جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسـم الحـقوق

الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص دولة ومؤسسات

إعداد الطالب

خليل صيد

إشراف الدكتور

أبوبكر الصديق بن يحي

أعضاء لجنـــة المناقشـــة:

❖ د/ صدارة محمد	أستاذ محاضر	جامعة الجلفة	رئيسـا
❖ د/ أبوبكر الصديق بن يحي	أستاذ محاضر	جامعة الجلفة	مشرفا ومقـررًا
❖ د/ بن صادق أحمد	أستاذ محاضر	جامعة الجلفة	عضـوا مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014

إهـــــــداء

إلى والدتي العزيزة على قلبي، برًّا بحقوقها علي وتقديرًا لعونها الصادق لي وتحمّلها معي مشقة الدراسة، أعزك الله ورعاك.

وإلى أسرتي وعائلتي الكريمة: إخواني وأخواتي وخطيبتي الغالية.

إليكم جميعا أهدي هذا البحث المتواضع.

خليل صيد

شكـــر وتقدير

لا يسعني بعد حمد الله وشكره بإتمام هذه المذكرة إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور الذي أكرمني بالإشراف على هذا البحث وأفاض علي بعلمه و وقته وجهده، وزودني بتوجيهاته وإرشاداته القيمة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه الدراسة لأجل تقويمها وإثرائها.

ولا أنسى التقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أسرة كلية الحقوق بجامعة زيان عاشور بالجلفة من أساتذة وموظفين وزملائي بالدراسة، لما بذلوه من جهود وما قدموه لي من مساعدة أثناء دراستي في الكلية.

لكم مني جميعا كل الاحترام والشكر والتقدير والامتنان.

خليل صيد

مقدمـــة:

الفساد ضد الصلاح، وجرائم الفساد هي أفعال ضارة تأتي على كل شيء صحيح قائم بإنقاص فائدته أو إذهابها بالإنهاء والدمار، سواء مس الفساد الأفراد أو الدول.وقد جاءت هذه الجرائم في شكل القانون الرقم 01 - 06المؤرخ في20 فبراير 2006 تحت عنوان الوقاية من الفساد ومكافحته .وننوه بالذكر في هذا المقام، أن هذا القانون من وحي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003 ، التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 19 أفريل 2004 بموجب المرسوم الرئاسي رقم .)1 (128 - 04 وتضمن القانون الجديد إلغاء لنصوص كان قانون العقوبات يجمعها، ويتعلق الأمر بالمواد 133 - 131 - 130 ، ولم يتم استبدالها كما فعل بمواد أخرى، صرحت بهذا المادتان71 :، 72من قانون مكافحة الفساد.

ولم يطمئن بعض الفقهاء لهذا التحويل، بحجة أنه ليس هناك ما يدعو له، بل كان يكفي المشرع أن يقدم على تعديل لقانون العقوبات مثلما فعل المشرع الفرنسي، ويتجنب ما يحدثه تشتيت محتوى الجرائم من إضاعة وقت المهتمين بحقول القانون وميادينه هذا الرأي له ما يشفع له؛ فثبات قانون العقوبات يمنع على المشرع المساس به إلا لضرورة، وليس هناك ضرورة تلجئ المشرع إلى هذا التحويل، بل إن في هذا التحويل إفراغا لقانون العقوبات من قيمته التي يأخذها من ثباته واستقراره.

ومن أجل ذلك ارتأينا إلقاء نظرة على أخطر الجرائم التي تتهدد مجال الصفقات العمومية ، وهي جريمتا أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية والرشوة التي تعني في المفهوم القانوني ذلك الاتجار من قبل الموظف في أعمال وظيفته عن طريق الاتفاق مع صاحب الحاجة أو التفاهم معه على قبول ما عرضه هذا من فائدة أو مزية مقابل أداء عمل أو الامتناع عنه مادام يدخل هذا العمل في وظيفته أو صلب اختصاصه . وجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة" وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية .

ودراسة جرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في ظل القانون 01/06 تكتسي أهمية خاصة نظرا لطبيعة هذا النص الذي يفرض قراءة جديدة لمبدأ الشرعية الجنائية القائم على أساس أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون .

في النصوص الدولية التي تشكل المصدر للقوانين الداخلية قد أعدت من قبل لجان متشكلة من خبراء من جنسيات متعددة وثقافات قانونية مختلفة وهذا ما يؤثر لا محال على محتوى النص المصاغ .

تظهر أيضا أهمية دراسة هذا النوع من الجرائم من زاوية أن الصفقات العمومية تندرج ضمن دراسات القانون الاداري وهو قانون يكون في مبادئه مضادا للقانون الجنائي ، وإن جاء النص ليجرم ابراء صفقة عمومية بصفة غير قانونية وجب مسبقا معرفة الطرق القانونية لابرام الصفقة العمومية .

هذه الاهمية هي في نفس الوقت من ضمن الصعوبات التي تطرحها دراسة جرائم في مجال الصفقات العمومية .

واجهت هذه الدراسة أيضا صعوبات العثور على المراجع المتخصصة باللغة العربية ، ذلك أن الدراسات السابقة المتحصلة عليها إنصبت على جرائم الفساد بشكل عام .

وقد تطلب دراسة موضوع هذه الرسالة الاعتماد بالدرجة الأولى على تحديد النصوص القانونية والبحث في أصولها وبالتالي تم إتباع منهج الوصفي التحليلي .

وللبحث في هذه المسالة تم طرح الاشكالية التالية :

هل تتميز الجرائم في مجال الصفقات العمومية بخصوصية عن باقي جرائم الفساد الأخرى ؟ أي بعبارة أخرى هل خص المشرع هذا النوع بأحكام تجريمية وعقابية متميزة عن باقي الجرائم الأخرى ؟

الفصل الأول:

جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول :

دور القضاء الإداري في قمع جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

يلعب القضاء الإداري دورا هاما في مكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية نظرا لاختصاصه بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية، حيث أن عملية إبرام الصفقة ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة بدءا بقرار المنح المؤقت مرورا بقرار منح التأشيرة وصولا لقرار إبرام الصفقة .

المطلب الأول:

أساس الطعن بالإلغاء في مجال الصفقات العمومية

تعقد القاعدة العامة الاختصاص في مجال منازعات الصفقات العمومية للقضاء الكامل تأسيسا على أن موضوع المنازعة صفقة عمومية أي علاقة تعاقدية لا مجال فيها للاختصاص قضاء الإلغاء، غير أن القضاء الإداري لم يعدم الحل القانوني لمنح قاضي الإلغاء مكنة النظر في منازعات الصفقات العمومية لذا أسس نظرية جديدة سماها "**بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة**"، مما يدفعنا إلى توضيح هذه النظرية كأساس الطعن بالإلغاء في مجال الصفقات العمومية استثناءا على القاعدة العامة (**أولا**) ثم تحديد مجال أو نطاق تطبيق هذه القرارات في الصفقة العمومية(**ثانيا**).

الفرع الأول:

نشأة القرار الإداري المنفصل

لم يأخذ القضاء الفرنسي بإقصاء قضاء الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية بإطلاقه، بل أقر إمكانية إلغاء بعض القرارات المتصلة بالعقد الإداري و الصفقة العمومية و هو ما يعرف بالقرارات المنفصلة التي تعتبر نظرية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي بالتالي قبل التطرق إلى تعريف القرار الإداري المنفصل نستعرض أولا نشأة هذه النظرية:

تعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي و ذلك بتاريخ 11 ديسمبر 1903، حيث طبق مفهوم القرار الإداري المنفصل على قرار تمهيدي يتعلق بعقد خاص ليتوسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في مجال العقود الإدارية فيما بعد في قرار (MARTIN) بتاريخ 4 أوت 1905 [1]، حيث تتلخص وقائع و إجراءات هذه القضية في أن السيد "مارتان" (MARTIN) بصفته مستشار (conseiller général) بمحافظة (Loir-et-Cher) أدرج دعوى إلغاء ضد مداولات شهر أوت 1900 و أفريل و أوت 1901 و 1902 اتخذها المجلس العام خاصة بامتياز خط حافلة كهربائية (Tramways)، و ركز السيد "مارتان" في دعواه على أن لمحافظ لم يوزع على أعضاء المجلس تقرير مطبوع يخص مسألة الامتياز ثمانية أيام قبل تاريخ المداولة و منع بذلك أعضاء المجلس من ممارسة صلاحيتهم بكل موضوعية و بموجب الضمانات المنصوص عنها في قانون 10 أوت 1987 المتعلق بتنظيم المحافظات، فدفعت الإدارة بأن المداولات المطعون فيها أدت إلى إبرام عقد و أنه لا يمكن أن تكون محل طعن بالإلغاء، بل تخضع لاختصاص قاضي العقد إلا أن مجلس الدولة لم يستجيب لدفوع الإدارة و طبق نظرية القرارات المنفصلة و حكم بقبول دعوى السيد "مارتان" من أجل تجاوز السلطة بقرار أصدره في 04 أوت 1905.

و ذلك على الرغم من أن كل الأعمال التي لها الصبغة التعاقدية غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء، لأن هذا الطعن يوجه ضد القرارات التي تتخذها الإدارة بصفة منفردة و لأنه يوجد طعن موازي يمكن القيام به أمام قاضي القضاء الكامل [2] .

(1) RICHER LAURRANT,DROIT des contrats administratifs,2 éme édition L.G.D.J, paris,1998,pp.160-161.

(2)سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود للإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة2005،ص255.

و منذ صدور هذا القرار أصبح يحق لكل شخص يعتبر أنه متضرر من إجراء فردي سابق لإبرام العقد الإداري بصفة نهائية أن ينازع في شرعيته أمام قاضي الإلغاء من أجل تجاوز السلطة، لكن اشترط في الطاعن أن تكون له مصلحة [1] .

الفرع الثاني:

تحديد مفهوم القرار الإداري المنفصل

يمكن تحديد معنى القرار الإداري المنفصل وفقا لمعيارين هما : المعيار الذاتي و المعيار الموضوعي و هذا ما سيتم تناوله في العنصرين المواليين :

أولا: **وفقا للمعيار الذاتي (الشخصي)**

يقصد بالمعيار الذاتي أو الشخصي ذلك المعيار الذي يتأسس على المركز القانوني الشخصي و الصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة الغير المشروعة أمام الجهة القضائية المختصة بنظر دعوة الإلغاء في النظام القضائي للدولة [2] .

يتألف المعيار الذاتي في مجال تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال من عدة عناصر كعنصر و مركز الغير من العملية الإدارية المركبة ، إذ أنه و رغم أن الغير طرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة إلا أنه يمكنه الطعن في مجموعة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن هذه العملية، و كذا عنصر عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق و المراكز القانونية قضائيا إلا عن طريق الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة، حيث أنه نظرا لشخص و صفة الغير كطرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة فإنه لا يمكنه الطعن ضد هذه الرابطة لأنه لا يمتلك الصفة القانونية لذلك فليس أمامه إلا سلوك طريق الطعن بالإلغاء أمام القضاء المختص [3] .

---

(1)

(2)عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج02، د.م.ج، الجزائر ، 1998، ص442

(3)بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مرجع سابق، ص 99-100

نجد أن عنصر الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة أمام القضاء أصلح لرافعه من اللجوء إلى القضاء الكامل، حيث يشترط أن يستند رافعها إلى حق شخصي اعتدت عليه الإدارة أو حتى مهدد بالاعتداء عليه من طرفها.

و من أهم تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي للمعيار الشخصي بهدف تحديد القرارات الإدارية المنفصلة و قبول الطعن بالإلغاء ضدها نجد مداولات المجلس العام لـ "لوار وشار" غير المشروعة، ذلك لأنها مشوبة بعيب مخالفات الشكليات و الإجراءات و قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسسا قبوله للطعن على أساس صفة و شخص السيد "مارتن" الذي يعد طرفا أجنبيا عن العقد ليقضي في الأخير بأن المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الامتياز وفقا للمعيار الشخصي [1].

ثانيا: **وفقا للمعيار الموضوعي**

يتم تحديد معنى القرار الإداري المنفصل وفقا للمعيار الموضوعي بالتأسيس على عدة عناصر موضوعية تتعلق بالقرار الإداري ذاته و بالقضاء المختص بالفصل في المنازعة، ومن أمثلة العناصر الموضوعية التي يتألف منها هذا المعيار في مجال تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال ماديا موضوعيا ما يلي :

– عنصر مدى جوهرية و فاعلية القرارات الإدارية في تكوين العملية الإدارية المركبة فإن كان القرار الإداري جوهريا و فعالا و شديد الارتباط بالعملية الإدارية المركبة ضريبية كانت أو انتخابية أو عقدية فانه يصبح جزءا لا يتجزأ عنها و بالتالي فانه يكون قابل للانفصال عنها مما ينفي إمكانية الطعن بالإلغاء ضدها أما إذا كان القرار الإداري غير جوهري أو غير فعال في العملية الإدارية المركبة، بحيث يكون جزءا غير جوهري بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه بالإلغاء على العملية الإدارية الأصلية فإنه يشكل قرارا إداريا منفصلا يقبل الطعن بالإلغاء أمام قاضي العقد .

و من أهم القرارات الإدارية التي تكيف على أنها قرارات إدارية منفصلة وفقا لهذا العنصر نجد القرارات التمهيدية و السابقة لإبرام العقود الإدارية، كقرارات وضع شروط المناقصة و المزايدات العامة، فهي قرارات إدارية منفصلة لأنها لا تدخل بصورة جوهرية في عملية تكوين و إبرام عقود الإدارة .

(1)نقلا عن : عوايدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في القضاء الجزائري....مرجع سابق، ص443

– عنصر مدى ملائمة و أفضلية دعوى الإلغاء لرافعها : فمتى كانت الدعوى أكثر فاعلية لرافعها من اللجوء إلى القضاء الكامل من حيث النتائج المترتبة عنها قانونا و كذا من حيث سير و سهولة إجراءات رفعها كانت للطاعن مكنة رفعها ضد القرارات الإدارية المنفصلة .

– كما يعتبر القضاء عنصر مدى عمومية أو فردية القرارات الإدارية المركبة عنصرا موضوعيا يمكن بواسطته تحديد القرار الإداري المنفصل فمتى تبين للقاضي أن القرار الإداري قرار عام يتعلق بمراكز قانونية عامة بهدف إحداث أثر قانوني بذاته اعتبر القرار قابلا للانفصال عن العملية الإدارية و قبل الطعن بالإلغاء ضده [1].

يتضح بناء على ما تقدم ، أن القاضي الإداري يكيف القرار الإداري على أنه قرار منفصل إذا ما رأى توافر عنصر أو عناصر موضوعية أو شخصية فيه و يبقى ذلك خاضعا لسلطته التقديرية و فقط .

و من أهم التطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية في النظام القضائي الجزائري اعتباره لقرارات إرساء المناقصة قرارا إداريا منفصلا ، أما قرارات إدارية متصلة و مرتبطة بها لذلك لم يقبل الطعن بالإلغاء ضدها و هو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1966 في قضية شركة (skè hètzel) و ذلك تأسيسا على المعيارين الموضوعي و الشخصي .

كما اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1968 في قضية شركة المعادن لسيدي معروف باعتبار قرار سحب عقد امتياز من شركة المعادن قرارا متصلا باعتباره إجراء تنفيذيا للعقد، أما قرار السلطة الوصائية تتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز، فقد اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا إداريا منفصلا و ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18 أفريل 1969 في قضية إتحاد النقل و الشركة [2].

المطلب الثاني:

مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

(1) عوايدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في القضاء الجزائري.... مرجع سابق ، ص448

(2) عوايدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في القضاء الجزائري.... مرجع سابق ، 453

تتكون الصفقة العمومية من مجموعة من القرارات الإدارية التي تمهد لإبرامها و تسبق و جودها لكنها تتعلق بها و تتمثل في مجموعة من القرارات الإدارية التي أطلق عليها القضاء الإداري تسمية القرارات الإدارية المنفصلة ، غير أن الأمر ليس بهذه البساطة بل يشوبه الكثير من الغموض و الإشكالية التي تطرح نفسها بهذا الخصوص هي : ما هي القرارات التي يمكن الطعن ضدها بدعوى الإلغاء باعتبارها قرارات إدارية منفصلة سابقة على تكوين الصفقة؟

الفرع الأول:

الطعن بالإلغاء ضد القرارات السابقة لإبرام الصفقة العمومية

يرى جانب كبير من الفقه بأنه لا يمكن قبول الطعن ضد الإجراءات التحضيرية [1] و إنما يجب أن ينصب الطعن على قرار إعلان الصفقة العمومية و قرار المنح المؤقت للصفقة، قرار استبعاد أي عطاء و كذا القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية و لاسيما من قبل السلطات الوصية، و مع ذلك فإنه يمكن أن نلاحظ أن قيام السلطات الوصية بإلغاء القرارات المتعلقة بالتصديق الصادرة من الهيئات المحلية يحد إلى درجة كبيرة من وجود الطعون بتجاوز السلطة ضدها .

أكد القضاء المصري هذا الاتجاه في العديد من أحكامه و خاصة في حكمه الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1947، إذ قررت محكمة القضاء الإداري فيما يتعلق بعقد مقاولة أن الأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة و الإعلان عنها و تلقي العطاءات فإرساء المناقصة بعد ذلك، كل ذلك يتم بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح فيها عن إرادتها فكل ما تتخذه من قرارات بهذا الصدد يكون مخالفا للقوانين أو اللوائح أو مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة يخضع لرقابة قاضي الإلغاء [2] و يمكن التفصيل في هذه القرارات على النحو التالي:

أولا: قرار الإعلان عن الصفقة:

(

(2)على خاطر شنطاوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، الأردن، 1995 ، ص.447

يعد الإعلان عن المناقصة شرطا جوهريا وضعه تنظيم الصفقات العمومية و ذلك حتى يصل أمر الصفقة العمومية إلى علم كل من تتوفر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها و ذلك تحقيقا لمبدأين أساسين هما: مبدأ المساواة و مبدأ حرية المنافسة [1].

ثانيا: قرار المنح المؤقت:

يخضع قرار المنح المؤقت للصفقة لمبدأ أساسي و هو المنح المؤقت لصاحب أفضل عطاء فالمصلحة المتعاقدة لا تملك سلطة تقديرية في اختيار المتعاقد بل تخضع لقواعد قانونية محددة في تنظيم الصفقات لتحديد أفضل عطاء أو عرض و هو ما يضفي على الصفقة العمومية طابع الآلية بصفة مطلقة، غير أن تنظيم الصفقات العمومية قد أعطى للمصلحة المتعاقدة حق رفض العطاء و لو كان الأفضل إذا اقتضت الضرورة أو المصلحة العامة ذلك .

ثالثا: قرار الاستبعاد:

إذا أقرت المصلحة المتعاقدة منحها لأحد أصحاب العطاءات فإنها تصدر قرارات استبعاد لباقي المتقدمين للعطاء و ذلك لعدة أسباب نجملها فيما يلي :

1- عدم المطابقة للشروط أو المواصفات المتعلقة بالصفقة

لم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح قرار استبعاد مطلقا غير أنه يمكن استخلاصه من نص المادة 125 من المرسوم رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بنصها على :

<<.....تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط .....>>

يوحي المصطلح لإقصاء العروض في هذه المادة باستبعادها باقي المتقدمين العطاءات ولا يمكن أن يتم هذا إلا بمقتضى قرار إداري [2] ، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار رفض الإدارة العامة التعاقد مع أحد الأشخاص قرارا

(1)محمد أنور حمادة، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص28

(2)بزاحي سلوى ، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية...، ص111.

إداريا منفصلا، و قبل الدعوى الإلغاء المرفوعة ضده في حكمه الصادر بتاريخ 06 ماي 1931 في قضية (tan dut) [1].

2- قرار استبعاد العطاء لسوء السمعة المهنية و مبدأ المساواة

رغم القيام الصفقات العمومية على مبدأ المساواة الذي يعد مبدأ جوهري يفرض على المصلحة المتعاقدة الوصول إلى أفضل متعاقد من خلال تعامله مع جميع مقدمي العطاءات على قدم المساواة فإن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه قد يسبب ضررا كبيرا للصالح العام و ذلك إذا تقدم للصفقة العمومية صاحب عطاء سيء السمعة المهنية، فلو تم التعامل على قدم المساواة مع الغير قد يقبل عطاؤه و هو ما ينعكس على أداؤه لالتزاماته التعاقدية بالسلب، بالتالي حسن السمعة المهنية شرط واجب توافر في التعامل مع الإدارة شأنه ، شأن الكفاءات و المؤهلات، و يمكن للإدارة التأكد من سوء السمعة من خلال تصفح تعاقداته السابقة مع الإدارة ، فقد يكون قد سبق له التماطل و التقصير في تنفيذ التزاماته أو يلجأ إلى استعمال الغش و التدليس [2].

فإن تأكد ذلك للإدارة كان عليها إصدار قرارات الاستبعاد على أن تعلله بسوء السمعة و إلا كان المتضرر الطعن في هذا القرار لعدم التسبب أو لعدم جدية الأسباب و قد أكدت المحكمة الإدارية المصرية حق الإدارة في استبعاد مقدم العطاء الفاقد لشرط حسن السمعة المهنية، إذ أنه لا يكفي في التعاقد مع الإدارة توفر المقدرة الفنية و المادية بل يجب أن يتوافر إلى جانب ذلك حسن السمعة و للإدارة الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة و لها السلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق و لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة [3] .

اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوفره على مقومات القرار الإداري و ترتيبه لآثار قانونية بذاته تتمثل في حرمانه من التعاقد مع الإدارة و هو ما يخول أصحاب الشأن الطعن ضده بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء و عليه يتضح أن قرار الاستبعاد قرار إداري منفصل و من ثم فإن الطعن ضده يخضع لاختصاص

(1)عوابدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات...، مرجع سابق، ص452

(2)عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص 159.

(3)محمد أنور حمادة، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصة...، مرجع سابق، ص 29

قاضي الإلغاء إذا شابه عيب انحراف السلطة أو إذا افتقد الأسباب المبررة لإصداره أو لعدم صحة هذه الأسباب و هو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 09 ماي 1959 [1] .

رابعا: قرار الحرمان من دخول الصفقة

خول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان و لو توفرت في عطائه كافة الشروط المتطلبة، إذا كان الحرمان مستندا إلى نص قانوني .

يأخذ الحرمان القانوني من دخول الصفقة العمومية شكلين أساسين هما حرمان وقائي و حرمان جزائي و قد سبق توضيح هاتين النقطتين .

لم يرد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري أي نص يؤكد سلطة الإدارة في إصدار قرار حرمان جزائيا كان أم وقائيا، غير أن هذا لا يعني عدم وجود مثل هذا القرار إذ لا يمكن أن نتصور أن تقوم الإدارة بقبول شخص لصفقة عمومية بعد أن ثبت لها غشه و تماطله في تعاقداته السابقة معها .

يختلف قرار الحرمان عن قرار الاستبعاد في أن القرار الاستبعاد يأتي بعد قبول الدخول الشخص للصفقة العمومية ثم يستبعد لأحد الأسباب السابق بيانها ، بينما لا يمنح الشخص فرصة الدخول للصفقة العمومية أصلا في حال صدور قرار بحرمانه من دخول الصفقة العمومية [2]

خامسا: قرار إلغاء الصفقة

تلجأ الإدارة بعد إعلانها عن الصفقة العمومية إلى إلغائها أيا كانت الطريقة إبرامها مناقصة مفتوحة أو محدودة أو استشارة انتقائية، مزايدة أو مسابقة .

و يتم إصدار قرار الإلغاء من طرف الإدارة في حالتين هما :

– اقتضاء المصلحة العامة ذلك ، قد يثبت للإدارة أن الصفقة لا تحقق منفعة أو مصلحة عامة أصلا و ذلك لخطأ مسبق في تقدير أهمية المشروع أو لظهور طارئ يفرض عليها التراجع عن إبرام الصفقة العمومية ففي هذه الحالة تلتزم المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار إلغاء الصفقة العمومية .

(1)عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية...، مرجع سابق . 160

(2)بزاحي سلوى ، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية...، مرجع سابق ص114

– إذا لم يقدم إلا عطاء وحيد أو لم يبق بعد استبعاد العطاءات إلا عطاء وحيد في هذه الحالة يجوز للمصلحة المتعاقدة قبوله بشرطين حددتهما المادة 15 من قانون المناقصات و المزايدات المصري لسنة 1998 و هما :

– أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح صفقة أو لا تكون هناك فائدة ترجى من إعادتها .

– أن يكون العطاء الوحيد مطابقا لشروط و مناسبا من حيث السعر [1] .

و لم يأت تنظيم الصفقات العمومية الجزائري على ذكر قرار إلغاء الصفقة العمومية مطلقا .

الفرع الثاني:

الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التنفيذية للصفقة

يقصد بالقرارات الإدارية التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا للصفقة العمومية ، تلك القرارات الصادرة تنفيذا للصفقة العمومية و استنادا إلى النص من نصوصها كالقرارات الصادرة بسحب العمل ممن تعاقدت الإدارة معه أو بإلغاء العقد ذاته [2] .

يرى كل من الأستاذ "بكر قباني" و "محمود البنا" أن القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للصفقة العمومية هي قرارات تدخل في منطقة العقد و تنشأ عنه، و بالتالي فإنها منازعات حقوقية يختص بنظرها القضاء الكامل [3] و يرجع ذلك إلى أن الصفقة العمومية عقد إداري بين الإدارة و المتعاقد معها ، فإن كانت القرارات التي تصدرها الإدارة قبل مرحلة الإبرام النهائي تعد قرارات إدارية منفصلة تقبل الطعن ضدها بتجاوز السلطة .

فإن القرارات التي تصدرها بعد انعقاد الصفقة العمومية تدخل في دائرة الصفقة و تأتي تنفيذا لبنودها لذا لا يكون بحسب جانب من الفقه أن يختص بنظرها قضاء الإلغاء بل يؤول الاختصاص بنظرها إلى قاضي العقد [4] .

(1)سعاد الشرقاوي، عقود الإدارة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1999، ص 320

(2)أحمد ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ و الأسس العامة) ، منشأة المعارف، الإسكندرية،1996، ص 125

(3)بكر قباني و محمود عاطف البنا ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة....، مرجع سابق، ص 124.

(4)على خطار شنطاوي، القضاء الإداري الأردني...، مرجع سابق، ص446-447

أولا: الطعن بالإلغاء في القرارات التنفيذية للصفقة العمومية من قبل المتعاقد :

رفض المجلس الدولة الفرنسية لفترة طويلة قبول الطعون بالإلغاء من المتعاقدين مع الإدارة و الموجهة ضد قرارات الإدارة المتعلقة بالأسعار أو فرض العقوبات المالية أو توقيع الجزاءات الإدارية كمصادر التأمين ، أيا كانت طريقة الطعن المستخدمة و سواء كان العقد من عقود القانون الخاص أو العقود الإدارية .

غير أن مجلس الدولة أوجد مجموعة من الاستثناءات و قبل الطعن المقدم من قبل المتعاقد ضد القرارات الصادرة تنفيذا للصفقة العمومية أو العقود الإدارية و ذلك في الحالات التالية :

1- الطعون الموجهة ضد القرارات الخارجة عن نطاق العقد

تصدر الإدارة أو المصلحة المتعاقدة قرارات خارج نطاق العقد بصفة غير صفتها التعاقدية و ذلك في الحالات التالية [1] :

- حالة انتهاء العقد أو الصفقة : إذ قبلت المحكمة الإدارية العليا الطعن ضد قرار طرح مخبر آلي للاستغلال بدعوى الإلغاء و ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 22 مارس 1994 ، حيث قامت الإدارة بطرح مخبر آلي للاستغلال بعد انتهاء عقد الاستغلال الذي كانت قد عقدته مع الطاعن لمدة ثلاث سنوات و بناء عليه فقد قبلت المحكمة العليا الطعن بتجاوز السلطة ضد هذا القرار باعتباره خارجا عن نطاق عقد الاستغلال .

- حالة القرارات التي تتخذها الإدارة استنادا لسلطة الضبط الإداري : تتخذ الجهات الإدارية العليا في الدولة قرارات تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذها و تكون ماسة بتنفيذ الصفقة العمومية ، ففي هذه الحالة يمكن الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات لأنها خارجة تماما عن نطاق العلاقات العقدية ، تستند المصلحة المتعاقدة في إصدارها اللوائح و القوانين لا إلى سلطتها التعاقدية .

- حالة القرارات الإدارية التي تصدرها الجهات الإدارية العليا : تتخذ الجهات الإدارية العليا في الدولة قرارات تلتزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذها، و تكون ماسة بتنفيذ الصفقة العمومية ، ففي هذه الحالة يمكن الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات لأنها خارجة تماما عن نطاق العلاقات العقدية .

(1)عوابدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات.....، مرجع سابق ، ص 454.

2- الطعون المقدمة من المتعاقدين ذوي المراكز اللائحية :

يصبح بعض المتعاقدين مع الإدارة في مراكز تنظيمية لائحية و ذلك لطبيعة العقود التي يبرمونها معها ، لذا فالقرارات الصادرة تنفيذا لهذه العقود أو إنهائها تتعلق في الأصل بهذه المراكز التنظيمية للمتعاقد مع الإدارة ، لذا يجوز الطعن ضدها بالإلغاء باعتبارها قرارات إدارية منفصلة عن العقد [1] .

ثانيا: الطعن في القرارات التنفيذية للصفقة المقدم من قبل الغير :

لم يقتصر رفض مجلس الدولة الفرنسي للطعون بالإلغاء ضد قرارات تنفيذ الصفقة العمومية المقدمة من قبل المتعامل و حسب، بل امتد هذا الرفض ليصل إلى الغير، إذ قضى القضاء الفرنسي منذ 1952 بأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال الطعن بالتجاوز السلطة في القرارات الإدارية الصادرة تنفيذا للصفقة العمومية و ذلك باعتبار هذه القرارات تصدر في إطار العقد و هي غير قابلة للتجزئة عنه و لا محال للغير في هذه العلاقة التعاقدية باعتباره أجنبيا عن العقد .

غير أن المجلس الدولة الفرنسي سرعان ما تراجع عن مساره هذا انطلاقا من فكرة الغير قد يتصور هو الآخر من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، لذا فليس من العدل حرمان الغير من اللجوء إلى القضاء الإلغاء طالما أنه لا يملك حق المطالبة بإلغائها أمام قاضي العقد و كان ذلك ابتداءا من الحكم الصادر سنة 1964 و الذي جاء فيه "**إن الغير يمكنهم رفع دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة و ذلك نظرا لعدم مشروعية القرارات سواء تلك المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه على اعتبار أنها قرارات قابلة للانفصال عن هذا العقد**" [2] .

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه قد ثار الخلاف حول مصدر حق الغير في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية، هل يستمد هذا الحق من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري أم من شيء آخر ، فيرى الفقيه "بكينيات" (PEQUIGNAT) أن حق الغير في أن تبرم الصفقات العمومية وفقا للقانون يستمده من نصوص العقد الإداري .

(1)بزاحي سلوى ، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية...، مرجع سابق، ص 123.

(2)المرجع نفسه، ص124

فيرى الفقه الفرنسي أن هذا الحق لا يعد تطبيقا لقاعدة امتداد آثار العقد إلى الغير ذلك لأن الغير الذي يطعن في قرار إداري منفصل لا يستند فالطعن إلى نصوص العقد الإداري أو الصفقة العمومية، بل إلى نصوص القوانين و اللوائح التي تحكم العقود الإدارية .

يرى الأستاذ "سليمان محمد الطماوي" في مقام التعليق على هذا الموضوع أن حق الغير في الطعن في القرارات المنفصلة عن الصفقة غير مستمد من العقد بل مستمد من النصوص و اللوائح القانونية، إذ أنه لا يستقيم القول بأن الغير يستمد حقه في الطعن من العقد و هو في حقيقة الأمر يستهدف بالطعن إلغاء العقد [1] .

قبل مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد الطعون التي يقدمها الغير ضد القرارات الخاصة بتنفيذ العقود و الصفقات العمومية و ذلك في الحالات التالية :

– أن الإدارة تصدر قرارات إدارية في إطار تنفيذها للعقد غير أن هذه القرارات لا تقوم على أساس عقدي بل تستند إلى قوانين و لوائح لذا يملك الغير حق الطعن فيها بالإلغاء .

– كما قبل القضاء الفرنسي طعون الغير ضد القرارات التي تستند إلى الشروط التنظيمية أو لائحية في العقد، فهذه الشروط لا تعد جزء من العقد و عليه فإن القرارات الصادرة بناءا عليها تعد خارجية هي الأخرى عن العقد لذا لا يمكن للغير أن يطعنوا فيها بالإلغاء [2] .

– و لا يقف توسع مجلس الدولة في تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن هذا الحد، بل هناك اتجاه جديد في فرنسا يدعوا إلى قبول الطعن بالإلغاء المقدم من قبل الغير حتى و لو استند إلى الشروط التعاقدية، باعتبار أن الغير لا يملك أية وسيلة قانونية أخرى لمخاصمته و هو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير له سنة 1983 في قضية (LA Société DE MOBILIERS URBAINS POUR LA Publicité ET L'INFORMATION)

(1)سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية...، ص740

(2)عادل ضبطاني ، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، جامعة الكويت، مارس1987 ، ص128

المبحث الثاني:

المتابعة الجزائية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

تكون مكافحة جرائم الفساد بصفة عامة على مرحلتين مرحلة إصدار القوانين التجريمية و مرحلة التطبيق الفعلي و الإجرائي لهذه النصوص على أرض الواقع .

و نظرا للخطورة التي تشكلها جرائم الصفقات العمومية من خلال التهديد بأمن الدولة و المساس باستقرارها ، لم يكتف المشرع الجزائري بالآليات و التدابير الرامية للوقاية منها لأنها قد لا تحقق مبتغاها، و حتى لا تبقى هذه النصوص الوقائية حبرا على الورق لازمها المشرع الجزائري بأحكام إجرائية تساهم في تفعيلها عن طريق إصدار مجموعة من القوانين تتضمن جزاءات ردعية تهدف إلى الحد من هذه الجرائم و معاقبة مرتكبيها من خلال المتابعة الجزائية التي تخضع لها و التي تتميز بإجراءات تحقيقيه خاصة (الفرع الأول) كما جعل من التعاون الدولي القضائي بمختلف أشكاله و أبعاده ضرورة حتمية لمكافحة هذه الجرائم (الفرع الثاني) .

المطلب الأول:

التحقيق في جرائم الصفقات العمومية

يكون توقيع الجزاء على مرتكب جرائم الصفقات العمومية بالكشف عن هذه الجرائم كأول خطوة و ذلك عن طريق استحداث الديوان المركزي لقمع الفساد (أولا)، و هذا من أجل تعزيز و تكملة دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته، كما أن الضبطية القضائية الدور الكبير في اكتشاف هذه الجرائم عن طريق استعمال أساليب التحري الخاصة (ثانيا) .

الفرع الأول:

دور الديوان المركزي لقمع الفساد في كشف عن جرائم الصفقات العمومية

أدى توقيع الجزائر على الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد (اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد) إلى ضرورة استحداث ميكانيزمات لازمة للعمل على الوقاية و التصدي لهذه الظاهرة ، فنص المشرع على إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد كأداة عملياتية و هذا من أجل تعزيز و تكميل دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته .

أولا: إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد

نص المشروع الجزائري على إنشاء هذا الديوان ضمن أحكام الأمر 05/10 المعدل و المتمم لأحكام القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته التي تنص المادة 24 [1] مكرر منه على ما يلي : <<**ينشأ ديوان مركزي لقمع الفساد يكلف بمهمة البحث و التحري عن جرائم الفساد** >> .

بين المشرع الجزائري تشكيل هذا الديوان و تنظيمه و كيفية سيره بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-426 الذي تنص المادة 01 منه على ما يلي : <<**إن الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية تكلف بالبحث و التحري عن الجرائم و معاينتها في إطار مكافحة الفساد** >>[2] .

نصت المادة 02 من نفس المرسوم على أنه : <<**يوضع الديوان المركزي لقمع الفساد لدى الوزير المكلف بالمالية و يتمتع بالاستقلال في عمله و سيره**>>.

يلاحظ من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن الديوان مصلحة مستقلة منوط بها مهمة الشرطة القضائية في مجال مكافحة الفساد و هذا إن دل كل شيء فإنما يدل على المكانة و المنزلة التي يحظى بها هذا الجهاز في الكشف عن الجرائم بتشكيلة خاصة لهطا الديوان .

ثانيا: تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد

يتشكل الديوان المركزي لقمع كالفساد من [3] :

- ضباط و أعوان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الدفاع الوطني.

- ضباط و أعوان الشرطة القضائية التابعة لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية .

- أعوان عموميين ذوي كفاءات أكيدة في مكافحة الفساد .

و يمكن عند الضرورة الاستعانة بضباط الشرطة القضائية التابعين لمصالح الشرطة القضائية الأخرى .

(1)المادة24 مكرر من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 يعدل و يتمم القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج.ر ، عدد 50الصادر في 01 سبتمبر 2010.

(2)المادة 02 من مرسوم الرئاسي 11-426مؤرخ في 08 ديسمبر 2011 ، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظميه و كيفية سيره ، ج.ر ، عدد 68، صادر في 14 ديسمبر 2011 .

(3) أنظر المادة 06 من نفس الرسوم

كما نص المرسوم على خضوع ضباط أعوان الشرطة القضائية الذين يمارسون مهامهم في الديوان إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية و القانونية الأساسية المطبقة عليهم [1] و عددهم يحدد بموجب قرار مشترك بين وزير المالية و الوزير المعني [2] .

يقصد بالوزير المعني هنا وزير الدفاع و وزير الداخلية حسب الحالة .

يستخلص من هذه المواد أن الديوان المركزي لقمع الفساد مصلحة خاصة للشرطة القضائية باستثناء مستخدمي الدعم التقني و الإداري أو الأعوان العموميين الذين لهم من الكفاءة في هذا المجال ما يؤهلهم ليكونوا أعضاء في هذا الديوان .

يعبر هذا كله عن الثقة الممنوحة لجهاز الشرطة القضائية في مجال مكافحة الفساد و التي لا يمكن اكتسابها إلا بعد تضافر الجهود التي بذلها و النتائج التي يحققها في مكافحة الجرائم و التي خولته أنن يمتلك ديوانا خاصا و متخصصا في جرائم الفساد .

الفرع الثاني:

استعمالّ أساليب التحري الخاصة للكشف عن جرائم الصفقات العمومية

أدرج المشرع الجزائري أساليب جديدة في التحري من أجل مواكبة و مسايرة التطور الكبير في أشكال الإجرام في العصر الحديث لاسيما جرائم الفساد، و ذلك من خلال قانون الإجراءات الجزائية [3] أو من خلال قانون الوقاية من الفساد و مكافحته [4] سماها بأساليب التحري الخاصة، حيث منح المشرع الجزائري بواسطة هاذين القانونين صلاحيات أوسع .

للشرطة القضائية من خلال اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و استعمال أسلوب التسرب أو الاختراق و الترصد الالكتروني .

(1)أنظر : المادة 07 من مرسوم الرئاسي 11-426 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظيمه و كيفية سيره، ج.ر ، عدد 68، صادر في 14 ديسمبر 2011 .

(2)المادة 08 من نفس المرسوم .

)تنص المادة 65 مكرر منه على أن : "إن اقتضى التحري في الجرائم المتلبس بها والتحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم تبييض أموال و تمويل الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع (3الخاص بالصرف و كذا جرا

(4) تنص المادة 56 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته على أنه : "**من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرام المنصوص عليها في القانون**

أولا: اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور

جعل المشرع الجزائري من اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور أهم الأساليب المستحدثة للكشف عن جرائم الصفقات العمومية و هي إجراءات تباشر بشكل خفي .

يعرف أسلوب اعتراض المراسلات و التقاط الصور و تسجيل الأصوات على أنه : <<**تتبع سري و متواصل للمجرم أو للمشتبه به قبل و بعد ارتكابه للجريمة ثم القبض عليه متلبسا بها** >> [1] .

- يتم اعتراض المراسلات عن طريق وسائل الاتصال السلكية و للاسلكية .

- أما التقاط الصور فيتم بوضع أجهزة تصوير صغيرة حجم و إخفائها في أماكن خاصة لالتقاط صور تفيد في إجلاء الحقيقة و تسجيلها .

- أما تسجيل الأصوات فيتم عن طريق وضع رقابة على الهواتف و تسجيل الأحاديث التي تتم عن طريقها أو بوضع ميكروفونات حساسة تستطيع التقاط الأصوات و تسجيلها على أجهزة خاصة ، و قد يتم أيضا عن طريق التقاط إشارات لاسلكية أو إذاعية [2] سواء في أماكن خاصة أو عمومية .

أثارت مشروعية هذه الأساليب في البحث و التحري و التحقيق في الجرائم جدلا كبيرا في الفقه و القانون بالنظر إلى التناقضات الحادة التي برزت منذ القدم بين حق الأفراد في الحياة الخاصة و حق الدولة في حماية أمنها و أمن المجتمع إذ هناك من اعتبر هذه الأساليب مساسا بالحق بالاعتماد على القاعدة الدستورية المبنية على حرمة الحياة الخاصة [3] .

حيث يعاقب قانون العقوبات بالحبس من سنة إلى ثلاثة أشهر و بغرامة مالية 50.000 إلى 300.000 دج من تعمد بمساس بحرمة حياة الخاصة للأشخاص بأي تقنية كانت و ذلك :

- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير رضاء صاحبها .

---

(1)نقلا عن : مصطفى عبد القادر ، **أساليب البحث و التحري الخاصة و إجراءاتها**، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2009 ، ص70 ، ص 71.

(2)المرصفاوي حسن الصادق، **المرصفاوي في المحقق الجنائي** ، ط02 ، منشأة المعارف ، مصر ، 1990 ، ص 78 .

)المادة 39 من دستور 1996 ، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-843 ، المؤرخ في 07 فيفري يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه استفتاء 28 نوفمبر 1996 ،ج.ر ، عدد 09 ، مؤرخ في ديسمبر (19963 ،(معدل و متمم)و الآتي نصها : "**لا** يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه يحميه القانون و سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة" .

-بالتقاط أو تسجيل أو نقل صور لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه [1] .

حاول المشرع الجزائري التوفيق بين هذه التناقضات فأجاز هذه الأساليب بعد إحاطتها بضمانات كافية و قيدها بضوابط و شروط تتمثل في :

1- مباشرة التحري بإذن وكيل الجمهورية

تقتضي القاعدة العامة أن عمل الشرطة القضائية يكون تحت إشراف و إدارة النيابة العامة أو جهات التحقيق فاقتدى المشرع الجزائري بهذه القاعدة و اشترط بمشروعية إجراءات التحري عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ضرورة الحصول على إذن من وكيل الجمهورية المختص [2] قصد القيام باعتراض المراسلات و التقاط الصور و تسجيل الأصوات كما يشترط في هذا الإذن أن يكون :

- كتابيا .

- يتضمن كل عناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها و الأماكن المقصودة، السكنية و كذا الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير و مدته [3] .

-كما يجب أن يتضمن الإذن كل الأماكن التي توضع فيها الترتيبات التقنية من أجل التقاط و تسجيل و تثبيت الكلام المتفوه به [4] .

- كما يجب أن يتضمن الإذن المدة المسموح بها لإجراء التحقيق لمدة أقصاها (04)أربعة أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية و الزمنية [5] .

(1)زوزو زوليخة، **جرائم الصفقات العمومية و آليات مكافحتها...،مرجع سابق، ص160** .

(2)المادة 65 مكرر 5 من الأمر 66-155 يتضمن ق.إ.ج.ج السالف الذكر .

(3)المادة 65 مكرر 7 من نفس الأمر

(4) المادة 65 مكرر 7 من نفس الأمر

(5) المادة 65 مكرر 2/ من نفس الأمر

يحرر ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص محضرا عن كل عملية اعتراض أو تسجيل مراسلات و حتى عن عمليات وضع الترتيبات التقنية و عمليات الالتقاط التثبيت و التسجيل الصوتي أو السمعي البصري ،كما يذكر المحضر تاريخ و ساعة بداية هذه العمليات و الانتهاء منها [1] .

يصنف أو ينسخ ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب المراسلات أو الصور أو المحادثات المسلحة و المفيدة في إظهار الحقيقة في محضر يودع بالملف و تنسخ و تترجم المكالمات التي تتم باللغات الأجنبية عند الاقتضاء بمساعدة مترجم يسخر لهذا الغرض [2] .

2- التزام السر المهني أثناء اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور

تعد السرية من المقومات الأساسية لإجراء التحري ، و من ثم فالضباط المأذون له باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور ملزم قانونا بكتمان السر المهني و يجب أن يتخذ كل التدابير اللازمة لضمانه ، و قد نص قانون الإجراءات الجزائية على أن تكون إجراءات التحري و التحقيق سرية ما لم يرص القانون على خلاف ذلك و دون إضرار بحقوق الدفاع [3] .

و كل شخص يساهم في هذه العمليات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبنية في قانون العقوبات و تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه [4] لذلك عملية التحري في جرائم الصفقات العمومية تتسم بالسرية المطلقة فيمنع منعا باتا أن يخبر المشتبه فيه بهدف التحريات أو أي شخص آخر .

كذلك يمنع على ضابط الشرطة المأذون له أو المناسب أن يفصح عن مضمون محضر التحريات لأي شخص كان و إلا وقع تحت طائلة الجزاء الجنائي بتهمة إفشاء السر المهني ، فيجب على ضباط الشرطة القضائية و مرؤوسيهم عدم إفشاء الأسرار التي جمعوها أثناء التحريات و لا يجوز أن تبقى سجلات الشرطة بيانات غير مؤكدة ذلك لأن سمعات المواطنين لا يجوز أن تضل مهددة ببيانات غير مؤكدة [5]

(1)المادة 65 مكرر 09 من أمر 66-155 يتضمن ق.إ.ج.ج السالف الذكر

(2)مادة 65 مكرر 10 من نفس الأمر .

(3)المادة 11 من نفس الأمر

(4)تنص المادة 46 من الأمر رقم 66-155 المتضمن ق.إ.ج.ج ، على ما يلي : "**يعاقب بالحبس** من شهرين إلى سنتين بغرامة تتراوح بين 2000 إلى 20.000 دج" كل من أفشى مستند ناتج عن تفتيش

(5)سهاوي قدري عبد الفتاح ، **مناط و تحريات : الاستدلالات و الاستخبرات**، منشأة المعارف، مصر 1998، ص191.

ثانيا: أسلوب التسرب أو الاختراق

يعد التسرب أو الاختراق تقنية جديدة أدرجها المشرع في تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006، عندما تقتضي ضرورات التحري أو التحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 05 .

يعتبر أسلوب التسرب أو الاختراق تقنية من تقنيات التحري و لتحقيق الخاصة تسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية بالتوغل داخل جماعة إجرامية و ذلك تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم و كشف أنشطتهم الإجرامية و ذلك بإخفاء الهوية الحقيقية و يقدم المتسرب نفسه على أنه فاعل أو شريك [1] .

و يسمح لضابط أو أعوان الشرطة القضائية بأن يستعملوا لهذا الغرض هوية مستعارة و أن يرتكبوا عند الضرورة أفعال تساعد في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية [2] .

يندرج التسرب بهذا المعنى تحت مفهوم الطرق الخاصة للبحث و يخرج عن القواعد العامة للإجراءات الجزائية من خلال اعتماده على الحيلة مع المشتبه فيهم و ذلك مع ارتكاب بعض الجرائم إن تطلب الأمر ذلك تتمثل في :

– اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو منتوجات أو وثاق أو معلومات متحصل عليها في ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها .

–استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي و كذا وسائل النقل أو التحري أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال [3] .

أجاز المشرع الجزائري هذه الأفعال و التي تعتبر في حقيقة الأمر جرائم من أجل خلق الثقة و تعزيزها في ضباط الشرطة القضائية و أعوانهم المرخص لهم بإجراء عملية التسرب من قبل المشتبه فيهم و المتسرب أثناء قيامه بهذه الأفعال لا يكون مسؤولا جزائيا لذلك فالمشرع قد أجاز تسرب ضباط و أعوان الشرطة القضائية المرخص لهم بذلك لكن بشروط و ضوابط تتمثل فيما يلي :

---

(1)زوزو زوليخة، **جرائم العمومية و** آليات مكافحتها...، مرجع سابق، ص 163 .

(2)عيساوي نبيلة ، **جريمة** الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد، الملتقى الوطني الأول حول جرائم المالية، جامعة قالمة، يومي 24-25 أفريل 2007، ص08 .

(3)المادة 55 مكرر 14 من الأمر رقم 66-155 يتضمن ق.ج.ج السالف الذكر

1- حصول الإذن بالتسرب :

اشترط المشرع ضرورة حصول المتسرب على إذن من وكيل الجمهورية المختص و أن تتم عملية التسرب تحت إشرافه و مراقبته، فإن قرر قاضي التحقيق مباشرة هذا الإجراء وجب عليه أولا إخطار وكيل الجمهورية بذلك، ويقوم هذا الأخير بتحرير إذن مكتوب لضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته [1]

يجب أن يكون هذا الإذن كتابيا ، و يذكر فيه الجريمة التي تبرر اللجوء إليه و هوية ضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته و يحدد بهذا الإذن مدة عملية التسرب و التي لا يمكن أن تتجاوز (04) أربعة أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري و التحقيق، كما يجوز للقاضي الذي رخص بها أن يأمر في أي وقت بوقفها قبل انقضاء المدة و توضع الرخصة في ملف الإجراءات بعد نهاية عملية التسرب .

و إذا تقرر وقف العملية أو عند انقضاء المهلة المحددة في رخصة التسرب و في حالة عدم تمديدها يمكن للعون المتسرب مواصلة عملية المراقبة في ظروف تضمن أمنه دون أن يكون مسؤولا جزائيا بشرط أن لا يتجاوز ذلك أربعة أشهر [2] .

كما تقضي المادة 65 مكرر 18 ق.إ.ج.ج على أنه يجوز سماع ضابط الشرطة القضائية الذي تجرى عملية التسرب تحت مسؤوليته دون سواه بوصفه شاهد عن العملية .

2- الالتزام بعدم إظهار الهوية

حرص المشرع الجزائري على حماية ضابط أو عون الشرطة القضائية بنصه على عدم إظهار الهوية الحقيقية للشخص المتسرب في أي مرحلة من مراحل الإجراءات مهما كانت الأسباب لأن هذا سيؤدي إلى إفشال الخطة المتبعة في القبض على المشتبه فيهم و تعريض العضو المكشوف عن هويته للخطر و هو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 65 مكرر 16 ق.إ.ج.ج التي تنص :

<<لا يجوز إظهار الهوية الحقيقية لضابط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باشروا التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات .

(1)زوزو زوليخة، **جرائم الصفقات العمومية و أليات مكافحتها...، مرجع سابق ص 164**

(2)أنظر : المادة 65 مكرر 17 من الأمر رقم 66-155 يتضمن ق.إ.ج.ج....، السالف الذكر

يعاقب كل من يكشف هوية ضابط أو أعوان شرطة القضائية بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 50000 دح إلى 2000000 دج .

و إذا تسبب الكشف عن الهوية في أعمال عنف أو ضرب و جرح على أحد هؤلاء الأشخاص أو أرواحهم أو أبنائهم أو أصولهم المباشرين فتكون العقوبة الحبس من (5) إلى عشرة (10) سنوات و الغرامة من 200000 دح إلى 1000000 دح دون الإخلال عند الاقتضاء بتطبيق أحكام الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون العقوبات >> .

و لإضفاء حماية أكثر للضباط أو العون المتسرب من طرف المشرع الجزائري فقد نصت المادة 65 مكرر 18 ق.إ.ج.ج على أنه لا يسمح بسماع هؤلاء الأشخاص المتسربين كشهود و اكتفى المشرع بالإشارة إلى إمكانية سماع ضابط الشرطة القضائية المنسق لهذه العملية [1] .

يتضح من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري حرص على أمن و سلامة الشخص المتسرب نظرا لخطورة هذه المهمة فكان صارما في فرضه لعقوبات شديدة كجزاء للكشف عن هوية المتسرب بالإضافة إلى رغبته الملحة في الكشف عن جرائم الفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية .

ثالثا: الترصد الالكتروني

نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء كتقنية جديدة من تقنيات التحري في جرائم الفساد في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته دون قانون الإجراءات الجزائية .

يقصد به اللجوء إلى جهاز الإرسال يكون غالبا سوارا إلكترونيا يسمح برصيد حركات المعني بالأمر و الأماكن التي يتردد عليها.

تعتبر من بين التقنيات الرائدة في الترصد الإلكتروني و التحري تقنية الرسم الإلكتروني باعتماد الذبذبة الصوتية ، حيث أنه بواسطة جهاز مسح للذبذبات الصوتية أو الضوئية بمكان ما (**لموقع جريمة مثلا، أو مكان اجتماع مشتبه فيهم**)، يرتسم نموذج مظلل أو نقاط أو محيط دائرة أو دوائر جراء حركة ذراع من شأنه تشكيل مجسم لجسم الجاني و موصفاته الفيزيولوجية أو إعادة تجميع الذبذبات الصوتية التي لا تزال عالقة في

(1) المادة 65 مكرر 18 من الرقم 66-155 يتضمن ق.إ.ج.ج السالف الذكر

المجال الجوي للحصول على نسخة إلكترونية لأحاديث سابقة في مسرح الجريمة أو بمسكن أحد المشتبه فيهم بضلوعه في التخطيط للجرائم [1] .

المطلب الثاني:

التعاون الدولي للكشف عن جرائم الصفقات العمومية

فرض البعد الدولي لجرائم الفساد الإداري و المالي على التشريعات الدولية البحث عن وسائل أكثر ملائمة للحد من انتشار هذه الجرائم من بينها سد الثغرات القانونية التي تماطل مرتكبو جرائم الفساد في استغلالها للتهرب من العقاب و نشر نشاطهم الإجرامي و لأن السياسة الجنائية المثلى لن تحقق المرجو منها ما لم تتجانس كافة عناصرها التجريمية و العقابية و الوقائية مع بعضها البعض، فقد أقرت المنظمات الدولية عددا من الأحكام و الآليات لمواجهة ظاهرة الفساد الإداري و المالي تهدف أساسا إلى دعم التدابير الرامية إلى منع الفساد و مكافحته بصورة أكفأ و أنجح .

و لدراسة هذه النقطة يتم التركيز على أهم تدابير التعاون الدولي لمكافحة الفساد الإداري و المالي (أولا) و كذلك تدابير استرداد العائدات و الممتلكات المتأتية من هذه الجرائم (ثانيا) .

الفرع الأول:

تدابير التعاون الدولي لمكافحة جرائم الفساد الإداري و المالي

يعتبر التعاون الدولي شرطا أساسيا لنجاح السياسة الجنائية في مكافحة الجريمة المنظمة عموما و الفساد على وجه الخصوص لاسيما في صوره العابرة للحدود الوطنية ، لذلك فالطابع المحلي أو الوطني الذي تتسم به الوسائل التي تتخذها كل دولة على حدة في تشريعاتها الداخلية سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية ، أو حتى في القوانين الخاصة لمواجهة الفساد – انطلاقا من مبدأ السيادة الإقليمية – يتناقض مع اتساع نطاق صفة العالمية لجرائم الفساد [2] ، مما يحتم على الدول المختلفة أن تتعاون فيما بينها من خلال الاتفاقيات و الترتيبات الدولية في إطار مبدأ المعاملة بمثل ، و ذلك لدرئ الخطر المتزايد لهذا الإجرام المستحدث على المجتمع الدولي .

(1)عمیور خدیجة ، **جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل تشريع الجنائي الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير** في القانون العام ، قانون جناي ، جامعة ورقلة ، 2001، ص89

(2)الشريف سيد كامل ، **الجريمة المنظمة** في القانون المقارن ، **دار النهظة العربية القاهرة ، 2001 ، ص 252–253**

هذا ما جسدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تعد من أكثر الاتفاقيات شمولا و تفصيلا لموضوع الفساد ،كما أولت عناية خاصة للتعاون الدولي و دوره في مكافحة الفساد من خلال تسهيل إجراءات تبادل المعلومات و الإجراءات القضائية و تسليم المجرمين و استرداد الأموال و المساعدة الفنية .

بالرجوع إلى أهم مظاهر التعاون الدولي لمكافحة الفساد ، فإنه يتخذ صور يمكن إجمالها فيما يلي :

أولا: التعاون الشرطي بين الدول لمكافحة الفساد الإداري و المالي

يترتب على مبدأ السيادة الإقليمية للدول أهم نتيجة تتمثل في عدم وجود لشرطة عالمية يمتلك أعضاؤها صلاحية التحري عبر العالم عن الجرائم و البحث عن أدلتها و القبض على مرتكبيها ،كما أنه لا يجوز لشرطة في دولة معينة أن تقوم بأي إجراء على إقليم دولة أخرى ، و لا تلتزم الشرطة بالقيام بعمل على أراضيها بناء على طلب دولة أجنبية و مع ذلك فقد حرصت الدول المختلفة على التعاون فيما بينها لمكافحة الجريمة منذ زمن طويل و اهتمت بتعزيز وسائله و منها التعاون الشرطي و تبلور ذلك في ظهور بعض الأجهزة ذات الطابع الدولي أو الإقليمي [1] ، و منها منظمة الشرطة الجنائية الدولية ، و في هذا الصدد يقول الأمين العام لهذه المنظمة : <<يضفي الأمين العام للأنتربول المنظمة العالمية الوحيدة للشرطة ، فأنا ملتزم بتحقيق تفوق في مجال الاتصالات و استخدام معلومات الشرطة و قد أعطيت الأولوية لأنشطة تبادل المعلومات ، مثل التوقيت المناسب لتبادل المعلومات البوليسية الهامة لمكافحة عدد كبير من الجرائم الخطيرة بما فيها الفساد>> [2] .

يتضح من هنا ، أن منظمة الشرطة الجنائية الدولية [3] من أهم العناصر المكونة للجهود الدولية لمكافحة الفساد .

---

(1)الشريف سيد كامل ، **الجريمة المنظمة في القانون المقارن ، مرجع سابق ، ص 261**.

(2)محمد الأمين البشري، **الفساد و الجريمة المنظمة** ، جامعة نايف العربية الأمنية، الرياض، 1428هـ، ص248.

(3) تعتبر منظمة الشرطة الدولية أكبر شبكة اتصالات لتبادل المعلومات الشطرة على مستوى العالم يسن رحالالشرطة في دول الأعضاء، تم إنشاؤها في فينا سنة1923 تحت تسمية اللجنة الدولية للشرطة الجنائية ، ثم اتخذت اسمها الحالي الانتربول عام 1956 و يقع مقرها في مدينة ليون (LYON) بفرنسا و يبلغ عدد أعضائها 177 دولة و تتمثل المهمة الأساسية لهذه المنظمة حسب المادة 02 من ميثاقها في :

-تطوير المساهدة المتبادلة و على أوسع نطاق بين السلطات الشرطة الجنائية ، في إطار القوانين المعمول بها في مختلف الدول و على ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

-إنشاء و تطوير كافة النظم الفعالة للوقاية و العقاب على جرائم القانون العام .

-يحظر على الإنتربول التدخل في الشؤون ذات الطابع السياسي أو العسكري أو الديني أو العرقي أو ممارسة أي نشاط من هذا القبيل .

-و تمارس المنظمة عملها عن طريق مكاتبها المتواجدة في كل دولة من الدول الأعضاء ، و تعتبر هذه المكاتب أساس التعاون الدولي لمكافحة الجريمة ، إذ تقوم بجمع البيانات اللازمة حول الجريمة و تبادلها مع المكاتب الأخرى الموجودة في دول الأعضاء.

عقدت الاتفاقيات الدولية بشأن المواد الجنائية و كان غرضها في البداية تدعيم التعاون في مكافحة الجريمة عموما- أي جرائم القانون العام ، ثم أضيف إلى ذلك إعطاء أهمية خاصة للتعاون الدولي في مواجهة الأشكال الجسيمة للجريمة مثل الإرهاب ، الاتجار بالمخدرات الرشوة الفساد الإداري...إلخ ، و مع تطور الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية و زيادة جريمة خطورتها اكتسب التعاون الشرطي و القضائي الدولي أهمية بالغة في مكافحة هذا النوع من الإجرام فتم إنشاء منظمة الشرطة الجنائية كشبكة اتصالات لتبادل المعلومات الشرطية على مستوى العالم بين رجال الشرطة في الدول الأعضاء .

تجد هذه الفكرة صداها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي نصت على التعاون الشرطي بين دول الأطراف لمواجهة جرائم الفساد المنصوص عليها في الاتفاقية [1].

ثانيا: التعاون القضائي بين الدول لمكافحة الفساد الإداري و المالي

يقصد بالتعاون القضائي تعاون السلطات القضائية لمختلف الدول لمكافحة الجريمة بوجه عام ، و يهدف هذا التعاون إلى تقريب و تبادل الإجراءات الجنائية من حيث إجراءات التحقيق و المحاكمة إلى حين صدور الحكم على المحكوم عليه و ضمان عدم إفلاته من العقاب .

يعتبر التعاون القضائي الدولي ضرورة في مكافحة الجريمة لاسيما العابرة للحدود الوطنية و يأخذ هذا التعاون عدة أشكال تتمثل أساسا في تبادل الخبرات و المعلومات القضائية و المساعدة التقنية أو الإنابة القضائية أو المصادر أو تسليم المجرمين أو الاعتراف بالأحكام الجنائية أو نقل الإجراءات و غير ذلك من صور تعاون القضائي [2] التي سنتناولها في النقاط التالية :

(1) المادة 48 التي تنص على أنه "**تتعاون** الدول الأطراف بصورة وثيقة بما يتوافق مع نظمها القانونية و الإدارية الداخلية كي تعزز فاعلية تدابير نفاد القانون من أجل مكافحة الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية و تتخذ دول الأطراف على وجه الخصوص تدابير فعالة لأجل :

-تعزيز قنوات الاتصال بين سلكتاها و أجهزتها و دوائرها المعنية و إنشاء تلك القنوات عند الضرورة من أجل تسيير تبادل المعلومات بطريقة آمنة و سريعة عن كل الجوانب الجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية .

-تبادل المعلومات عند الاقتضاء مع الدول الأطراف بشأن وسائل و طرائق معينة تستخدم في ارتكاب جرائم الفساد بما في ذلك استخدام هويات زائفة أو وثائق مزورة أو محورة زائفة بأو غيرها من وسائل إخفاء الأنشطة .

-تبادل المعلومات و تنسيق ما يتخذ من تدابير أخرى حسب الإقتضاء - لغرض الكشف المبكر عن الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية".

(2) عثماني أحسن، مالكية نبيل ، **الجهود الدولية لمكافحة الفساد الإداري** ، الملتقى الوطني حول آليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري، جامعة ورقلة يومي 2-3 ديسمبر 2008 (غير منشور)، ص11

1- التعاون في إطار المساعدة القضائية المتبادلة

تقضي المادة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بأنه : <<**على الدول الأطراف أن تقدم كل منها للأخرى أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات و الملاحقات و الإجراءات القضائية المتصلة بالجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية** >> .

يمكن أن يتم طلب المساعدة القضائية حسبما هو وارد في الفقرة 3 من المادة 46 من الاتفاقية للأغراض التالية [1] :

- أخذ شهادة الشهود أو قرارات الأفراد .

- إعلان الأوراق القضائية .

- فحص الأشياء و دخول الأماكن .

- إجراء التفتيش و الضبط و التجميد .

- توفير المعلومات و المستندات و تقارير الخبراء .

- توفير النسخ الأصلية للمستندات أو الصور منها مصادق عليها بما في ذلك المستندات الإدارية و البنكية و المالية و التجارية و سجلات الشركات .

- تحديد ماهية متحصلات الجريمة و أماكنها و الأموال و الأدوات أو غيرها من الأشياء بغرض جمع الأدلة .

- تسهيل الحضور الاختياري للأشخاص إلى الدولة الطالبة للمساعدة في الإجراءات الجنائية المتعلقة بالجرائم المشمولة بالاتفاقية .

- تقديم أي صورة للمساعدة في هذا الشأن و يتفق مع القانون الداخلي للدولة الطرف المطلوب إليها .

(1)المادة 3/46 من المرسوم الرئاسي 04-124 يتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد السالف الذكر

2- تسليم المجرمين و المتهمين

يعرف تسليم المجرمين بأنه عمل بمقتضاه تقوم الدولة التي لجأ إلى أرضها شخص متهم أو محكوم عليه في جريمة ، تسليمه إلى الدولة المختصة بمحاكمته أو تنفيذ العقوبة عليه [1] ، و يدخل تسليم المجرمين في القانون الدولي العام لأنه يقتضي وجود علاقة بين دولتين بمنسابة جريمة ترتكب عادة في بلاد واحدة منهما من طرف شخص لجأ إلى بلاد أخرى ، و لذلك فإن القواعد الخاصة بالتسليم ليس فيها شيء مطلق أو ثابت ، فهي إذن تنتج إما عن العادات أو القوانين المحلية و إما عن معاهدات الدولية .

يشترط لتسليم المجرمين أن يكون الفعل المرتكب و الذي يستند إليه طلب التسليم مجرما بموجب القوانين الداخلية للدولتين الطالبة و المطلوب إليها و هو ما يعبر عنه بشرط ازدواج التجريم [2] ، أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على مبدأ ازدواجية التجريم كشرط لتسليم المتهمين في مجال جرائم الفساد [3] ، كما نصت-بصدد تسليم المجرمين-في المادة 4/44 منها على أنه :

<<تلتزم الدول الأطراف بإدراج الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية ضمن الجرائم التي يجوز التسليم في اتفاقيات تسليم المجرمين التي تعقد فيما بينها >> .

و إذا كانت الدولة تخضع تسليم المجرمين لوجود اتفاقية تسليم مع الدولة الطالبة و تلقت طلبا بذلك من دولة طرف لم توقع معها معاهدة لتسليم المجرمين جاز لها أن تعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الأساس القانوني للتسليم فيما يتعلق بالجرائم المحددة فيها [4] .

حثت اتفاقية الأمم المتحدة الدول الأطراف عموما إلى السعي إلى إبرام اتفاقيات أو ترتيبات ثنائية و متعددة الأطراف بشأن تسليم المجرمين أو لزيادة فعاليته [5] .

(1)جندي عبد المالك ، **الموسوعة** الجنائية، **ج02** ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت، طبعة 2008، ص590 .

(2) إسكندر غطاس ، **تسليم المجرمين في القانون المصري** ، ندوة التعاون القضائي الدولي في مجال الجنائي في العالم العربي ، المعهد الدولي للدراسات العليا للعلوم الجنائية ، دار العلم للملايين ،1994، ص160 .

(3)المادة 2/43 من المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد السالف الذكر .

(4)المادة 5/44 من نفس المرسوم .

(5)المادة 18/44 من نفس المرسوم .

يجب التأكد على ضرورة تمتع الخاضع للتسليم في مجال جرائم الفساد كما في غيرها بمحاكمة عادلة، فلا يجوز أن يترتب على القول تبسيط إجراءات تسليم المجرمين في هذا المجال الإخلال بالضمانات المقررة لحماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية .

أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن تكفل المتهم الخاضع للتسليم في كافة مراحل الإجراءات جميع الحقوق و الضمانات التي ينص عليها القانون داخل الدولة الطرف التي يوجد ذلك الشخص في إقليمها، كما لا يجوز محاكمة الشخص عن ذات الفعل المرتكب مرتين [1] .

كما أكدت ذات الاتفاقية السابقة على أنه لا يوجد ثمة التزام على الدولة الطرف التي تلقت طلب التسليم بأن تستجيب له إذا ما توفر لديها الأسباب الوجيهة للاعتقاد بأن الطلب المقدم إليها يهدف إلى ملاحقة الشخص بسبب جنسيته أو عرقه أو دينه أو جنسه أو آرائه السياسية و أن التسليم سوف يلحق ضررا بهذا الشخص لأي سبب من الأسباب [2] .

و لكل دولة طرف يوجد في إقليمها شخص متهم بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية و ترفض تسليمه أن تتخذ التدابير التشريعية اللازمة لتقرير اختصاصها بالفصل في هذه الجرائم [3] .

3- الوسائل الجديدة لتعزيز التعاون القضائي الدولي في مواجهة جرائم الفساد

أدت الرغبة الملحة للدول قصد تدعيم التعاون المتبادل بين سلطاتها القضائية بغرض القضاء على الأخطار المتزايدة للجريمة المنظمة إلى استحداث عدة وسائل في هذا المجال لمسايرة احتراف المجرمين الذين اظهروا تطور أساليبهم و تكيفها مع ما توصلت إليه التكنولوجيا الحديثة و تتمثل هذه الوسائل في [4] :

- إقرار نظام الاتصال المباشر بين السلطات القضائية المختصة في الدول المعنية و ذلك بدلا من الطريق الدبلوماسي لضمان سرعة إنجاز الإنابات بصفة عامة .

(1)المادة 44/14 من نس المرسوم .

(2)المادة 15/44 من نفس المرسوم

(3)المادة 3/44 من المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة ؤالفساد السالف الذكر .

(4)الشريف سيد كامل ، **الجريمة المنظمة في القانون المقارن**...، مرجع سابق، ص288-289 .

– يعد نظام قضاة الاتصال (magistrat de liaison) من الوسائل التي تحقق الاتصال المباشر بين القضاة في الدول المختلفة و هو ما يفترض وجود اتفاقيات ثنائية بين الدولتين المعنيتين و يكفل سرعة البت في طلبات المساعدة القضائية المتبادلة و تسليم المتهمين .

– انتقال أعضاء النيابة العامة أو القضاة من دولة معينة أو –دول–إلى دولة–أخرى (بناء على موافقة منها) لاتخاذ أو المساهمة في الإجراءات الجنائية المتعلقة بجمع الأدلة بشأن جرائم الفساد ، مثل سماع الشهود ، استجواب بعض المشتبه فيهم أو المتهمين و ذلك سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أو المحاكمة .

– استخدام وسائل التكنولوجية الحديثة قصد تسهيل التعاون القضائي بين الدول (و مثال ذلك السماح للقاضي في دولة معينة بسماع الشهود في دولة أخرى عن طريق الدوائر التلفزيونية بدلا من الانتقال و تحقق هذه الوسيلة عدة أغراض منها توفير الوقت و الجهد) .

– جواز تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للأحكام الإجرائية المنصوص عليها في قوانين الدولة الطالبة ، و ذلك خلافا للقاعدة التي تقضي بأنه تنفذ هذه الإنابة طبقا لقانون الدولة المطلوب إليه ا تقييدا بمبدأ الإقليمية، و لكن الاتفاقية الدولية الحديثة حاولت التخفيف من حدة هذه القاعدة فأجازت للقاضي في الدولة المطلوب إليها المساعدة تنفيذ الإنابة القضائية وفقا للإجراءات الواجبة الإتباع في قانون الدولة الطالبة و ذلك في الحالات التي لا يوجد فيها تعارض مع المبادئ الأساسية ففي الإجراءات الجنائية في دولته و هذه الوسيلة الجديدة تسهل استعمال الأدلة التي تم الحصول عليها عن طريق الإنابة القضائية أمام محاكم الدولة الطالبة و هو ما لا يمكن تحقيقه في كثير من الأحوال عند تطبيق قانون الدولة المطلوب إليها .

الفرع الثاني:

تدابير استرداد العائدات و الممتلكات المتأتية من جرائم الفساد

يعتبر استرداد الموجودات مبدأ أساسي من مبادئ دعم تعزيز الجهود الدولية في مجال منع و مكافحة الفساد، كما أنه مبدأ هام في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حسبما تقتضيه المادة 51 منها و يعد غرضا من أغرضها، كما ذهبت إلى ذلك المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة ، لذا كان من الضروري اتخاذ تدابير كافية في إطار التعاون الدولي لاسترداد الموجودات و تتمثل على وجه الخصوص في استرداد الممتلكات عن طريق التعاون

الدولي في مجال المصادرة، لكن قبل ذلك و بغية الكشف عن العمليات المالية المرتبطة بجرائم الفساد يتعين على البنوك و المؤسسات المصرفية اتخاذ ما يلزمها من ترتيبات لمنع تحويل عائدات الفساد و كشفها كما يلي [1] :

أولا: مسؤولية البنوك و المصارف عن جرائم الفساد

تعتبر المؤسسات المالية خاصة البنوك منها من أهم الحلقات التي تدور فيها الأموال الغير المشروعة، نظرا لما تتمتع به من تشعب العمليات المصرفية و سرعتها و تداخلها ، فإن لها الدور الأبرز في إبعاد الأموال غير المشروعة ، و يمكن أن يكون دور البنوك أكثر وضوحا مع تقدم العمليات المصرفية و استخدام الأساليب التكنولوجية الحديثةو ليس بالضرورة أن تكون البنوك على علم بمصادر تلك الأموال .

إلا أن الخدمات الإلكترونية الحديثة يمكن استخدامها بصورة مخالفة للقانون و خصوصا أن أغلب تلك العمليات تتم بصورة آلية و إمكانية الرقابة عليها تحتاج إلى جهد و وقت و تفرغ و تكاليف إضافة إلى القوانين التي تمنح الحسابات سرية التعامل المصرفي و عدم قابليتها للكشف إلا بظروف خاصة تضفي صعوبة إضافية على البنوك في هذا الشأن [2].

عالج المشرع الجزائري مسألة دور البنوك و المؤسسات المالية في مكافحة الفساد ضمن المادة 58 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و تنصب في مجملها حول مهمة الفحص الدقيق التي يتعين على هذه المصارف اتخاذها عند فتح الحسابات أو تسجيل العمليات بشأنها .

و في إطار اعتماد المؤسسات و المصارف و قصد منع تحويل عائدات الفساد و كشفها لا يسمح القانون الجزائري بإنشاء مصاريف بالإقليم الجزائري ليس لها حضور مادي و لا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة .

كما لا يرخص للمصاريف المنشأة في الجزائر بإقامة علاقات مع مؤسسات مالية أجنبية تسمح باستخدام حساباتها من طرف مصارف ليس لها حضور مادي و لا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة [3]

(1)عثماني أحسن ، ملكية نابيل، الجهود الدولية لمكافحة الفساد...، مرجع سابق، ص12-13 .

(1) طلال الشرفات، **مسؤولية البنوك عن غسيل الأموال** و كيفية مواجهتها ، **مقال منشور على موقع الانترنت** : WWW.ARABLAWAINFO.COM/ARANLAWINFO

(3)المادة 59 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته السالف الذكر .

ثانيا: تدابير الاسترداد للممتلكات

تنص المادة 53 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ما يلي :

<<**على كل دولة طرف وفقا لقانونها الداخلي :**

أ– أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لدولة طرف أخرى برفع دعوى مدنية أمام محاكمها لتثبيت حق في ممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية أو لتثبيت ملكية تلك الممتلكات .

ب– أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها بأن تأمر من ارتكب أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية بدفع تعويض لدولة طرف أخرى تضررت من تلك الجرائم .

ج– أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها أو لسلطاتها المختصة عندما يتعين عليها اتخاذ قرار بشأن المصادرة بأن تعترف بمطالبة دولة طرف أخرى بممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية باعتبارها مالكة شرعية لها >> .

يتضح من هذه المادة أن لكل دولة طرف في اتفاقية الأمم المتحدة أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لدولة طرف أخرى برفع دعوى مدنية أمام محاكمها لتثبيت حق في ممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا للاتفاقية أو لتثبيت ملكية تلك الممتلكات بشرط أن تتم التدابير في إطار ما يسمح به القانون الداخلي .

حثت نفس المادة كل دولة طرف في الاتفاقية أن تتخذ ما قد يلزمها وفقا لقانونها الداخلي من تدابير تأذن من خلالها محاكمها بأن تأمر من ارتكب أفعالا مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية بدفع تعويض لدولة طرف أخرى تضررت من تلك الجرائم ، و أوصت ذات المادة في فقرتها "ج" الدولة الطرف في إطار ما يجيزه قانونها الداخلي أن تتخذ ما قد يلزم من تدابير تأذن لمحاكمها أو سلطتها المختصة و بصدد اتخاذ قرار بشأن المصادرة بأن تعترف بمطالبة دولة طرف أخرى بممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا لاتفاقية مكافحة الفساد على اعتبار أنها مالكة شرعية لها .

يتضح من الفقرات الثلاث السابقة لنص المادة 53 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أن تدابير الاسترداد المباشر للممتلكات عبارة عن تدابير بسيطة و غير معقدة الهدف منها هو تسهيل الضبط العائدات المتحصل عليها من جرائم الفساد أو تقدير قيمتها و من ثم تمكين الدولة المتضررة من حقها في التعويض المدني

جراء الضرر اللاحق بها . إذ يكفي في هذه الحالة تلقي الجهة القضائية المختصة الدعاوى المدنية من قبل الدولة المتضررة و التي يشترط أن تكون طرفا في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، حتى يتم الاعتراف بحق ملكيتها المتحصل عليها من أفعال الفساد .

ثالثا: التعاون الدولي في مجال ضبط و مصادرة الأموال المتحصلة من الفساد

تعتبر المصادرة من الجزاءات الجنائية الأكثر فاعلية في مكافحة الفساد ، لأن مصادرة الأموال الناتجة عن جرائم الفساد تعني القضاء على لغرض الذي تسعى التنظيمات الإجرامية إلى تحقيقه و هو الربح ، لذا فإن التعاون الدولي في مجال هذه العقوبة ينطوي على أهمية بالغة [1] .

لكن قبل التطرق إلى ما تضمنته الاتفاقية الدولية ، فسوف تتناول ماهية هذه العقوبة و المحل الذي ترد عليه ثم الجهة التي تملك الحكم بالمصادرة :

1- ماهية عقوبة المصادرة

تعرف المصادرة على أنها عقوبة مالية تتمثل في نزع ملكية المال جبرا بغير مقابل و إضافته إلى ملك الدولة ، و ترد المصادرة على الأموال المتحصلة من الجريمة و كذا على الأموال أو على الأشياء التي تعد حيازتها أو صياغتها أو استعمالها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاتها كالمواد المخدرة و النقود المزورة .

تعتبر المصادر حجر الزاوية في قلب النظام العقابي لجرائم الفساد حيث لا تقل ردعا عن العقوبات السالبة للحرية لأنها تعني ببساطة حرمان الجناة من كل عائدات مشروعهم الإجرامي .

نصت الفقرة "ز" من المادة 2 لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على مصطلح المصادرة بنصها:
<<**يقصد بتعبير المصادرة التي تشمل التجريد حيثما انطبق الحرمان الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة أخرى**>> .

أفردت الاتفاقية المادة 31 منها لعقوبات التجميد و الحجز و المصادرة ، حيث نظمت على وجه الخصوص المحل الذي ترد عليه المصادرة و ما يجب اتخاذه أحيانا من تدابير أخرى لأجل تنفيذ المصادرة .

(1)الشريف سيد كامل ، **الجريمة المنظمة في القانون المقارن**...، مرجع سابق، ص284 .

2- المحل الذي ترد عليه المصادرة

يفهم من نص المادة 31 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أن المصادرة كعقوبة تطبق بشأن جرائم الفساد المشمولة بالاتفاقية و تشمل ما يلي :

- العائدات الإجرامية المتأتية من أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات و يقصد بتعبير العائدات الإجرامية وفقا للفقرة "هـ" من المادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد :<<**أي ممتلكات متأتية أو متحصل عليها بشكل مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جرائم**>> .

- و مؤدى ذلك أن المصادرة لا تنصب فقط على الأموال المتحصلة مباشرة عن إحدى جرائم الفساد التي يختلسها الموظف العمومي أو مبلغ الرشوة الذي حصل عليه بل يشمل أيضا ما يعادل قيمة هذه الأموال و يعني ذلك أن المصادرة يمكن أن ترد مثلا على العقارات أو السيارات التي اشتراها الموظف بالأموال المختلسة أو أموال الرشوة و بصفة عامة كل الممتلكات التي آلت إليها عائدات الفساد .

- الممتلكات أو المعدات أو الأدوات التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية و هي صورة تقليدية للأشياء التي ترد عليها المصادرة [1]

3- الجهة التي تملك الحكم بالمصادرة

سبق و أن ذكرنا أن المصادر عبارة عن عقوبة ولا عقوبة إلا بحكم قضائي ، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تجيز المصادرة أيضا بقرار إداري صادر عن سلطة غير قضائية و هو المعنى الذي يستخلص من الفقرة 4 من المادة 31 السالفة الذكر و الفقرة "ز" من المادة 2 من نفس الاتفاقية حيث أجازت هذه الأخيرة أن تكون المصادرة بأمر صادر عن محكمة (بموجب حكم أو قرار قضائي)، و كذا استناد إلى قرار عن سلطة مختصة أخرى و لا شك أن هذه الأخيرة تستوعب القرار الإداري بالمصادرة و إذا كان حكم الفقرات السابقة تقتصر على إجراءات مصادرة أموال الفساد التي تتم في إطار نفس الدولة فإن المادة 55 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تشمل إجراءات التعاون الدولي لأغراض المصادرة .

لتحقيق أهداف التعاون فقد تضمنت المادة السالفة الذكر على مجموعة من القواعد منها :

(1) عثماني أحسن، مالكية نبيل، **الجهود الدولية لمكافحة الفساد الإداري...، مرجع سابق**، ص15 .

-على كل دولة طرف أن تخول محاكمها أو سلطاتها المختصة الأخرى سلطة الأمر بإتاحة تقديم السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية و لا يجوز الاحتجاج بسرية الحسابات المصرفية لرفض العمل بهذا الحكم .

- كذلك على كل دولة طرف يقع في إقليمها متحصلات إجرامية أو أموال أو أدوات أو أشياء أخرى متعلقة بالجريمة قدم إليها طلب بالمصادرة من طرف آخر له اختصاص قضائي، بنظر إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أن تتخذ في إطار نظامها القانوني الداخلي ما يلزم لتحويل الطلب إلى سلطاتها المختصة إما لاستصدار حكم بالمصادرة أو تنفيذه إذا كان قد صدر فعلا أو بغرض تنفيذ الحكم الصادر بالمصادرة من المحكمة المختصة في الدولة المطالبة في حدود الطلب .

و عليه، يجب على كل دولة أن تقدم للأمين العام للأمم المتحدة صورا من تشريعاتها الداخلية ذات الصلة بهذه المادة 55 و بالتعديلات التي تدخلها لاحقا على تلك التشريعات .

رابعا: الاعتراف بأحكام العقوبات

عندما تتضمن معاهدة المساعدة القانونية المتبادلة و أية اتفاقية متعددة الأطراف التزاما يقضي بتجميد عائدات نابعة من أنشطة غير مشروعة تمهيدا لمصادرتها ، فإن ذلك يتطلب من دولة ما في وقت معين أن تعترف بأحكام العقوبات لدولة أخرى و هو ما يتشابه في نتيجة مع تنفيذ أمر المصادرة بناء على نصوص اتفاقية تعني بالاعتراف للأحكام الأجنبية بقوة تنفيذية و إن ظل الاختلاف قائما أن التجربة في هذه الحالة الأخيرة عادة ما تطالعنا بوجود بعض الصعوبات و العراقيل .

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري بشأن تنفيذ أحكام المصادرة عن جهات قضائية أجنبية فإن قرار المصادرة من جهة أجنبية يوجه مباشرة إلى وزارة العدل التي تحوله إلى النائب لدى الجهة القضائية المختصة بشرط أن يكون الطلب موجه من قبل دولة طرف في اتفاقية مكافحة الفساد كما يشترط أن ينص الطلب المتضمن قرار و أمر المصادرة على عائدات الجريمة أو الممتلكات أو العتاد أو أية وسائل استعملت لارتكاب إحدى جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون .

ثم ترسل النيابة العامة هذا الطلب (الحكم الأجنبي) إلى المحكمة المختصة مرفقا بطلباتها و يكون حكم المحكمة قابلا للاستئناف و الطعن بالنقض وفقا للقانون .

و تنفذ الأحكام الصادرة على أساس الطلبات الموجهة بمعرفة النيابة العامة بكافة الطرق القانونية و بذلك نستخلص أن المشرع الجزائري و بغرض اعترافه بالأحكام الأجنبية الصادرة بشأن مصادرة عائدات جرائم الفساد يستوجب تحقق الشروط السابقة و المحددة بالمادتين 67و68 [1] من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته بمثابة تصديق على هذا النوع من الأحكام .

(1)أنظر المادتان 67 و 68 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته السالف الذكر

الفصل الثاني:

صور الجرائم في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول :

جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة"

نصت على هاته الجريمة المادة 26فقرة01 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته التي تنص على : "**يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى (10) سنوات و بغرامة من 200000 إلى 1000000 دج كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير**" و هي المادة التي حلت محل المادة 128 مكررة فقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد.

و يطلق على هذه الجريمة كذلك اسم جنحة المحاباة dèlit de favoritisme، و سنتناول دراستها وفقا لمطلبين نخصص الأول لأركان الجريمة و الثاني لقمع الجريمة .

المطلب الأول:

أركان الجريمة

تقوم جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان هي :

- صفة الجاني .
- الركن المادي .
- الركن المعنوي .

و سنتطرق لكل ركن على حدى من خلال النقاط الآتية :

الفرع الأول:

صفة الجاني

يفترض أن يكون الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وفقا لنص المادة 26 فترة 01 من قانون الفساد المذكورة أعلاه، موظفا عموميا، و هذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة و في باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون، لذلك سنوضح تعريف الموظف العمومي وفقا لقانون الفساد في هذه الجريمة مع الإحالة إليه في باقي الجرائم التي سنتطرق لها و التي تكون فيها صفة الجاني موظفا عموميا .

عرف قانون مكافحة الفساد من خلال المادة 02 فقرة ب منه الموظف العمومي بـ :

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

2- كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أي مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية .

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

و هذا التعريف مستمد من المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل جمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، و التي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ 19 أفريل 2004، و يختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي الذي جاء به الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، و الذي ينص على تعريفه في المادة 04 فقرة 01 منه و تنص على : "**يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، و رسم في رتبة في السلم الإداري**"

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

أولا: كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا

تشمل هذه الفئة الأشخاص ذوو المناصب التنفيذية أو الإدارية أو القضائية سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، يعملون بأجر أو بدونه، و بصرف النظر عن أقدميتهم أو رتبهم .

1- الشخص الذي يشغل منصبا تنفيذيا

و يقصد به أعضاء السلطة التنفيذية و على رأسهم رئيس الجمهورية الذي يكون منتخبا .

- رئيس الحكومة و الذي يعينه رئيس الجمهورية .

- الوزراء الذين يشكلون أعضاء الطاقم الحكومي، و يعينهم رئيس الجمهورية بناءا على اقتراح من رئيس الحكومة .

2- الشخص الذي يشغل منصبا إداريا

و يقصد به كل شخص يعمل في إدارة من الإدارات العمومية سواء بصفة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بدون أجر و بغض النظر عن رتبته أو أقدميته، و تقسم وفقا لذلك هذه الفئة إلى قسمين :

- من يشغل منصب إداري بصفة دائمة .

- من يشغل منصب إداري بصفة مؤقتة .

أ– من يشغل منصب إداري بصفة دائمة

و يمثل كل شخص يحمل صفة موظف عمومي بمفهوم المادة 04 فقرة 01 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية التي تنص على : "**يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، و رسم في رتبة السلم الإداري**"و هو التعريف المكرس في القانون الإداري [1] .

و يستخلص من خلاله أنه لكي يحمل الشخص صفة الموظف يشترط توافر 04 عناصر هي :

– أن يكون معينا في وظيفة عمومية سواء التعيين بموجب قرار وزاري أو مرسوم رئاسي .

– أن يقوم بعمل دائم .

– أن يكون مرسما برتبة في السلم الإداري .

– أن يمارس نشاط في مؤسسة أو إدارة عمومية .

و يقصد بالمؤسسات أو الإدارات العمومية، مجموع الهيئات المذكورة بالمادة 02 فقرة 02 من قانون الوظيفة العمومية و هي :

– المؤسسات العمومية .

– الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير المركزية التابعة لها .

– الجماعات الإقليمية .

– المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

– المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني .

– المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي .

– كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي .

(1)د.حسن بوسقيعة–الوجيز في القانون الجزائي الخاص–الجزء الثاني .

و قد استثنت هذه المادة في الفقرة 03 منها فئات القضاة و المستخدمون العسكريون و المدنيون للدفاع الوطني و مستخدمو البرلمان .

ب– من يشغل منصبا إداريا بصفة مؤقتة

و يقصد به كل شخص يشغل منصب في إدارة أو مؤسسة عمومية من تلك المذكورة آنفا و لا تتوفر فيه صفة الموظف بالمفهوم المذكور في قانون الوظيفة العمومية مثل : الأعوان المتعاقدون أو المؤقتون .

3– الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا

و يقصد به القاضي بالمعنى الوارد في القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في : 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الذي قسم القضاة إلى فئتين :

– فئة القضاة التابعون للقضاء العادي و هو : قضاة الحكم و النيابة للمحكمة العليا أو المجالس القضائية أو المحاكم، و كذا القضاة العاملون في الإدارة المركزية لوزارة العدل .

– فئة القضاة التابعون للقضاء الإداري و هم : قضاة مجلس الدولة و المحاكم الإدارية و يستثنى من هؤلاء، قضاة مجلس المحاسبة، قضاة المجلس الدستوري و قضاة مجلس المنافسة .

كما يضاف إلى من يشغلون منصبا قضائيا كل من : المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات، المساعدون في القسم الاجتماعي و في قسم الأحداث، باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية .

ثانيا: كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في أحد المجالس الشعبية المحلية

– بالنسبة لمن يشغل منصبا تشريعيا، فهم أعضاء المجلس الشعبي الوطني و أعضاء مجلس الأمة سواء كانوا من الثلثين المنتخبين أو من الثلث المعين من قبل رئيس الجمهورية [1] .

– أما بالنسبة للمنتخبين في المجالس الشعبية المحلية، فهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية المنتخبين أو أعضاء المجالس الشعبية الولائية المنتخبين .

(1)المادة 101 من الدستور 1996.

ثالثا: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية

و يتعلق الأمر بكل من يسند إليه منصب مسؤولية عم طريق الوكالة، كأعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية، أو عن طريق الوظيفة، مثل الموظفون بمفهوم القانون الأساسي للوظيفة العمومية، و يساهم بهذه الصفة في خدمة إحدى الهيئات أو المؤسسات المذكورة و هي :

1- الهيئات و المؤسسات العمومية

1-1 الهيئة العمومية

و هي كل شخص معنوي عام غير الدولة و الجماعات المحلية، يتولى تسيير مرفق عام مثل :

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري EPA .

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري EPIC .

و تجدر الإشارة إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية يعتبر العاملين في المؤسسات العمومية و المعينين بصفة دائمة و المرسمين في رتبة في السلم الإداري موظفين، و على هذا الأساس فهم يدخلون في فئة من يشغل وظيفة إدارية [1] .

كما يدخل ضمن مجموع الهيئات العمومية، السلطات الإدارية المستقلة و المنشأة بموجب قوانين خاصة مثل : مجلس المنافسة، سلطات الضبط للبريد و المواصلات، الكهرباء و الغاز...

1-2 المؤسسة العمومية

و تتمثل أساسا في المؤسسات العمومية الاقتصادية و المنظمة بموجب الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها و الذي عرف المؤسسات العمومية الاقتصادية بأنها شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، أغلبية رأس المال الاجتماعي

(1)د.أحسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص -الجزء الثاني- .

مباشرة أو بصفة غير مباشرة، و هي تخضع للقانون العام، و من أمثلتها مؤسسة سونطراك، مؤسسة سنولغاز...

2- المؤسسات ذات الرأسمال المختلط

و يتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تخضع في إنشائها و تنظيمها و سيرها للأشكال التي تخضع لها الشركات المساهمة، و التي فتحت الدولة رأسمالها الاجتماعي أمام الخواص عن طريق بيع بعض الأسهم، أو التنازل عن بعض رأسمالها للخواص و من أمثلتها : -مجمع الرياض-مجمع صيدال-ميتال ستيل للحديد و الصلب....

3- المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية

و يقصد بها المؤسسات التابعة للخواص و التي تحوز على عقد امتياز من أجل تسيير مرفق عام و الإشراف عليه، و بالتالي تقديم خدمة عمومية في قطاع من القطاعات العامة في الدولة، و هي تقوم على 03 معالم :

- أن تقدم المؤسسة خدمة عمومية .

- أن تتمتع بامتيازات السلطة العامة .

- أن يكون للإدارة الحق في مراجعة كيفية تطبيق مهمتها .

و من أمثلة هذه المؤسسات في الجزائر : مؤسسة NET COM لرفع قمامة المنازل، مؤسسة التطهير SIAAL، مؤسسات النقل العمومي.....

رابعا: كل شخص يأخذ حكم الموظف

هذه الفئة تشمل في مفهوم قانون الفساد، كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما، و ينطبق ذلك على المستخدمين العسكريين و المدنيين في الدفاع الوطني و الضباط العموميون .

و لتحديد هذه الفئات يجب الرجوع إلى القوانين الخاصة التي تحكم كل فئة من أجل استخلاص مدى توافر خصائص الموظف العمومي .

فبالنسبة للمستخدمين العسكريين و المدنيين في الدفاع الوطني فهم مستثنون من تطبيق أحكام الأمر 06-03 المتعلق بالقانون العام للوظيفة العمومية بموجب المادة 02 فقرة 03 منه، و يحكمهم الأمر رقم 06-02 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين .

أما بالنسبة للضباط العموميون فيقصد بهم كل من :

- الموثقين و يحكمهم القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .

- المحضرين القضائيين و يحكمهم القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

- محافظوا البيع بالمزايدة و يحكمهم الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة .

- المترجمين الرسميين و يحكمهم الأمر رقم 95-13 المؤرخ في 11-03-1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم -الترجمان الرسمي-

و هؤلاء لا يدخلون في مفهوم الموظف العمومي سواء في ذلك الوارد في قانون مكافحة الفساد من خلال المادة 02-ب- الفقرتين 01-02 منه، أو في المادة 04 من قانون الوظيفة العمومية، و هم يتولون وظائفهم بتفويض من قبل السلطة العمومية، و يحصلون الحقوق و الرسوم المختلفة لحساب الخزينة العمومية، الأمر الذي يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن فئة من في حكم الموظف العمومي [1] .

هذه هي مجمل الفئات التي حددتها المادة 02-ب من قانون مكافحة الفساد، و التي يتحدد بموجبها مفهوم الموظف العمومي، و يلاحظ أنه يشمل كل شخص يتمتع بنصيب من الاختصاص في خدمة الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها أو يساهم في تسيير مرفق عام يقدم خدمة عمومية .

و يجب أن تتوافر صفة الموظف العمومي بالمفهوم السابق الذكر في الشخص لكي يمكن نسبة الجريمة إليه، فكل موظف يقوم بإبرام صفقة أو اتفاقية أو عقد أو يؤشر عليه أو يراجعه مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو

(1)المرجع السابق .

التنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير يتعرض للمسائلة الجزائية، و كذا الحال بالنسبة لكل موظف يقوم بفعل من الأفعال المجرمة في باقي الجرائم المتعلقة بالفساد .

الفرع الثاني

الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيره مخالفة للإجراءات التشريعية و التنظيمية المعمول بها، بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير و على هذا الأساس يمكن التقسيم الركن المادي لهذه الجريمة إلى عنصريين أساسين هما : السلوك الإجرامي–الغرض منه .

أولا: السلوك الإجرامي

يتمثل السلوك المجرم في جنحة المحاباة في قيام الجاني و هو الموظف العمومي على حسب ما هو معرف بنص المادة 02–ب من قانون مكافحة الفساد على النحو السابق بيانه، بإبرام أي عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيره مخالفة للتشريعات و التنظيمات المعمول بها .

1- العمليات التي ينصب عليها الركن المادي للجريمة

و هي : العقد–الاتفاقية–الصفقة–الملحق–التأشير على العقد–مراجعة العقد .

1-1- العقد

و يمثل بمفهومه العام كل اتفاقية يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص آخر أو عدة أشخاص، بمنح أو فعل أو امتناع عن فعل شيء ما [1] .

غير أن المقصود من عبارة العقد في المادة 26–01 من قانون مكافحة الفساد، و هو تلك العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها مع أشخاص معنوية عامة أو خاصة، أو مع شخص طبيعي بدون استعمال امتيازات السلطة العامة كما هو محدد في القانون الإداري، و يتعلق الأمر بالعقود التجارية التي

(1)المرجع السابق .

تبرمها المؤسسات و الهيئات الإدارية، مثل العقد الذي تبرمه الإدارة مع مصلح عجلات السيارات، أو الميكانيكي من أجل تصليح السيارات التابعة لها .

1-2- الاتفاقية

و تأخذ نفس مفهوم العقد، 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 05 فقرة 01 من المرسوم 02-250 و تتم هاته الاتفاقية تقريبا بنفس الإجراءات إبرام الصفقة إلا ما تعلق منها بطريقة الإبرام أو المراقبة أو الإشهار الصحفي، كما مبين في الفصل الأول من هذا البحث .

1-3- الصفقة

وفقا للمرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، تعرف الصفقة بأنها تلك العقود التي تبرمها المؤسسات و الهيئات العمومية المحددة بالمادة 02 و منه و المتعلقة باقتناء خدمات أو إنجاز خدمات الدراسات أو إنجاز أشغال أو اقتناء مواد في حدود المبالغ المحددة بموجب المادة 05 فقرة 01 من المرسوم 4000000 دج بالنسبة لخدمات الدراسات و اقتناء الخدمات، و 06 ملايين دج بالنسبة لخدمات الأشغال و التوريدات و الذي تتم إجراءاته طبقا لما هو محدد في المرسوم، و التي سبق التطرق إلى أهمها من خلال الفصل الأول من هذا البحث .

أما بالنسبة لمفهوم الصفقة كما هو وارد في قانون مكافحة الفساد فإنه يتسع ليشمل كافة العقود التي يبرمها الموظف العمومي كما هو معرف بالمادة 02-ب من قانون مكافحة الفساد و التي يدخل ضمنها الصفقات بمفهوم المرسوم 02-250 التي يبرمها موظفو الهيئات المذكورة بالمادة 02 منه كما تضم أيضا العقود التي يبرمها موظفو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المستثناة من المرسوم 02-250 كما تشمل أيضا العقود التي يبرمها الأشخاص الذين يتولون وظيفة أو وكالة في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عمومية .

1-4- الملحق

هو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم بين نفس أطراف الصفقة الأصلية، و يتم اللجوء إليه في جميع الحالات

إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، و يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي بشرط أن لا يعدل موضوع الصفقة جوهريا [1] .

و لا يخضع إجراء إبرام الملحق إلى نفس الإجراءات إبرام الصفقة كما هي محددة بالمرسوم 02-250 خاصة ما يتعلق منها بالرقابة إلا إذا تجاوز مبلغ الملحق النسب المحددة بالمادة 93 من نفس المرسوم و هي: 20% من مبلغ الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات التي تدخل في اختصاصات لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة، و نسبة 10 % بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاصات اللجنة الوطنية للصفقات العمومية .

- 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 المتعاقد، يتم النص عليها في دفتر الشروط من خلال أحد بنوده الذي يبين إمكانية المراجعة من عدمها، كما يبين الأسباب التي قد تؤدي إلى مراجعة بنود الصفقة أو مراجعة السعر أو تحيينه .

و قد ترك المرسوم 02-250 للمصلحة المتعاقدة تحديد هذا الأمر من خلال دفتر الشروط غير أنه نص في المادة 53 منه على حالتين لتحيين الأسعار أو مراجعتها و هما :

-1 عندما تكون المدة الفاصلة بين التاريخ المحدد لإيداع العروض، و تاريخ الأمر يبدأ تنفيذ الخدمة يفوق مدة صلاحية العرض (تحدد عادة بـ120 يوما) .

2- عند انقضاء أجل صلاحية الأسعار المنصوص عليها في التعهد الذي يفصل بين تاريخ إمضاء الصفقة من قبل المتعامل المتعاقد المتعهد، و تاريخ التبليغ ببدء تقديم الخدمة، بالنسبة للصفقات التي تبرم وفقا لإجراء التراضي .

(1) المادة 90 من المرسوم 02-250 .

هذا بالإضافة إلى حالة ثالثة منصوص عليها بالمادة 54 من المرسوم 02-250 و تتعلق بإمكانية بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب المتعامل المتعاقد في هذا التأخير، و هذا عندما تكون أسعار الصفقة ثابتة و غير قابلة للمراجعة أو التحيين .

– التأشير على العقد أو الصفقة

التأشير يقصد به في قانون مكافحة الفساد، الإمضاء أو المصادقة فبالنسبة للعقود و الاتفاقيات التي تبرمها المؤسسات و الهيئات المشار إليها آنفا، فإن أمر التأشير عليها يتم بإمضاء مسئولها على العقد أو الاتفاقية كشرط لاستكمال عنصر الرضاء قبل الشروع في تنفيذ العقد أو الصفقة .

أما بالنسبة للصفقة و التي تخضع لرقابة اللجنة الوطنية أو الولائية أو البلدية للصفقات العمومية حسب ما هو محدد بالمرسوم 02-250 و المذكورة في الفصل الأول من هذا البحث، فإن التأشير عليها يتم من قبل رئيس إحدى هذه اللجان، و هو بمثابة تتويج للرقابة التي تمارسها هذه اللجان حول مدى قانونية الإجراءات المعمول بها في إبرامها [1] ، فإذا تم التأشير على الصفقة تمضيها المصلحة المتعاقدة رفقة المتعامل المتعاقد، و يسلم هذا الأخير أمر ببدأ الأشغال (ODS) أما إذا رفض التأشير عليها فإن إجراءاتها تعاد من جديد وفقا لسبب رفض التأشير الصادر عن اللجنة المختصة .

و يستخلص مما سبق أن مفهوم الصفقة في ظل قانون الفساد أوسع من ذلك المنصوص عليه في المرسوم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، و هذا ما يعد من أهم مميزات قانون مكافحة الفساد .

ثانيا: مخالفة التشريعات أو التنظيمات المعمول بها في إبرام هاته العقود

تتطلب جريمة منح امتيازات غير مبررة، وفقا للمادة 26-01 من قانون الفساد لتحقيق ركنها المادي أن يقوم الجاني بإبرام أو مراجعة أو التأشير على عقد من العقود المشار إليها آنفا مخالفة للتشريعات و التنظيمات المعمول بها .

و يقصد بالتشريعات جميع القوانين و الأوامر التي تمر على هيئة التشريع المتمثلة في البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة) و يتم المصادقة عليها .

(1)المادتين 125-134 من المرسوم 02-250 .

أما التنظيمات فهي تلك النصوص المنظمة للمؤسسات و الهيئات العمومية التي يشرف عليها موظفون عموميون و التي تمارس مهامها بموجبها بما فيها إبرام العقود .

فبالنسبة للصفقات العمومية التي يحكمها المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فقد تضمن هذا الأخير إجراءات إبرام الصفقة و حدد المؤسسات و الهيئات العمومية المعنية بهذه الإجراءات من خلال المادة 02 منه، و يشكل الإخلال بها عنصرا مكونا للركن المادي لجنحة المحاباة أما العقود التي تتضمن عمليات خاصة بالصفقات العمومية كما هي محددة بالمرسوم، و التي لا تتجاوز قيمتها المبلغ المحدد لإبرامها على شكل صفقة فإن الإدارة تبرمها على شكل اتفاقية، و لا يتطلب فيها مراعاة جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 02-250 ، و لكن يجب أن تؤسس على قواعد الشفافية و النزاهة حفاظا على المال العام.

أما باقي العقود التي يبرمها الموظف العمومي حسب ما هو معرف بالمادة 02-ب من قانون مكافحة الفساد، و التي تشمل الهيئات غير المعنية بإجراءات الصفقة و هي المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات ذات الرأسمال المختلط و المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عامة، فتخضع عملية إبرامها و مراجعتها و التأشير عليها و تعديلها للإجراءات المحددة في القوانين الخاصة بهذه المؤسسات أو في لوائحها التنظيمية، و يشكل الإخلال بها عنصرا مكونا للركن المادي لجنحة المحاباة [1] .

ثالثا: الغرض من السلوك الإجرامي

لا يكفي لتحقيق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريعات و التنظيمات المعمول بها، و إنما يشترط أن يكون الغرض من هذا العمل هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذه الامتيازات و ليس الجاني، و يعد الفعل رشوة، و هي جريمة قائمة بحد ذاتها في مجال الصفقات العمومية سنتطرق لها لاحقا .

و عليه فلا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام القانونية و اللوائح التنظيمية، و التي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية، و إنما يشترط زيادة على ذلك أن

(1)د. أحسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص -الجزء الثاني-

يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل و محاباة أحد المتنافسين على غيره، مثل : تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية و المالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة .

و بعنصر الغرض يتضح أن الغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان مبدأ المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقة أو العقد، و إرساء لمبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية، و هي المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية سواء في المرسوم 02-250 أو المادة 09 من قانون الفساد .

و تجدر الإشارة إلى أنه على القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهاته الجريمة و ذلك بتبيين الإجراء المخالف للقانون، و ربطه بمن رست عليه الصفقة مبرزا العلاقة بين الإجراء المخالف و إجراء الصفقة لأحد المترشحين، و يتضح له ذلك من خلال ملف الصفقة المدرج بملف القضية .

الفرع الثالث:

الركن المعنوي

جنحة المحاباة هي جريمة عمديه تتطلب توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم و الإرادة، كما تتطلب توافر القصد الجنائي الخاص و هو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة .

و يمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار العملية و الوعي التام للجاني بمخالفة القواعد الإجرائية أو من استحالة عدم العلم بها بحكم الوظيفة التي يشغلها .

و لا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية فتقوم الجريمة حتى و لو كان من أعطى امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائدته الخاصة و إنما عند فائدة المؤسسة عمومية كما لا يؤثر في قيامها مدى استقامة و نزاهة الموظف خلال حياته المهنية .

و مثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي، فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة، و تبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للمتهم، سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.

المطلب الثاني:

قمع الجريمة

تخضع جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لأحكام خاصة جاء فيها هذا الأخير في سبيل قمع مختلف جرائم الفساد، و تتعلق هذه الأحكام بإجراءات المتابعة و الجزاء .

الفرع الأول:

المتابعة

كباقي جرائم الفساد، تتم المتابعة بالنسبة لجنحة المحاباة وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، غير أن قانون مكافحة الفساد نص على أحكام مميزة .

بشأن أساليب التحري للكشف عن هذه الجرائم و التعاون الدولي و تجميد الأموال و حجزها و انقضاء الدعوى العمومية .

أولا: أساليب التحري الخاصة

تنص المادة 56 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على ما يلي : "**من أجل تسهيل عملية جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الالكتروني و الاختراق، على نحو المناسب و بإذن من السلطة القضائية**" .

و عليه فهذا النص يشمل جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد، و تتمثل أساليب التحري من خلاله في :-التسليم المراقب-الترصد الالكتروني-الاختراق .

1- التسليم المراقب

هو الأسلوب الوحيد الذي عرفه قانون الفساد، و ذلك من خلال المادة 02 فقرة -ك- منه و التي تعرف أسلوب التسليم المراقب بأنه الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم

الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة و تحت مراقبتها، بغية التحري عن جرم ما كشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه .

2- الترصد الالكتروني

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريفه لا من خلال قانون الإجراءات الجزائية ولا من خلال قانون الفساد غير أنه بالرجوع إلى القانون المقارن، نجد المشرع الفرنسي قد أدرجه في قانون الإجراءات الجزائية، و يقتضي هذا الأسلوب اللجوء إلى استعمال جهاز إرسال يكون سوارا الكترونيا في غالب الأحيان يسمح بترصد حركة المعني بالأمر و الأماكن التي يتردد عليها [1] .

3- الاختراق

لم ينص قانون فساد على تعريفه، غير أن قانون الإجراءات الجزائية و على إثر تعديله من خلال القانون رقم 06-22 بتاريخ 20-12-2006 تطرق إليه كأسلوب من أساليب التحري و التحقيقات تحت تسمية "التسرب" يلجأ إليه في كشف بعض الجرائم منها تلك المتعلقة بالفساد، و عرفه من خلال المادة 65 مكرر 12 فقرة 01 و التي تنص على " يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية مراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف" .

غير أن اللجوء إلى أسلوب من أساليب التحري هذه في كشف جرائم الفساد يتوقف على إذن من السلطة القضائية المختصة المتمثلة في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق .

ثانيا: التعاون الدولي و استرداد الموجودات

نص قانون الفساد على التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الفساد و منها و جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، في باب الخامس منه في المواد من 57 إلى 70 و التي تنص في مجملها على التعاون القضائي و تقديم المعلومات بشأن العائدات الجرمية و التعامل مع المصارف و المؤسسات المالية و استردا الممتلكات في مجال المصادرة .

(1)المرجع السابق

ثالثا: تجميد الأموال و حجزها

وفقا للمادة 51 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد يمكن للقاضي أو السلطة المختصة و المتمثلة أساسا في مصالح الشرطة القضائية، الحكم أو الأمر بتجميد و حجز العائدات و الأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر منصوص عليها في قانون الفساد، بما فيها جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية .

رابعا: تقادم الدعوى العمومية

يطبق على مسألة تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لجنحة المحاباة نص 54 فقرة 01-02 من قانون مكافحة الفساد، و هو كذلك نص يطبق على جميع جرائم الفساد ، و تقضي الفقرة الأولى من هذه المادة بعدم تقادم الدعوى العمومية في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن .

بينما تنص الفقرة الثانية على الإحالة إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية في حالة عدم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، و عليه و بما أن جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة، فإنه يطبق على مسألة التقادم في هذه الحالة نص المادة 08 ق إ ج التي تقضي بأن التقادم في مواد الجنح يكون بمرور 03 سنوات كاملة .

الفرع الثاني:

الجزاء

نتطرق من خلال عنصر الجزاء إلى العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، و الشخص المعنوي، و مسألتي الشروع و المشاركة و مسألة الأفعال المبررة، إضافة إلى مسألة الإثبات المتعلقة بجنحة المحاباة .

أولا: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي

1- العقوبات الأصلية

تنص المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد على الجزاء المقرر لمن يرتكب جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية و هو الحبس من سنتين إلى 10 سنوات و بغرامة مالية تتراوح بين

2000.000دج إلى 10000.000 دج تنص المادة 48 من قانون الفساد على تشديد عقوبة الحبس، لتصبح مدتها من 10 سنوات إلى 20 سنة، دون تشديد الغرامة، إذا ارتكب الجريمة أحد الأشخاص المذكورين في هذه المادة و هو نص يطبق على جميع جرائم الفساد – و هم :

– القاضي بمفهومه الواسع (MAJISTRAT)، و بالتالي فهو يشمل جميع قضاة القضاء العادي و الإداري، و قضاة مجلس المحاسبة و مجلس المنافسة و المجلس الدستوري .

– الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة، و يقصد به كل موظف سام يعين بموجب مرسوم رئاسي .

– الضباط العموميون، و هم المحضرين القضائيين، الموثقين ، محافظي البيع بالمزايدة، و المترجمين الرسميين.

– أعضاء الهيئة، و يقصد بهم أعضاء هيئة مكافحة الفساد المعرفة بنص المادة 02 فقرة –م– من قانون الفساد.

– ضابط و عون الشرطة القضائية، و هم كل من يجوز على صفة الضبطية القضائية من أعوان أو ضباط حسبما هو وارد في المادتين 15-19 ق إ ج .

– موظفوا أمانة الضبط، و يتعلق الأمر بأمناء الضبط الرئيسيون، و رؤساء أقسام الضبط، و أمناء الضبط المساعدين العاملين في مختلف الجهات القضائية و كذا العاملين في مصالح أمانة الضبط في المؤسسات العقابية

1–1– الإعفاء من العقوبة

يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات وفقا لنص الفقرة 01 من المادة 49 من قانون مكافحة الفساد، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، و قام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أو الجهات المعنية عن الجريمة و ساعد على معرفة مرتكبيها .

1-2- التخفيض من العقوبة

تخفض العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد بما فيها جنحة المحاباة، وفقا للفقرة 02 من المادة 49 من قانون الفساد إلى النصف، لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون و الذي يعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها .

1-3- تقادم العقوبة

ينص على تقادم عقوبة الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد بوجه عام بما فيها جنحة المحاباة نص المادة 54 فقرتين 01-02، إذ تقضي بأن لا تتقادم العقوبة في حالة تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن.

أما في غير هذه الحالة فتطبق أحكام قانون إجراءات الجزائية، و بما أن جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تشكل جنحة، فينطبق عليها في هذه الحالة نص المادة 614 من ق إ ج التي تنص على أن تقادم العقوبة في مواد الجنح يكون بمضي 05 سنوات، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، غير أنه إذا كانت عقوبة الحبس المحكوم بها تزيد عن 05 سنوات كما هو جائز حصوله في جنحة المحاباة فإن مدة التقادم تكزن مساوية لهذه المدة المحكوم بها .

2- العقوبات التكميلية

تقضي المادة 05 من قانون مكافحة الفساد بإمكانية معاقبة الجاني في حالة إدانته بجريمة أو أكثر من جرائم الفساد بوجه عام بإحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات و الذي ينص عليها في المادة 09 منه، و من هذه العقوبات :

- المنع من الإقامة .
- تحديد الإقامة .
- الحرمان من ممارسة الحقوق المدنية و الوطنية .
- سحب جواز السفر .
- نشر أو تعليق حكم الإدانة .

3- مصادر العائدات و الأموال الغير المشروعة

تنص الفقرة 02 من المادة 51 من قانون الفساد على ما يلي : " في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادر العائدات و الأموال غير المشروعة، و ذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية" .

يستنتج من هذا النص أن الحكم بمصادرة العائدات أو الأموال غير المشروعة سواء في جريمة منح امتيازات غير مبررة أو غيرها من جرائم الفساد، إلزامي بالنسبة للقاضي، و عبارة "تأمر" المستعملة في النص تدل على ذلك، هذا بالرغم من أن المصادرة عقوبة تكميلية .

4- إبطال العقود و الصفقات و البراءات و الامتيازات و التراخيص

جاء قانون الفساد بحكم جديد لم يعرفه التشريع الجزائي الجزائري من قبل، و ذلك من خلال المادة 55 منه و التي جاءت تحت عنوان "آثار الفساد" و مفادها مايلي : "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن التصريح ببطلانه و انعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية" .

فبالنسبة للجرائم المتعلقة بالصفقات الخاصة، و باقي جرائم الفساد عامة، إذا تم إدانة الجاني بإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، جاز للقاضي إبطال هاته الصفقات أو العقود أو الامتيازات، و تصبح في حكم العدم، بالرغم من أن إبطال العقود هو من اختصاص جهات القضاء المدني .

و عليه فالقاضي ملزم بعد الحكم بالإدانة بجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، بتبيين الامتيازات الممنوحة و عدم شرعيتها، ليحكم بإبطال هذه العقود و الامتيازات في نفس الحكم و في الشق الجزائي لا المدني .

ثانيا: العقوبات المقررة للشخص المعنوي

أحالت المادة 53 من قانون مكافحة الفساد بخصوص مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص فيه على أحكام قانون العقوبات .

ففيما يتعلق بعقوبة الشخص المعنوي تنص المادة 18 مكرر من ق ع على أن تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح غرامة تساوي من مرة(01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، و بالإسقاط على عقوبة جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، تصبح عقوبة الغرامة فيها بالنسبة للشخص المعنوي تساوي من 10000.000 دج و هو الحد الأقصى للغرامة إلى 50000.000 دج .

كما نصت نفس المادة على العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي، فنصت على تطبيق واحدة أو أكثر من العقوبات الآتية :

- حل الشخص المعنوي .

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات .

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات .

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها .

- نشر و تعليق حكم الإدانة .

ثالثا: المشاركة و الشروع

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

1- المشاركة

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

– إما أن يكون الشريك موظفا عموميا حسب ما معرف بالمادة 02 –ب– من قانون مكافحة الفساد، فيأخذ حكم الفاعل الأصلي و تطبق عليه نفس العقوبة المقررة للفاعل .

– و إما أن لا يكون الشريك موظفا ، فتطبق في هذه الحالة القواعد العامة للمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات، و بالرجوع إلى المادة 44 منه نجدها تعاقب الشريك بنفس عقوبة الفاعل الأصلي سواء في الجنايات أو الجنح كما هو الحال في جنحة المحاباة، و ذلك بصرف النظر عن صفة الشريك .

2- الشروع

يمكن تصور الشروع في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، و من ذلك ما قضي به في فرنسا بأن إلغاء الصفقة أثر الملاحظات التي أبدتها مصالح الولاية بمناسبة مراقبة شرعية الصفقة، لا يؤثر في شيء في توافر نية ارتكاب الجريمة باعتبار أن تنفيذ الصفقة لم يتوقف بإدارة صاحب المشروع، و إنما توقف بفضل يقظة الإدارة [1] .

و هو نفس الوضع الذي يمكن حدوثه في الجزائر، فيمكن تصور الشروع في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، إذا أقدم الجاني على تبجيل أحد المتنافسين المترشحين للصفقة على غيره، غير أن لجنة الصفقات سواء الوطنية أو الولائية أو البلدية امتنعت عن تأشيرها و تم إلغائها، فالجريمة هنا قائمة لأن إلغائها تم بصفة خارجة عند إرادة الجاني مما يعد شروعا طبقا لقانون العقوبات .

و تجدر الإشارة إلى نص المادة 52 فقرة 02 يقضي بتطبيق نفس عقوبة الجريمة على الشروع و هذا وفقا للقواعد العامة .

رابعا: مسألة الأفعال المبررة

غالبا ما يتحجج المتهمين في جنحة المحاباة بأفعال مبررة لتجنب المساءلة و الإفلات من العقاب و من أمثلتها:

– عادة ما يتحجج المتهمين أثناء مرحلة التحقيق في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال صفقات العمومية بأن قرار منح الصفقة قد اتخذ من قبل أعضاء لجنة التقييم العروض بغرض إبعاد المسؤولية عنهم، غير أن المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية واضح في هذا المجال، إذ يقضي بأن أعضاء اللجنة

(1)د. أحسن بوسقيعة–الوجيز في القانون الجزائي–الجزء الثاني– .

المذكورة، يقدمون اقتراحات إلى المسؤول المصلحة المتعاقدة فيما اختيار المتعامل المتعاقد، و يبقى رئيس المصلحة المتعاقدة وحده المسؤول عن منح الصفقة .

– كما قد يتذرع الجاني بتوافر حالة الضرورة لتبرير اختيار إجراء التراضي في إبرام صفقة دون مراعاة إجراءات إبرامها عن طريق المناقصة، و لذلك على القاضي تقدير مدى توافر حالة الضرورة أو الخطر الملح التي تبرر اللجوء إلى إجراء التراضي .

و بالنسبة للقضاء المقارن فقد قضي في فرنسا بمناسبة معالجة القضايا المتعلقة بجنحة المحاباة باستبعاد ما أثاره رئيس البلدية الذي ادعى بأنه غير مسؤول، إذ اقتصر دوره على التوقيع على عمل اتخذه نائبه القرار بشأنه، على أساس أنه يتعين على رئيس البلدية مراقبة كل ما يوقع عليه .

خامسا: مسألة الإثبات

بالرغم من أن قانون الفساد جاء بمجموعة أساليب التحري و التحقيق للكشف عن الجرائم المنصوص عليها فيه و المذكورة آنفا، إلا أنها قد لا تكون كافية لكشف جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية نظرا لخصوصية هذه الجريمة و التي ترتكب في الخفاء و باستعمال وسائل احتيالية من طرف الجناة بغرض التهرب من تحمل المسؤولية .

لذلك يستوجب من أجل إثبات هذه الجريمة، الاطلاع الكافي على ملف القضية و التفحص الدقيق لملف الصفقة أو الاتفاقية، خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتحصل عليها المادية و البشرية و السعر المقترح مع مقارنة ذلك مع ما قدمه باقي المترشحين، هذا إلى جانب تحديد العلاقة الموجودة بين الموظف المتهم، و المترشح الفائز بالصفقة و يكون ذلك بالاستعانة بتصريحات الشهود و مسؤولي السلطات الوصية على الموظف لمعرفة مدى شرعية الإجراءات المتخذة بشأن منح الصفقة و طريقة اختيار المتعامل المتعاقد .

المبحث الثاني

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

نصت على هذه الجريمة المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد ، و التي تقضي بـ : "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"

و قد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة 02 من قانون عقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد .

و لدراسة هذه الجريمة من حيث أركانها و الجزاء المقرر لها تتناول المطلبين الآتيتين :

المطلب الأول:

أركان الجريمة

تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان هي : -صفة الجاني-الركن المادي-الركن المعنوي.

الفرع الأول:

صفة الجاني

تقتضي المادة 26 فقرة 02 من قانون مكافحة الفساد، أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجرا أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، و بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص .

و يطلق على هؤلاء تسمية : الأعوان الاقتصاديون كما يطلق عليهم اسم: المتعامل المتعاقد في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية وفقا لأحكام المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية [1]

و يتضح من خلال المادة أن المشرع حصر في بداية الأمر صفة الجاني في التاجر أو الصناعي أو المقاول أو الحرفي، ثم عممها على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإبرام صفقة أو عقد مع إحدى الهيئات المذكورة في المادة .

و المقصود بالشخص الطبيعي، كل شخص يبرم عقد مع المؤسسات و الهيئات العمومية، يحوز على صفة تاجر أو حرفي، سواء بتملكه سجل تجاري أو بطاقة الحرفي، و عادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة أو يكون متعامل ثانوي (SOUS TRITANT) في صفقة عمومية، وفقا لأحكام المرسوم 02-250 [2] .

أما الشخص المعنوي فيتمثل عموما في شركة الخدمات و التجهيز و مقولات الأشغال و الذين يحوزون على سجل تجاري و لهم إمكانيات و مؤهلات مالية و مادية تسمح لهم بإبرام صفقات أو عقود مع المؤسسات و الهيئات العمومية .

و تجدر الإشارة إلى أن صفة الجاني الذي يمكن مساءلته في جريمة استغلال النفوذ الأعوان العموميون من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، تقتضي أن يكون الشخص الطبيعي أو معنوي من القطاع الخاص دون الأشخاص المعنوية من القطاع العام .

الفرع الثاني:

الركن المادي

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة .

(1)الباب الثاني من المرسوم 02-250 الذي جاء تحت عنوان: الصفقات و المتعاملون المتعاقدون .

(2)المواد من 94 إلى 96 من المرسوم 02-250

و عليه فالركن المادي يقوم على عنصرين هما : السلوك الإجرامي و الغرض منه .

و قبل التطرق إلى هذين العنصرين يجب الإشارة إلى اللبس الذي أحدثته الصياغة غير الدقيقة لنص المادة 26 فقرة 02 من قانون الفساد باللغتين العربية و الفرنسية حيث ورد فيهما : "كل تاجر....يستفيد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد...." و الأصح هو أن تكون الصياغة كما يأتي : "كل تاجر....و يستفيد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو من أجل التعديل لصالحه في نوعية المواد..." فالهاء هنا تعود على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول أو كل شخص طبيعي أو معنوي و ليس على أعوان الدولة و الهيئات التابعة لها [1] .

أولا: السلوك الإجرامي

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية حسب نص المادة 26 فقرة 02 في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات و الهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات .

و يقصد بأعوان الدولة من خلال هذه المادة كل من يشتغل في هذه المؤسسات و تكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات أو يساهم في الإعداد لها و تحضيرها، و تشمل : -مديري هذه المؤسسات أو الهيئات، رؤساء المصالح و رؤساء المكاتب و المهندسين و التقنيين و الأعوان الإداريون بمختلف رتبهم .

و بالنسبة للصفقات العمومية فإن 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 إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة مثل : -تحضير الإعلان عن النداء للمنافسة-تحضير اجتماعات لجنتي فتح الأظرفة و تقييم العروض و إرسال الاستدعاء إلى أعضائها -مراجعة دفتر الشروط-إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة و ترتيبها...و هذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة .

(1)د. أحسن بوسقيقة-الوجيز في القانون الجزائي-الجزء الثاني- ص129 .

و غالبا ما يكون هؤلاء الأعوان، هم من لهم صلة مباشرة بالصفقة خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها .

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون النفوذ حقيقيا، فالجريمة تقع حتى و لو كان النفوذ مزعوما سواء كان الجاني عالما بزعمه أو يعتقد خطأ بصحته .

ثانيا: الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون

تشترط المادة 26-02 لكي يتحقق الركن المادي للجريمة، أن يستغل 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 التسليم أو التموين .

1- الزيادة في الأسعار

مثال ذلك الأسعار المتعلقة بعقود إنجاز الأشغال المتعلقة بعقود انجاز الأشغال و التي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا، فيتقدم صاحب شركة المقاولة باقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها .

2- التعديل في نوعية المواد

و يتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تطلبها الإدارة من حيث الجودة و النوعية (في مجال الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة يتم النص عليها في دفتر الشروط) فيعمد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة و بنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة .

3- التعديل في نوعية الخدمات

و الأمر يتعلق هنا بصفقات و عقود الخدمات، إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها و المذكورة بالمادة 26-02 تخص نوعية معينة من الخدمات مثل : أعمال الصيانة الدورية لأجهزة الكمبيوتر كل شهرين فيقلص الجاني من هذه المدة لتصبح مرة واحدة كل 04 أشهر مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات .

4- التعديل في آجال التسليم أو التموين

آجال التسليم أو التموين تخص عقود و صفقات اقتناء اللوازم، و عادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها، و إذا أخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته أو تأخر 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 أو تأثير مسؤول الهيئة أو المؤسسة التي تربط به علاقة صداقة مثلا .

كذلك الأمر بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال حيث يقترح المتعامل المتعاقد مدة لانجاز هذه الأشغال يتم النص عليها في الصفقة فيعمد إلى التأخر في إنجازها دون أسباب جدية .

الفرع الثالث:

الركن المعنوي

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون، جريمة عمديه يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام و القصد الجنائي الخاص .

يتمثل القصد الجنائي العام في العلم و الإرادة، أي علم الجاني بسلطة و تأثير الأعوان العموميون في إبرام الصفقة أو العقد، و اتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة أو هذا النفوذ لفائدته، و يتمثل القصد الجنائي الخاص في نية الجاني الحصول على امتيازات غير مبررة .

و كغيرها من الجرائم، على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون من صفة الجاني، و سلطة أو تأثير العون العمومي بالنظر إلى المنصب الذي يشغله و علاقته بالجاني، و كذا تبيين الركن المعنوي و توافر القصد الجنائي لدى الجاني من أجل إدانته .

المطلب الثاني:

قمع الجريمة

تعاقب المادة 26 من قانون مكافحة الفساد مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 1000000 دج هذا بالنسبة للشخص الطبيعي .

أما بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي، فبإحالة المادة 53 من قانون الفساد على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر منه تنص على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي مساوية لـ: من مرة (01) إلى (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، و بالتالي تصبح عقوبة الشخص المعنوي بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العمومية غرامة من 1000000 دج إلى 5000000 دج .

و تطبق على هذه الجريمة نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة و المتعلقة بتشديد العقوبة و الإعفاء أو التخفيض منها، و مصادرة العائدات الإجرامية و إبطال العقود و الصفقات و المشاركة و الشروع و تقادم الدعوى العمومية و تقادم العقوبة، و المذكورة في المبحث الأول من هذا الفصل، باعتبار أن أحكامها جاءت في نصوص في قانون الفساد تطبق على جميع جرائم الفساد .

كما تطبق عليها أيضا الأحكام المتعلقة بإجراءات و أساليب المتابعة و التحري .

*** مسألة إثبات الجريمة**

يتوقف إثبات هذه الجريمة على إثبات العلاقة الموجودة بين الجاني و عون الدولة الذي استغل فيه الجاني سلطته و تأثيره من أجل إبرام العقد أو الصفقة، لأن مسألة إثبات عنصر الركن المادي المتمثل في الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون و المتعلق بالزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية الخدمات أو المواد يمكن أن يتم عن طريق الخبرة .

لذلك يتوجب على القاضي سواء في مرحلة التحقيق أو مرحلة المحاكمة الإطلاع على ملف القضية و دراسته بدقة و مراقبة تصريحات المتهم و الشهود إن وجدوا لمحاولة استخلاص أركان الجريمة و بالتالي الحكم بإدانة الجاني.

المبحث الثالث:

جريمتا الرشوة و أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول:

جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة المادة 27 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و التي تنص على : "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة و بغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مبائرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية"

و يطلق على هذه الجريمة كذلك تسمية قبض العمولات من الصفقات العمومية، و هي الجريمة التي كان ينص عليها قانون العقوبات من خلال المادة 128 مكرر 01 منه و الملغاة بموجب قانون الفساد و تعتبر من الجرائم المتاجرة بالوظيفة .

تشترك هذه الجريمة مع جريمة رشوة الموظفين العموميون في صورة الرشوة السلبية المنصوص عليها بالمادة 25 فقرة 02 من نفس القانون في بعض أحكامها و تختلف عنها في البعض الآخر، و من خلال تناولنا لأركان هذه الجريمة و الجزاء المقرر لها في الفرعيين الآتيين سنجري مقارنة بسيطة بينها .

الفرع الأول:

أركان الجريمة

كغيرها من جرائم الفساد تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان هي : -صفة الجاني (الركن المفترض)-الركن المادي-الركن المعنوي .

أولا: صفة الجاني

تقضي المادة 27 من قانون الفساد المذكورة أعلاه أن يكون الجاني في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية موظفا عموميا حسب ما هو معرف بالمادة 02-ب- من قانون الفساد و ذلك على النحو الذي سبق بيانه في جنحة المحاباة التي تطرقنا إليها في المبحث الأول من هذا الفصل .

و هي نفس الصفة التي يشترط توافرها في جريمة رشوة الموظفين العموميين في صورة الرشوة السلبية .

ثانيا: الركن المادي

يقوم الركن المادي لهذه الجريمة وفقا للمادة 27 على الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها، سواء لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و ذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية .

و عليه فالركن المادي يقوم على عنصرين هما :

- السلوك الإجرامي .

- المناسبة .

1- السلوك الإجرامي

يتمثل في قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة .

1-1- الأجرة أو المنفعة

لم يحدد المشرع طبيعتهما، غير أنه يمكن القول بأن الأجرة يقصد بها الأجر الذي يمكن أن يتقاضاها أي شخص آخر نتيجة بقيامه بعمل معين، و يتمثل عادة في مبلغ من المال .

أما بالنسبة للمنفعة فهي تمثل الفائدة التي يجنيها الشخص من قيامه بعمل ما .

و يتحقق الفعل مهما كان نوع الأجرة أو المنفعة التي يقبضها الجاني أو يحاول قبضها سواء كانت مادية أو معنوية، محددة أو غير محددة، فقد تكون الأجرة أو المنفعة شيئا ماديا محصول الجاني على سيارة أو نقود أو شيك...، كما قد تكون معنوية كإجراء دعاية للجاني بغرض فوزه في الانتخابات التي ترشح لها، أو تساهم في ترقيته إلى منصب أعلى من حيث المسؤولية .

و تتفق في ذلك هذه الجريمة مع جريمة رشوة الموظفين العموميين في صورة الرشوة السلبية التي تشترط فيها المادة 25 فقرة 02 طلب أو قبول الجاني لمزية، و التي تأخذ مفهوم الهبة أو الهدية أو أية منافع أخرى مادية كانت أو معنوية، صريحة أو ضمنية، محددة أو غير محددة، بل و يدخل ضمنها حتى الأجر أو المنفعة .

1-2- المستفيد

يستوي الأمر من خلال المادة 27 في أن يستفيد الجاني من الأجرة أو المنفعة (العمولة) لنفسه أو لشخص غيره مباشرة أو غير مباشرة .

فإذا كان الأصل أن يستفيد الجاني من الأجر أو المنفعة لنفسه فإنه من الممكن أن يستفيد منها غيره مثل: أصوله أو فروعه أو أي شخص آخر يعينه، و حتى إن تسلمها شخص لم يعينه الجاني و علم هذا الأخير بالأمر و لم يبدي اعتراضه، تقوم الجريمة و تشترك في ذلك هذه الجريمة مع جريمة الرشوة السلبية التي تقوم على طلب أو قبول الجاني للمزية سواء لنفسه أو لغيره .

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 نص المادة 27 .

و عملية تحضير الصفقات أو العقود أو الملاحق أو إجراء المفاوضات بشأنها يقوم بها عادة الموظفون الذي لهم صلة مباشرة بهذه العمليات و ذلك وفقا لما سبق التطرق إليه من خلال جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون .

و تجدر الإشارة إلى أن إجراء المفاوضات بشأن صفقة أو عقد أو ملحق، يكون عادة في الصفقات أو العقود التي تبرم وفقا لإجراء التراضي .

و بذلك 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 .

ثالثا: الركن المعنوي

يشترط لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني و يتمثل في العلم و الإدارة، و يتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى القبض أو محاولة قبض الأجرة أو المنفعة مع علمه بأنها غير مبررة و غير مشروعة .

الفرع الثاني:

قمع الجريمة

تعاقب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد مرتكب الرشوة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى (20) سنة و بغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج هذا فيما يتعلق بعقوبة الشخص الطبيعي .

أما بالنسبة للشخص المعنوي فبإحالة المادة 53 من قانون الفساد فيما يخص العقوبة المقررة له على أحكام قانون العقوبات، فإن المادة 18 مكرر منه تنص على أن تكون عقوبة الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح بغرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي، و بما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تأخذ وصف الجنحة فإن عقوبة الشخص المعنوي فيها تكون غرامة من 2000000 دج إلى 10.000.000 دج .

و تمثل هذه الأحكام العقوبات الأصلية لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المقررة للشخص الطبيعي و المعنوي، و يلاحظ عليها أنها تمثل أقصى عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد سواء بالنسبة لعقوبة الحبس أو الغرامة، إذ أصبحت عقوبة الحبس المقدرة بـ: من 10 سنوات إلى 20 سنة مساوية

للعقوبة المقررة لباقي جرائم الفساد في حالة تطبيق الظروف المشددة المنصوص عليها بالمادة 48 منه، كما أن عقوبة الغرامة في هذه الجريمة رفعت إلى الضعف سواء في حدها الأدنى أو الأقصى مقارنة بباقي عقوبات الغرامة المقررة لجرائم الفساد الأخرى .

و بذلك تختلف الجزاءات المقررة لهذه الجريمة عند تلك المقررة لجريمة الرشوة السلبية التي يعاقب عليها الحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) و بغرامة من 200000 دج إلى 100000 دج .

و ما يستنتج من ذلك أن المشرع اعتبر فعل قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة في مجال الصفقات العمومية ظرفا مشددا .

و تطبق على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية نفس الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة فيما يتعلق بالإعفاء أو التخفيض من العقوبة، و العقوبات التكميلية، و مصادر العائدات الجرمية، و المشاركة، و إبطال، العقود و الصفقات، و كذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة و التحري .

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 27 نصت على محولة قبض الأجر أو المنفعة من قبل الجاني و عبارة المحاولة هنا تعنى الطلب لهذه الأجرة أو المنفعة بشكل مباشر أو غير مباشر، أو اتخاذ موقف يدل على الجاني سعى للحصول على منفعة أو الأجر [1] و بذلك يكون المشرع قد نص بشأن هذه الجريمة على الجريمة التامة، و الشروع في ارتكاب ركنها المادي بنفس النص، و هذا خلافا لباقي النصوص المتعلقة بجرائم الفساد، و عموما يطبق عليها أحكام الشروع المذكورة في المادة 52 من قانون الفساد لأنه نص يطبق على جميع جرائم الفساد، و ذلك على النحو السابق ذكره في جنحة المحاباة .

أولا: الرد

تنص الفقرة 03 من المادة 51 من قانون الفساد على : "**و تحكم الجهة القضائية برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، و لو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى**"

(1)مداخلة الأستاذ بوصنبورة مسعود خلال الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية –جامعة قالمة– أفريل 2007 .

و عليه ففي حالة بإدانة الجاني بجريمة الرشوة في الصفقات العمومية يحكم القاضي برد ما تم قبضه من عمولة نظير تقديمه للخدمة سواء كان في يد الجاني أو في يد أحد الأشخاص المذكورين في المادة 51 فقرة 03 . و يفهم من سياق النص أن الرد إلزامي حتى و إن خلا من عبارة "**يجب**" .

ثانيا: تقادم الدعوى العمومية

تنص المادة 54 في فقرتيها 1 و 2 من قانون مكافحة الفساد، على أن لا تتقادم الدعوى العمومية في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون فبحالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، و في غير هذه الحالة تطبق أحكام قانون الإجراءات الجزائية .

و بما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تلحق بجريمة رشوة الموظفين العموميين نظرا لكون المشرع أعطى لكليهما صفة الرشوة، فيطبق عليهما نص المادة 08 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية التي تقضي بـ: "**لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية و الرشوة و اختلاس الأموال العمومية**" و عليه فإن الدعوى العمومية في جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية غير قابلة للتقادم .

ثالثا: تقادم العقوبة

كما هو الحال بالنسبة لتقادم الدعوى العمومية، فإن نص المادة 54 فقرة 1 و 2 من قانون الفساد تنص على عدم تقادم العقوبة إذا تم تحويل العائدات الجرمية إلى الخارج، و تطبق أحكام ق إ ج في غيرها من الحالات .

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية مجده ينص من خلال المادة 612 مكرر على : "**لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية و تخريبية و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية و الرشوة**" .

و عليه فإن العقوبة المحكوم بها في حالة الإدانة بجرم الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تخضع للتقادم .

للإشارة فإن نص المادة 128 مكرر-1- من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد كانت تصف جريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية بوصف الجناية، و تعاقب عليها بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1000000 دج إلى 5000000 دج .

المطلب الثاني:

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

نصت على هذه الجريمة المادة 35 من قانون مكافحة الفساد التي تقضي بـ : "**يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) و بغرامة من 200000 دج إلى 1000000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة و إما بعقد صوري، و إما 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، و كذلك من يكون مكلفا بتصفية أمر و يأخذ منه فوائد أيا كانت**" .

و قد حلت هذه المادة محل المادة 123 من قانون العقوبات، الملغاة بموجب قانون الفساد، و يطلق عليها في التشريع الفرنسي مصطلح : "جنحة التدخل" كما يطلق عليها في إطار التشريع المصري مصطلح "جريمة التربح" .

و تكمن هذه الجريمة في تدخل الموظف في الأعمال التي أحيلت عليه إدارتها أو رقابتها، و هو ما يؤدي إلى استغلال الموظف للوظيفة العامة من خلال العمل على تحقيق مصلحة خاصة من ورائها [1] ، و عليه تعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة، كما أنها تعد مظهر من مظاهر الرشوة، و هي أقرب كذلك إلى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية لأنها تعد صورة من صورها و سنتطرق في دراستها إلى فرعين تخصص الأول لأركان الجريمة و الثاني لقمعها .

الفرع الأول:

أركان الجريمة

تقوم هذه الجريمة على 03 أركان هي : -صفة الجاني (الركن المفترض) -الركن المادي- الركن المعنوي .

(1)-محمود نصر- الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة-2004- منشأة المعارف الإسكندرية- ص456 .

أولا: صفة الجاني

تشترط 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 .

و عليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة 02-ب- من قانون الفساد على النحو السابق بيانه في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية غير أن الأمر محصور في الفئتين الآتيتين :

1- الموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها

و تشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإدارة على هذه العقود أو العمليات المذكورة، و تمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشأن هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة، و ذلك في أي مرحلة كانت عليها العملية، سواء أثناء تحضير العقد أو المناقصة أو المزايدة أو أثناء التنفيذ .

و يتعلق الأمر أساسا بمدير الهيئة أو المؤسسة أو رئيس المصلحة أو رئيس المكتب أو أي مهندس أو تقني أو عون إداري له دور يقوم به في هذه العمليات .

2- الموظف الذي يكوون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية أو مكلفا بتصفية أمر ما

و يعني به كل موظف يمنح له منصب المسؤولية الذي يتولاه سلطة إصدار إذن بالدفع، و هو بمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها، يأخذ بمقتضى عمله هذا فائدة غير مشروعة، و ينحصر الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الآمر بالصرف أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة، كما يدخل في هذه الفئة كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين .

و لا يهم مصدر اختصاص الموظف بالعمل الذي انتفع منه، فقد يتحدد اختصاصه بناءا على قانون أو لائحة أو قرار أو تكليف من رئيس مختص [1] ، و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المادة 124 ق ع الملغاة

(1)د. أحسن بوسقيعة-الوجيز في القانون الجزائي الخاص-الجزء الثاني .

بموجب قانون الفساد كانت تقضي بتجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية حتى بعد انتهاء الموظف العمومي من الخدمة بأية طريقة كانت، و هذا خلال خمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه أعمال وظيفته، حيث يحظر عليه خلال هذه الفترة تلقي فائدة من عملية من العمليات التي أشرف عليها أو كانت له سلطة عليها .

ثانيا: الركن المادي

يقوم الركن المادي لجريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية على إقدام الجاني على أخذ أو تلقي فاائدة من عمل من أعمال وظيفته، تكون له فيها سلطة الإدارة أو الإشراف سواء كانت الفائدة له أو لغيره، و سواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق .

و قد عددت المادة 35 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي منها فائدة و هي :

- العقود (LES ACTES)

- المناقصات (LES SOUMISSIONS)

- المناقصات (LES ADJUDICATIONS)

- المقاولات (LES ENTREPRISES)

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن النص باللغة العربية، قد أضاف عبارة "أو المؤسسات" كعملية من العمليات المذكورة، و لم يذكر ذلك في النص باللغة الفرنسية، و لا تجد هذه اللإضافة في حقيقة الأمر أي تبرير على اعتبار أن المؤسسات لا تعد عملية من العمليات التي يمكن أن يقوم بها الموظف، و ربما يكون الأمر سوء ترجمة فقط فمصطلح مؤسسات يلتقي في ترجمته إلى اللغة الفرنسية مع مصطلح مقاولات، و اللذان يأخذ نفس الترجمة و هي : "les Entreprises" .

و من ثمة فان سلوك المجرم في هذه الجريمة يأخذ إحدى الصورتين : إما أن يأخذ الجاني فائدة أو يتلقى فائدة من عملية من العمليات المذكورة و التي يديرها أو يشرف عليها، تضاف لهما صورة ثالثة ذكرها المشرع في نص المادة 35 باللغة الفرنسية و لم تذكر في النص باللغة العربية، و هي صورة الاحتفاظ بالفائدة .

1– أخذ الفائدة

كأن يحصل الجاني(الموظف) على منفعة من المشروع أو العقد أو الصفقة المزمع ابرامها، و لا تهم في ذلك طبيعة الفائدة فقد تكون مادية أو معنوية، كما لا تهم الطريقة التي تتحقق بها الفائدة، فقد يتفق الجاني مع أحد المترشحين 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 انجاز جزء من الأشغال المدرجة في العقد أو الصفقة، و يحدث هذا الأمر عادة في عقود إنجاز الأشغال التي تجزأ فيها الأشغال.

2– تلقي فائدة

و معناها أن يتسلم الجاني هذه الفائدة بالفعل، و لا يهم وقت التسليم سواء كان أثناء تحضير العملية التي يتلقى بمناسبتها الفائدة أو أثناء تنفيذها، و سواء تم التسليم لشخص الجاني أو غيره .

3– الاحتفاظ بالفائدة

كأن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير العملية أو يشرف عليها أو مكلف بالأمر بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية .

و تجريم هذه الصورة من شأنه تأخير بدء حساب التقادم فيبدأ حسابه من يوم انتهاء المجرم و ليس من يوم اقتراف الجريمة .

و يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة وفقا لنص المادة 35 سواء أخذ أو تلقى الجاني الفائدة بصفة مباشرة كحصوله على مبلغ مالي أو حصوله على بعض الأسهم في الشركة، أو عند طريق عقد صوري كأن يتعاقد مع المؤسسة أو الهيئة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي لتزويدها باحتياجاتها من سلعة ما يستوردها من مؤسسة تجارية هي في الحقيقة مملوكة له [1] .

كما يمكن أن يأخذ الجاني أو يتلقى الفائدة عن طريق شخص آخر، قد يكون شريكه أو أي شخص يتفق معه لإرساء العقد أو المزايدة أو المناقصة عليه .

(1)عبد الله سليمان، دروس في نشر قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص .

و قد يحدث أيضا أن تكون الفائدة التي يأخذها الجاني مقابل امتناعه عن مطالبة المتعامل المتعاقد في صفقة أو عقد، بالقيام بعمل كان عليه أن يؤديه أو الصرف النظر عن أحد شروط العقد الذي يربطه بالمؤسسة المكلف بالإشراف عليها أو إدارتها .

و تقوم عليه تجريم فعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية في حقيقة الأمر، على أساس أن اختصاص الموظف العمومي يفرض عليه السهر على المصلحة العامة و مباشرة الرقابة على من يتعاقدون مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العمومية التابعة لها، أو يؤدون عملا لحسابها، فإذا ربط بين العمل المنوط به و بين مصلحة الخاصة أو المصلحة الخاصة لشخص آخر فإنه لا يستطيع أن يؤدي واجبه في الرقابة الذي يفرضه عليه اختصاصه، و إنما سيحابي مصلحته الخاصة عن المصلحة العامة [1] .

و ليس من عناصر هذه الجريمة أن ينال الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها ضرر و إن كان هذا الوضع الغالب، كما أن استفادة الجاني غير مرتبطة بالحصول على ربح، فتتحقق الجريمة و حتى إن لم يحصل على ربح .

كما لا يهم إن نفذت الصفقة أو العقد أو الاتفاقية الذي تم على أساسه أخذ الفائدة أم لم تنفذ، كأن ترفض السلطة المختصة برقابة التأشير على الصفقة، فتقوم الجريمة بالرغم من أن العمل المطلوب من الجاني لم يتحقق، و هذا لأسباب خارجة عن إرادته، و قد قضى في فرنسا بمناسبة هذه الحالة بأن الفعل لا يعد شروعا و إنما يشكل الجريمة التامة .

ثالثا: الركن المعنوي

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية، لذا يشترط لقيام الركن المعنوي فيها توافر قصد جنائي عام لدى الجاني و المتمثل في العلم و الإرادة .

فتقتضي هذه الجريمة أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجريمة عالما بأنه موظف، و أنه مختص بالإدارة و الإشراف على الأعمال التي أقحم عليها المصلحة الخاصة لنفسه أو غيره، و عالما بأن من شأن فعله تحقيق فائدة أو ربح، و عالما بأنه في حالة تحقيق هذه الفائدة أن ذلك بدون حق .

(1)أنور العمروسي، محمد العروسي-جرائم الأموال العامة و جرائم الرشوة .

كما تقتضي هذه الجريمة أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، فإذا جهل أن اختصاصه يتضمن هذا الفعل ينقضي القصد لديه [1] .

الفرع الثاني:

قمع الجريمة

تنص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد على أن يعاقب مرتكب جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين(02) إلى عشر سنوات(10) و بغرامة مالية من 200000 دج إلى 1000000 دج .

و بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي فتنص المادة 53 من قانون الفساد على تطبيق أحكام قانون العقوبات بشأنها، و تنص المادة 18 مكرر منه على أن يطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة تساوي من مرة واحدة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، و عليه تصبح عقوبة الشخص المعنوي هي من: 1000000 دج إلى 5000000 دج .

و تطبق على هذه الجريمة كافة الأحكام المطبقة على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية و المتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة و الإعفاء أو التخفيض منها، و العقوبات التكميلية و مصادرة عائدات الجريمة و المشاركة و الشروع و إبطال العقود و الصفقات، و كذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة و التحري.

كما تطبق عليها أيضا أحكام الرد المشار إليها من خلال جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية .

– تلازم جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية مع جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

قد يحدث و أن يتابع الجاني بجريمتي أخذ فوائد بصفة غير قانونية و جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، غير أنه قضي في فرنسا بالمتابعة بجنحة المحاباة فحسب، و من أمثلة ذلك، قضي بإدانة رئيس البلدية من أجل جنحة المحاباة في قضية بوشرت فيها المتابعة من أجل جريمة أخذ فوائد بصفة غير

(1)المرجع السابق .

قانونية، بالرغم من أن الصفقة قد خصصت لحرفيين كانوا أعضاء في المجلس البلدي، و ذلك إثر مخالفات تتمثل أساس في اللجوء إلى مناقضة ضيقة المجال غير مبررة و تعديل العروض بعد فتح الأظرفة .

كما أدين بجنحة المحاباة دون سواها، رئيس البلدية الذي منح بطريقة تعسفية صفقات إلى مؤسسات يديرها ابنه و من بينها واحدة كانت ملكه، بالرغم من أن الأمر يتعلق بأخذ فوائد بصفة غير قانونية كما سبق بيانه.

خاتمة

بعد دراستنا لظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية ، نخلص إلا أنه و ما يزال يعتبر الفساد أكبر المشكلات و العقبات الرئيسية أمام الإصلاح و التنمية و الاستثمار و ذلك بتأثيره السلبي على الاقتصاد الوطني ، و ما يزيد من خطورة هذه الظاهرة هو اقتناع ممارسيه بصحة سلوكاتهم الغير المشروعة ، هذا ما ساعد في انتشارها بشكل رهيب من خلال شيوع الواسطات و تمرد أصحاب النفوذ الاجتماعي في استغلال علاقاتهم الشخصية لانجاز أعمالهم و مصالحهم المتعارضة أصلا مع القوانين و الماسة بالمصلحة العامة فضلا عن تمسك ببعض المبادئ و العادات التي أصبحت بمثابة أعراف جديدة تقوم على أساس التستر على المخالفين ، و التغاضي عن التجاوزات و التساهل مع حالات التزوير و الاختلاس و استغلال النفوذ و غيرها من الممارسات و التي دخلت تحت الغطاء المباحاة في إطار زيادة أعباء الحياة اليومية .

أصبح الفساد الإداري يستهدف كما سبق بيانه و بشكل كبير مجال الصفقات العمومية الذي يعتبر من الأعمال التعاقدية التي تقوم بها الإدارة في سبيل تحقيق التنمية الشاملة فهي تتمحور حول استخدام المال العام لتحقيق المصلحة العامة ، هذا ما جعلها محل أنظار أصحاب النوايا السيئة أيا كانت صفتهم سواء موظفين عموميين أو متعاملين مع الإدارة لسعي للتربح من هذا المال بكل الطرق مشروعة كانت أم لا .

كما قمنا من خلال هذه الدراسة ببيان مخاطر جرائم الفساد في قطاع الصفقات العمومية و خصوصا جريمة الرشوة بصورها المختلفة و المحاباة في تقديم العروض و الفوز بالصفقات و العقود و المزايدات ، ما ألزم المشرع الجزائري على ضرورة إعادة النظر في آليات الوقاية و المكافحة لوضع حد لكل المخالفات و التجاوزات في هذا القطاع ، و هو ما قام به فعلا من خلال المصادقة على الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، فكانت الجزائر من الدول السباقة للمصادقة على هذه الاتفاقية ما فرض عليها سن القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته تماشي مع السياسة الجديدة في مكافحته جرائم الفساد .

كما تضح لنا في دراساتنا ، أن جرائم صفقات العمومية و على غرار باقي الجرائم تقوم ركنين ، الركن المادي و الركن المعنوي ، فأما على الركن المادي فلا خلاف فيه إلا أن الركن المعنوي في هذه الجرائم تثير بعض الإشكالات منها البحث عن القصد كعنصر من عناصر الركن المعنوي للجريمة ، خصوصا أن القصد و عنصره الإرادة من الأمور الباطنية و النفسية الكشف عنها ، و من هنا يمكن القول بأن الركن المعنوي في جرائم الصفقات العمومية مفترض و يقوم بمجرد مخالفة الجاني للنصوص التشريعية و التنظيمية التي تحكم الصفقات .

أما بخصوص العقوبات المقررة لكل جريمة نلمس تخلي المشرع العقوبات الجنائية و استبدالها بعقوبات جنحية ، و قد نص على عقوبتي الحبس و الغرامة المالية كعقوبة أصلية بالنسبة للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية .

كما نلاحظ ، أن المشرع الجزائري قد شدد في العقوبات المالية التي تعد من أهم الجزاءات المطبقة على مرتكبي جرائم الصفقات العمومية التي تمس الجاني في ذمته المالية .

و بخصوص تقادم هذه الجرائم ، فإن المشرع على الرغم من تجنيحه لجرائم الصفقات العمومية ، إلا أنه أقر عدم تقدم هذه الجرائم عندما يتم تحويل عائداتها إلى الخارج و تظهر غاية المشرع من تكريسه للأعذار المعفية و المخففة للجرائم الصفقات العمومية أن هذه الأخيرة تشكل حافزا لمرتكبي هذه الجرائم من أجل التراجع عن أفعالهم قبل فوات الأوان ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن أفعال مرتكبي هذه الجرائم و التي تجعلهم يستفيدون من التخفيف مثل الإبلاغ عن شركائهم ، قد تساعد في عمليات المتابعة و التحري لكشف عن باقي الملابسات و ربما أطراف واجهات أخرى مساهمة في هذه الجرائم .

كما شدد المشرع الجزائري في العقوبات المقررة في جرائم الصفقات العمومية إذا كان القاضي أو الضابط العمومي أو ضابط الشرطة طرفا فيها و هذا كله يعتبر ضمانة أساسية لمكافحة الفساد في قطاع الصفقات العمومية ، كما نص على ظروف التخفيف و كذا إعفاء من العقوبات ، إذا ساعد الشخص في الكشف عن مرتكبي تلك الجرائم ، و هذا من أجل ضمان المشرع نجاح السياسة القمعية التي رصدها لهذه الجرائم .

كما قرر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية و تنوع العقوبات المقررة كجزاء بين الغرامة و القيام بحله و أو غلقه المؤقت أو إقصاؤه أو منعه من مزاولة أي نشاط .

نجد من خلال دراسة آليات مكافحة جرائم الصفقات العمومية ، أن المشرع نص على جملة من الآليات التشريعية و القانونية التي من شأنها القضاء على هذه الجرائم لاسيما عن طريق إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من

الفساد و مكافحته ، تولى اقتراح سياسة في هذا المجال و تجسيد مبادئ دولة القانون و التقييم الدوري للأدوات القانونية و الإجراءات الإدارية الرامية إلى الوقاية من الفساد و مكافحته و النظر إلى مدى فاعليتها .

كما ألزم المشرع الجزائري الموظفين العموميين بضرورة التصريح بممتلكاتهم حتى يكونوا عن بعد عن كل الشبهات و ليس هذا فحسب بل قام بتوسيع دائرة الأشخاص الذين يتعين عليهم التصريح بممتلكاتهم فضلا عن الموظفين المعنيين لتشمل أبنائهم القصر أيضا كل ذلك قصد ضمان الشفافية و النزاهة و حماية الأملاك العمومية .

وضع المشرع القانوني آلية القمع و العقاب لجرائم الصفقات العمومية ، بحيث احتفظ بالإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات الجزائية ، بمعنى أنه لا يوجد قانون إجراءات خاص بجرائم الفساد ، لكن استحدث المشرع أساليب جديدة للتحري عن هذه الجرائم كالتسليم المراقب و الترصد الإلكتروني ، فهذه الأساليب تسمح باختصار الوقت و تسهل عمل ضابط الشرطة القضائية في كشف و قمع جرائم الصفقات العمومية و استعمال هذه الأساليب قد يحتم التحسيس على خصوصيات الأفراد أحيانا من خلال إباحة التنصت و إعطاء الضبطية القضائية و النيابة العامة حق اعتراض المكالمات الهاتفية و حتى تسجيلها فيظهر هذا التناقض الواضح بين ممارسة هذه الإجراءات و حق الفرد في الخصوصيات مما يطرح تساؤل عن مدى شرعية استعمال هذه الإجراءات ، خاصة أن حرية المراسلات تعد حق مكرس دستوريا .

كما عمل المشرع الجزائري على تعزيز و تفعيل التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد قصد منع تحويل العائدات المتأتية من جرائم الصفقات العمومية و جرائم الفساد بوجه عام و الكشف عنها ، و كذا تبادل المعلومات مع الدول الأخرى انطلاقا من أن جرائم الفساد أصبحت جرائم عابرة للحدود و تتسم بالطابع الدولي .

و على الرغم من الجهود التي تبذلها الدولة الجزائرية باستحداث آليات محلية تتولى مهمة مكافحة الفساد و الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية إلا أنها تبقى دون المستوى المطلوب لافتقارها الصرامة في التطبيق و الاستقلالية في المهام و الوظائف .

بذلك يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد خطا خطوة إلى الأمام بإعادة تنظيم النصوص القانونية المتعلقة بجرائم الصفقات العمومية و الوظيفة العامة ، إضافة إلى مسايرته مختلف التطورات في مجال قمع و مكافحة هذه الجرائم بسن آليات جديدة سواء للوقاية أو المكافحة على حد سواء .

و حتى يتحقق نظام المكافحة و الوقاية من الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية نورد أهم الاقتراحات التي تتمثل فيما يلي :

– ضرورة اعتماد معايير في اختيار الموظف العمومي عن طريق اعتماد الكفاءة و التأكد من قدرته على تحمل أعباء الوظيفة دون تحيز أو محاباة .

– إلزام الموظفين بمختلف أسلاكهم و مستوياتهم سواء أكانوا معينين أو منتخبين بالإضافة إلى القضاة ، بالتصريح بممتلكاتهم و هذا قصد ضمان الشفافية في إدارة الشؤون العامة و حماية الممتلكات العمومية و الحفاظ على النزاهة .

– إعداد تحتوي قواعد سلوك موظفين .

– التأكيد على أن الصفقات العمومية تبرم وفقا لمبادئ الشفافية و النزاهة و المنافسة الشريفة و إتاحة الفرصة للمتعهدين للطعن في اختيار الإدارة و كل هذا تدعيما للمبادئ التي نص عليها قانون الصفقات العمومية و هي الإعلان، الشفافية المنافسة الشريفة و المساواة بين المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة .

– التأكيد على ضرورة استقلالية أجهزة الرقابة عن السلطة التنفيذية حتى تستطيع القيام بدورها و تقوية أساليب رقابتها و الحفاظ على المال العام .

– منح الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته الضمانات القانونية و الفعلية من أجل تأدية مهامها من أجل تأدية مهامها بشفافية وفعالية و أهم ضمانة هي الاستقلالية عن السلطة التنفيذية ، فكلما كانت الهيئة مستقلة وظيفيا و عضويا كلما كانت فعاليتها أكثر .

– تشجيع التعاون الدولي في مجال القضائي انطلاقا من جرائم الفساد أصبحت جرائم عابرة للحدود .

– تفعيل الأحكام و الإجراءات الخاصة للبحث و التحري التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و قانون الإجراءات الجزائية ، و ذلك بالتركيز على تطوير قدرات أعوان الشرطة القضائية في مجال التحقيق في الجرائم و استحداث وحدات رقابية إدارية داخل جهاز الضبط القضائي للحد من وقوع جرائم الفساد.

– على المشرع الجزائري أن يعمل على توحيد المصطلحات بين قانون الوقاية من الفساد و مكافحته و قانون الإجراء جزائية ، فالأول استعمل مصطلح "الاختراق" بينما الثاني ورد فيه إجراء التسرب ، في حين أن النصين باللغة الفرنسية يستعملان مصطلح (l'infiltration) .

قائمة المراجع

01/ النصوص القانونية والتنظيمية:

1- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 يعدل و يتمم القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

2- مرسوم الرئاسي 11-426مؤرخ في 08 ديسمبر 2011 ، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظميه و كيفية سيره.

3- مرسوم الرئاسي 11-426 المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظيمه و كيفية سيره.

4- القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته

5- المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة والفساد

6- المرسوم الرئاسي رقم 96-843 ، المؤرخ في 07 فيفري يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه استفتاء 28 نوفمبر 1996.

02/ المؤلفات باللغة العربية:

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود للإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة2005.

2- عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج02، د.م.ج، الجزائر ، 1998.

3- عاي خاطر شنطاوي، القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، الأردن، 1995 .

4- محمد أنور حمادة، قواعد و إجراءات تنظيم المناقصات و المزايدات و العقود الإدارية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

5- بزاحي سلوى ، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية.

6- عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 .

7- سعاد الشرقاوي، عقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1999.

8- أحمد ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية (العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ و الأسس العامة) ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

9- عادل ضبطاني ، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، جامعة الكويت، مارس 1987.

10- مصطفى عبد القادر ، أساليب البحث و التحري الخاصة و إجراءاتها، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2009.

11- المرصفاوي حسن الصادق، المرصفاوي في المحقق الجنائي ، ط02 ، منشأة المعارف ، مصر ، 1990.

12- سهاوي قدري عبد الفتاح ، مناط و تحريات : الاستدلالات و الاستخبرات، منشأة المعارف، مصر 1998.

13- عيساوي نبيلة ، جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد، الملتقى الوطني الأول حول جرائم االمالية، جامعة قالمة، يومي 24-25 أفريل 2007 .

14- الشريف سيد كامل ، الجريمة المنظمة في القانون االمقارن ، دار النهظة العربية القاهرة ، 2001 .

15- حمد الأمين البشري، الفساد و الجريمة المنظمة ، جامعة نايف العربية الأمنية، الرياض،1428هـ.

16- عثماني أحسن، مالكية نبيل ، الجهود الدولية لمكافحة الفساد الإداري ، الملتتقى الوطني حول آليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري، جامعة ورقلة يومي 2-3 ديسمبر 2008 (غير منشور) .

17- جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية، ج02 ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت، طبعة 2008 .

18- إسكندر غطاس ، تسليم المجرمين في القانون المصري ، ندوة التعاون القضائي الدولي في مجال الجنائي في العالم العربي ، المعهد الدولي للدراسات العليا للعلوم الجنائية ، دار العلم للملايين ، 1994.

19- طلال الشرفات، مسؤولية البنوك عن غسيل الأموال و كيفية مواجهتها ، مقال منشور على موقع الانترنت.

20- مداخلة الأستاذ بوصنبورة مسعود خلال الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية -جامعة قالمة- أفريل 2007 .

21- محمود نصر- الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة-2004- منشأة المعارف الإسكندرية.

22- عبد الله سليمان، دروس في نشر قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص.

23- أنور العمروسي، محمد العروسي-جرائم الأموال العامة و جرائم الرشوة.

03/ الرسائل الجامعية:

01- عميور خديجة ، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل تشريع الجنائي الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، قانون جناي ، جامعة ورقلة، 2011.

04/ قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

- RICHER LAURRANT,DROIT des contrats administratifs,2 éme édition L.G.D.J, paris,1998.

فهرس الموضوعات

مقدمة..... ص 07

الفصل الأول: جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية..... ص07

المبحث الأول :دور القضاء الإداري في قمع جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ص07

المطلب الأول:أساس الطعن بالإلغاء في مجال الصفقات العمومية ص07

الفرع الأول: نشأة القرار الإداري المنفصل ص07

الفرع الثاني: تحديد مفهوم القرار الإداري المنفصل ص09

أولا: وفقا للمعيار الذاتي (الشخصي) ص09

ثانيا: وفقا للمعيار الموضوعي ص10

المطلب الثاني:مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية ص11

الفرع الأول: الطعن بالإلغاء ضد القرارات السابقة لإبرام الصفقة العمومية ص12

أولا: قرار الإعلان عن الصفقة ص12

ثانيا: قرار المنح المؤقت ص12

ثالثا: قرار الاستبعاد ص13

رابعا: قرار الحرمان من دخول الصفقة ص14

خامسا: قرار إلغاء الصفقة ص15

الفرع الثاني: الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التنفيذية للصفقة ص16

أولا: الطعن بالإلغاء في القرارات التنفيذية للصفقة العمومية من قبل المتعاقد ص16

ثانيا: الطعن في القرارات التنفيذية للصفقة المقدم من قبل الغير ص18

المبحث الثاني: المتابعة الجزائية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ص20

المطلب الأول: التحقيق في جرائم الصفقات العمومية ص20

الفرع الأول: دور الديوان المركزي لقمع الفساد في كشف عن جرائم الصفقات العمومية ص20

أولا: إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد ص21

ثانيا: تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد ص21

الفرع الثاني: استعمالّ أساليب التحري الخاصة للكشف عن جرائم الصفقات العمومية ص22

أولا: اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور ص23

ثانيا: أسلوب التسرب أو الاختراق ص26

ثالثا: الترصد الالكتروني ص28

المطلب الثاني: التعاون الدولي للكشف عن جرائم الصفقات العمومية ص29

الفرع الأول: تدابير التعاون الدولي لمكافحة جرائم الفساد الإداري و المالي ص29

أولا: التعاون الشرطي بين الدول لمكافحة الفساد الإداري و المالي ص30

ثانيا: التعاون القضائي بين الدول لمكافحة الفساد الإداري و المالي ص31

الفرع الثاني: تدابير استرداد العائدات و الممتلكات المتأتية من جرائم الفساد ص35

أولا: مسؤولية البنوك و المصارف عن جرائم الفساد ص36

ثانيا: تدابير الاسترداد للممتلكات ص37

ثالثا: التعاون الدولي في مجال ضبط و مصادرة الأموال المتحصلة من الفساد ص38

رابعا: الاعتراف بأحكام العقوبات..... ص40

الفصل الثاني: صور الجرائم في مجال الصفقات العمومية ص42

المبحث الأول :جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "جنحة المحاباة" ص42

المطلب الأول: أركان الجريمة ص42

الفرع الأول: صفة الجاني ص43

أولا: كل شخص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا ص44

ثانيا: كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو منتخبا في أحد المجالس الشعبية المحلية..... ص46

ثالثا: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية..... ص47

رابعا: كل شخص يأخذ حكم الموظف..... ص48

الفرع الثاني: الركن المادي..... ص50

أولا: السلوك الإجرامي ص50

ثانيا: مخالفة التشريعات أو التنظيمات المعمول بها في إبرام هاته العقود ص53

ثالثا: الغرض من السلوك الإجرامي ص54

الفرع الثالث: الركن المعنوي ص55

المطلب الثاني: قمع الجريمة ص56

الفرع الأول: المتابعة..... ص56

أولا: أساليب التحري الخاصة ص56

ثانيا: التعاون الدولي و استرداد الموجودات ص57

ثالثا: تجميد الأموال و حجزها ص58

رابعا: تقادم الدعوى العمومية ص58

الفرع الثاني: الجزاء ص58

أولا: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي ص58

ثانيا: العقوبات المقررة للشخص المعنوي ص61

ثالثا: المشاركة و الشروع ص62

رابعا: مسألة الأفعال المبررة ص63

خامسا: مسألة الإثبات ص64

المبحث الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ص65

المطلب الأول: أركان الجريمة ص65

الفرع الأول: صفة الجاني ص65

الفرع الثاني: الركن المادي ص66

أولا: السلوك الإجرامي..... ص67

ثانيا: الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون ص68

الفرع الثالث: الركن المعنوي ص69

المطلب الثاني: قمع الجريمة ص70

المبحث الثالث: جريمتا الرشوة و أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية ص71

المطلب الأول: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ص71

الفرع الأول: أركان الجريمة ص71

أولا: صفة الجاني ص72
ثانيا: الركن المادي ص72
ثالثا: الركن المعنوي ص74
الفرع الثاني: قمع الجريمة ص74
أولا: الرد ص75
ثانيا: تقادم الدعوى العمومية ص76
ثالثا: تقادم العقوبة ص76
المطلب الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ص77
الفرع الأول: أركان الجريمة ص77
أولا: صفة الجاني ص78
ثانيا: الركن المادي ص79
ثالثا: الركن المعنوي ص81
الفرع الثاني: قمع الجريمة ص81
خاتمة ص83
قائمة المراجع ص88