

الطالب : قوراري مصطفى

المشرف : الأستاذ الدكتور بحماوي شريف

جامعة : أحمد دراية بأدرار

الإيميل : gourarimustapha@gmail.com

دور القضاء الجنائي في حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المخلص :

تعتبر الصفقات العمومية نوعا من التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة في إطار أداء الوظيفة الإدارية وتحقيق الخدمة العمومية وتسيير المرافق العامة . وبغية ضمان إطار تنافسي لعملية إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها ، وضع المشرع آليات من شأنها تدخل القاضي الإداري للرقابة على مشروعية القرارات وصحة الاجراءات المتعلقة بالمنافسة ، كما حتم تدخل القاضي الجنائي لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الفعل المجرم .

الكلمات المفتاحية :

منافسة ، صفقات عمومية ، قاضي إداري ، ممارسات غير مشروعة ، قاضي جنائي

Résumé

Les marchés publics sont un type de poursuites intentées par l'administration dans l'exercice de fonctions administratives, la réalisation de services publics et la conduite de services publics. Afin de garantir un cadre concurrentiel au processus et à la mise en œuvre des marchés publics, le législateur a mis au point des mécanismes faisant appel au juge administratif pour contrôler la légalité des décisions et la validité des

procédures de concurrence, ainsi que pour engager des poursuites contre les responsables de l'infraction par le juge pénal.

Mots clés : marchés publiques – juge administratif – juge pénal

مقدمة

تعد الصفقات العمومية الوسيلة القانونية التي تعتمد عليها الإدارة في تنفيذ سياستها التنموية والاقتصادية والاجتماعية ، وتعد أهم نوع من أنواع العقود الإدارية والتي تتميز عن غيرها من عقود القانون الخاص بوجود طرفين غير متكافئين من عدة جوانب، لاسيما من حيث الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة في مواجهة المتعاقد معها.

وتجسيدا لسياسة الدولة ، والمتمثلة في ضرورة ترشيد النفقات العمومية وهذا من منطلق سياسة الحكم الراشد لاسيما في ظل الأزمة المالية الحالية ، كان لابد من تعزيز آليات الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية ، ولعل هذه النقطة كانت من أولى المسائل التي حظيت بالاهتمام في ضوء المرسوم رقم 15-247¹.

وبصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته²، تم التأسيس لعدة جرائم مرتبطة بالصفقات العمومية أوكت مهمة التصدي لها للقضاء الجنائي عن طريق منح القاضي الجنائي سلطة اتخاذ التدابير اللازمة ومباشرة الإجراءات التي يراها كفيلة بردعها بغية تعزيز الشفافية والنزاهة للوصول إلى منافسة شريفة عند إبرام الصفقات العمومية . وتبعاً لذلك قمنا بطرح الاشكالية المتمثلة في مدى نجاعة المقاربة الجنائية لحماية المنافسة في الصفقات العمومية والتصدي للممارسات المنافية للمنافسة في هذا المجال .

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بالتركيز على المحورين الآتيين:

المبحث الأول : مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المبحث الثاني : تجريم الأفعال المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية أهم مجال تتحرك فيه الأموال العمومية لتنفيذ أهداف وبرامج ومخططات التنمية المحلية والوطنية ، وهي بذلك تشكل مجالا حيويا للفساد مما دفع بالمشرع إلى التدخل لإحاطتها بحماية خاصة نظرا لعدم نص المشرع الجزائي في المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على الجانب الردعي لمخالفة أحكامه .

وقبل التطرق لمختلف الأفعال التي يمكن أن تكون محلا لارتكاب جرائم تتعلق بالصفقات العمومية والمساس بمبدأ المنافسة فيها ، لا بد أن نتطرق أولا إلى مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المبحث الأول : مفهوم التجريم في الصفقات العمومية

المطلب الأول : تعريف التجريم :

الفرع الأول : التجريم لغة واصطلاحا

أولا : في اللغة : من مصدر جرم ، يقال جرم الرجل أي : أذنب ³

ثانيا : في الاصطلاح :

أما اصطلاحا فيقصد منه : التدخل لردع فعل معين بعقوبة تتمثل في الحبس ، ويرتبط الأمر بتطور المجتمع ، وبالواقع الاجتماعي البشري ⁴ .

ولقد حاول المشرع التوسع في مجال التجريم قصد حصر كل أنواع الفساد وصوره وهو ما سعى لتحقيقه وذلك بإدراج كافة التجاوزات التي يمكن أن تطال مجال الصفقات العمومية ، كما انتهج سياسة عقابية متميزة في معالمتها اتسمت باستقلالها عن قانون العقوبات وقد اعتمدت أساسا على تجنيح الجنايات في إطار إصلاح العدالة ، كما أولى العناية الكاملة للقواعد الاجرائية التي تضمن

الوصول إلى كشف ملابسات الجريمة وعقاب مقترفيها مؤكدا على دورها في تفعيل القواعد الموضوعية⁵.

فغاية المشرع الجنائي من تجريم الأفعال المنافية للأخلاق بصفة عامة ، وللأخلاق التي تفرضها طبيعة المنافسة للظفر بالصفقة هو أخلة الحياة المالية والاقتصادية ، والفساد هو من يسمح لنفسه الحصول على مال أو منفعة لنفسه غير مشروعة من خلال الصفقات غير المشروعة التي يعقدها بموجب وظيفته الشرعية والتي لا تؤمن له مثل هذه المداخل في الحالات العادية⁶.

وقصد التوفيق بين الحماية الردعية للصفقات العمومية والأمن القانوني للمقررين العموميين برزت الحاجة لتأطير تدخل القاضي الجنائي ، إذ أن هذا الأخير هو المكلف بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الأفعال المجرمة .

فمن خلال تجريم منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على سبيل المثال ، أراد المشرع دفع المشتري العمومي إلى التخلي عن الممارسات التفاضلية من خلال نقل المسؤولية من الإدارة إلى المتصرفين باسمها . فلو أن الإدارة كشخص معنوي تكون وحدها المسؤولة ، فإن القاضي الإداري لن يقوم بمعاقبة مرتكب فعل منح الامتياز غير المبرر ، إذ أن الآليات القانونية المقررة لحماية الصفقات العمومية وفق القضاء الإداري لا تنصب إلا على فحص مشروعية الصفقة في حد ذاتها أما مبرم الصفقة فلا يطاله أي عقاب .

كما أن القضاء الإداري لم يكن يتهم بالسلوك الخاطئ مصدر المنح غير المشروع للصفقة ، فهو يتهم بتسليط الجزاء على العمل الإداري دون أثر على من أصدره⁷.

فالقاضي الإداري لا يهتم بمساءلة القائم على إبرام الصفقة غير القانونية ، الأمر الذي أدى بالبعض للقول بأن لا فائدة من وضع نظام رقابة إذا أفلت مرتكب من العقاب⁸.

الفرع الثاني : أهداف التجريم في الصفقات العمومية

يمكن القول بأن وراء كل جريمة حق معتدى عليه ، إذ يعتبر صاحبه الضحية التي تضررت من وقوعها ، ولما كانت الصفقات العمومية مجالا خصبا للفساد بشتى أشكاله وأنواعه ، كان

لا بد من تدخل المشرع تارة للوقاية من الاخلال بالضوابط التي تحكم هذا المجال بإنشائه لهيئات تسهر على تقوية الرقابة المقررة وضمان الشفافية في حركة الأموال ، واستحداث جرائم خاصة من شأنها تأطير الحماية الجنائية للصفقات العمومية من جهة ودرء الشبهة عن الموظف العمومي كتجريم تلقي الهدايا إذ ارتأى من ورائها سد كل السبل المؤدية إلى تحويل أداء الوظيفة الإدارية عن مقاصدها المشروعة .

ولعل أبرز الأهداف التي يمكن الوقوف عليها في هذا الصدد هو صون المال العام من الأفعال المضرة بالاقتصاد الوطني وبالمصلحة العامة والثقة العامة والحوؤول دون الإضرار بخزينة الدولة ⁹.

ولن يتأتى ذلك إلا بإخضاع منح الصفقات العمومية وتنفيذها لإطار قانوني صارم يستلزم اللجوء لإجراءات إبرام للصفقات تتسم بالشفافية والحياد ، كما تؤدي بطبيعتها إلى تحجيم محاولات الغش وجعلها صعبة المرام ¹⁰.

المطلب الثاني : آثار التجريم في مجال الصفقات العمومية

الفرع الأول : الأثر الإيجابي

إن بحث الآثار المترتبة عن التجريم في هذا الإطار، يجرنا إلى تسليط الضوء على السياسة الجنائية للمشرع والنتائج التي ينوي الوصول إليها من خلال سنه للنصوص التجريبية .

فبالنظر إلى الثغرات التي يمكن تترتب عن آليات الرقابة المالية والإدارية ، فإن القاضي الجنائي الذي يفصل في النزاع وينطق بعقوبة جنائية ضد أحد المسيرين العموميين الذين تصرفوا خرقا لواجبات النزاهة والحياد والحيطة التي يفرضها قانون الصفقات العمومية من شأنه أن يسد من نقائص رقابة القضاء الإداري القاصرة عن حماية المنافسة فيها ، ويعمل على تعزيز تلك الآليات الرقابية مما يوفر ضمانة كبيرة لحسن استعمال المال العام وكذا تهذيب الشراء العمومي .

الفرع الثاني : الأثر السلبي

يمكن القول بأن القاضي الجنائي يتدخل لتقييم أعمال الموظفين المتدخلين في عملية الشراء العمومي ، خاصة وأن مختلف الفاعلين في مجال الصفقات العمومية يولون اهتماما كبيرا للآثار

الإدارية التي تترتب عن ممارساتهم دون الأخذ بعين الاعتبار الآثار الجنائية خصوصا وأن القاضي الجنائي يتمتع بصلاحيات واسعة في هذا المجال .

ولعل قيام التجريم في الصفقات العمومية قد يكون مرده خطأ إداري على اعتبار أن منح الصفة العمومية نتيجة مخالفة القانون قد يكون ناتجا عن خطأ بعيدا عن كل إخلال بواجبات الحياد والنزاهة .

فالعقاب الجزائي على أساس الخطأ في مجال الصفقات العمومية يشكل خطرا كبيرا بالنسبة للمتعامل في الشراء العمومي لحد وقوف ذلك عائقا أمام إبرام العديد من الصفقات العمومية لعدم إحساسه بالأمن القانوني .

ويمكن الإشارة أيضا إلى أن نصوص التجريم في الصفقات العمومية مرتبطة بنصوص القانون الذي ينظم الصفقات العمومية ، وذلك لتحديد المفاهيم المستعملة فيها ، إذ لا يعد النص الجنائي نصا قائما بحد ذاته بل هو نص مجزأ يحيل على نصوص تشريعية وتنظيمية .

فالقانون الجنائي قانون روعي بالدرجة الأولى ن غير أنه مبني على مبدأ الشرعية الجنائية التي تفرض على المشرع صياغة النصوص بدقة ووضوح تقاديا لإعمال السلطة التقديرية المفوضة للقاضي الجنائي وذلك لتوفير الاستقرار والأمن القانونيين ¹¹ .

المبحث الثاني : تجريم الأفعال المنافية للمنافسة في للصفقات العمومية

لقد تبين عدم كفاية آليات الرقابة الإدارية والرقابة المالية الموضوعة لضمان حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين المترشحين والشفافية والحياد في منح الصفقات العمومية مما جعل المشرع يتدخل من أجل إحاطتها بحماية خاصة .

وقد صدر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ¹² لتعزيز احترام المعايير التي ينبغي أن تؤسس عليها الصفقات العمومية ، فذكر في المادة التاسعة منه على أنه : " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية . ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية .

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء .

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية .

- ممارسة كل طرق الطعن في رحالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية .

والجدير بالذكر أن هذا القانون أسس لتجريم بعض الأفعال النافية للمنافسة في الصفقات العمومية من جهة ، وأعاد تصنيف بعض الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية من جهة أخرى . ومن جملة الجرائم التي أشار إليها المشرع في مضمون قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والمرتبطة بالصفقات العمومية ، جنحة المحاباة و جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة بالإضافة إلى صور الرشوة في الصفقات العمومية كجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية و جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية و جريمة تلقي الهدايا¹³ . غير أننا سنركز على الجريمتين الأوليين لأن المقام لا يتسع لتفصيل كافة الجرائم المدرجة في هذا الإطار.

المطلب الأول : جنحة اعطاء امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (المحاباة)

تتميز هذه الجريمة عن باقي جرائم الفساد بأنها جريمة خاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية ، وهذا بخلاف جرائم الفساد العامة ، كجريمة الرشوة ، أو جريمة استغلال النفوذ مثلا غير المرتبطة بنشاط محدد ، وبذلك تتمتع جريمة المحاباة بخصوصية في مختلف أركانها ، بحيث يظهر نصها التجريمي في شكل كتلة تجريبية وليس نصا تجريبيا قائما بذاته ، ذلك أن المادة 26 من القانون رقم 06-01 سالف الذكر المجرمة للمحاباة تحيل إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية ، وبالتالي يظهر نص التجريم كنص مجزأ غير حصري ، بحيث لا يمكن تطبيقه دون الرجوع إلى النصوص القانونية التي أشير إليها آنفا¹⁴ .

الفرع الأول: أركان الجريمة

يستفاد من استقراء الفقرة 01 من نص المادة 26¹⁵ من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته أن منح امتيازات غير مبررة للغير من موظف عمومي بمناسبة إبرام عقد أو تأشير أو مراجعة لعقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا يشكل جريمة يعاقب عليها القانون سالف الذكر لمخالفته الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري العمل بها.

و سنحاول أن نستعرض أركان هذه الجنحة من صفة مرتكبها إضافة إلى الركن المادي الذي يحدد مظهر الجريمة وذلك بإتيان الجاني سلوكا مخالفا به الأحكام التشريعية و اللوائح التنظيمية ثم نبين مدى توافر الركن المعنوي لقيام هذه الجريمة .

أولا : صفة الجاني

وهو الركن المفترض في هذه الجريمة ، بحيث وضحت المادة الثانية الفقرة "ب" من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المقصود بالموظف العمومي ، على اعتبار أن هذا الأخير هو الذي يقوم بارتكاب الركن المادي للجريمة الذي يتحلل إلى النشاط الإجرامي و النتيجة و العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة الجرمية .

وقد عرف قانون الوقاية من الفساد من خلال المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06- 01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 الموظف العمومي ، وهو تعريف مستمد من المادة 02 - الفقرة أ - من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003 .

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

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

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

ثانيا : قيام الركن المادي للجريمة

الركن المادي للجريمة هو مظهرها الخارجي¹⁶ الذي يشكل الجانب المادي المحسوس الذي يخرج بالجريمة من عالم الباطن في نفس من فكر في ارتكابها إلى عالم الواقع . ويقصد به إتيان الفعل المجرم المعاقب عليه كما أنه يؤخذ بحسب ما هو وارد بنص التجريم الموجود بالضرورة ، ذلك أنه بدون وجود هذا الركن لا يمكن اعتبار الفعل أو الترك جريمة تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . و الركن المادي يقوم أساساً على وجود فعل أو سلوك ، يتنوع ويختلف باختلاف الجرائم على تعددها وكثرتها. فقد يكون الفعل إيجابياً أو سلبياً ، كما يمكن أن يكون لحظياً أو مستمراً ، كما يمكن أن يكون مفاجئاً أو جاء نتيجة الاعتياد على القيام به ، كما قد يكون مشكلاً من فعل واحد أو من سلسلة من الأفعال .

ومن ثم فإن الفعل المادي المكون لهذا الركن يختلف حسب تصنيف الجرائم ، هذا التصنيف المستمد أساساً من نوع الفعل المادي المكون للجريمة. و يمكن القول أن الركن المادي للجريمة هو مادياتها ، وكل ما يتصل بها ويدخل في تعريفه القانوني ، وتكون له طبيعة مادية. ويتحقق الركن المادي لجنة المحابة حسب المادة 26 في فقرتها الأولى من القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، بإقدام الجاني على المنح عمداً للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشير أو مراجعته مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية أو اللوائح التنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات . ويمكن تعريف المحابة على أنها: " تفضيل مترشح لصفقة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة ، ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية .

الغرض من الجريمة¹⁷:

لا تقوم الجريمة لمجرد خرق الأحكام القانونية وذلك بقيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية ، بل يجب أن يكون الغرض من النشاط إفادة الغير بامتيازات غير مبررة ، كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط . فإذا إستفاد منه الجاني جاز أن يكون الفعل رشوة .

فمخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية ، تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية ، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تفضيل أحد المتنافسين على غيره ، مثل تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة.

ثالثاً : الركن المعنوي

جريمة المحابة تعد من الجرائم العمدية ، التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص .

مجلة القانون والعلوم السياسية المجلد الرابع العدد 02 الرقم التسلسلي 08 جوان 2018 الموافق ل رمضان 1439

فبالنسبة للقصد العام ، والذي يتمثل في وعي الجاني حالة إتيانه الوقائع المجرمة أنه ينتهك القانون يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية ، مع العلم بأن هذا الفعل مجرم قانونيا.

ويتحقق الركن المعنوي في علم الموظف وإدراكه واتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة لأحد المتنافسين.

الفرع الثاني : العقوبة المقررة للجريمة

أولا :العقوبات الأصلية¹⁸ :

أ- بالنسبة للشخص الطبيعي :

يعاقب المشرع على جريمة المحاباة في المادة 26 " بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات ، وبغرامة من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليون 1.000.000 دج."

_ كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

ب : بالنسبة للشخص المعنوي :

لقد أقر المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد، بما فيها جريمة المحاباة ، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات في المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة . وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج و 5.000.000 دج.

نشير إلى أن المشرع أقر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية ، حيث نص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات بنص المادة 51 مكرر والتي تقضي " باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عند ما ينص القانون على

ذلك". وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك.

بالرجوع إلى النص المذكور نجد أنها حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من القانون الخاص، حيث استتنت منها الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

ثانيا : العقوبات التكميلية :

تحت عنوان " العقوبات التكميلية " أشار المشرع إلى أنه " في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات."

ولقد حدد المشرع مقدار العقوبات المقررة حسب طبيعة كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي .

- أ : بالنسبة للشخص الطبيعي :

نجد أن العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات والتي أشار إليها المشرع في المادة 50 من القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تتمثل في :

- " الحجر القانوني /الحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية /تحديد الإقامة /المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط"

ب - بالنسبة للشخص المعنوي

لقد أشار المشرع في الباب المكرر من الكتاب الأول من قانون العقوبات تحت عنوان العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية إلى العقوبات التكميلية المطبقة على الأشخاص المعنوية في الفقرة 02 من المادة 18 مكرر وهي :

- حل الشخص المعنوي /غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات / الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات / المنع من مزولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات / مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها / تعليق و نشر حكم الإدانة / الوضع تحت الحراسة القضائية

المطلب الثاني : جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

لقد نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على هذه الجريمة ووضح صفة الأشخاص الذين يمكن أن يرتكبوها .

وجدير بالذكر أن نشير إلى أن المشرع قام بإلغاء المادة 128 مكرر بموجب المادة 71 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، وقام بتعويضها بالمادة 26 في الفقرة 06 من نص المادة 72 من ذات القانون .

وسنحاول دراسة مضمون هذا المطلب بالتطرق إلى أركان الجريمة أولا ، ثم نتطرق إلى العقوبة المقررة لهذه الجريمة ثانيا .

الفرع الأول : أركان الجريمة

تقتضي هذه الجريمة توافر صفة خاصة في مرتكبها بالإضافة إلى الركن يحدد مادياتها وأخيرا الركن المعنوي .

أولا : صفة الجاني

اشتراط المشرع صفة معينة في الجاني أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص بمعنى أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص، عدل عن اشتراط صفة معينة بأن أضاف بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي . فالمطلوب هنا أن يكون الجاني عونا اقتصاديا خاصا ولا يهم إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا يعمل لحسابه أو لحساب غيره .

وباستقراء الفقرة 02/26¹⁹ نجد أن لا جدوى من تخصيص التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص بالذكر ما دام أن أي شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا من القطاع الخاص يمكن أن يتعرض للمساءلة من جراء ابرامه لعقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري .

وبالنسبة للشخص الطبيعي فهو كل شخص يقوم عقد مع المؤسسات والهيئات العمومية، ويحوز على صفة تاجر أو حرفي، وعادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات للإدارة.

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

ثانيا : الركن المادي للجريمة

يكتمل الركن المادي للجريمة بإبرام الجاني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، والإستفادة 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 التسليم²⁰ أو التمويل .

الغرض من الجريمة :

لقد وضحت العبارة الأخيرة من نص الفقرة الأخيرة من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ".....من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التمويل" ما يرمي إليه الأشخاص المذكورون في مستهل الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر من جراء الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة .

ثالثا : الركن المعنوي للجريمة

تستلزم هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة مع إرادته استغلال هذا النفوذ لمصلحته ، كما تتطلب القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة .

الفرع الثالث : العقوبة المقررة للجريمة

من أجل مواجهة المشرع لهذه الجريمة ، رصد لها نفس العقوبات المقررة لجريمة المحاباة سواء ما تعلق منها بالعقوبات الأصلية أو بالعقوبات التكميلية وكذا الأحكام المتعلقة بالمشاركة والشروع والتقدم في هذه الجريمة، وعلى الظروف المشددة والإعفاء من العقوبات وتخفيفها .

خاتمة :

مما سبق ذكره ، يمكن القول أن ميدان الصفقات العمومية كان ولا يزال المجال الخصب لابتداع الممارسات الممنوعة بالنظر إلى حجم الأموال المرصودة للمشاريع الموجهة للتنمية في شتى المجالات . لذلك كان لابد من تدخل المشرع لوضع سياسة جنائية تجمع بين الوقاية والتجريم للحد من هذه الممارسات ، خصوصا وأنه كرس عدة آليات تهدف في مجملها إلى حماية المنافسة في الصفقات العمومية عبر مختلف مراحلها .

هذه الآليات مكنت من تدخل القاضي الإداري في حالة وجود خرق للالتزامات المقررة لحماية المنافسة في الصفقات العمومية ، بالإضافة إلى تدخل القاضي الجنائي بدوره في هذا المجال لا سيما في ظل تنامي مفهوم التجريم الذي يلعب دور المحفز والمقوي لآليات الرقابة المالية والإدارية و الذي أصبح بمقتضاه القاضي الجنائي يتمتع بصلاحيات واسعة لضمان الردع للممارسات المخلة بواجبات النزاهة في ممارسة الوظيفة العامة .

وفي الأخير يمكن القول أنه بالرغم مما تثيره بعض نصوص التجريم في مجال الصفقات العمومية من تحفظات ، إلا أن تدخل القاضي الجنائي من شأنه تقوية الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية .

الهوامش :

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن لتنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام ، ج ر ع 50 .

2- قانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته ، ج ر ع 14 .

3- قاموس المعاني www.almaany.com .

4- رقرافي محمد زكريا ، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2014/2013 ، ص 249 .

5- فتحي وردية ، جريمة تلقي الهدايا ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 أبريل 2013 ، ص 55 .

6- ماري حلو رزق ، جرائم الفساد في الصفقات العمومية ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 أبريل 2013 ، ص 90 .

7- محمد بودالي ، نظم الرقابة البرلمانية ، المالية والإدارية على الصفقات العمومية ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 أبريل 2013 ، ص 04 .

8- رقرافي محمد زكريا ، المرجع السابق ، ص 250 ، نقلا عن : Picard Etienne , La responsabilité Pénal dans les marchés publics de travaux , RDI , oct -dec 1998,P 467 .

9- تبون عبد الكريم ، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2018 / 2017 ، ص 90 .

10- محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 03 .

11- علة كريمة ، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة ، مداخلة ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، يومي 24 و 25 أبريل 2013 ، ص 19 .

- 12- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج ر ع 14 .
- 13- فتحي وردية ، جريمة تلقي الهدايا ، مداخله ملقاة بمناسبة تنظيم الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس ، يومي 24 و 25 أبريل 2013 ص 04 .
- 14- علة كريمة ، المرجع السابق ، ص 02 .
- 15- و هي المادة التي عوضت المادة 128 مكرر 01 الملغاة بموجب المادة 71 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته رقم 06-01
- 16- عبد الله أوهابيه ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ط1 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2009 ، ص 224.
- 17- أحمد مجحودة ، أزمة الوضع في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 2 ، ط 2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 816 ، 817 .
- 18- ويقصد بالعقوبات الأصلية تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى .المادة 02/04 من الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 18 صفر عم 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 19- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج 2 ، ط 10 ، دار هومة ، الجزائر ، ص 128.
- 20- المادة 78 / 03 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات وتقويضات المرفق العام .