضمن الأقطاب الجزائية الآتية:

أ. الاختصاص الإقليمي لمحكمة سيدي أمحمد (الجزائر العاصمة):

ويتمد اختصاصها إلى محاكم ومجالس قضاء كل من: الجزائر، الشلف، الأغواط، البليدة، تيزي وزو، الجلفة، المدية مسيلة، بومرداس، تيبازة، عين الدفلى.¹

ب. الاختصاص الإقليمي لمحكمة قسنطينة :

يتمد اختصاصها المحلي ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لها إلى محاكم المجالس القضائية قسنطينة، أم البواقي باتنة، بجاية، بسكرة، تبسة، جيجل، سطيف، سكيكدة، عنابة، قالمة، برج بوعريريج، الطارف، الوادي، خنشلة، سوق أهراس، ميلة.²

ج. الاختصاص الإقليمي لمحكمة ورقلة:

يتمد اختصاصها المحلي واختصاص وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم القضائية ل: ورقلة، أدرار، تمنراست، إليزي، تندوف، غرداية.³

د. الاختصاص الإقليمي لمحكمة وهران:

يتمد اختصاصها المحلي واختصاص وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها إلى محاكم المجالس ل: وهران، بشار، تلمسان، تيبازة، سعيدة، سيدي بلعباس، مستغانم، معسكر، البيض، تيسمسيلت، النعامة، عيت تيموشنت، غليزان.⁴

2- الاختصاص النوعي:

للأقطاب الجزائية صلاحية النظر في بعض أنواع الجرائم الخطيرة والمحددة على سبيل الحصر تتمثل في:⁵

1: المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 348/06 .
2: المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 348/06 .
3: المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 348/06 .
4: المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 348/06 .
1: المادة 01 من المرسوم رقم 348/06 والمواد ، 87 ، 40 ، 329 . من قانون الإجراءات الجزائية.

- الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالمخدرات،

الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية،

- الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات،

- جرائم تبييض الأموال،

- جرائم الإرهاب،

- الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف،

في بادئ الأمر أعطى المشرع الجزائري الأقطاب الجزائرية المختصة بنظر الجرائم أعلاه وعلى سبيل الحصر، ولم يدرج ضمنها جرائم الفساد بصريح العبارة، لكنه نص على جريمة تبييض الأموال لما تسببه من خسائر فادحة للخزينة العمومية وللإقتصاد الوطني .

لكن بصدور الأمر 05/10 بتاريخ 26 أوت 2010 المتمم للقانون 01/06 أقر بوضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون باختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا للقانون الإجراءات الجزائرية وبهذا الموجب المادة 24 مكرر 1 فقرة 1 من قانون 01/06.

ونصت الفقرة 02 من ذات المادة على أن يمارس ضباط الشرطة القضائية التابعة للديوان المركزي لقمع الفساد المحدث بموجب الأمر 05/10 مهامه وفقا لقانون الإجراءات الجزائرية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته ويمتد اختصاص هؤلاء الضباط في جرائم الفساد والجرائم المرتبطة بها كما فيها جرائم الصفقات العمومية إلى كامل الإقليم الوطني وهذا بموجب الفقرة الثالفة منصلتها المادة 40 مكرر من قانون الإجراءات الجزائرية على أن الجهات القضائية التي تم اختصاصها المحلي تخضع لقواعد قانون الإجراءات الجزائرية المتعلقة بالدعوى العمومية والتحقيق والمحاكمة. غير أن هذه المحاكم تنفرد ببعض الإجراءات الخاصة . حيث يتعين على ضباط القضائية أن يخبر وكيل الجمهورية فورا لدى المحكمة الكائن بها مكان أحد الجرائم السابق ويبلغونه بأصل ونسختين من إجراءات التحقيق بحيث يرسل هذا الأخير فورا النسخة الثانية إلى العام لدى المجلس القضائي التابع له القطب الجزائري¹.

1: المادة 40 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائرية.

فإذا رأى النائب العام المخاطر أن الجريمة تدحل ضمن اختصاص القطب الجزائري، فإنه يطالب بالإجراءات فوراً، وفي هذه الحالة يتلقى ضابط الشرطة القضائية العاملون بدائرة اختصاص هذه المحكمة التعليمات مباشرة من وكيل الجمهورية لدى القطب الجزائري.¹

ويجوز للنائب العام لدى المجلس القضائي التابع له القطبي الجزائري المختص أن يطالب بالإجراءات في جميع مراحل الدعوى .

وفي حالة فتح تحقيق قضائي يصدر قاضي التحقيق أمراً بالتخلي عن الإجراءات لفائدة قاضي التحقيق لدى القطب الجزائري، وهنا يتلقى ضباط الشرطة القضائية التعليمات مباشرة من قاضي التحقيق للقطب الجزائري المتخصص.²

وبناء على ما سبق رأينا كيف أن المشرع الجزائري ووفاء منه لالتزاماته الدولية قام بسن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مسائرا بذلك الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الصدد وعلى رأسها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

كما رأينا كيف وأن هذا القانون تضمن قواعد موضوعية وإجراءات مستحدثة جاءت لدعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته فضلا عن تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية وكذا تسهيل دعم التعاون الدولي من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته.³

وهذا في إطار الجهود المبذولة للوقاية من هذه الظاهرة ومكافحتها هذه الجهود الرامية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية بوجه خاص وتنطبق على جرائم الفساد بوجه عام هي محل دراستنا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: التدابير الوقائية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية:

إذا كان الأصل في مواجهة الفساد هو قمع الجريمة وتوقيع الجزاء على مرتكبها إذا ما توافرت أركانها عملاً بمبدأ شرعية النص الجنائي " لا شرعية العقوبة إلا بنص "، فقانون الوقاية من الفساد

2: المادة 40 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية.

3: المادة 40 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجزائية.

4: المادة 01 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

جاء بحملة من التدابير الوقائية لمواجهة الفساد تساهم في توفير حماية قانونية للأموال العمومية تدابير مستقاة من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع الفساد.

ولعل من أهم هذه التدابير ما يسمى بمجلس المحاسبة كآلية رقابية معترف بها منذ الاستقلال ومواكبة التطور الحاصل في دول العالم فقد شهدت الجرائم حركة تشريعية في مجال مكافحة الجرائم المالية من أجل تدعيم الحركة الاقتصادية، لذا جاء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته واستحدث بموجبه هيئة وطنية لمحاربة الفساد.

ومن أجل البحث عن دور كلا من مجلس المحاسبة والهيئة الوطنية لمحاربة الفساد في مواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، ارتأيت أن أقسم هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول : التدابير الرقابية المتخذة من قبل مجلس المحاسبة.

المطلب الثاني : الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الثالث : تدابير التعاون الدولي وتدابير استرداد الممتلكات.

وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التدابير الرقابية المتخذة من قبل مجلس المحاسبة :

بادئ ذي بدء ينبغي الإشارة إلى أن السبب في نعت التدابير المتخذة من قبل مجلس المحاسبة بالتدابير الرقابية بالنظر إلى أن مجلس المحاسبة يعتبر من الهيئات الرقابية التي نص عليها المشرع ليحوز لثريته مجلس المحاسبة إلى دستور 1976¹. غير أنه تم تأسيس هذه الهيئة بشكل فعلي عام 1980 وخضع في إدارته وتسييره إلى مجموعة من التغييرات بداية من القانون 05/80 المؤرخ 01 مارس 1980 الذي أعطى له الاختصاص الإداري والقضائي لممارسة رقابة شاملة على والمرافق والمؤسسات التي تدير الأموال العمومية

1: انظر المادة 190 من الدستور الجزائري لسنة 1976 .

أو التي تستفيد منها، جاء بعد ذلك القانون 32/90 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 الذي حصر تدخله حيث استثنى من مراقبته المؤسسات والمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كما جرده من صلاحياته القضائية.¹

وأعيد بعد ذلك تنظيم مجلس المحاسبة مرة أخرى بموجب الأمر 20/95 المؤرخ في 17 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة الذي وسع من جديد اختصاصاته ليشمل مراقبة كل الأموال مهما كان الوضع القانوني لمسيرها أو المستفيدين منها.²

وقد عدل الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة بالأمر 02/10 المؤرخ في 26 أوت الذي وسع بدوره من صلاحيات مجلس المحاسبة وأعطاه المساهمة في تعزيز الوقاية ومكافحة أشكال الغش والممارسات القانونية التي تشكل تقصيرا في واجب النزاهة ومن أجل تحديد دور المحاسبة في مواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية.

ولابد في البداية من تحديد تنظيم وتسيير هذا المجلس في الفرع الأول لنعرج بعد ذلك إلى بيان دوره الرقابي في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول: تنظيم وتسيير مجلس المحاسبة :

نتناول في هذا الفرع التنظيم الهيكلي لمجلس المحاسبة وفقا للنظام الداخلي له، ثم نحاول بيان التشكيلة البشرية لمجلس المحاسبة وهذا وفقا للأمر 20/95 المعدل والمتمم وذلك على النحو الآتي: يلائم تنظيم الهيكلي لمجلس المحاسبة :

وفقا للنظام الداخلي لمجلس المحاسبة يتكون هذا الأخير من مجموعة من الهياكل التي تدخل في تفعيل المهام المنوط به وتمثل هذه الهياكل في :

1: أمال يعيش، تمام ، هيئات القضائية الإدارية المتخصصة ، مجلة المنتدى القانوني الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، العدد الثالث، ماي 2003 ص 226.

2: الأمر 20/95 المؤرخ في 17 جويلية 1995 ، المتعلق بمجلس المحاسبة . ج ر الصادرة بتاريخ 18 يوليو، 1995، عدد 39 .

3: الأمر 02/ 10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر 20/95 ج.ر الصادرة بتاريخ 2010/09/01 ، العدد 50 .

1-الغرف:

يشتمل مجلس المحاسبة على 8 غرف ذات اختصاص وطني و9 غرف ذات اختصاص إقليمي وغرفة واحدة للانضباط في مجال الميزانية والمالية¹.

وتشير المادة 11 من المرسوم الرئاسي 377/95 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المحاسبة إلى مقر قيام الغرف ذات الاختصاص الإقليمي وذلك في كل من عنابة، قسنطينة، تيزي وزو البلدية، الجزائر، وهران، تلمسان، ورقلة، بشار.

ويتفرع عن الغرف ذات الاختصاص الوطني وكذا الغرف ذات الاختصاص الإقليمي فروعاً لا يتجاوز عددها أربعة لكل غرفة، كما ضبقت المادة 10 من ذات المرسوم المجالات أو القطاعات التي تتدخل فيها الغرف ذات الاختصاص الوطني حيث تشمل كل من المالية والسلطة العمومية والمؤسسات الوطنية وكذا الصحة والشؤون الاجتماعية والثقافية والتعليم والتكوين بالإضافة إلى الفلاحة والرعي والمنشآت القاعدية والنقل والتجارة والبنوك والتأمينات وأخيراً الصناعات والمواصلات.

2-النظارة العامة:

تسند مهام النيابة في مجلس المحاسبة إلى ناظر عام يساعده من ثلاثة إلى ستة نظار عامون مساعدون يمارسون مهامهم في مقر مجلس المحاسبة وناظرين مساعدين على الأكثر من كل غرفة اختصاص إقليمي².

3-كتابة الضبط:

لمجلس المحاسبة كتابة ضبط ومن المهام الأساسية لكتابة ضبط المجلس تلقيها الموازنات التنبؤية التي يتم إيداعها من الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين. كما تتلقى الوثائق والتقارير الموجهة إلى المجلس وكذلك الطعون في القرارات الصادرة عن المجلس³.

1: أنظر المادة 9 من المرسوم الرئاسي 377/95 المتضمن النظام الداخلي لمجلس المحاسبة المؤرخ في 20 نوفمبر 1995، ج ر الصادرة في 20

نوفمبر 1995، عدد 72

2: علي زغدود، المالية العامة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 168. وانظر أيضاً محمد الصغير بعلي، يسرى أبو العلا، المالية العامة، دار العلوم، عنابة، الجزائر، ص 116.

3: علي زغدود، مرجع السابق ص 168.

4-المصالح التقنية والإدارية:

أشارت المادة 35 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة على اشتغال هذا الأخير على أقسام تقنية ومصالح إدارية حيث تحكم الأقسام التقنية بتقديم الدعم الضروري للقيام بمهام المجلس وتحسين أدائه بالإضافة إلى إمكانية مشاركة هذه الأقسام في عمليات التدقيق والتحقيق والتقييم أما المصالح الإدارية فتكلف بتسيير مالية مجلس المؤسسات ومستخدميه ووسائله المادية.

ثانيا : التشكيلة البشرية لمجلس المحاسبة :

يقوم بتسيير وإدارة مجلس المحاسبة كل من:¹

1-رئيس مجلس المحاسبة :

يتولى رئيس مجلس المحاسبة إدارة وتسيير هذا الأخير من خلال :

- تمثيل المؤسسة على الصعيد الرسمي وأمام القضاة .
- يتولى علاقات مجلس المحاسبة بكل من رئيس الجمهورية وكذا رئيس المجلس الشعبي والوزير الأول وأعضاء مجلس الوزراء.²
- يسهر على انسجام تطبيق الأحكام الواردة في النظام الداخلي.
- الموافقة على برنامج النشاط السنوي وكذا الكشف التقديري لنفقات المجلس.
- توزيع رؤساء الغرف ورؤساء الفروع وقضاة مجلس المحاسبة الآخرين على وظائفهم .
- يرأس جلسات الغرف .

2-نائب رئيس مجلس المحاسبة :

يكلف نائب رئيس مجلس المحاسبة بمساعدة رئيس المجلس في مهمته من خلال تنسيق أشغال ومتابعتها كما له أن يترأس إحدى الغرف في حالة غياب رئيسها أو حدوث مانع له.³

1: المادة 41 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة .

2: استبدلت عبارة الهيئة التشريعية ورئيس الحكومة المنصوص عليها في الأمر 20/95 بعبارة المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول وذلك بموجب الأمر 02/10 المعدل والمتمم للأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة/ أنظر المادة 29-39 من الأمر 02/10 ، ج ر العدد 50 المؤرخ في 01/09/2010 ، ص 8 .

3 : المادة 42 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

3- الناظر العام :

أشارت المادة 43 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم إلى أن الناظر العام يسهر على تقديم الحسابات بانتظام من خلال المطالبة بتطبيق الغرامة في حالة التأخير أو رفض تقديمها كما يتابع قرارات مجلس المحاسبة والجهات القضائية .

4- رؤساء الغرف:

يتولى رؤساء الغرف تنسيق الأشغال داخل تشكيلاتهم ويسهرون على حسن تأديتها، تحقيقاً للأهداف المسطرة ، كما يحدد رؤساء الغرف القضايا الواجب دراستها في الغرف والفروع الجلسات ويديرون مداولات الغرف كما لهم أيضاً أن يرأس جلسات الفروع.¹

5- رؤساء الفروع :

يتولى رؤساء الفروع الأشغال المسندة إلى فروعهم ويسهرون على حسن تأديتها ويشرفون على التدقيق التي يكلفون بها.²

6- المستشارون والمحاسبون:

يكلف المستشارون والمحاسبون بأعمال التدقيق أو التحقيق أو الدراسة المسندة إليهم كما في جلسات التشكيلات المدعوة للفصل في نتائج أشغال مجلس المحاسبة.³ وتجدر الإشارة إلى أن عناصر التشكيلة البشرية لمجلس المحاسبة المشار إليهم أعلاه يتمتعون قاضي بحسب ما تضمنته المادة 38 من 20-95 إلى أنهم لا يخضعون للقانون الأساسي للقضاة يخضعون لقانون خاص بأعضاء مجلس المحاسبة.⁴

الفرع الثاني : دور مجلس المحاسبة في مواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية:

إن المطلع على الأحكام القانونية المنظمة لعمل وصلاحيات مجلس المحاسبة في إطار الأمر رقم 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة والمعدل والمتمم بالأمر 20/10 وكذا المرسوم الرئاسي

1 : المادة 44 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

2 : المادة 45 من الأمر 20-95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

3 : المادة 46 من الأمر 20-95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

4 : وهو الأمر 23/95 المؤرخ في 26/08/1995 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة وأنظر في هذا الصدد المرسوم 30/96 المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة المؤرخ في 13 يناير 1996 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 13 يناير 1996 عدد 4.

المتضمن النظام الداخلي لمجلس المحاسبة لا يجد أي إشارة تشير بشكل صريح إلى دوره في جرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص ولا جرائم الفساد بصفة عامة.

ومع ذلك فإن إنكار دوره بخصوص جرائم الصفقات العمومية يحتاج إلى إمعان النظر، ذلك أنه وبالرجوع إلى ما نصت عليه المادة 2 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة والمعدلة المتممة بالأمر 02/10، حيث نصت على أنه: « يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وبهذه الصفة يدقق في شروط استعمال الهيئات للموارد والوسائل المادية والأموال العامة التي تدخل في نطاق اختصاصها... ». ونصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه: « تهدف الرقابة التي تمارسها مجلس المحاسبة من النتائج التي يتوصل إليها، إلى تشجيع الاستعمال المنصرم والصارم للموارد والوسائل المادية والأموال العمومية وترقية إجبارية تقديم الحسابات وتطوير شفافية تسيير المالية العمومية » .

وما يبين دور مجلس المحاسبة في رقابة أموال الدولة ما نصت عليه الفقرة الرابعة بقولها: « ويساهم مجلس المحاسبة، في مجال اختصاصه ومن خلال ممارسة صلاحياته في تعزيز الوقاية ومكافحة جميع أشكال الغش والممارسات غير القانونية أو غير الشرعية التي تشكل تقصيرا في الأخلاقيات وفي واجب النزاهة أو الضارة بالأموال العمومية » .

فمن خلال هذا النص يتضح أن مجلس المحاسبة يمارس الرقابة اللاحقة من خلال التدقيق في استعمال الأموال العمومية من أجل تحديد وجهتها أي في مدى مطابقة استعمال وصرف الموارد المالية للتنظيمات المقررة لها.

كما يساهم مجلس المحاسبة، في مجال اختصاصه ومن خلال ممارسة صلاحياته في تعزيز الوقاية ومكافحة جميع أشكال الغش وغيرها من الأعمال المخلة بواجب النزاهة والضارة بالأموال العمومية، عن قيام مجلس المحاسبة بمهامه الرقابية على الأموال العامة يتعين الإشارة في البداية إلى نطاق أو مجال تطبيق رقابته.

أولاً: مجال تطبيق رقابة المحاسبة :

في إطار البحث عن مدى مطابقة استعمال الموارد المالية العمومية للتنظيمات المقرر لها تمتد مجلس المحاسبة لرقابة مصالح الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات والمرافق العمومية أنواعها، كما تخضع أيضا لرقابتها المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات والهيئات العمومية التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا والتي تكون أموالها أو موارد رؤوس كلها ذات طبيعة عمومية، بالإضافة إلى مراقبة تسيير الأسهم العمومية في المؤسسات والشركات والهيئات مهما يكن رصيدها القانوني الذي تملك فيه الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المرافق أو الهيئات العمومية الأخرى بأغلبية في رأس المال أو سلطة قرار مهنية.¹

ومن خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري قد أخضع مجال واسع من النشاطات المتعلقة بتسيير الموارد المالية العمومية لرقابة مجلس المحاسبة، وهذا الموقف يساهم في تفعيل المحافظة على الأموال العامة.

ولما كان مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة كان ينبغي إخضاعها لأطر رقابية محددة ومتنوعة بهدف ترشيد النفقات العامة والحد بقدر الإمكان من السلوكيات السلبية وهدر المال العام ومن هذه الأطر الرقابية مجلس المحاسبة.

ثانيا: كفايات الرقابة المتخذة من قبل مجلس المحاسبة:

أشارت الأحكام القانونية المتعلقة بعمل الصلاحيات مجلس المحاسبة إلى اختصاص هذا الأخير بتحميل مسؤولية أي مخالفة لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية لكل مسؤول أو المؤسسات والمرافق و الهيئات العمومية المذكورة في الفقرة السابقة.²

ولكن قبل ترتيب أي مسؤولية لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات، حيث أنه وفي سبيل قيام المحاسبة بدوره الرقابي على الهيئات والنشاطات المذكورة آنفا، حول له المشرع الجزائري حق

1: أنظر المواد 7.8.8 مكرر 9. 10 11 12. من الأمر 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.
2: أنظر المادة 87 من الأمر 20/95 المعدل والمتمم بالأمر 02/10 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

على كل الوثائق التي من شأنها أن تشمل رقابته المالية أو الوثائق اللازمة لتقييم تسيير المصالح الخاصة الخاضعة لرقابته ، كما حول له المشرع أيضا سلطة إجراء التحريات الضرورية.¹

بالإضافة إلى تمكين قضاة مجلس المحاسبة في إطار المهام المسندة إليهم من الدخول إلى كل التي تشملها أملاك الهيئات الخاضعة لرقابة مجلس المحاسبة.²

هذا ويمكن لمجلس المحاسبة أن يستعين بأعوان القطاع العام المؤهلين لمساعدته في أعماله موافقة السلطة السلمية التي يتبعونها.³

ودائما وفي سبيل قيام مجلس المحاسبة بدوره الرقابي ألزم المشرع الجزائي من خلال المادة الأمر 20/95 السابق الذكر المحاسبين العموميين بإيداع المستندات الثبوتية بحساباتهم عن التسيير كتابة ضبط مجلس المحاسبة ، وكل تأخير في تقديم هذه المستندات أجاز المشرع لمجلس غرامة مالية تتراوح بين 5000 دج و 50000 دج ضد المحاسب العمومي المسؤول عن هذا وفقا للمادة من ذات المادة 61 من ذات الأمر 20/10 المعدل والمتمم للأمر 20/95.⁴

فإذا اكتشفت نتائج تدقيقات وتحقيقات مجلس المحاسبة أنه توجد مخالفة استعمال الاعتمادات المساعدات المالية التي تمنحها الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية لأهداف غير التي منحت من أجلها صراحة، يقدم رئيس الغرفة المختصة تقريرا مفصلا إلى رئيس مجلس قصد تبليغه إلى الناظر العام ، والذي يقوم إما بحفظ الملف بموجب قرار معلل قابل للإلغاء أمام خاصة تتكون من رئيس غرفة ومستشارين اثنين من مجلس المحاسبة إذا رأى أنه لا مجال للمتابعة، إذا قرر العكس يحضر استنتاجاته كتابيا ويرجع الملف إلى مجلس المحاسبة،⁵ الذي يعين مقرر من مستشاري مجلس المحاسبة والذي بدوره يحضر تقريره ويرسله مع كامل الملف إلى رئيس مجلس لتبليغه إلى الناظر العام.

فإذا أثبتت نتائج التحقيق بأنه لا مجال لمتابعة يمكن للناظر العام أن يقرر حفظ الملف ويبلغ القرار إلى رئيس مجلس المحاسبة والعضو المعني.

1: المادة 55 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

2: المادة 56 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

3: المادة 58 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

4: كانت الغرامة المالية بموجب الأمر 20/95 تتراوح بين 1000 دج و 10.000 دج .

5: المادة 94 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

أما إذا كانت الوقائع من شأنها أن تبرر إحالة الملف على غرفة الانضباط في مجال تسيير المالية والميزانية يرسل الناظر العام كل الملف مصحوبا باستنتاجاته إلى رئيس هذه الغرفة¹ ، ليقوم هذا بتعيين قاضي مقرر من بين قضاة هذه الغرفة يكلفه بالملف لتقديم الاقتراحات ويحدد رئيس هذه تاريخ الجلسة ويعلم رئيس مجلس المحاسبة الناظر العام، ويستدعي رئيس الغرفة الشخص المتابع بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام وفقا للمادة 98 من الأمر 20/95 المعدلة بموجب الأمر 10-02 والمتعلق بمجلس المحاسبة.

وقد أجاز المشرع للشخص المتابع أو محاميه الإطلاع على الملف الذي يعنيه كاملا وذلك في يقل عن شهر من تاريخ الجلسة بعد استلام الاستدعاء بحسب ما نصت عليه المادة 99 من ذات الأمر وتبث الغرفة في جلسات علنية وبأغلبية أصوات أعضائها².

وفي الأخير يمكن القول بأن القرار الذي تمكن أن يتخذه مجلس المحاسبة ضد موظف أو مسؤول ممثل أو قائم بالإدارة الذي ثبت خرقه للأحكام التشريعية والتنظيمية أو تجاهل التزاماته لكسب مالي أو عيني غير مبرر لصالحه أو لغيره على حساب الدولة أو هيئة عمومية ليصل إلى حد المتابعة الجزائية بالإضافة إلى إصدار الغرامة³.

كما يقوم مجلس المحاسبة بإرسال الملف الخاص بالرقابة إلى النائب العام المختص إقليميا بغرض المتابعة بحسب ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 20/95 السابق الذكر.

المطلب الثاني: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:

عرفت فترة الحكم الراشد انتشارا ملحوظا في خطاب المؤسسات الدولية ووكالات التعامل وحكومات البلدان المتطورة وبلدان العالم الثالث، وتم وضع شبكات لقياس الحكم الراشد على عدة مؤشرات مختلفة تتعلق بكيفية انتقاء الهيئة الحاكمة وتقييم المسار الديمقراطي وحرية الإعلام

1: أنظر المادة 97 من الأمر 20/95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم .

2: دنش لبنى، مرجع سابق، ص 57.

3: أنظر المادة 91 من الأمر 20/95 المعدل والمتمم المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم.

ومدى قدرة السلطة الحاكمة على تصور وتنفيذ السياسات الحكومية، وكذا احترام المؤسسات من قبل السلطة والمواطنين من خلال تقييم استقلالية القضاء واحترام القانون ومستوى الفساد.¹

وحماية للنزاهة ومكافحة ظاهرة الفساد استلزم وضع برامج إصلاح شاملة تحظى بدعم سياسي وتكتسب مضمونا استراتيجيا يقوم على تشخيص الشكليات ومعالجة أسبابها وتعاون جميع الأجهزة الحكومية وغير الحكومية وتعاون المجتمع المدني ومؤسساته وإرساء المبادئ والقيم الأخلاقية والمجتمع والاستفادة من الخبرات الدولية.²

ومن هذا المنطلق ولمحاربة الفساد بذلت مجهودات على المستوى الدولي والإقليمي من أجل محاربه ولا سيما التوقيع على اتفاقية ماباتو بتاريخ 11 جويلية 2003 تحت إشراف الاتحاد الإفريقي وكذا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الموقعة بتاريخ 31 أكتوبر 2003 وهذه الاتفاقية تؤكد على الرابطة الوثيقة بين الحكم الرشيد ومكافحة الفساد.

ومن هذا المنطلق أيضا حرصت الجزائر على مشاركة المجتمع الدولي اهتمامه في محاربة الفساد خلال حرصها على عقد الاتفاقيات،³ وحضور المؤتمرات و الندوات.⁴

وامتدادا لهذا الاهتمام قام المشرع الجزائري بسن قانون يهدف إلى محاربة ظاهرة الفساد وهو 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، كما وضعت استراتيجية وطنية في مجال مكافحة الفساد وقصد إرساء ودعم التدابير الرامية إلى تنفيذ هذه الاستراتيجية أنشأت هيئة وطنية مستقلة مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة 17 من القانون 01/06.⁵

ولما كان قطاع الصفقات العمومية في الجزائر، أحد القطاعات الأكثر تخلفا والفساد فيه لاسيما الرشوة، اعتبرت من جرائم الفساد التي تسعى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد والحد منه بكافة الطرق والوسائل القانونية مما يحافظ على بناء الحكم الرشيد وانتشاره.

1: رشيد زوايمية ، ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته ، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية والتعدلات التشريعية ، قسم العلوم القانونية والإدارية ، جامعة 8 ماي 1945 قالمة ، أيام 25/24 أبريل 2007 ، ص 144.

2: نبيل مالكية ، مرجع سابق، ص 131.

3: المرسوم الرئاسي رقم 128/4 مؤرخ في 19 أبريل 2004 يتضمن التصديق بالتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك سنة 2003 . ج ر 26 مؤرخ في 25 أبريل 2004. وكذا المرسوم الرئاسي رقم 137/06 المؤرخ في 10 أبريل 2006 المتضمن التصديق على اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة في 11 جويلية 2003 ج ر ، عدد 24 المؤرخة في 16 أبريل 2006.

4: وفي هذا الصدد تم عقد مؤتمرات تغني بالوقاية من الفساد أهمها مؤتمر بالي المنعقد خلال الفترة 2008/01/18 إلى غاية 2008/02/10 بآندونيسيا .

5: المرسوم الرئاسي رقم 413/06 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 74 الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006 .

ولإحاطة الكافية بنظام هذه الهيئة وفقا لما أورده قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، سنتناول في هذا المطلب تنظيم وتسيير الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ثم بيان دور الهيئة في مكافحة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول : تنظيم وتسيير الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد:

إن العدد الكبير من المشاريع التنموية التي عرفتها الجزائر في الآونة الأخيرة من أجل تدعيم البنية التحتية التي تتطلب تحويلات هائلة أدى بالبعض إلى محاولة التكسب غير المشروع وتحويل وجهة هذه التمويلات.

ولأجل سد الباب في وجه الطامعين تناول قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

وبالرجوع إلى نص المادة 17 من القانون 01/06 نجد أنها تنص على: « تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته قصد تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال مكافحته قصد تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد ».

وسنحاول في هذا المقام التطرق أولا إلى الطبيعة القانونية للهيئة ثم بيان كيفية تنظيم هذه الهيئة.

أولا : الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد :

لقد حددت المادة 18 من نفس القانون الطبيعة القانونية لهذه الهيئة على اعتبار أنها سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

ولذلك نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي في فكرة السلطة الإدارية التي يهدف من إنشائها إلى ضمان الحياد في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين وكذا في معاملة العموميين والمنتخبين عندما يتعلق الأمر بضمان الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية.¹

وتعد استقلالية الهيئة أمرا ضروريا حتى تتمكن من أداء مهامها وصلاحياتها على النحو المطلوب لحد من جرائم الفساد بوجهه، وجرائم الصفقات العمومية على وجه التحديد.

1: رشيد زوايمية، مرجع سابق ، ص145 .

ولأجل ذلك وضع المشرع الجزائري من خلال المادة 19 من قانون مكافحة الفساد مجموعة من الأحكام المختلفة التي تضمن استقلالية هذه الهيئة والتي حددت في الآتي:

- قيام الأعضاء والموظفين التابعين للهيئة، المؤهلين للاطلاع على معلومات شخصية وعموما على أية معلومات ذات طابع سري بتأدية اليمين الخاص بهم قبل استلام مهامهم .
- تزويد الهيئة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة لتأدية مهامها .
- التكوين المناسب والعالي لمستخدميها.
- ضمان أمن وحماية أعضاء وموظفي الهيئة من كل أشكال الضغط أو الترهيب أو التهديد أو الإهانة أو الشتم أو الاعتداء مهما يكن نوعه التي قد يتعرضون لهم أثناء أو بمناسبة ممارستهم لمهامهم .

ويتم قياس هذه الاستقلالية التي حددها المشرع بموجب نص المادة 19 سالف الذكر حسب أربعة تدابير هي:¹

- الطابع الجماعي للجهاز .
- تعدد الهيئات المكلفة بتعيين واقتناء الأعضاء.
- تحديد عهدة لفائدة أعضاء الهيئة.
- عدم خضوع أو تبعية الهيئة للسلطة التنفيذية.

وإذا رجعنا إلى قانون مكافحة الفساد لمعرفة مدى أخذ المشرع الجزائري بهذه المعايير فإننا نلاحظ أنه فيما يخص شرطي التشكيلة الجماعية وتحديد العهدة لفائدة أعضاء الهيئة، فقد تم النص على من خلال نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 الذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها حيث جاء فيها: « تشكل الهيئة من رئيس وستة أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد لمهامها طبقاً للأشكال نفسها » .

1: رشيد زوايمية، مرجع سابق، ص 145.

أما فيما يتعلق بطريقة تعيين واختيار هذه الهيئة فإنه بالرجوع إلى نص المادة 5 أعلاه من المرسوم الرئاسي 413/06 المتعلق بتنظيم وتشكيل الهيئة نجد أن أعضائها يعينون بموجب مرسوم مما يوحي إلى عدم توافر معياري تعدد الهيئات المكلفة بتعيين واختيار الأعضاء، وعدم خضوع أو الهيئة للسلطة التنفيذية، حيث أن رئيس الجمهورية يحتكر سلطة التعيين مع العلم أن احتكار هذه السلطة بين أيدي جهة واحدة يجعل من الهيئة مجرد أداة تابعة للسلطة التنفيذية بالرغم من أن فكرة الاستقلالية تعني عدم خضوعها لأية وصاية ولا أية سلطة رئاسية. بمعنى أنه لا يمكن للسلطة أن توجه أو تتدخل في الصلاحيات والقرارات التي تتخذها الهيئة، وهو عكس ما نلاحظه لدى المشرع الجزائري الذي نص من خلال المادة 18 من قانون مكافحة الفساد توضع لدى رئيس الجمهورية، مما يتناقض ومقتضيات الاستقلالية.

وتجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من استقلالية الهيئة وتمتعها بالشخصية المعنوية التي يترتب عليها الاستقلال المالي والإداري، إلا أنها مع ذلك تخضع لوسائل الرقابة الإدارية على غرار الهيئات والمؤسسات التي تتمتع بالشخصية المعنوية، وتتجسد على الخصوص في السلطة الوصائية ممثلة في شخصية رئيس الجمهورية كما تربطها بالسلطة القضائية علاقة تنحصر في الدعوى العمومية.²

وبخصوص علاقة الهيئة بالسلطة القضائية من خلال أدائها ومهامها ووظائفها فإن الهيئة تستعين بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في الوقائع ذات العلاقة بالفساد. وعندما تتوصل إلى وقائع وصف جزائي فإنها تحول الملف إلى وزير العدل حافظ الأختام والذي بدوره يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء.³

ومن ثم يتضح أن دور الهيئة رقابي وليس قضائي يهدف إلى الوقاية من الفساد وعلاقتها بالسلطة القضائية علاقة تكامل من خلال تسهيل عمل السلطة القضائية المتمثل في النيابة العامة قصد تحريك هذه الأخير للدعوى العمومية بشأن إحدى جرائم الفساد.⁴

1: عين أعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 نوفمبر 2010 المتضمن تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية المؤرخة في 14 نوفمبر 2010، العدد 69، ص 31.

2: نبيل مالكية، مرجع سابق، ص 134.

3: المادة 20 الفقرة 7 المادة 22 من القانون 01/06 .

4: نبيل مالكية، مرجع سابق، ص 134 .

أما بخصوص علاقة الهيئة بالسلطة التنفيذية، وطالما أن الهيئة تخضع لوصاية رئيس الجمهورية سبقت الإشارة، فإن مظاهر هذه الرقابة تتجسد في التقارير السنوية التي ترفعها الهيئة إلى رئيس الجمهورية تضمنه تقييما لنشاطاتها ذات الصلة بالوقاية من الفساد ومكافحته وكذا النقائص المعايينة والتوصيات المقترحة إذا ما اقتضى الأمر.¹

ثانيا: تنظيـم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد :

لقد حدد المرسوم رقم 413/06 المؤرخ في 24 نوفمبر 2006 تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمات وكيفيات سيرها، وتتكون الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد من:²

- مجلس اليقظة والتقييم .

- مديرية الوقاية والتحسس.

- مديرية التحاليل والتحقيقات.

وتزود الهيئة حسب نص المادة 07 من نفس القانون بأمانة عامة يتولاها أمين عام يسهر على التسيير المالي والإداري تحت سلطة رئيس الهيئة يعين بموجب مرسوم رئاسي.

1- مجلس اليقظة والتقييم :

يتكون مجلس اليقظة والتقييم من رئيس الهيئة لمكافحة الفساد والوقاية منه رئيسا له وستة أعضاء ويتم اختيارهم من بين الشخصيات الوطنية المستقلة التي تمثل المجتمع المدني والمعروفة بنزاهتها وكفاءتها.³

وتتمثل صلاحيات هذا المجلس في إبداء رأيه في المسائل التالية:⁴

● برنامج عمل الهيئة وشروط وكيفيات تطبيقه .

● تقارير وآراء وتوصيات الهيئة .

● المسائل التي يعرضها عليه رئيس الهيئة.

● ميزانية الهيئة .

1: المادة 24 من القانون 01 / 06 .

2: رشيد زوايمية، مرجع سابق، ص146.

3: المادة 10 من المرسوم 413/6 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، ج ر الصادرة بتاريخ 2006/11/22 ، عدد 74 .

4: المادة 11 من المرسوم 413/ 06 المتضمن تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمات وكيفيات سيرها.

- التقرير السنوي الموجه إلى رئيس الجمهورية الذي يعده رئيس الهيئة .
 - تحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل .
 - الحصيلة السنوية للهيئة .
- وما يلاحظ على هذه الصلاحيات أن المشرع أوردها على سبيل الحصر.
- 2- مديرية الوقاية والتحسس:**

- تتمتع مديرية الوقاية والتحسس على مستوى الهيئة بدور فعال في المساهمة في التخفيض والوقاية أعمال الفساد وذلك بالنظر إلى المهام المنوط بها والتي تتمثل فيما يلي:¹
- اقتراح برنامج عمل للوقاية من الفساد.
 - تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد إلى كل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة.
 - اقتراح تدابير لاسيما ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد .
 - مساعدة القطاعات المعنية العمومية أو الخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.
 - إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد .
 - جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن الفساد.
 - البحث في التشريع والتنظيمات والممارسات الإدارية عن العوامل التي تشجع على ممارسات الفساد قصد إزالتها .
 - التقييم الدوري للأدوات القانونية والتدابير الإدارية في مجال الوقاية من الفساد.
- 3- مديرية التحاليل والتحقيقات :**

- تختص مديرية التحاليل والتحقيقات على وجه الخصوص كما يلي:²
- تلقي التصريحات بالامتلاكات الخاصة بأعوان الدولة بصفة دورية.
 - دراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريحات بالامتلاكات والسهر على حفظها.
 - جمع الأدلة والتحري في الوقائع الخاصة بالفساد والاستعانة بالهيئات المختصة.

1: المادة 12 من المرسوم 413/06 لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها .
2: المادة 13 من المرسوم 413/06 لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها .

● ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا على أساس التقارير الدورية المنظمة والمدعمة بإحصائيات وتحاليل تتعلق بمجال الوقاية من الفساد التي ترد إليها من القطاعات المختلفة.

وما يمكن قوله بشأن هذه المهام بأنها واردة على سبيل المثال لا الحصر، كما أنها تتصف بالشمولية. نـي: دور الهيئة الوطنية في مكافحة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية:

سبقت الإشارة بأن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تقوم بمكافحة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية في إطار سعيها لمكافحة جرائم الفساد ككل، باعتبار أن جرائم الصفقات العمومية تعد إحدى جرائم الفساد.

وبالإسقاط نجد أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تمارس مجموعة من المهام والصلاحيات تتميز في عمومها بأنها تدابير وقائية وتنوع هذه الأخيرة بدورها بين التدابير الاستشارية والتدابير الإدارية والتي سنتطرق إليها فيما يلي :

أولا : التدابير الاستشارية :

من التدابير الاستشارية التي تضطلع بها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والتي تصب تنفيذ الاستراتيجية في مجال مكافحة الفساد بوجهه ومواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية يلي:¹

- اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية - باعتبارها إحدى المنصوص عليها في قانون الفساد - تجسد دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في الشؤون والأموال العمومية. وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في تعزيزه لمبدأ النزاهة والشفافية في الصفقات العمومية.²

- جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية، لاسيما وأنه من خصوصيات هذه الجرائم أنها ترتكب في الخفاء وباستعمال وسائل احتيالية من طرف الجناة بغرض التهرب من تحمل المسؤولية.

1: أنظر الفقرات 1. 4. 9 من المادة 20 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .
2: أنظر المادة 9 من القانون 01/06 المتمم بالأمر 05/10 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

- السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات والتعاون مع الهيئات الأخرى المعنية بمكافحة التلاعبات في مجال الصفقات العمومية، وضمان احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.
ثانيا : التدابير الإدارية :

من أهم التدابير الإدارية التي تتخذها الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ما يلي:¹

- إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطن بالآثار الناجمة عن الفساد.

- ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد بصورة عامة وجرائم الصفقات العمومية على وجه التحديد التي ترد إليها من القطاعات المعنية ،والسهر على تعزيز التنسيق بين هذه القطاعات وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الدولي والوطني.

- التقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته.

ولعل من أهم التدابير الإدارية التي تقوم بها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بخصوص الفساد عموما وجرائم الصفقات العمومية بوجه خاص يكمن في تلقي التصريحات الخاصة التي تعود إلى الموظفين.² ويعد هذا الإجراء أهم المهام التي تقوم بها الهيئة في سعيها للكشف عن الفساد أو الجرائم التي يرتكبها الموظف العام كون هذه التصريحات تبين تطور عناصر الذمة المالية للموظف العام في ظروف مختلفة وهو ما يسمح بمقارنة البيانات الواردة في هذه التصريحات مع الذمة المالية في الظروف العادية .

إلا أن الملاحظ على موقف المشرع الجزائري بخصوص هذه النقطة هو حصره لفئة محددة من الموظفين الذين يتعين عليهم التصريح بممتلكاتهم أمام الهيئة حيث تتمثل هذه الفئة في كل من وأعضاء المجالس المحلية المنتخبة وبهذا أقصى الهيئة من تلقي التصريحات الخاصة بممتلكات كل الجمهورية وأعضاء البرلمان ورئيس المجلس الدستوري و أعضائها ورئيس الحكومة وأعضائها

1: أنظر الفقرات 3. 5. 8 من المادة 20 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

2: أنظر الفقرة 06 من المادة 20 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

مجلس المحاسبة ومحافظ بنك الجزائر والسفراء . والقضاة أحالهم إلى الرئيس الأول للمحكمة حين تكون التصريح بالتملكات الخاصة برؤساء المجالس الشعبية المنتخبة بصورة دورية، ويكون نشر عن طريق التعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية أو الولاية حسب الحالة وخلال شهر من انتخاب المعنيين أو تسلمهم لمهامهم.

وما تتميز الهيئة هو أهليتها لدراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريحات بالتملكات على خلاف الرئيس الأول للمحكمة العليا حيث لا يسمح بهذه الصلاحيات وإنما يقتصر دوره في تلقي التصريحات فقط دونما دراسة واستغلال لهذه الأخيرة.

وفي هذا الإطار يلاحظ أن المشرع الجزائري قد تراجع عن الأحكام الواردة في الأمر 40/97 المؤرخ في 11 جانفي 1997 والمتعلق بالتصريحات والذي أستحدث لجنة خاصة مكلفة بتلقي التصريحات من قبل جميع الموظفين بما فيهم الذين تمت إحالتهم إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا المشار إليه أعلاه ، حيث تبرز هذه اللجنة في تقريرها السنوي ما قد تلاحظه من تطور عناصر الذمة المالية التي يقدم الشخص المعني بخصوصها توضيحات . وبعد إلغاء الأمر 04/97 المذكور أعلاه الأشخاص المعنيون وبالخصوص أعضاء الحكومة والبرلمان يتمتعون بنوع من الحصانة بالنظر إلى اختصاص الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بتلقي تصريحاتهم.¹

ويتضمن التصريح بالتملكات الذي يقدم للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من طرف المعنيين على حد الأملاك العقارية والمنقولة التي تملكها الموظف العمومي وأولاده القصر في الخارج.²

والجدير بالتنويه هنا موقف المشرع الجزائري عندما قام بالتوسيع في دائرة الأشخاص الذين يتعين عليهم تقديم تصريح بممتلكاتهم إلى الهيئة فضلا عن الموظفين المعنيين لتشمل أيضا أبناءهم القصر بالنظر إلى أن القصر وفقا لأحكام القانون المدني ليست لديهم أهلية إبرام التصرفات القانونية إلا ما كانت تعود عليهم بالنفع المحض وهو ما يفسر عدم تطور عناصر ذمتهم المالية إلا عن طريق

1: رشيد زوايمية ، مرجع سابق ، ص 147 .

2: المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06 / 14 المؤرخ في 2006/11/22 المحدد لنموذج التصريح بالتملكات ج ر الصادرة في 2006/11/22 العدد

74 .

4: دنش لبني ، مرجع سابق ، ص 65 .

فإذا توصلت الهيئة في دراستها للتصريحات الخاصة بالامتلاكات إلى وجود وقائع ذات وصف جزائي يحول الملف إلى وزير العدل الذي يحظر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء.

وتجدر الإشارة أنه وفي إطار ممارسة الهيئة لمهامها المذكورة فيما سبق فلها أن تطلب من المؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أي معلومة تراها مفيدة في الكشف عن أعمال الفساد وكل رفض معتمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات أو الوثائق المطلوبة يشكل جريمة لإعاقة السير الحسن للعدالة.¹ ويعاقب عليه المشرع بموجب المادة 44 من قانون مكافحة الفساد .

والجدير بالذكر أيضا أنه يقع على أعضاء الهيئة الوطنية وموظفيها أثناء تأدية مهامهم التزاما بحفظ السر المهني كما يطبق ذات الالتزام على الأشخاص الذين انتهت علاقتهم المهنية بالهيئة و أي بهذا الالتزام فإنه يخضع للعقوبات المقررة في قانون العقوبات بشأن جريمة إفشاء السر المهني.²

المطلب الثالث: تدابير التعاون الدولي وتدابير استرداد الممتلكات :

إن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم يكتف بالتدابير القمعية، بل تضمن تدابير أخرى لمواجهة الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومنها الجرائم المرتبطة بالصفقات، وهذا التدابير تمكن تصنيفها إلى تدابير مدرجة ضمن إطار التعاون الدولي، وأخرى تأتي في مرحلة لاحقة عن الجرائم اصطلح عليها قانون بتدابير استرداد الممتلكات.

فمن المسلم به أن التعاون الدولي يعتبر شرطا أساسيا لنجاح السياسة الجنائية في مكافحة الفساد. ولتفعيل ذلك فإن المشرع الجزائري اتخذ جملة من التدابير ضمن قانون الوقاية من الفساد كما يعتبر استرداد الموجودات أو الممتلكات مبدأ أساسيا من مبادئ دعم تعزيز الجهود الدولية في مجال منع ومكافحة الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

1: المادة 21 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

2: يعاقب المشرع الجزائري على جريمة إفشاء السر المهني بعقوبات جنحية وذلك بموجب المواد 301 – 302 من قانون العقوبات.

3: خص القانون المتعلق بالفساد التعاون الدولي بباب كامل وهو الباب الخامس، نص فيه سلسلة من الإجراءات والتدابير ، تضمنتها المواد من 60 إلى 70.

الفرع الأول: تدابير التعاون الدولي

الفرع الثاني: تدابير استرداد الممتلكات

الفرع الأول: تدابير التعاون الدولي :

لتفعيل أساليب التعاون الدولي اتخذ المشرع الجزائري جملة من التدابير ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، سنتناولها بالدراسة في هذا الفرع سنتناول أهم المحاور التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد وفقا لما يلي:

أولا : التعاون الدولي :

يمثل قطاع الصفقات العمومية أحد أكثر القطاعات المنتشر فيها الفساد بصورة كبيرة ولاسيما الرشوة سواء على المستوى الوطني أو على مستوى الصفقات الدولية.

وتشكل الرشوة في الصفقات العمومية ظاهرة عالمية منتشرة في جميع أنحاء العالم، وقد برهنت أحداث السنوات الأخيرة أنها لا تخص البلدان النامية فقط بل امتدت لتشمل حتى أقصى الدول ما يحتم معه على الدول المختلفة أن تتعاون فيما بينها من خلال الاتفاقيات والترتيبات الدولية في المعاملة بالمثل وذلك لدرء الخطر المتزايد للفساد وعلى المجتمع الدولي ككل.¹

وقد صدرت بالفعل عدة اتفاقيات دولية في هذا الشأن منها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وتعد هذه الاتفاقية من أكثر الاتفاقيات شمولاً وتفصيلاً لموضوع الفساد.

وقد تم قبل ذلك توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود بمدينة الايطالية في ديسمبر 2008 ودخلت حيز التنفيذ في 2003/09/29. والتي جاءت في مادتها بتجريم الفساد ثم تلتها المادة 09 بتدابير مكافحة الفساد ومن أهم هذه التدابير التعاون الدولي عنيت به المادة 13 من هذه الاتفاقية.²

كما تعتبر الاتفاقيات الإقليمية ضد الفساد أهم نتائج الجهود الدولية الإقليمية الرامية لمكافحة ومن أهمها ما وضعته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وبنك التنمية الآسيوي في نوفمبر 2001 اتفاقية ضد الفساد وقعت عليها 17 دولة في طوكيو باليابان.

1: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، د ط، دار الشروق، مصر 2001، ص 170.

2: محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص 136.

وقد وضع بنك التنمية الآسيوي خطة ضد الفساد تضمنت العديد من المسائل المتعلقة بالشفافية والعمل من أجل القضاء على الفساد ، ومن هذه المسائل غسيل الأموال ومساءلة الشركات وإجراءات المراجعة وشفافية أنظمة الصفقات العمومية.¹

بالإضافة إلى اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه التي اعتمدها رؤساء وحكومات الإفريقي في يوليو 2003 بماباتو.²

وبطبيعة الحال، فإن التعاون الدولي في مكافحة جرائم الفساد بصفة عامة يجب أن يتم مع الأخذ بعين الاعتبار أمرين أساسيين:

الأول : عدم المساس بمبدأ السياسة الإقليمية للدولة .

الثاني: ضمان الحقوق والحريات السياسية للأشخاص المشتبه فيهم أو المتهمين .³

وسنحاول فيما يلي أهم مظاهر التعاون الدولي المنصوص عليها في مكافحة وقمع الفساد بصورة عامة.

ثانيا: مظاهر التعاون الدولي :

لقد لوحظ اختلاف نصوص التشريعات الوطنية المقررة لمواجهة جرائم الفساد بشكل عام. وهذا الاختلاف يعد واحدا من الصعوبات التي تواجه المجتمع الدولي في الحد من هذا النوع من الإجرام كان من اللازم أن تتعاون الدول فيما بينها للتوصل إلى تعريفات مشتركة أو موحدة للجرائم ذات الطابع الدولي ، وأن تتضمن قوانين العقوبات الوطنية سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي الجديدة التي تم استحداثها في بعض التشريعات لمواجهة جميع أعمال الفساد.⁴

كما يتعين تحقيق الاتساق بين التشريعات _أو النصوص_ الجنائية الوطنية المتعلقة خاصة بالرشوة المجرمين من استغلال أوجه النقص التي تشوب بعض التشريعات في هذا الشأن. بل ويذهب البعض إلى القول بأن الجهود الدولية للتوفيق بين التشريعات الوطنية من الناحية الموضوعية من أجل جريمة الفساد يجب أن تمتد أيضا إلى القوانين غير الجنائية كالقانون الإداري لاسيما أن جرائم

1: محمد الأمين البشري ، مرجع سابق، ص ص 151 ، 152 .

2: صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 137/06 المؤرخ في 2006/04/10 ج ر ، عدد 24.

3: الشريف سيد كامل ، الجريمة المنظمة في القانون المقارن ، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ص 253 .

4: أنظر نبيل مالكية ، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

يرتكبها موظف عمومي ، وكذا القانون التجاري، وقانون البنوك والتشريع الضريبي، تكملة للدور الذي يقوم به قانون العقوبات في هذا المجال.¹

والجزائر ووفاء منها لالتزاماتها الدولية وإرادة منها لمكافحة أشكال الفساد جرمتم بموجب القانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 أفعال الفساد وكذا جرائم عرقلة حسن سير العدالة.² فقد تضمنت المادة 57 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أهم محاور التعاون الدولي على مستوى التحري والمتابعة في إطار ما تسمح به الاتفاقيات والترتيبات ذات الصلة والقوانين ، على يكون هذا التعاون على أوسع نطاق ممكن.³

وبذلك تكون الجزائر قد تبنت مبدأ ضرورة الاتساق الداخلي مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية إيماناً منها بحتمية الالتزامات التي قبلت بها من خلال المصادقة والتوقيع على تلك الاتفاقيات. كما يعتبر التعاون القضائي بين الدول من أهم تدابير التعاون الدولي لقمع أعمال وجرائم الفساد واتخذ هذا التعاون صوراً متنوعة، كالإنبابة القضائية، وتسليم المتهمين، ونقل المحكوم عليهم والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها.... ويهدف هذا التعاون إلى تقريب وتبادل الإجراءات الجنائية من حيث إجراءات التحقيق والمحكمة إلى حين صدور الحكم على المحكوم عليه وهذا ما يلاحظه إقبالهم إقبالاً كبيراً على ملو للطقل بالجديدة لتعزيز التعاون القضائي الدولي لمواجهة جرائم الفساد بصفة ومنها إقرار نظام الاتصال المباشر بين السلطات القضائية المختصة في الدول المعنية بدلا من الطريق الدبلوماسي لضمان سرعة إنجاز الإنابات القضائية بصفة عامة، بالإضافة إلى استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة لتسهيل التعاون القضائي بين الدول، وذلك مثلا بالسماح للقاضي في دولة معينة بسماع الشهود في دولة أخرى عن طريق الدوائر التلفزيونية بدلا من الانتقال.⁴

الفرع الثاني: تدابير استرداد الموجدات:

يعتبر استرداد الموجدات مبدأ أساسيا من مبادئ دعم تعزيز الجهود الدولية في مجال مكافحة الفساد كما أنه مبدأ هام في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حسب ما تقتضيه المادة 51

1: الشريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 256.

2: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص. الجزء الثاني، طبعة 2006، دار هومه، الجزائر. ص 145.

3: المادة 57 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

4: أنظر الشريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 288 وما بعدها.

ويعد غرض من أغراضها ، كما ذهبت إليه المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة، لذا كان من اتخاذ التدابير الكافية في إطار التعاون الدولي لاسترداد الموجودات والتي تتمثل علي وجه استرداد الممتلكات عن طريق التعاون الدولي في مجال الدولي، وتتمثل في وجه الخصوص في الاسترداد المباشر واسترداد الممتلكات عن طريق التعاون الدولي في مجال المصادرة، بالإضافة إلى أحكام المصادرة الصادرة عن جهات قضائية أجنبية .

وقبل ذلك لابد لنا من التطرق إلى مسؤولية المصارف والبنوك عن جرائم الفساد بصفة عامة وهذا على النحو التالي:

أولا : مسؤولية البنوك والمصارف :

تعتبر البنوك من أهم الحلقات التي تدور فيها الأموال غير المشروعة ، ونظرا لما تتمتع به هذه من تشعب العمليات المصرفية وسرعتها وتداخلها ، فإن لها الدور الأبرز في إبعاد الأموال غير المشروعة، وإضفاء صفة المشروعية عليها، ويمكن أن يكون دور البنوك أكثر وضوحا مع تقديم العمليات المصرفية واستخدام الأساليب التكنولوجية الحديثة.¹

وقد عالج التشريع الجنائي الجزائري دور البنوك والمؤسسات المالية في مكافحة جرائم الفساد ضمن المادة 58 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، التي تلزم المصارف تطبيق الفحص الدقيق عند فتح الحسابات الخاصة بالأشخاص الطبيعيين أو عند مسك هذه الحسابات وتسجيل العمليات بشأنها .

كما يتعين عليها إمساك كشوف وافية للحسابات والعمليات المتعلقة بالعملاء الأجانب، لفترة خمس سنوات من تاريخ آخر عملية مدونة فيها.

كما نصت المادة 59 من القانون 01/06 على عدم السماح بإنشاء المصارف التي ليس حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة وهذا على الإقليم الجزائري

1: طلال طلب الشرقات، مسؤولية البنوك عن غسل الأموال وكيفية معالجتها، مقال منشور على شبكة الانترنت موقع: www.arablawninfo.com ، تاريخ الإطلاع على الموقع: 25 أوت 2010 ص16.

ثالثا : التعاون الدولي في مجال ضبط ومصادرة الأموال :

تعتبر المصادرة من الجزاءات الجنائية الأكثر فعالية في مكافحة الفساد ، لذا فإن التعاون الدولي في مجال هذه العقوبة ينطوي على أهمية بالغة.

فالمصادرة هي عقوبة مالية تتمثل في نزع ملكية المال جبرا بغير مقابل وإضافته إلى ملك الدولة، المصادرة على الأموال المتحصلة من الجريمة وكذلك على الأموال أو الأشياء التي تعد حيازتها أو صياغتها أو استعمالها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاتها، كالمواد المخدرة والنقود المزيفة وتعتبر المصادرة حجر الزاوية في قلب النظام العقابي لجرائم الفساد، حيث لا تقل ردعا عن العقوبات السالبة للحرية، لأنها تعني ببساطة حرمان الجناة من عائدات مشروعهم الإجرامي.²

ونظرا لما تعطيه مراحل إبرام الصفقة العمومية الإمكانية لممارسات تستهدف المنح غير الشرعي للعقد أو الصفقة لمن يدفع أكثر وخلال تنفيذ العقد تهدف الممارسات إلى تحصيل مبالغ طارئة مدفوعة لشراء العقد، كان من الضروري اتخاذ الإجراءات اللازمة لمصادرة هذه الأموال المتحصلة بطريقة غير مشروعة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 31 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن المصادرة كعقوبة تطبق بشأن جرائم الفساد المشمولة بالاتفاقية وتشمل ما يلي :

العائدات الإجرامية المتأتية من أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات.

ويقصد بتعبير العائدات الإجرامية، وفقا للفقرة هـ من المادة 2 من الاتفاقية : « أي ممتلكات ومتحصل عليها بشكل مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جرائم ..»³.

والمصادرة لا تنصب فقط على الأموال المتحصلة مباشرة عن احدى جرائم الفساد، بوجه عام و جرائم الصفقات العمومية، بوجه خاص، مثل الأموال مبلغ الرشوة أو العمولة الذي حصل عليه الموظف العمومي، بل تشمل أيضا ما يعادل قيمة هذه الأموال، ويعني ذلك أن المصادرة يمكن أن

1: سليمان عبد المنعم ، مرجع سابق ،ص83.

2: نبيل مالكية ،مرجع سابق ،ص156.

3: تقابلها الفقرة ز من المادة 2 من القانون 01/06 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

مثلا على العقارات أو السيارات التي اشتراها الموظف بأموال الرشوة أو العمولة، وصفة عامة كافة الممتلكات التي آلت إليها عائدات الفساد. وكذا الممتلكات أو المعدات أو الأدوات التي كانت معدة للاستخدام في ارتكاب أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية .

وعليه فإن قرار المصادرة الصادر من جهة أجنبية يوجه مباشرة إلى وزارة العدل التي تحوله للنائب العام لدى الجهة القضائية المختصة، شريطة أن يكون الطلب موجه من قبل دولة طرف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، كما يشترط أن ينص الطلب المتضمن قرار أو أمر المصادرة على عائدات الجريمة أو الممتلكات أو العتاد أو أية وسائل استعملت لارتكاب إحدى الجرائم عليها في قانون الفساد ثم ترسل النيابة العامة هذا الحكم الأجنبي إلى المحكمة المختصة ويكون قابلا للاستئناف والحكم بالطعن.¹

وتنفذ الأحكام الصادرة على أساس الطلبات الموجهة لمعرفة النيابة العامة بكافة الطرق القانونية، وبذلك فالمشرع الجزائري وبغرض اعترافه بالأحكام الأجنبية الصادرة بشأن صادرات وعائدات جرائم الفساد يستوجب تحقيق الشروط السابقة والمحددة بالمادتين 67 و 68 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهو كمناسبة تصديق على هذا النوع من الأحكام.²

وتتطلب مصادرات الأموال المتحصلة من جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد، بوجه عام اتخاذ بعض الإجراءات التمهيدية على المصادرة كالتجميد والحجز، حيث نصت المادة 51 من 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنه : « يمكن تجميد أو حجز العائدات غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قضائي أو بأمر من سلطة مختصة ».³

كما نصت المادة 67 من نفس القانون فيما يخص إجراءات التعاون الدولي من أجل المصادرة توجيه الطلب الذي تقدمه إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية لمصادرة العائدات الإجرامية

1: المادة 67 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2: نبيل مالكية، مرجع سابق، ص 160.

3: نصت عليه المادة 31 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

على الإقليم الوطني مباشرة إلى وزارة العدل التي تحوله لنائب العام لدى الجهة القضائية المختصة ويكون حكم الجهة المختصة حسب الفقرة 02 من ذات المادة قابلا للاستئناف والطعن بالنقض .

رابعا : الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي وتنفيذه :

يعتبر الحكم الأجنبي الذي تم تنفيذه فعلا في الخارج واقعة قانونية يتعين الاعتراف بها دون لتدخل القاضي الوطني لإصدار أمر بالتنفيذ، حيث أنه يصلح لأن يكون سببا صحيحا لاتفاقيات ومراكز جديدة لاحقة عليه.¹

فعندما تتضمن أي معاهدة أو اتفاقية متعددة الأطراف التزاما يقضى بتجميد عائدات نابعة من أنشطة غير مشروعة تمهيدا لمصادرتها فإن ذلك يتطلب من دولة ما في وقت معين أن تعترف بأحكام العقوبات لدولة أخرى .

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري بشأن تنفيذ أحكام المصادرة الصادرة من جهة قضائية أجنبية. فقد نصت المادة 68 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من لفساد ومكافحته على: « ترد قرارات المصادرة التي أمرت بها الجهات القضائية لإحدى الدول الأطراف في الاتفاقية عبر الطرق المبينة في المادة 67 أعلاه وتنفيذها طبقا للقواعد والإجراءات المعمول بها في حدود الطلب وذلك طالما أنها تنصب على عائدات الجريمة أو الممتلكات أو العقار أو أية وسيلة استعملت لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ».

كانت هذه هي أهم التدابير الوقائية والجزائية المنصوص عليها في التشريع الجنائي الجزائري لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية التي تعتبر من الجرائم المنصوص عليها في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهي عبارة عن إجراءات وتدابير مستوحاة من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع الفساد لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد .

1: عبد السند يمامة، الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة د.ط دار النهضة العربية. مصر 2003، ص 47 .
انظر أيضا :أعراب بالقاسم القانون الدولي الخاص الجزائر. د. ط، دار هومة ،الجزائر، 2003، الجزء الثاني، ص 73 .

من خلال دراستنا للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية في ضوء التشريع الجزائري يتضح لنا الدور المميز الذي لعبه المشرع من أجل حماية المال العام من أي نوع من أنواع الاعتداءات التي تؤثر على مصالح الفرد والدولة على حد سواء، خاصة وأن الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، وبالتالي فهي تعد المجال الخصب للفساد بكل صورته.

وقد حرص المشرع الجزائري عبر مراحل زمنية مختلفة على ضمان السير الأمثل لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في كنف النزاهة و الشفافية بهدف ترشيد النفقات العامة والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية و هدر المال العام. وبرز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 90-01 الذي استحدث مجموعة من المواد نصت في مجملها على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية.

وكتيجة حتمية لمصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، تم إصدار القانون 01/06 المتعلق بمكافحة الفساد ومكافحته الذي وضع نصوصا خاصة بتجريم المخالفات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية ملغيا بذلك نصوص قانون العقوبات، وأدرج الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ضمن جرائم الفساد.

كما وضع المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لقانون الصفقات العمومية معايير تضمن احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية في كنف النزاهة لوضع حد لهدر المال العام. وبرز ذلك من خلال المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي وضع إدراج التصريح بالنزاهة كشرط جوهري وأساسي لإبرام الصفقات العمومية الذي يلتزم بموجبه كل متعهد يرغب في الترشح للحصول على صفقات عمومية يمتنع بموجبه عن ارتكاب فعل من أفعال الفساد، تعزيزا وتدعيما للشفافية والمنافسة الشريفة .

ومن خلال دراستنا للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية توصلنا للنتائج التالية:

1- إن هذه الجرائم يمكن القول أن لها ميزة خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم، إذ لا يكف فيها معرفة النص القانوني المجرم وأركان كل جريمة للوصول إلى كشف السلوك المجرم وتوجيه الاتهام للجنة، بل الأمر يتعداه إلى ضرورة الإلمام بمختلف التقنيات والإجراءات القانونية اللازمة لإبرام

وتنفيذ الصفقات، وهذا بغرض الوصول إلى التكييف القانوني السليم لهذه الجرائم وتحديد المسؤولية الجزائية للجنة، خاصة وأن معظم هذه الجرائم صعبة الإثبات في الواقع العملي، بالنظر إلى ما يقوم به أعوان الإدارة من وسائل احتيالية للتستر على جرائمهم مستغلين في ذلك نقص المام القضاة بمختلف إجراءات إبرام الصفقات، وهذا بالرغم مما أقره قانون الوقاية من الفساد ومكافحته من أساليب تحر ومتابعة خاصة .

2- بالإضافة إلى توسيع المشرع الجزائري من نطاق البحث والتحري في جرائم الصفقات العمومية، وجرائم الفساد عموما، أخضع هذه الجرائم لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع ومدد اختصاص ضباط الشرطة القضائية في هذه الجرائم إلى كامل الإقليم الوطني وهذا بموجب الأمر 05-10 المتتم للقانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3- وإلى جانب دور مجلس المحاسبة كهيئة رقابية في الحفاظ على الأموال العامة للدولة استحدثت المشرع الجزائري بموجب القانون 01-06 الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وجاء دورها للحد من جرائم الفساد بوجه عام بما فيها الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية.

4- والجديد الذي جاء به الأمر 05-10 المتتم للقانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته هو انشاؤه للديوان المركزي لقمع الفساد يكلف مهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد كأداة لدعم تضافر الجهود في عملية التصدي لهذه الجرائم ومكافحتها.

5- كما قرر المشرع الجزائري المصادرة كعقوبة مقررة للشخص الطبيعي و الشخص المعنوي، لكن المشرع الجزائري أكد أن المصادرة المقررة للشخص المعنوي تكون جوازية على خلاف المصادرة المقررة كجزاء للشخص الطبيعي التي تتميز بالطابع الالزامي.

6- وبعد الفوائح المدوية أخيرا في قطاع الصفقات العمومية ألغى المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وأصدر المرسوم 236-10 الذي أدخل تعديلات كبيرة على قانون الصفقات العمومية انطلاقا من توسيع تطبيقه على المؤسسات العمومية الاقتصادية كما عمد إلى تعزيز أدوات الوقاية من الفساد ومكافحته إذ استحدثت قسم خاص وهو القسم السادس من المرسوم تحت عنوان مكافحة الفساد .

7- وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد لجأ إلى فكرة تجنيح كل الجرائم المنصوص عليها في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بما فيها الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية غير ان لهذا التجنيح انعكاسات سلبية وأخرى ايجابية، فمن انعكاساته السلبية أن العقوبات المنصوص عليها قد لا تكون رادعة لمكافحة لمثل هذا النوع من الجرائم، خاصة وأن هذه الأخيرة ترتب خسائر معتبرة للخزينة العامة تقدر بمئات الملايير من الدينانير. أما الانعكاسات الايجابية فتتمثل بوجه الخصوص في تخفيف الضغط على محكمة الجنايات، وتسريع إجراءات المحاكمة، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة الردع وحماية لحقوق الدفاع.

وعلى ضوء نتائج هذه الدراسة فإننا نقترح ما يلي:

1- باعتبار تحضير الصفقة أو العقد يتطلب تدخل عدة أشخاص وهم في الأصل أعوان الإدارة الذين يعهد لهم هذا الأمر، فإن إثبات جرائم الصفقات العمومية وتحديد المسؤولية الجنائية لكل طرفيتوقف في نظري على ضرورة توافر عدة صفات في كل قاض يحال إليه ملف يتعلق بالجريمة، فيجب أن يكون ملما الماما كافيا. بمختلف أحكام إجراءات تنفيذ الصفقة كون معظم جرائم الصفقات تتم في هذه المرحلة ولا يتأتى ذلك إلا بمواصلة التكوين في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، وخاصة بعد تجسيد المشرع الجزائري لفكرة الأقطاب الجزائية التي تختص بمعالجة قضايا الفساد بما فيها الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية.

2- اعداد برامج تدريبية واسعة للموظفين المسؤولين عن مكافحة هذا النوع من الجرائم.

3- ضرورة إدماج المشرع الجزائري لحوافز جدية في حالة ابلاغ عن وقوع احدى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

4- تفعيل دور أجهزة الرقابة بوسائل تضمن استقلاليتها.

5- تعزيز مؤسسات وآليات المساءلة والمحاسبة بشكل دوري ومنتظم حتى يتم اكتشاف هذا النوع من الجرائم.

6- ضرورة ايقاظ الضمير وتنمية الجانب الأخلاقي لدى أفراد المجتمع.

- 7- ضرورة إصلاح الأجهزة الإدارية والمالية والمصرفية كون جرائم الصفقات العمومية تتصل اتصالاً وثيقاً بالفساد الإداري والمالي.
- 8- إنشاء وسيلة إعلام خاصة من أجل التواصل مع المجتمع المدني والجمهور لحديث عن أهمية المال العام في بناء اقتصاديات الدول.
- 9- ضرورة توثيق العلاقات مع المنظمات والمؤسسات الدولية من أجل الإفادة ما تقدمه من تجارب ناجحة ودعم في مجال محاربة الفساد بوجه عام.
- 10- إنشاء فروع محلية للهيئة الوطنية لوقاية من الفساد ومكافحتها عبر كافة ولايات القطب الجزائري.
- 11- ضرورة استفادة الموظفين وبالخصوص الأمناء العامون للبلديات والدوائر ومديري المصالح الولائية من دورات تكوينية مكثفة حول كفاءات تطبيق قانون الصفقات العمومية الجديد ووضع آليات لتطبيقه، إضافة إلى شرح ودراسة معمقة لأهم ما تضمنه هذا القانون.
- 12- الإسراع في استحداث منصب قضاة لمراقبة الصفقات العمومية عبر جميع مراحلها، وذلك بصد الباب أمام أي محاولة للتلاعب في مشاريع الصفقات العمومية التي عادة ما أصبحت تدرس بسلوكات تدرج في خانة الفساد واقتراح إمكانية انتداب قاض من قضاة مجلس المحاسبة لتولي هذا المنصب.

الصفحة	
01	مقدمة
02	تقديم
04	أولا : إشكالية البحث
05	ثانيا : أهمية البحث و أسباب اختياره
05	ثالثا: أهداف البحث
06	رابعا: منهج البحث
06	خامسا: الدراسات السابقة في بعض فروع البحث
06	سادسا: صعوبات البحث
07	سابعا: خطة البحث
10	مبحث تمهيدي: ماهية الصفقات العمومية
10	المطلب الأول: مفهوم وصور الصفقات العمومية
11	الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية
11	أولا: التعريف التشريعي للصفقة العمومية
12	ثانيا : التعريف القضائي للصفقة العمومية
14	ثالثا: التعريف الفقهي للصفقة العمومية
17	الفرع الثاني : المعايير التشريعية للصفقات العمومية
17	أولا: المعيار العضوي
22	ثانيا: المعيار الشكلي
23	ثالثا : المعيار الموضوعي
24	رابعا : المعيار المالي
25	خامسا : معيار الشروط الإستثنائية (البند الغير المألوف)

26	الفرع الثالث: صور الصفقات العمومية
27	أولاً: عقد إنجاز الأشغال العامة
29	ثانياً: عقد إقتناء المواد "عقد التوريد"
29	ثالثاً : عقد تقديم الخدمات
31	رابعاً: عقد إنجاز الدراسات
32	المطلب الثاني : أساليب إبرام الصفقات العمومية وطرق إختيار المتعامل المتعاقد
33	الفرع الأول : أساليب إبرام الصفقات العمومية
33	أولاً: طريقة المناقصة
37	ثانياً: أسلوب التراضي
40	الفرع الثاني : طرق إختيار المتعامل المتعاقد
40	أولاً: معايير إختيار المتعامل المتعاقد
41	ثانياً: الرقابة على الصفقات العمومية
45	المطلب الثالث: معايير إبرام الصفقات العمومية
46	الفرع الأول : علانية المعلومات المتعلقة والإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء
47	أولاً: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء
48	ثانياً: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية
50	الفرع الثاني : إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية
52	الفرع الثالث : الموضوعية والدقة في إختيار المتعامل وحق الطعن
52	أولاً : الموضوعية والدقة في اختيار المتعامل المتعاقد

53	ثانيا : الحق في ممارسة الطعن في إجراءات الصفقة
56	الفصل الأول : القواعد الموضوعية للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
59	المبحث الأول: القواعد الموضوعية للتجريم في مجال الصفقات العمومية
60	المطلب الأول: جريمة المحاباة
60	الفرع الأول : مفهوم جريمة المحاباة
61	أولا: قبل الشروع في الإستشارة
63	ثانيا: أثناء فحص العروض
65	الفرع الثاني : أركان جريمة المحاباة
65	أولا: صفة الجاني
76	ثانيا: الركن المادي
83	ثالثا: الركن المعنوي
84	المطلب الثاني: جريمة إستغلال نفوذ جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
84	الفرع الأول : صفة الجاني
85	الفرع الثاني : الركن المادي
85	أولا: النشاط الإجرامي
87	ثانيا : الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون
89	الفرع الثالث: الركن المعنوي
90	المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
90	الفرع الأول : مفهوم الرشوة
94	الفرع الثاني: أركان جريمة الرشوة

94	أولا: صفة الجاني
95	ثانيا : الركن المادي
97	ثالثا : الركن المعنوي
98	المطلب الرابع : جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة
98	الفرع الأول : تعريف جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة
99	الفرع الثاني: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
99	أولا : صفة الجاني
100	ثانيا: الركن المادي
103	ثالثا: الركن المعنوي
104	المبحث الثاني : القواعد الموضوعية للعقاب في جرائم الصفقات العمومية
105	المطلب الأول: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة
106	الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
106	أولا: العقوبات الأصلية
108	ثانيا : العقوبات التكميلية
111	الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
112	أولا : الأشخاص المعنوية محل المساءلة الجزائية
113	ثانيا : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
115	الفرع الثالث: المشاوكة والشروع
116	أولا : المشاركة
116	ثانيا : الشروع
116	المطلب للثاني : العقوبات المقررة لجريمة استغلال النفوذ نفوذ الأعوان

	العموميون للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
117	الفرع الأول : العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
117	الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي
118	المطلب الثالث:العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
118	الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
118	الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
120	المطلب الرابع : : العقوبات المقررة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة
120	الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
121	الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
124	الفصل الثاني: القواعد الإجرائية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
125	المبحث الأول: القواعد الإجرائية لمتابعة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
125	المطلب الأول : تحريك الدعوى العمومية
126	الفرع الأول : طرق تحريك الدعوى العمومية
128	الفرع الثاني : القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية
132	للفرع الثالث: إنقضاء الدعوى العمومية
134	المطلب الثاني: أساليب البحث والتحري الخاصة
134	الفرع الأول: التسليم المراقب
136	الفرع الثاني: الاختراق أو التسرب
138	الفرع الثالث: الترصّد الإلكتروني
141	الفرع الرابع: تجميد الأموال وحجزها ومصادرتها
142	المطلب الثالث: جهات الحكم

143	الفرع الأول: تعريف المحاكم الجزائية ذات الإختصاص المحلي الموسع
144	الفرع الثاني : اختصاص المحاكم الجزائية ذات الإختصاص المحلي الموسع
145	أولا :الإختصاص الإقليمي
146	ثانيا:الإختصاص النوعي
148	المبحث الثاني: التدبير الوقائية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
148	المطلب الأول: التدابير الرقابية المتخذة من قبل مجلس المحاسبة
149	الفرع الأول: تنظيم وتسيير مجلس المحاسبة
149	أولا:التنظيم الهيكلي لمجلس المحاسبة
151	ثانيا:التشكيلة البشرية لمجلس المحاسبة
152	الفرع الثاني: دور مجلس المحاسبة في مواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
154	أولا :مجال تطبيق رقابة المحاسبة
154	ثانيا :كيفيات الرقابة المتخذة من قبل مجلس المحاسبة
156	المطلب الثاني: الهيئة الوطنية للوقلية من الفساد ومكافحته
158	الفرع الأول : تنظيم وتسيير الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
158	أولا :الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
161	ثانيا :تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
163	الفرع الثاني: دور الهيئة الوطنية في مكافحة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
163	أولا:التدابير الإستشارية

164	ثانيا :التدابير الإدارية
166	المطلب الثالث: تدابير التعاون الدولي وتدابير إسترداد الممتلكات
167	الفرع الأول: تدليير التعاون الدولي
167	أولا: التعاون الدولي
168	ثانيا : مظاهر التعاون الدولي
169	الفرع الثلثي: تدليير إسترداد الموحودات
170	أولا مسؤولة البنوك والمصارف
171	ثانيا: تدابير الإسترداد المباشر للممتلكات
171	ثالثا: التعاون لدولي في مجال ضبط ومصادرة الأموال
174	رابعا : الإعتراف بحجية الحكم الأجنبي و تنفيذه
176	خاتمة
181	ملخص المذكرة
186	قائمة المصادر والمراجع
192	فهرس المواضيع

الصفحة	
01	مقدمة
02	تقديم
04	أولا : إشكالية البحث
05	ثانيا : أهمية البحث و أسباب اختياره
05	ثالثا: أهداف البحث
06	رابعا: منهج البحث
06	خامسا: الدراسات السابقة في بعض فروع البحث
06	سادسا: صعوبات البحث
07	سابعا: خطة البحث
10	مبحث تمهيدي: ماهية الصفقات العمومية
10	المطلب الأول: مفهوم وصور الصفقات العمومية
11	الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية
11	أولا: التعريف التشريعي للصفقة العمومية
12	ثانيا : التعريف القضائي للصفقة العمومية
14	ثالثا: التعريف الفقهي للصفقة العمومية
17	الفرع الثاني : المعايير التشريعية للصفقات العمومية
17	أولا: المعيار العضوي
22	ثانيا: المعيار الشكلي
23	ثالثا : المعيار الموضوعي
24	رابعا : المعيار المالي
25	خامسا : معيار الشروط الإستثنائية (البند الغير المألوف)

26	الفرع الثالث: صور الصفقات العمومية
27	أولاً: عقد إنجاز الأشغال العامة
29	ثانياً: عقد إقتناء المواد "عقد التوريد"
29	ثالثاً : عقد تقديم الخدمات
31	رابعاً: عقد إنجاز الدراسات
32	المطلب الثاني : أساليب إبرام الصفقات العمومية وطرق إختيار المتعامل المتعاقد
33	الفرع الأول : أساليب إبرام الصفقات العمومية
33	أولاً: طريقة المناقصة
37	ثانياً: أسلوب التراضي
40	الفرع الثاني : طرق إختيار المتعامل المتعاقد
40	أولاً: معايير إختيار المتعامل المتعاقد
41	ثانياً: الرقابة على الصفقات العمومية
45	المطلب الثالث: معايير إبرام الصفقات العمومية
46	الفرع الأول : علانية المعلومات المتعلقة والإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء
47	أولاً: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء
48	ثانياً: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية
50	الفرع الثاني : إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية
52	الفرع الثالث : الموضوعية والدقة في إختيار المتعامل وحق الطعن
52	أولاً : الموضوعية والدقة في اختيار المتعامل المتعاقد

53	ثانيا : الحق في ممارسة الطعن في إجراءات الصفقة
56	الفصل الأول : القواعد الموضوعية للجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
59	المبحث الأول: القواعد الموضوعية للتجريم في مجال الصفقات العمومية
60	المطلب الأول: جريمة المحاباة
60	الفرع الأول : مفهوم جريمة المحاباة
61	أولا: قبل الشروع في الإستشارة
63	ثانيا: أثناء فحص العروض
65	الفرع الثاني : أركان جريمة المحاباة
65	أولا: صفة الجاني
76	ثانيا: الركن المادي
83	ثالثا: الركن المعنوي
84	المطلب الثاني: جريمة إستغلال نفوذ جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
84	الفرع الأول : صفة الجاني
85	الفرع الثاني : الركن المادي
85	أولا: النشاط الإجرامي
87	ثانيا : الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون
89	الفرع الثالث: الركن المعنوي
90	المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
90	الفرع الأول : مفهوم الرشوة
94	الفرع الثاني: أركان جريمة الرشوة

94	أولا: صفة الجاني
95	ثانيا : الركن المادي
97	ثالثا : الركن المعنوي
98	المطلب الرابع : جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة
98	الفرع الأول : تعريف جريمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة
99	الفرع الثاني: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
99	أولا : صفة الجاني
100	ثانيا: الركن المادي
103	ثالثا: الركن المعنوي
104	المبحث الثاني : القواعد الموضوعية للعقاب في جرائم الصفقات العمومية
105	المطلب الأول: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة
106	الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
106	أولا: العقوبات الأصلية
108	ثانيا : العقوبات التكميلية
111	الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
112	أولا : الأشخاص المعنوية محل المساءلة الجزائية
113	ثانيا : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
115	الفرع الثالث: المشاوكة والشروع
116	أولا : المشاوكة
116	ثانيا : الشروع
116	المطلب للثاني : العقوبات المقررة لجريمة استغلال النفوذ نفوذ الأعوان

	العموميون للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية
117	الفرع الأول : العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
117	الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي
118	المطلب الثالث:العقوبات المقررة لجرمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
118	الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
118	الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
120	المطلب الرابع : : العقوبات المقررة لجرمة أخذ فوائد بصفة غير مشروعة
120	الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
121	الفرع الثاني : العقوبات المقررة للشخص المعنوي
124	الفصل الثاني: القواعد الإجرائية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
125	المبحث الأول: القواعد الإجرائية لمتابعة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
125	المطلب الأول : تحريك الدعوى العمومية
126	الفرع الأول : طرق تحريك الدعوى العمومية
128	الفرع الثاني : القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية
132	للفرع الثالث: إنقضاء الدعوى العمومية
134	المطلب الثاني: أساليب البحث والتحري الخاصة
134	الفرع الأول: التسليم المراقب
136	الفرع الثاني: الاختراق أو التسرب
138	الفرع الثالث: الترصّد الإلكتروني
141	الفرع الرابع: تجميد الأموال وحجزها ومصادرتها
142	المطلب الثالث: جهات الحكم

143	الفرع الأول: تعريف المحاكم الجزائية ذات الإختصاص المحلي الموسع
144	الفرع الثاني : اختصاص المحاكم الجزائية ذات الإختصاص المحلي الموسع
145	أولا :الإختصاص الإقليمي
146	ثانيا:الإختصاص النوعي
148	المبحث الثاني: التدبير الوقائية لمواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
148	المطلب الأول: التدابير الرقابية المتخذة من قبل مجلس المحاسبة
149	الفرع الأول: تنظيم وتسيير مجلس المحاسبة
149	أولا:التنظيم الهيكلي لمجلس المحاسبة
151	ثانيا:التشكيلة البشرية لمجلس المحاسبة
152	الفرع الثاني: دور مجلس المحاسبة في مواجهة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
154	أولا :مجال تطبيق رقابة المحاسبة
154	ثانيا :كيفيات الرقابة المتخذة من قبل مجلس المحاسبة
156	المطلب الثاني: الهيئة الوطنية للوقلية من الفساد ومكافحته
158	الفرع الأول : تنظيم وتسيير الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
158	أولا :الطبيعة القانونية للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
161	ثانيا :تنظيم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد
163	الفرع الثاني:دور الهيئة الوطنية في مكافحة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
163	أولا:التدابير الإستشارية

164	ثانيا :التدابير الإدارية
166	المطلب الثالث: تدابير التعاون الدولي وتدابير إسترداد الممتلكات
167	الفرع الأول: تدليير التعاون الدولي
167	أولا: التعاون الدولي
168	ثانيا : مظاهر التعاون الدولي
169	الفرع الثلثي: تدليير إسترداد الموحودات
170	أولا مسؤولة البنوك والمصارف
171	ثانيا: تدابير الإسترداد المباشر للممتلكات
171	ثالثا: التعاون لدولي في مجال ضبط ومصادرة الأموال
174	رابعا : الإعتراف بحجية الحكم الأجنبي و تنفيذه
176	خاتمة
181	ملخص المذكرة
186	قائمة المصادر والمراجع
192	فهرس المواضيع

تعد الصفقات العمومية الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة، لإنجاز العمليات المالية المتعلقة، بإنجاز، تسيير وتجهيز المرافق العامة، إذ أن الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية، و ذلك بزيادة حجم النفقات العمومية، ومنه فنظام الصفقات العمومية يعد الوسيلة الأمثل لاستغلال و تسيير الأموال العامة .

ونظرا لما للصفقات العمومية من أهمية بالنظر لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة، و يجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، كما ينبغي إخضاعها أطر رقابية محددة ومتنوعة بهدف ترشيد النفقات العامة، والحد قدر الإمكان من هدر المال العام .لذا كان مجال الصفقات العمومية مجالا حيويا للفساد بكل صوره .

وقد حرص المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية على ضمان و نجاعة الصفقات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام، وكذا إرساء مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ودعم النزاهة في إبرام الصفقات العمومية.

كما قام المشرع الجزائري بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، وبرز ذلك من خلال إدراج هذه المخالفات ضمن جرائم الفساد الواردة في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهذا كنتيجة حتمية لمصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد .

وقد جاء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أصلا، للقضاء مظاهر لفساد في الحياة العمومية المتمثلة أساسا في الاتجار بالوظيفة العامة والتلاعب بالمال العام، فنص تجريم وقمع كل إخلال بواجب النزاهة الذي يستوجب على الموظف العمومي أن يتحلى به .

لذا ارتأينا توضيح ومناقشة الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية كإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والمتمثلة في جنحة المحاباة واستغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة، وجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية أو الرشوة في مجال الصفقات العمومية وذلك بإبراز معالم كل جريمة وتوضيح أركانها و متابعة مرتكبيها و الجزاءات المقررة و بشأنها وذلك عن طريق مجموعة من التدابير الرقابية والقضائية وتدابير في إطار

تسهيل ودعم التعاون الدولي واسترداد الموجودات ، للحد من انتشار هذه الجرائم وشيوعها نظرا لآثارها الوخيمة على الفرد والمجتمع .

وكرست كل هذه التدابير والإجراءات في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الذي جاء لسد الفراغ القانوني في مجال مكافحة الفساد، وتكييف التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر، ومحاربة كل مظاهر الفساد حماية للمجتمع.

Summary note

The public transactions are considered to be the strategic tool which is put in the hands of the public authorities by the legislature, to carry out the financial operations related to the accomplishment, management and the equipment of the public utilities, as the Algerian economy relies essentially on pumping the public funds, for the revitalization of the economic wheel, by increasing the size of the public expenses, as such, the system of the public transactions is considered to be the perfect way to exploit and conduct the public funds.

Because of the importance of the public transactions, in view of its strong relevance to the public treasury, the administration must be submitted to a particular ways related to contract the transaction, as it should be submitted to a specific and varied frameworks of control, in order to rationalize the public expenses, and to minimize as much as possible the waste of the public funds, so, the public transactions were a vital area for corruption in all its forms.

The Algerian legislature ensures through the law of the public transactions the effectiveness of the public transactions and the good use of the public funds, as well as establishing the principle of equal treatment of candidates and transparency of the proceedings and supports the integrity in contracting the public transactions.

The legislature criminalizes various offenses related to public transactions, and this has emerged through the inclusion of these crimes of corruption, contained in the law 06/01 dated on: 20th February 2006, related to the prevention from corruption, and this is as the inevitable result of the ratification given by Algeria to the United Nations Convention against Corruption.

And came the Law of Prevention against Corruption, in the first place, to eliminate the manifestations of corruption in the public life basically trafficking of the public function and manipulating of the public money. It includes the criminalization and suppression of prejudice to the duty of impartiality, which is required in the public official and the prejudice to the duties entrusted to responsibility of the public official.

So we decided to clarify and discuss the crimes related to the public transactions as one of the crimes set forth in the Law of the Prevention against Corruption, which is the misdemeanor of favoritism and influence-peddling agents and public institutions to obtain unjustified privileges and get commissions from public transactions or bribery in the field of public transactions, by emphasizing the features of these crimes and clarifying its elements and following-up the perpetrators and ensuring the strict sanctions on them, through a series of regulatory and judicial measures and measures in the framework of facilitating and supporting the international cooperation and asset recovery to reduce the spread of these crimes, because of its severe consequences on the individual and the society.

All of these measures and procedures are devoted in the Law of the Prevention against Corruption, which came to fill the legal vacuum in the fight against corruption and adapting national legislation with the international conventions ratified by Algeria, and to fight all manifestations of corruption at different levels to protect the society.