

جنة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية The Offence of Granting an Unjustified Advantage in public procurement

ط.د. بن زيان بركات(*)

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة جيلالي اليابس

سيدي بلعباس- الجزائر.

barkatbouziane@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2022/04/16	تاريخ القبول: 2021/08/24	تاريخ الارسال: 2020/09/19
-------------------------	--------------------------	---------------------------

ملخص :

إن إعمال مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية، يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاعة الطلبات العمومية، فالمبادئ الثلاثة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا، ويضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة. وهي كذلك بما تتيحه للمتعاملون المتعاقدون من فرص للوصول لتلك الطلبات، تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقهم المشروعة في ممارسة حريتي التجارة و الصناعة في إطار من المنافسة المشروعة.

أمام هذه المصالح الجديرة بالحماية، تدخل المشرع الجنائي إلى تجريم الإعتداء على هذه المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية من خلال جنة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: مبادئ الصفقات العمومية، المنافسة، المحاباة، الإمتياز غير المبرر.

*المؤلف المرسل : بن زيان بركات

Abstract:

Applying principles of free access to public orders, equal treatment of applicants and transparency of public procurement is an essential condition on which depends the efficiency of public orders.

These three principles, besides the advantages they offer such as diversifying offers and options, they allow public administrations to use

public resources wisely and soundly along with transparent and unbiased decisions.

No doubt this course of action enables contractors to have opportunities to access to orders and constitutes the best way to secure the legal rights in trading and manufacturing freely within the framework of legal competition.

In order to preserve these interests worthy of protection, the legislator of the penal law intervened to criminalize the offense against general principles governing public procurement by introducing the offence of granting unjustified advantages.

Key words: Public procurement principles, The competition, The favouritism Unjustified advantage.

مقدمة:

إن إنتشار الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ألزم المشرع وضع منظومة قانونية لمكافحة هذه الجرائم، برز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-109 الصادر بتاريخ 26 جوان 2001 الذي استحدث مجموعة من المواد نصت في مجملها على تجريم و قمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، كما أنه وتماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد صدر في الجزائر القانون رقم 06-01² المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و الذي جاء نتيجة لمصادقة الجزائر بتاريخ 19 أفريل 2004 بواسطة المرسوم الرئاسي رقم 128/04³ على اتفاقية الأمم المتحدة بنيويورك يوم 2003/10/01 و قد وضع هذا القانون نصوصا خاصة بتجريم و قمع كل المخالفات والتجاوزات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية و تحديد المجال الذي ترتكب فيه هذه الجرائم، سواء من حيث نطاق التجريم الموضوعي أو من حيث الأشخاص، ملغيا بذلك نصوص قانون العقوبات التي تنص على نفس التجريم ما يدل على أن الصفقة العمومية قبل دخولها حيز التنفيذ تبرم وفقا لإجراءات قانونية محددة بموجب قانون تنظيم الصفقات العمومية، فهي تقوم على جملة من المبادئ التي يجب على المصلحة المتعاقدة احترامها ومراعاتها، و ضرورة اعتماد معايير موضوعية في اختيار المتعاقد مع الإدارة عند إبرام الصفقات العمومية.

فإعمال المبادئ الأساسية التي تحكم الطلب العمومي يسمح للإدارات العمومية بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية لما توفره من حماية فعالة للمال العام ، و يضيف على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة و المنافسة الشريفة، و هي كذلك بما تتيحه

للأشخاص من فرص للوصول لتلك الطلبات تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقهم المشروعة في ممارسة حريتي التجارة و المنافسة ، فالاحترام الدقيق لتلك المبادئ يحمل في ذاته قيما أخلاقية و توجيهية تفترض من القائمين على الصفقات العمومية سلوكا نزيها ، يسمح بإفشاء الثقة في التعامل و التي تعتبر شرطا ضروريا لكل نشاط اقتصادي وتجاري.

أمام هذه المصالح الجديرة بالحماية، كان لزاما على المشرع توفير حماية قانونية قصوى تمثل ذلك من خلال، إنشاء جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بموجب المادة 26 من القانون 01/06 المعدلة بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011 ، هادفة إلى حماية المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية و ضمان عدم الإخلال بها.

يتجلى الهدف من هذه الدراسة من خلال الخصوصية التي تتميز بها هذه الجريمة، سواء من ناحية المفاهيم الجديدة في بعض أسس الشريعة العامة الجنائية، التي ظلت لوقت طويل من المسلمات والتي كان من الصعب الخروج عنها، خاصة مبدأ الشرعية الجنائية، كما أن المصالح التي تحميها هذه الجريمة تستوجب الوقوف عندها لما لها من انعكاسات سواء على المال العام، مبدأ المنافسة، نزاهة الوظيفة العامة.

و من هنا يطرح التساؤل التالي: هل وفرت جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية الحماية الجنائية الكافية لهذه المصالح انطلاقا من تجريمها الاعتداء على المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية؟.

وفي سبيل الإجابة عن هذه الإشكالية الرئيسية كان لزاما علينا إتباع المنهج التحليلي لمعرفة هذه الجريمة وبعض خصوصياتها والأحكام المتعلقة بها، كما كانت استعانتنا بالمنهج المقارن كلما دعت ضرورات البحث في ذلك.

من هنا يكون موضوع دراستنا الموسومة تحت عنوان جنتحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية أو جنتحة إبرام صفقة مخالفة للتشريع والتنظيم طبقا للتكييف الجنائي في القضاء الجزائي الجزائري أو ما يصطلح عليه في الفقه الجنائي بجنتحة المحاباة، من خلال بسط أحكامها في مبحثين، المبحث الأول تبيان ماهية هذه الجريمة والمبحث الثاني الحديث عن أركان هذه الجريمة.

المبحث الأول: ماهية جنتحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

إنه لمن الطبيعي ومن الأهمية بمكان أن تحدد الدراسة، بداية الإحاطة المعرفية الكاملة بهذه الجريمة، من خلال ضبط المفهوم القانوني الدقيق لها، كما أنه لن تكتمل تلك الإحاطة المعرفية إلا من خلال تبيان خصوصية هذه الجريمة.

المطلب الأول: ضبط المفهوم القانوني لجنتحة منح امتيازات غير مبررة

لم يتناول المشرع الجزائري تعريف جنتحة منح امتيازات غير مبررة، وكذلك هو الحال بالنسبة للفقهاء ورجال القانون، هذا ما يدفعنا إلى استخلاص ما يفيد تعريف هذه الجريمة، فجريمة منح امتيازات غير مبررة يرادفها فقهيًا مصطلح المحاباة أو المفاضلة والتي تعني في اللغة العربية " العطية " يقال حبة الرجل بالمد والكسر أعطيته الشيء بغير عوض وحاباه سامحه مأخوذ من حبوته إذا أعطيته⁴.

أما إذا حاولنا ضبط المفهوم من الناحية القانونية بالاستناد إلى نص المادة 26 فقرة أولى من القانون 01-06 الذي جاءت تحت عنوان منح امتيازات غير مبررة فيمكننا أن نصل إلى أنها مخالفة التشريع و التنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية من طرف الموظف العمومي المكلف بإبرام الصفقة أو تنفيذها أو مراجعتها من أجل إعطاء أحد المتعاملين مع الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية امتيازات غير مبررة⁵، أي هي تبجيل أحد المتنافسين و تفضيله على غيره دون وجه حق كما عرفها البعض على أنها " تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة"⁶.

و قد تم إنشاء هذه الجريمة في قانون العقوبات الفرنسي سنة 1991 تحت تأثير القانون الأوروبي، من جهة و بسبب ظهور فضائح متصلة بوجود فساد في إبرام صفقات عمومية من جهة أخرى، فالقانون الجنائي لم يكن يدخل في نطاقه المنح غير المبرر للصفقات العمومية طالما أنه لم يثبت وجود رشوة أو استغلال نفوذ⁷.

فالمشرع الفرنسي لم يعرف هو الآخر هذه الجريمة و إنما اكتفى بالنص عليها في المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي، تحت إثم جنتحة منح امتيازات غير مبررة " Le délit d'octroi d'avantage injustifié " المعروفة باسم « Favoritisme » حيث أدرجها ضمن الباب الثالث: الجرائم ضد سلطة الدولة في الفصل الثاني الجرائم المرتكبة ضد الإدارة العامة من قبل الأشخاص الذين يمارسون وظيفة عمومية في القسم الثالث الإخلال بواجب الأمانة، ضمن الفقرة الرابعة: الاعتداء على حرية الوصول و المساواة في معاملة المرشحين في الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

المطلب الثاني: خصوصية جنتحة منح إمتيازات غير مبررة

في مجال الصفقات العمومية

لاشك أن جنتحة منح امتيازات غير مبررة تمتاز ببعض الخصوصيات، هذا ما جعلها تختلف عن باقي جرائم الفساد ، فخصوصيتها نابعة من خلال النص الذي ينظمها ، حيث أنه بالرجوع إلى المادة 26 من القانون 01-06 المعدلة بموجب القانون 11 - 15 الصادر بتاريخ 02 أوت 2011 التي تنص في على أنه : " يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج:

كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتياز غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات.

فالنص التجريمي لهذه الجريمة، كان له الأثر الواضح على أركان الجريمة، حيث شهد الركن الشرعي تراجع في بعض مفاهيمه و مبادئه الأصولية، أما الركن المادي فهو الآخر طالته المرونة و صعوبة تحديده، كما أصبح الركن المعنوي محل تفريط في البحث عنه.

الفرع الأول: تلاشي ملامح الركن الشرعي في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال

الصفقات العمومية

إن النتيجة الحتمية لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات هي حصر مصادر التجريم و العقاب في النصوص التشريعية ، طبقا للمادة 140 الفقرة السابعة⁸ من الدستور التي تنص صراحة على اختصاص السلطة التشريعية في التشريع في مجال تحديد الجنايات والجنح وهذا يعتبر أيضا تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات و هو من أهم نتائج مبدأ الشرعية، حيث تختص السلطة التشريعية بتحديد الأفعال التي تعد جرائم و بيان أركانها و العقوبات المقررة لها من جهة ، ثم نوعها و مدتها من جهة أخرى . و قد صيغ هذا المبدأ الدستوري بعبارة موجزة : " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص " .

لكن هذا المبدأ الأصل في الشريعة العامة الجنائية عرف تحولا و خروجا عن هذه القاعدة في جنتحة منح الامتيازات غير المبررة ، ذلك أن النص التجريمي الخاص بهذه الجريمة تضمن الإحالة على نصوص تنظيمية، وبالتالي أصبح النص التنظيمي يدخل في مجال التجريم فالتحديد القانوني المطاط يهدم البناء الجنائي القديم على مستوى شرعية التجريم بشكل يمكن القول عليه أنه توقيع على بياض من المشرع لفائدة جهة معينة، مزحزا مبدأ انفراد التشريع بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه⁹.

و يقصد بالقاعدة الجنائية على بياض، تفويض المشرع إلى جهة معينة تحديد الأفعال التي يمكن أن تعتبر جريمة معاقب عليها، حيث يكتفي المشرع بتحديد العقاب فقط دون الأفعال المعاقب عليها¹⁰، تاركا ذلك إلى الجهة المفوضة، وهو مظهر من مظاهر تحول مبدأ الشرعية الجنائية و نموذج من نماذج خرق مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن البعض لا يري في هذا اعتداء على مبدأ الشرعية طالما أن المشرع هو الذي فوض الإدارة هذا الحق في حدود معينة إذ أن التشريع في هذا المجال يتطلب دراية فنية عالية، قد لا تتوفر إلا لدى السلطة المفوضة، إضافة إلى ضرورة توافر المرونة و السرعة في الأداة التشريعية ، مما يحول دون إفلات المخالفين من العقاب لعدم وقوعهم بدائرة التجريم¹¹.

الفرع الثاني: صعوبة تحديد الركن المادي

إن ما يلاحظ على جريمة منح الامتيازات غير المبررة على مستوى ركنها المادي أنها تتسم بصعوبة تحديده، لنظرا لأنها ذات طبيعة معقدة وذات طابع تركيبي ، فهذه الجريمة جاء تحديدها متفرقا بين عدة نصوص تشريعية و تنظيمية متنوعة و معقدة من قوانين إدارية ومالية و محاسبية و تقنية و جزائية ، هذه النصوص التي تتميز بالعموميات وعدم الوضوح في بعض الأحيان ، تجعل القاضي الجزائي في أزمة التعامل مع مبدأ التفسير الضيق للنص الجنائي و حظر القياس، بخلاف النص الجنائي الذي يتطلب الدقة والوضوح، و من تم كانت الصعوبة في تحديد الركن المادي لهذه الجريمة، فالقاضي الجزائي تبدو مهمته أكثر صعوبة في تحديد طبيعة بعض الأفعال والسلوكات المجرمة وبالتالي فهو مطالب بالتمتع بالأفق الواسع و البحث و التنقيب و الرجوع إلى أحكام القانون الإداري و أحيانا إلى قانون المالية أو المحاسبة العمومية أو المنافسة¹².

المبحث الثاني: أركان جنتحة منح إمتيازات غير مبررة

الجريمة ذات طبيعة مختلطة، و لها على الأقل جانبان، جانب مادي يتمثل فيما يصدر عن مرتكبها من أفعال و ما يترتب عليها من آثار ، و جانب نفسي يتمثل فيما يدور في نفس مرتكبها ، أي ما يتوافر لديه من علم و ما يصدر عنه من إرادة ، كما أن هذه الجريمة لها ركن خاص أو مفترض، أي أنه سابق في وجوده على ارتكاب الفاعل نشاطه فلا تكتمل جريمة منح إمتيازات غير مبررة إلا بتوافر كل أركانها القانونية.

المطلب الأول: الركن الخاص

لا شك أن جنتحة منح إمتيازات غير مبررة من جرائم ذوي الصفات ،فهي بالدرجة الأولى جريمة الموظف العمومي، كما أنها مقتصرة على نشاط معين و هو التعامل

بالصفقات العمومية، فهي من الجرائم الخاصة التي تفترض الركن الخاص أو المفترض السابق في وجوده على ارتكاب الجريمة،

الفرع الأول: مفهوم الموظف العمومي على ضوء المصلحة محل الحماية

لما كان القانون الإداري يصب اهتمامه أكثر على المركز القانوني للموظف العمومي في الجهاز الإداري و ذلك قصد تحديد حقوقه و التزاماته و الشروط الواجب توافرها لاكتساب هذه الصفة، فإن هذا المدلول الضيق للموظف العمومي في القانون الإداري ، لا يكفي وحده في مجال جنتحة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ، لأنه يبقى قاصرا عن توفير الحماية للمصلحة محل اهتمام النص الجنائي و هي حماية نزاهة الوظيفة العمومية ومبدأ المنافسة و المال العام، أمام هذه الوضعية كان لزاما على المشرع الجزائي التوسع في مفهوم الموظف العمومي ليشمل جميع الأشخاص الذين يباشرون طبقا للقانون جزءا من اختصاصات إبرام الصفقة بما يتلاءم و المصلحة المراد حمايتها .

إن قانون مكافحة الفساد في تعريفه للموظف العمومي قد توسع بالنظر لما جاء به القانون الإداري، ليدرج فيه كل من يتمتع بصفة الموظف العمومي، بالإضافة إلى فئات أخرى اعتبرها في حكم الموظفين العموميين و هم ليسوا كذلك طبقا لما هو معمول به في القانون الإداري، والسبب في ذلك يعود لرغبة المشرع في سد الطريق أمام كل من تسول له نفسه الإبتجار بالوظيفة العمومية و التلاعب بالمال العام، و حصر كل أشكال الفساد في الأجهزة الإدارية .

فالتكييف القانوني السليم لهذه الجريمة يتوقف بداية على تحديد صفة الجاني إن كان موظفا أم لا في نظر قانون الفساد، و عليه تشمل صفة الموظف العمومي الفئات المحددة في المادة 02 فقرة ب من القانون رقم 06-01 ب:

- 1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيّا أو تنفيذيا أو قضائيا أو في إحدى 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 أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

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

و عليه يدخل في حكم الموظف العمومي الجاني كل شخص يقوم بعملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية، فللقاضي السلطة الواسعة في تحديد صفة الموظف، و عليه ألا يكتفي بصفته ليقرر الإدانة أو البراءة بل عليه أن ينظر فيما إذا كانت الوظيفة قد مكنته من ارتكاب الفعل المجرم أم لا¹³.

الفرع الثاني: مناسبة قيام جنتحة منح إمتيازات غير مبررة

لا تقوم جنتحة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية إلا إذا كان ثمة تعامل في إبرام أو تأشير صفقة عمومية أو في أعمال ملحقة بها، فبالإضافة إلى المفهوم الذي جاء به تنظيم الصفقات العمومية، في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247-15 بأنها : " عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات والدراسات"، جاء القانون 01-06 ليوسع من مفهومها، حيث أشارت المادة 26 منه الفقرة الأولى إلى أن مجال تطبيق جنتحة منح إمتيازات غير مبررة تمتد لتشمل كل من العقد، الإتفاقية، الملحق، فمناطق الحماية هنا هي النفقة العمومية محل الصفقات بغض النظر عن شكل العقد الذي يتضمنها .

وعليه فالمفهوم الجزائي للصفقة يتضمن الصفقات المبرمة بموجب تنظيم الصفقات العمومية الخاضعة له وجوبا، بالإضافة إلى بعض العقود الأخرى التي لا تخضع لكل الإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات، لكن بسط قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حمايته عليها، من خلال إلزامها بعدم الإخلال بمبادئ الصفقات، وهي على التوالي:

أولا : العقد

إن المقصود من عبارة العقد في المادة 01-26 من قانون مكافحة الفساد، هو افتراض انتقاء العقود التي لها علاقة بالشراء العمومي، أي العقود التي تخص النفقات العامة وإبعاد العقود الإدارية الأخرى، رغم حرفية نص المادة 26 التي قد تنطبق على عقود غير تلك الخاصة بالشراء العمومي كعقود التوظيف مثلا¹⁴.

ثانيا : الاتفاقية

وتأخذ نفس مفهوم العقد، غير أنه عمليا، يطلق مصطلح اتفاقية على العقود التي تبرمها الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها، عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة كما هو محدد بالمادة 13 من المرسوم 15-247 وتتم هاته الاتفاقية تقريبا بنفس إجراءات إبرام الصفقة إلا ما تعلق منها بطريقة الإبرام أو المراقبة أو الإشهار الصحفي، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 33 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقوله : " يكتسي عقد البرنامج شكل إتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا ، و يمكن أن يتداخل في سنتين متتاليتين أو أكثر، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لأحكام هذا المرسوم".

ثالثا :الملحق L'avenant :

يعرف الملحق بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. فالالتزام بالمنافسة الحرة و حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة و الشفافية لا تعني فقط الطلبات التي تساوي أو تتجاوز مبالغها الحدود المرسومة في قانون الصفقات، أي إثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال و اللوزام وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات و التي تكون محل صفقة عمومية بمفهوم القانون، فنطاق تلك المبادئ يشمل كل النفقات العمومية ، مهما كانت بسيطة ، فمادامت تشكل جزء من المال العام مهما قل و جبت حمايتها تحقيقا للمصلحة العامة¹⁵.

فعملية إبرام الصفقة تتطلب مجموعة من الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون لإعتماد صفقة أو عقد أو إتفاقية أو ملحق، فالشخص المبرم للصفقة العمومية هو ذلك الشخص المؤهل قانونا لتوقيعها بإسم الشخص العمومي¹⁶، فالمادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247¹⁷ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، علقت صحة الصفقات على موافقة السلطة المختصة المتمثلة في مسؤول الهيئة العمومية، الوزير بالنسبة لصفقات الدولة، الوالي بالنسبة لصفقات الولاية، رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.

كما أنه يمكن للشخص المؤهل قانونا بتوقيع الصفقة، تفويض صلاحيته في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقة و تنفيذها طبقا للقانون المعمول به.

أما التأشير فيقصد به الإجراء الذي بمقتضاه يجوز للجهة المختصة أو المكلفة بالرقابة¹⁸ أن تقرر بأن الصفقة الصادرة من المتعامل العمومي يمكن أن توضع موضع تنفيذ بمعنى أخر قابلة للتنفيذ على أساس عدم مخالفتها للقانون أو المصلحة العامة¹⁹، والتأشير هنا يخص لجنة الصفقات العمومية من جهة و المراقب المالي من جهة ثانية، فهو وسيلة للرقابة بمعنى المصادقة على صحة إجراءات إبرام الصفقة لذلك جاءت المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 واضحة في فرض إجبارية التأشير بالنسبة لكل مصلحة متعاقدة. وهذه الإجراءات لاشك تحفظ مكانة لجنة الصفقات من جهة، وتؤكد على تجسيد مبدأ التسيير الجماعي للصفقة تفاديا لكل شبهة فساد من جهة أخرى²⁰.

المطلب الثاني: الركن المادي

يعاقب القانون على الأفعال المادية التي تتطابق مع نص التجريم و التي تكون ماديات الجريمة، فالإخلال بالنصوص القانونية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية بغرض منح إمتيازات غير مبررة للغير يشكل السلوك المجرم لجريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، طبقا للصياغة الجديدة للمادة 26 فقرة أولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته :

"يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج :كل موظف يمنح، عمدا، للغير امتياز غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات" ، فالحديث عن الركن المادي لهذه الجريمة يقتضي الوقوف أولا عند عنصر مخالفة النصوص القانونية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية وثانيا عند عنصر منح إمتيازات غير مبررة.

الفرع الأول: مخالفة النصوص القانونية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية

هذا العنصر يقتضي توضيح المبادئ الواجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية والمتمثلة في حرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات والتي تشكل مخالفتها عنصرا في تجريم منح إمتيازات غير مبررة.

البند الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

يقتضي هذا المبدأ فتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الوصول للطلبات العمومية وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة (طلب العروض) يجب أن تكون واحدة للجميع²¹، فالوصول للطلب العمومي يكون حرا و حياديا و على المصلحة

المتعاقدة المانحة للصفقة أن توفر جو من المنافسة المشروعة، فيسمح لكل من توفرت فيه الشروط المطلوبة المشاركة في الصفقة العمومية، وتقديم عرضه إلى المصلحة المتعاقدة، فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة إعطاء ميزة لأحدهم أو إقصاء مرشح أو منعه من المشاركة إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عنها مسبقا في دفتر الشروط وإعلان الصفقة، و المقررة بناء على النجاعة المطلوب تحقيقها في المشروع، فكل بند أو اتفاق يتضمن شروطا خاصة غير منصوص عليها في القانون يعتبر من وجهة القاضي الإداري باطلا، و قد يشكل من وجهة نظر القاضي الجنائي مخالفة تبرر الإدانة بجنتحة منح إمتيازات غير مبررة.

فمبدأ حرية وصول المترشحين للطلبات العمومية هو أحد الأسس التي تقوم عليها المنافسة الشريفة التي تنص عليها المادة 09 من القانون 01-06 و بالتالي فإنه لا يمكن استبعاد النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم هذه المنافسة الشريفة من مجال تطبيق المادة 26 من القانون 01-06، لهذا بادر المشرع بتعديل الأمر 03-03²² المتعلق بالمنافسة بموجب القانون 08-12²³، و أدرج الصفقات العمومية من خلال المادة 02 منه لأول مرة حماية لمبدأ المنافسة حيث نصت على : " بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي... :

-الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية" و كذا المادة 06 التي تنص على : " تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة والاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى:

-السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة."

فهذا المبدأ يجد ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري وفي هذا المقام يذكر ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1983 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا..²⁴".

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة 39 من قانون الشراء العام على أن عقود الشراء العام لا تبرم إلا استنادا إلى المنافسة.

كما حرصت المحكمة الإدارية في مصر على إبراز هذا المعنى في أحكامها الكثيرة، وتقول في أحدها: " من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة، الإعلان، و حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين. والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء (الالتزام) عليه بإجراء سواء أكان عاما أم خاصا. إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان: أولهما يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة، و ثانيهما يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات و هي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة، من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، مستهدفة في ذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحون من الأفراد والقادرون منهم"²⁵.

فتطبيق المبدأ لا يأخذ على إطلاقه دائما، ففي بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالا منها لمبدأ حرية المنافسة، و يكون ذلك إما تطبيقا لنص قانوني، إذ عادة ما تحدد نصوص بعض القوانين فئات يمنع عليها الدخول في المناقصات التي تجريها الإدارات العمومية لارتكابها لجرائم أو مخالفات أو لأسباب عملية فقد تحدد المصالح المتعاقدة بعض الشروط و يؤدي فرضها جعل مجال المنافسة محصور على فئات محددة و لا يعتبر ذلك إخلالا منها بمبدأ حرية المنافسة.

إن طبيعة الأسباب التي تدعو إلى الإقصاء هي منطقية في فحواها، تتعلق جليا بالالتزامات التي يتعين على أصحابها القيام بها كأعوان اقتصاديين سواء من الناحية الأخلاقية أو ما يتعلق بواجباتهم المهنية، فعجز هؤلاء أو تهاونهم على القيام والالتزام بها يجعل منهم غير جديرين وغير مشرفين للدخول و المشاركة في العروض المعلن عنها من المصالح المتعاقدة، فمن باب أولى يتعين إقصاءهم.

فتطبيق هذه الأحكام أو بتعبير أدق تطبيق حالات المنع يتم وفقا للقرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية²⁶.

كما أنه من حق المصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط الخاصة بطلب العروض خاصة ما تعلق منها بالقدرة المالية و الفنية ، فلها الحق في استبعاد الأشخاص الذين يثبت عدم مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المطروحة في طلب العروض، و

هذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص و التصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الري، وذلك تطبيق لأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289²⁷ و ألزمت حتى المؤسسات الأجنبية بها ، و هو ما أكدت عليه أحكام الفقرة 03 من المادة 03 بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-114 التي جاء فيها " غير أنه يتعين على المؤسسات أو مجموعة المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصيص و التصنيف المهنيين التي تسلمها السلطات الرسمية للبلد المتواجد فيه مقر المؤسسة أو مجموعة المؤسسات المصادق عليها من قبل السلطات القنصلية الجزائرية ."

البند الثاني: مبدأ المساواة

يعتبر مبدأ المساواة في معاملة المرشحين مظهرا من مظاهر مبدأ مساواة الأشخاص أمام القانون و هو المبدأ الذي تكرسه مادتان من الدستور أولهما المادة 32 بنصها على أن : " كل المواطنين سواسية أمام القانون و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي "، و ثانيهما المادة 34 بنصها على أن المؤسسات تستهدف ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق والواجبات، و هو ما نص عليه كذلك المشرع الفرنسي في المادة 47 من قانون الشراء العام إلى المساواة بين المترشحين

(...sous réserve des dispositions des articles 48/à 60 du présent code , les entrepreneurs ou fournisseurs librement se porter candidats aux marchés public.. sous réserve des dispositions des articles 61/à 73 , ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres...).

و هو أيضا مبدأ منصوص عليه في المواثيق الدولية لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

يتبين من ذلك أن مبدأ المساواة هو من المبادئ العامة للقوانين ، و هو يدخل في نطاق ما يسمى بالقانون الطبيعي الذي تستقي منه المجتمعات البشرية قواعد تنظيم شؤونها ، على المستويات كافة²⁸ و هذا ما فعله المشرع في تكريس مبدأ المساواة في مجال إبرام الصفقات العمومية ، بحيث لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تخص أحد المرشحين بمعاملة خاصة تجعله في مركز أفضل عن باقي المترشحين، فعليها أن تخضعهم إلى نفس الإجراءات و نفس الشروط و لا تفرق بينهم على أساس معايير ذاتية،

فالاختيار والأفضلية لا تمنح إلا على أساس المعايير الموضوعية المنصوص عليها في النصوص القانونية و التنظيمية الجاري بها العمل تتعلق أساسا بشروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقات العمومية و معايير إرساء الصفقة كآليات لتقييم العروض.

البند الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

تعرف الشفافية على أنها آلية الكشف و الإعلان من جانب الدولة عن أنشطتها كافة في التخطيط والتنفيذ و تعني أيضا أن تعمل الإدارة في بيت من زجاج كل ما به مكشوف للعاملين و العملاء وقد عرفتها هيئة الأمم المتحدة بأن الشفافية هي حرية تدفق المعلومات بأوسع مفاهيمها، أي توفير المعلومات و العمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم و اتخاذ القرارة المناسبة واكتشاف الأخطاء²⁹ والملاحظ مما سبق أن الشفافية هي نقيض الغموض أو السرية في العمل فالشفافية طريقة واضحة .

فمضمون هذا المبدأ يفيد بضرورة أن تكون إجراءات إبرام الصفقات العمومية واضحة وفي متناول كل المترشحين لاسيما من خلال الحرص على علانية المعلومات المتعلقة بها فيعتبر مبدأ العلنية في إجراءات الصفقات العمومية، القاعدة الجوهرية في هذا المجال فجميع شؤونها و ما يتعلق بها يجب أن يتم في وضوح النهار و بذلك تحاذر الإدارة من أن تقترب إساءة استعمال السلطة، كما أنه من المفترض فيها تحت وطأة هذا المبدأ أن تبتعد عن الوقوع في دائرة الشك و الشبهة³⁰.

وعلى هذا الأساس، أكدت النصوص القانونية والتنظيمية على مبدأ العلنية، كما أن الجهات التي تتولى إجراء الرقابة على تصرفات الإدارة في هذه المسألة، تعتبر الحارس الذي يلزم الإدارة بمراعاة مبدأ العلنية بدقة، تحت طائلة رفض الموافقة على الصفقات المعروضة عليها.

و يتجلى تطبيق هذا المبدأ في مسألتين اثنتين، أحدهما تتعلق بوجوب الإعلان المسبق عن طلب العروض على مدى زمني كاف للاستعداد و التهيؤ والتحضير للاشتراك فيه، وفي وسائل للإعلام وافية بما يتيح لمن تتوافر فيه شروط الاشتراك و الرغبة فيه أن يأخذ علما بطلب العروض المراد إجراؤه و المسألة الأخرى تتعلق بعلنية الإجراءات الخاصة

بطلب العروض بما يجعله يجري تحت السمع و البصر لكل ذي مصلحة أو راغب بمعرفة ما يجري.

كما أن الإعلان المسبق عن طلب العروض هو الشرط الضروري المطلوب بداية لتأمين مراعاة المبادئ الأخرى التي تقوم عليها الصفقة العمومية. فعنصر المنافسة بين الراغبين في الاشتراك بطلب العروض لا يقوم أصلا إذا كان طلب العروض يتم في الخفاء و بدون علم جميع من تتوافر فيهم شروط الاشتراك فيه، و تكون لديهم الرغبة في ذلك. فالإخلال بمبدأ العلنية يقضي بداية على مبدأ المنافسة ويقضي من باب أولى على مبدأ المساواة³¹. وقد خص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إبرام الصفقات العمومية، على أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية إلى جانب ذلك فقد أكد على ضرورة تكريس القواعد التالية على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الثاني : عنصر منح إمتيازات غير مبررة للغير

إن جوهر المادة 26 من القانون 06-01 هو منح إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية و قد اختيرت هذه العبارة كتسمية للجنة، و بالتالي يكون الامتياز غير المبرر كعنصر من عناصر الركن المادي للجريمة، ثم شرط استفادة الغير من المزية غير المستحقة.

البند الأول : مدلول الامتياز غير المبرر

إن كلمة امتياز مشتقة من كلمة ميز و فعلها ماز بمعنى فرز عن غيره أو فضل الشيء عن سواه و قد عرفت كلمة امتياز على أنها إنعام خاص يعطيه الحاكم رجلا أو جماعة لبيع صنف من البضاعة أو عمل من الأعمال مانعا غيرهم من تعاطيه³².

فالامتياز يقوم على فكرة التفضيل و الفرز عن الغير ، و يكون هذا التفضيل غير مبرر إذا لم يركز على أي سبب موضوعي أو أساس أو مصلحة شرعية.

فالهدف من الجريمة هو تبجيل أحد المتنافسين على غيره، أي أنها مسألة متعلقة بالوقائع فالصورة الغالبة للامتياز غير المبرر تكمن في منح معلومات امتيازيه تفضيلية أو

الاستفادة المستقبلية من شروط تنفيذ مميزة،³³ فالامتياز غير المستحق ليس بالضرورة ربحا ماديا. فلا بد أن يكون هناك معيار لتحديد عبارة " غير مبررة " .

الفرع الثاني : معيار الامتياز غير المبرر

المعيار المرجعي لتحديد الامتياز غير المبرر هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساسا على حرية المنافسة و بالتالي يعتبر امتياز غير مبرر ذلك الامتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما اعتبرت أن خلق ميزة غير مبررة هو نتيجة أتوماتيكية لمخالفة القواعد التي تضمن حرية الترشح و المساواة بين المترشحين³⁴ هذا بالنسبة للقطاع الاقتصادي الخاص.

فالمسألة تبدو صعبة في القانون العام لعدم وجود سوق بمفهوم السوق الخاص ، لكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من اعتبار أن النصوص التي تشكل مخالفتها عنصرا من عناصر الركن المادي لجريمة منح إمتيازات غير مبررة هي نصوص تهدف إلى ضمان حرية الوصول للطلب العمومي و المساواة بين المترشحين و هذه الأسس في حد ذاتها تهدف إلى ضمان توفير شروط المنافسة، فهي ترمي إلى منع المشتري العمومي من منح مزايا لأحد المترشحين المتنافسين فهي تهدف إلى الحفاظ على سير تنافسي للسوق، و من تمة يمكن اعتبار المزية غير المستحقة أنها تلك المزية التي لم تكن لتوجد لو تم احترام فعلا قواعد المنافسة الحرة في السوق³⁵.

البند الثالث: استفادة الغير من الامتياز غير المبرر

يشترط لتحقيق هذا العنصر أن يكون الجاني قد مكن الغير من الاستفادة من ميزة غير مستحقة، إذ لم يربط المشرع قيام هذه الجريمة باستفادة الموظف من ميزة خاصة، بل جعل المستفيد من المزية غير المبررة هو الغير، بخلاف جريمة الرشوة الذي يكون الجاني هو المستفيد، أما إذا كان هناك ما يبرر قانونا الاستفادة من بعض الامتيازات فلا تقوم الجريمة في هذه الحالة، فمنح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون³⁶.

المطلب الثالث: الركن المعنوي

يضم الركن المعنوي العناصر النفسية للجريمة، ويعني ذلك أن الجريمة ليست كيانا ماديا خالصا قوامه الفعل و أثاره، و لكنها كذلك كيان نفسي، و يمثل الركن المعنوي الأصول النفسية لماديات الجريمة و السيطرة النفسية عليها³⁷.

الفرع الأول : الطابع العمدي لجنتحة منح إمتيازات غير مبررة

لقد ركزت المادة 26 من القانون 06-01 المؤرخ في 2 أوت 2011 على الطابع العمدي لجنتحة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية من خلال إضافة كلمة " عمدا " مباشرة بعد كلمة " يمنح ". ولم يكن نص المادة 26 قبل تعديله يذكر صراحة كلمة " عمدا " بل كانت الجريمة تقوم على أساس إبرام الصفقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال إبرام الصفقات العمومية، فهي جريمة عمدية تتطلب توافر قصد عام وقصد خاص.

فالقصد العام يتطلب علم بالنص القانوني الذي يجرم ويعاقب على هذه الجريمة فيجب أن يعلم الجاني أنه موظف عمومي يساهم في إبرام الصفقات العمومية، وأنه يخالف أحكام ترمي إلى ضمان حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات، أما الأهلية الجنائية فيكفي وجودها المادي و لا يلزم أن يعلم بها الجاني³⁸.

أما القصد الخاص يقتضي أن يكون الغرض من مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية إفادة الغير بامتيازات غير مبررة، فلا تقوم الجريمة لمجرد خرق الأحكام القانونية و اللوائح التنظيمية الذي لا يعدو أن يكون مجرد خطأ إداري يسأل عنه مرتكبه تأديبيا وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية تمييز أحد المتنافسين و تفضيله على غيره³⁹.

الفرع الثاني: الفصل بين جنتحة منح إمتيازات غير مبررة وجرائم التسيير

أوجد المشرع من خلال التأكيد على الطابع العمدي للجريمة حلا جزئيا لما يطرحه تجريم أعمال التسيير في مجال إبرام الصفقات العمومية من خطر على الموظف العمومي. فعقوبة منح إمتيازات غير مبررة المتمثلة في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و الغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج لن تطبق إلا إذا ثبت العمد في مخالفة النصوص أما المخالفة الناتجة عن الخطأ فإنها تجعل الفعل جريمة غير عمدية تخضع لسلطان المادة 119 مكرر من قانون العقوبات، فإذا لم تتمكن النيابة من إثبات المخالفة العمدية للنصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية لإثبات وجود جريمة منح إمتيازات غير مبررة فإنها لا تحتاج لإثبات ذلك للمتابعة على أساس المادة 119 مكرر من أجل جريمة سوء التسيير.

فإن ثبت أن الموظف قد ارتكب خطأ تسيير مقبول بالنظر إلى عدم خبرته أو لوجود أي تبرير آخر لهذا الخطأ فإنه لا مجال للحديث عن جريمة منح إمتيازات غير مبررة لكن يبقى أن الموظف قد ارتكب خطأ إداريا أو أنه ارتكب جريمة تسيير.

فالقاضي الجنائي هو من سيقدر إذا كان السلوك يشكل مجرد خطأ إداري خاضع للقانون الإداري أم أن هناك مخالفة عمدية للنصوص المنظمة للصفقات العمومية.

غير أن ما يعاب على القاضي الجنائي عدم البحث في توافر القصد الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، فكثيرا ما يدان المسير لا لسبب إلا لكونه خالف قانون الصفقات العمومية، فتحولت هذه الجريمة من جريمة عمدية تتطلب تتوافر قصد عام وقصد خاص إلى جريمة مادية تقوم لمجرد مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ العامة للصفقات العمومية⁴⁰.

فمحاولة إضعاف القصد الجنائي كركن من أركان الجريمة إن كان يشكل مؤشرا أو مظهرا من مظاهر رغبة المشرع في الصرامة فإنه في ذات الوقت سبب بالنسبة للمتدخلين في الشراء العمومي *Insécurité juridique* عدم استقرار قانوني بالنظر إلى كثرة النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية التي تشكل مخالفتها الركن المادي للجريمة⁴¹.

خاتمة:

ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة لجنتحة منح إمتيازات غير مبررة في القانون الجزائي الخصوصية الموضوعية لهذه الجريمة من كل النواحي بدءا بنصها التجريمي الذي يبدو أنه أندر بزعة بعض مبادئ الركن الشرعي، خاصة مبدأ انفراد التشريع هذا ما انعكس على مبدأ من أهم مبادئ السياسة الجنائية ألا وهو مبدأ الشرعية الجنائية ، فالنص الجنائي أصبح مرهون بنص آخر يختلف تماما عنه من حيث المبادئ فقانون تنظيم الصفقات العمومية هو قانون في حالة تطور مستمر حيث شهد و مازال يشهد تعديلات متلاحقة و سريعة يصعب إدراكها و الإلمام بها.

الركن المادي و ما يمثله من خطر حقيقي على المسيرين ، لأن عدم وضوح مدلول المزية غير المبررة و اتجاه القضاء نحو افتراض وجودها لمجرد إثبات مخالفة للنصوص القانونية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية ، فقد لا يكون الغرض من مخالفة هذه الأحكام المفاضلة، و إنما قد يكون ناتجا عن سوء فهم أو الخطأ في تطبيق هذه الإجراءات، هذا ما يخلق حالة من عدم الاستقرار و الأمن القانوني.

رغم تأكيد المشرع على عمدية جنتحة منح إمتيازات غير مبررة، فإن القضاء يذهب بخلاف ذلك، فالتفريط في القصد الجنائي من جانب القضاء، ربما راجع للمشقة الكبيرة التي يتلقاها القضاء في كيفية إثبات الركن المادي نتيجة شساعة النص التجريبي، من خلال صعوبة الإدراك و الإلزام بمختلف الانتهاكات والتجاوزات على المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية.

إن تأسيس الجريمة على مجرد مخالفة النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، يقتل روح المبادرة لدى المسير هذا ما انعكس فعلا في الجانب العملي، حيث عطلت الكثير من المشاريع تخوفا من الوقوع تحت طائلة نص المادة 26 فقرة أولى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. إن الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية قد ينتج عن خطأ الموظف وليس عن قصده، لذلك فإن جنتحة منح إمتيازات غير مبررة قد تكون مجرد خطأ في التسيير. أما بالنسبة للتوصيات الخاصة:

-دسترة المبادئ الأساسية و جعلها قواعد دستورية لأنها تمثل المظلة التي يحتوي تحتها المال العام من أي تهديد قد يطاله ، صونا لحقوق المجتمع و ممتلكاته و حقوق الأجيال ومستقبلها، و جعل حماية المال العام أحد الحقوق المدرجة في الباب الرابع من الدستور المتعلق بالحريات العامة. و لعل الفرصة مواتية مع مشروع التعديل الدستوري المطروح وكذلك حجم التعدي على المال العام في الأونة الأخيرة بالنظر إلى ثقل الفضاء.

-جعل جنتحة منح إمتيازات غير مبررة دون وجود ما يثبت التواطؤ أو الاستفادة الشخصية من الصفقة تقوم على أساس الخطأ في صوره المعروفة في قانون العقوبات. - ضرورة الاستفادة من مزايا التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال في مجال إدارة الصفقات العمومية، والتعجيل على وجه الخصوص بإنشاء وإطلاق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية كما نص عليه المرسوم 15-247، وكما هو معمول به في العديد من دول العالم، وهو ما من شأنه إضفاء شفافية عالية على القطاع و من تم خلق جو من المنافسة الشريفة، كما يساهم بشكل فعال في التسريع من وتيرة سير إجراءات الإبرام.

الهوامش:

- ¹- قانون رقم 09-01 مؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 يونيو سنة 2001 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية عدد 34 بتاريخ 27 يونيو سنة 2001 .
- ²- قانون 01-06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، ج ر ، عدد 14 ، المؤرخة في 08 مارس 2006 ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 غشت 2011 ، الجريدة الرسمية ، عدد 44 بتاريخ 10 غشت 2011 .
- ³- المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل 2004 ، يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، الجريدة الرسمية ، عدد 26 بتاريخ 25 أبريل 2004 .
- ⁴- المنجد في اللغة و الأعلام ، طبعة جديدة منقحة ، دارالمشرق ، بيروت ، 2003 ، الصفحة 781.
- ⁵- بن بشير وسيلة ، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو مولود معمري ، 2013 ، الصفحة 11.
- ⁶- محمد علي إبراهيم الخصبة الفساد المالي و الإداري وسبل مكافحته ، ورقة عمل مقدمة في الملتقى العربي الثالث بعنوان (أليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري) المنعقد في الرباط المملكة المغربية- ماي 2008 ، الصفحة 148.
- ⁷- علة كريمة ، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر-01-، 2012-2013 ، الصفحة 169.
- ⁸- قانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016.
- ⁹- أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري الشرعية الدستورية في قانون العقوبات الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية ، دار الشروق ، القاهرة ، الطبعة 2002 ، الصفحة 40.
- ¹⁰- هشام الزبورج ، خصوصيات القانون الجنائي للأعمال بالمغرب ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة المولى إسماعيل مكناس ، الصفحة 124-125.
- ¹¹- رشيد بن فريجة ، خصوصية التجريم والعقاب في القانون الجنائي للأعمال ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2016-2017 ، الصفحة 66.
- ¹²- بوصوار عبد النبي ، المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجيلالي ليايس سيدي بلعباس 2013-2014 ، الصفحة 88.
- ¹³- نجية عراب ثاني ، المسؤولية الجزائية للموظف العام عن إستغلال النفوذ ، مجلة دراسات في الوظيفة العامة المركز الجامعي البيض ، العدد الثالث ، جوان 2015 ، الصفحة 51.
- ¹⁴- علة كريمة ، المرجع السابق ، الصفحة 225.
- ¹⁵- بوصوار عبد النبي ، إختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية ، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس ، سيدي بلعباس يومي 24 و 25 أبريل 2013 ، الصفحة 3-4 .
- ¹⁶- علة كريمة ، المرجع السابق ، الصفحة 212.
- ¹⁷- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجريدة الرسمية عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- ¹⁸- اللجان المختصة (البلدية ، الولائية ، الجهوية ، القطاعية) بالرقابة تبعا لقواعد توزيع الإختصاص بين اللجان المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.
- ¹⁹- يعيط عائشة ، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ، رسالة ماجستير (دولة و مؤسسات) ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2013-2014 ، الصفحة 122.

- ²⁰- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017 ، الصفحة 125.
- ²¹- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 2013، الصفحة 496.
- ²²- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، عدد 43 بتاريخ 20 يوليو 2003.
- ²³- القانون رقم 12-08 المؤرخ في 25-06-2008 يعدل و يتمم الأمر 03-03 ، الجريدة الرسمية ، عدد 36، بتاريخ 13 يونيو 2012 .
- ²⁴- LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, BERTI édition, Alger, 2007, P104.
- ²⁵- عبد اللطيف قطيش ، الصفقات العمومية تشريعا وفقها وإجتهدا (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الثانية، 2013 ، الصفحة 30.
- ²⁶- القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 الذي يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 17 بتاريخ 16 مارس 2016.
- ²⁷- مرسوم تنفيذي رقم 93 – 289 مؤرخ في 28 نوفمبر 1993 ، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات في ميدان البناء والأشغال العمومية و الري أن يكون لها شهادة التخصص و التصنيف المهنيين الجريدة الرسمية عدد 79 ، معدل و متمم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 05- 114 ، بتاريخ 07 أبريل 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 26 بتاريخ 10 أبريل 2005.
- ²⁸- عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، الصفحة 39.
- ²⁹- عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2011، الصفحة 260.
- ³⁰- عبد اللطيف قطيش ، المرجع السابق ، الصفحة 13.
- ³¹- عبد اللطيف قطيش ، المرجع السابق ، الصفحة 14.
- ³²- المنجد في اللغة والأعلام ، المرجع السابق ، الصفحة 781.
- ³³- بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية و الإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجبلالي ليابس ، سيدي بلعباس يومي 24 و 25 أبريل 2013، الصفحة 03.
- ³⁴- علة كريمة ، المرجع السابق ، الصفحة 229.
- ³⁵- علة كريمة، المرجع السابق، الصفحة 230.
- ³⁶- المادة 83 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ³⁷- محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة ثالثة جديدة، 1998، ، المجلد العام ، الصفحة 517.
- ³⁸- عوض محمد عوض ، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2000، الصفحة 74.
- ³⁹- أحسن بوسيقعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية عشر، 2012 الجزء الثاني، الصفحة 151.
- ⁴⁰- أحسن بوسيقعة، المرجع السابق، الصفحة 151.
- ⁴¹- علة كريمة، المرجع السابق، الصفحة 281.