



جرائم الموظف العام المتعلقة بالصفقات العمومية من منظور

القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم والمتعلق بالفساد.

أ. ثابتي بوحانة — جامعة سعيدة

تُعتبر الصفقات العمومية المجال الخصب الذي ينتشر فيه الفساد الإداري بمختلف صورته والذي غالبًا ما يكون الموظف العام محوره. ورغبة من المشرع في الحفاظ على نزاهة الوظيفة العامة وحيادها وصيانة المال العام وحمايته من التبديد والإهدار، فقد أولى عناية خاصة ضمن إستراتيجية مكافحة الفساد في هذا المجال من خلال تجريمه لكل فعل من شأنه المساس بذلك.

المشرع و في ظل قانوني الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 1236/10 المعدل والمتمم وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته "القانون رقم 01/06 المعدل والمتمم" رسّخ مجموعة من المبادئ الأساسية ينبغي مراعاتها عند إبرام الصفقة العمومية خاصة المناقصة، والمتمثلة في مبدأ المنافسة الحرة، مبدأ المساواة، ومبدأ الإشهار، من شأن عدم الالتزام بها تفشي ظاهرة الفساد بمختلف أساليبه من جانب الموظف فضلاً على عدم تحقيق الصفقات العامة للأهداف المرجوة منها³.

من هذا المنطلق يمكن القول، أنّ مظاهر الفساد التي تمس الصفقات العمومية تأخذ صورتين الأولى: تُعد من أخطر مظاهر الفساد المتفشية في ميدان الصفقات العمومية، وتحقق عندما يتم الانحراف في شكيلات إبرام الصفقات و إعلانها، كعدم استفتاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد. أما الصورة الثانية فتأخذ شكل الانحراف بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، والتي تنقسم إلى عنصرين أساسيين هما: عدم مراعاة الموضوعية في اختيار المتعامل المتعاقد، ومخالفة الأحكام المتعلقة بالمنح المؤقت للصفقة و اعتمادها، وخاصة أنّ المشرع ألزم الإدارة إعلان المنح المؤقت للصفقة مشتملة على بيانات الإرساء المعتمد عليها، إلّا أنّه قصر الإعلان على نتائج تقييم عرض المتعامل الفائز مؤقتاً دون بقية المترشحين و هو الأمر الذي يضفي نوعاً من الغموض و الإبهام و يولد شك حول نزاهة عملية الإبرام، وفي ذات الوقت يفرض طرح إشكالية: مدى نجاح المشرع الجزائري من خلال سياسته الجنائية في وضع آليات من شأنها أن تكون ضمانات لتجسيد المبادئ الأساسية التي ينبغي مراعاتها عند إبرام الصفقة؟

البحث في هذه الإشكالية متعدد و متنوع الجوانب، و إن كنا في هذه سنركز على الجانب الموضوعي منه دون الإجرائي، من خلال التعرض للنظام القانوني للأفعال المجرمة المرتكبة من طرف الموظف العام و المخلة بالمبادئ الأساسية سالف ذكرها، مع الملاحظة أن المشرع الجزائري وبموجب قانون مكافحة الفساد و وقايته قد أعاد النص على بعض الجرائم

¹ المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن قانون الصفقات العمومية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58 لسنة 2010، ص 25.

² القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، ص 15.

³ حاحة عبد العالي الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 108.



التي كانت واردة في قانون العقوبات بصياغة جديدة¹، مع احتفاظه بذات الأركان تقريبا، وتعديله للركن المفترض (صفة الموظف العام) على النحو الذي سيوضح من بيان أركان هذه الأفعال "سواء جريمة منح الامتيازات غير المبررة وفق المادة 26/ف01 (المحور الأول)، جريمة الرشوة طبقا لنص المادة 27 (المحور الثاني)، وأخيرا لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وفق المادة 35 (المحور الثالث).

— المحور الأول: النظام القانوني لجريمة منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الجريمة في المادة 26 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه والمعدلة بموجب القانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011² بنصها: «يعاقب بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 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 و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات».

باستقراء نص المادة 26 المذكور أعلاه كاملاً يتضح لنا أنّ جريمة الامتيازات غير المبررة تأخذ صورتين:

— الصورة الأولى: جنحة الاستفادة من الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية (جريمة المتعامل المتعاقد المادة 02/26).

— الصورة الثانية: جنحة منح الامتيازات في الصفقات العمومية المرتكبة من طرف الموظف العام (المادة 26/ف1) والتي هي محل دراستنا.

ومن ثمة، فجنحة منح امتيازات غير مبررة أو كما يسميها الأستاذ أحسن بوسقيعة بجنحة المحاباة³، وإن كانت جريمة تقليدية تناولها قانون العقوبات في القسم الثاني (الرشوة واستغلال النفوذ بموجب المادة 128 مكرر/ف01) و المعوضة بالمادة 26/ف1 في معناها هي مخالفة التشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية من طرف الموظف العام المكلف بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً قصد منح أحد المتعاملين المتعاقدين امتيازات غير مبررة قانوناً بما يشكل جريمة في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

وعليه وقبل التعرض إلى الجزاءات المقررة لهذه الجريمة ينبغي بادئ الأمر التعرض إلى أركان هذه الجريمة.

— أولاً: أركان جريمة منح الامتيازات غير المبررة.

من خلال استقراء الفقرة الأولى من نص المادة 26 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، هذه الجريمة تقتضي توافر و بالإضافة إلى الركن الشرعي، الأركان التالية:

أ— الركن المفترض: صفة الجاني "الموظف العام المختص بمفهومه الواسع.

¹ فائزة ميموني، خليفة مراد، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005، ص 235.

² القانون رقم 15/11، المؤرخ في 02 أوت 2011، المعدل و المتمم للقانون رقم 01/06 المتعلق بمكافحة الفساد والوقاية منه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، ص 25.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 122.



تُعد جريمة منح الامتيازات غير المبررة من جرائم ذوي الصفة التي يُشترط لقيامها صفة الموظف العام كما يتعين أن يكون مختصاً بعمليات الإبرام والتأشير، وذلك على الشكل التالي:

1- صفة الموظف العام: والمقصود به هنا الموظف العام بمدلوله الواسع لا الضيق¹ تطبيقاً للمادة 02/ب بنصها: يُقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي: «موظف عمومي: 1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية، 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 أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تُقدم خدمة عمومية.

3- كل شخص آخر مُعرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما".
ما يلاحظ أنّ هذا التعريف استمده المشرع الجزائري من فحوى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصادرة في 2003/10/31²، والمادة 08 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الصادرة في 2000/11/15. وبالتالي فقد اعتبر المشرع الجزائري المناصب التشريعية والتنفيذية والإدارية والقضائية والمحلية المنتخبة دائمة كانت أو مؤقتة بمثابة وظائف عامة و الموظف فيها يُعد موظفاً عامّاً بغض النظر عن رتبته وأقدميته، سواء كان يعمل بأجر أو بدون أجر. ولعلّ الغرض من هذا التوسيع هو القضاء على الإشكالات والثغرات التي كانت تعترى قانون العقوبات فيما يخص تحديد صفة الجاني كتركز مُفترض في الجرائم الوظيفية.

فمن المناصب التنفيذية يتم ذكر:

أ- **منصب رئيس الجمهورية:** وإن كان لا يُسأل إلا عن جريمة الخيانة العظمى بمناسبة تأديته لمهامه دون غيرها من الجرائم.

ب- **الوزير الأول و نائبه:** وهو المنصب المستحدث بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 والذي بمقتضاه تم إلغاء منصب رئيس الحكومة، وعوّض بمنصب الوزير الأول، وبناء على المادة 158 من ذات التعديل فإنه يمكن مساءلته جزائياً عن الجنايات والجنح المرتكبة بمناسبة تأدية مهامه بما في ذلك الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، وذات الأمر يُطبق على نائبه إن وُجد و أعضاء الحكومة وهم: الوزراء بمختلف درجاتهم سواء كانوا وزراء دولة أو وزراء عاديون أو وزراء منتدبون أو كتاب الدولة، و الذين يتم مساءلتهم عن جرائم الصفقات العمومية وفق إجراءات خاصة نصا عليها المادة 573 ق إج ج³ و ما يليها.

¹ تجدر الإشارة أنّ المفهوم الضيق للموظف العام تضمنته المادة 04 من الأمر رقم 01/06 المتعلق بالوظيفة العامة بنصها: يُعتبر موظفاً كل عون عُيّن في وظيفة عمومية دائمة و رسم في وتبة السلم الإداري".

² اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصادرة بتاريخ 2003/10/31.

³ بنصها: "إذا كان عضو من أعضاء الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أو رئيس أحد المجالس القضائية أو النائب العام لدى المجلس القضائي، قابلاً للاتهام بارتكاب جنائية أو جنحة أثناء مباشرة مهامه أو بمناسبة تحيل و كيل الجمهورية الذي يخطر بالقضية، الملف عندئذ بالطريق السلمي، على النائب العام لدى المحكمة العليا فتزفعه هذه بدورها إلى الرئيس الأول لهذه المحكمة، إذا ارتأت أن هناك ما يقتضي المتابعة، وتعين هذه الأخيرة أحد أعضاء المحكمة ليجري التحقيق.



ج- الولاة: يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي (المادة 78 من التعديل الدستوري لسنة 1996)، ويتم مساءلتهم عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وفق إجراءات متابعة خاصة طبقاً للمادة 573 ق إ ج.

د- الأشخاص الشاغلين لمناصب إدارية: المقصود بهم العاملين في المؤسسات والإدارات العمومية بصفة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بدون أجر بغض النظر عن رتبته وأقدميتهم، و يدخل في هذه الفئة:

- الموظفون العاديون: وهم الموظفون العاملون في المؤسسات و إدارات العمومية والذين يشغلون مناصبهم بصفة دائمة وخاضعون للقانون الأساسي للوظيفة (الشروط الواردة في المادة 02 منه) وهنا يطرح تساؤل عن: إن كانت تترتب المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي¹ عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية؟

في هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري و في ظل المادة الثانية سالفة الذكر لم يشر إلى إمكانية متابعة الموظف الفعلي عن جرائم الفساد عامة، أما الفقه الجنائي²، وإن كان قد تبني نظرية الموظف الفعلي بخصوص جرائم الفساد الإداري بحجة عدم تقبل إفلات شخص من العقاب كون أن قرار تعيينه صدر باطلاً، والقول بخلاف ذلك يُلقي على المواطنين عبء التحقق في تعاملهم مع الموظفين من صحة القرارات الصادرة بتعيينهم وهو الأمر مستحيل تطبيقاً، إلا أنه ميّز بين حالتين:

- الحالة الأولى: إذا كان العيب في إجراءات التعيين جوهرياً مما يجعله واضحاً لينتبه له الآخرون، فهنا لا يُعتبر موظفاً فعلياً و لا تُطبق عليه أحكام الفساد، وإنما تصرفاته تكون محلاً لجريمة أخرى كالنصب و الاحتيال مثلاً إذا ما توافرت أركانها، انتحال صفة الموظف العام³.

- الحالة الثانية: إذا كان العيب الذي شاب تعيينه بسيطاً و لا يكون محل اكتشاف، فهنا ينبغي مساءلته جزائياً عن جرائم الفساد إن كان قد قام بها.

في هذا المجال وبغض النظر عن موقف الفقه الجنائي، ينبغي القول بضرورة تدخل المشرع الجزائري للفصل في هذه المسألة، وإن كُنّا نرى بضرورة مساءلة الموظف الفعلي عن جرائم الفساد عامة والمرتكبة من طرفه أثناء تأدية مهامه سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية، ما دام المشرع ارتأى الأخذ بالمفهوم الواسع للموظف العام في المادة 02 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه.

ويقوم القاضي المعين للتحقيق، في جميع الحالات المشار إليها في هذه المادة بإجراءات التحقيق ضمن الأشكال والأوضاع المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالتحقيق الابتدائي في الجرائم مع مراعاة أحكام المادة 574 أدناه.

¹ وهو الموظف الذي صدر قرار غير سليم بتعيينه أو لم يصدر قرار بتعيينه إطلاقاً، و رغم أن تصرفاته غير مشروعة من الناحية القانونية إلا أن الفقه و القضاء رتب آثاراً قانونية كما لو كانت صادرة عن موظف حقيقي له الصفة القانونية سواء في الأحوال الاستثنائية أو العادية مستندا في ذلك إلى مبدأ سير المرفق العام بانتظام و اضطراب و مبدأ الظاهر.

² نورة هارون، جريمة الرشوة في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأثرها على التشريعات الجزائية الداخلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص 51.

³ محمد نعيم فرحات، الأحكام التعزيرية لجرائم التزوير و الرشوة في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 224.



-**العمال المتعاقدين أو المؤقتين:** فالفئة الأولى هي التي تربطهم بالإدارة علاقة عقدية و ليست تنظيمية سواء بعقد مُحدد المدة أو غير مُحدد المدة، أما الفئة الثانية فهم الأشخاص الذين يعينون بصفة مؤقتة أي لمدة مُحددة للقيام بعمل ذو طابع مؤقت.

أما في المناصب القضائية فتشمل فئتين: **القضاة الخاضعون للقانون الأساسي للقضاء¹** (قضاة حكم، النيابة العامة للمحكمة العليا، المجالس القضائية و المحاكم التابعة للنظام القضائي العادي، قضاة الحكم و مُحافظي الدولة لمجلس الدولة و المحاكم الإدارية)، **القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل، أمانة المجلس الأعلى للقضاء، المصالح الإدارية للمحكمة العليا، و مجلس الدولة و مؤسسات التكوين و البحث التابعة لوزارة العدل.**

كما تشمل هذه الفئة المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات، المساعدون في قسم الأحداث و القسم الاجتماعي. أما **الفئة الثانية:** فتشمل قضاة مجلس المحاسبة وفق الأمر رقم **23/95** المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة².

أما **المناصب التشريعية والمنتخبين المحليين:** وتشمل أعضاء البرلمان والذي يتكون وفقاً للمادة **98** من التعديل الدستوري، من أعضاء المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، و المنتخبين المحليين في المجالس الشعبية المحلية البلدية والولاية. -**الأشخاص الذين يتولون وظيفة أو وكالة ومن في حكم الموظف:** كالمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني، الضباط العموميين كالموثقون "القانون رقم **02/06**"³ الخضر القضائي "القانون رقم **03/06**"⁴ محافظي البيع بالمزايدة العلنية، المترجمين الرسميين.

2- أن يكون الموظف العام مختصاً بالعمل الوظيفي: وهو ما نصت عليه المادة **1/26** بنصها: « **كُل موظف عمومي يمنح عملاً للغير امتيازاً غير مُبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة..** " ومفاده أن يكون للموظف العام الاختصاص في عملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق حتى تقوم هذه الجريمة دون المراجعة التي استثنائها بموجب التعديل الذي عرفته هذه المادة وفق القانون رقم **15/11**. و عليه فإذا ما انتفى عنصر الاختصاص تنتفي معه جريمة منح امتيازات غير مُبررة كون أنّ الغرض منها لا يتحقق إلا إذا كان للموظف صلاحية القيام بعملية الإبرام أو التأشير.

ب-الركن المادي: طبقاً لنص المادة **01/26** فإنّ الركن المادي لجريمة منح امتيازات بصفة غير قانونية، يتمثل في السلوك المادي و الغرض منه.

¹ القانون العضوي رقم 11/04، المؤرخ في 21 رجب عام 1425، الموافق لـ 06 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 57 بتاريخ 08/09/2004، ص 13

² الأمر رقم 23/95، المؤرخ في 26 أوت 1995، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، ص 15.

³ القانون رقم 02/06، المؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق لـ 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 08/03/2006، ص 15

⁴ القانون رقم 03/06، المؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق لـ 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 08/03/2006، ص 21



1- السلوك المادي لجريمة منح الامتيازات غير المبررة: يتحقق عند قيام الجاني بإبرام أو تأشير العقد أو الاتفاقية أو الملحق خلافاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة أساساً بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات. ومن ثمة فتحليل السلوك المادي للجريمة يفترض التعرض إلى عنصريين:

-العنصر الأول: العمليات والأنشطة التي ينصب عليها السلوك الإجرامي، وفيها يتمّ التعرض إلى:

-العمليات التي ينصب عليها السلوك الإجرامي: فطبقاً لنص المادة 26/1 يقوم السلوك الإجرامي للموظف

العام في جريمة منح امتيازات غير مبررة العمليات التالية:

أ-العقد: الملاحظ أنّ المادة 26 سالفه الذكر جاءت عامة دون تخصيص لنوع معين من العقود، فيستوي أن تكون إدارية عندما تستعمل الإدارة امتيازات السلطة العامة، أو عقود الإدارة الخاصة المبرمة مع الأشخاص وفقاً لقواعد القانون الخاص دونما استعمال امتيازات السلطة العامة¹.

ب-الاتفاقية: تطلق على العقود المبرمة من طرف الدولة أو المؤسسات أو الهيئات الإدارية التابعة لها مع شخص معنوي أو طبيعي و المتعلقة بإنجاز أشغال أو خدمات لصالحها، عندما لا يرقى المبلغ المخصص لها إلى مبلغ الصفقة (كما هو مُحدّد في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدّل والمتمم².

ج-الصفقة: هي العقود المكتوبة التي تبرمها المؤسسات و الهيئات العمومية المحددة في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية و المتعلقة بإنجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات وذلك في حدود المبالغ المحددة في المادة 06 من المرسوم.

د-الملحق: عرفته المادة 103 من قانون الصفقات العمومية بأنّه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي،.....ومهما يكن من الأمر فإنه لا يُمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ما عدا حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة و خارجة عن إرادة الأطراف".

-الأنشطة التي ينصب عليها السلوك الإجرامي.

يتطلب المشروع لقيام جنحة منح امتيازات غير المبررة القيام بأحد الأنشطة المنصوص عليها في المادة 26/1 بطريقة من شأنها مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات هذه الأنشطة تتمثل في:

أ-إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق: وتتمثل في الكيفيات والأشكال والإجراءات التي يتطلبها القانون لاعتماد صفقة أو عقد أو ملحق أو اتفاقية بشكل يترتب عليه القانون آثاراً خاصة وأن الإدارة ملزمة بإبرام صفقاتها وفقاً للكيفيات والإجراءات الموضحة في قانون الصفقات سواء عن طريق إجراء مناقصة أو وفق إجراء التراضي حماية للمال العام³.

¹ محمد الصغير بعلي العقود الإدارية دار العلوم، عنابة، 2005، ص 05.

² تتم الاتفاقية بنفس الإجراءات المعمول بها في الصفقات العمومية إلا ما تعلق منها بطريقة الإبرام و الرقابة والإشهار.

³ المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدّل والمتمم و المتعلّق بالصفقات العمومية.



ب-التأشير: وهو موافقة والإمضاء من قبل الممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة على الصفقة أو العقد أو الاتفاقية أو الملحق¹.

و يدخل في معنى التأشير كذلك مصادقة لجنة الصفقات العمومية سواء الوطنية أو الوزارية أو الولائية أو البلدية وهو ما تضمنه القسم الثاني من الباب الثاني في المادة 132/ف02 من ذات المرسوم عند الحديث عن هيئات الرقابة.

-العنصر الثاني: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية عند إبرام أو تأشير العقود والصفقات العمومية والاتفاقية والملاحق.

حتى نكون أمام جريمة منح الامتيازات غير المبررة ينبغي أن يقوم الموظف العام بعمليات الإبرام والتأشير، وخلافاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. وما يلاحظ بشأن هذا العنصر أن المشرع الجزائري وبموجب القانون رقم 15/11 قد ضيق من مجال تطبيق هذا العنصر، بأن حصر المخالفة في التشريعات والتنظيمات المتعلقة بحرية الترشيح و شفافية الإجراءات بعدما كانت ذات المادة وقبل تعديلها قد توسعت في تجريم هذا العنصر، إذ يعتبر أي خرق للأحكام التشريعية والتنظيمية ومهما كانت طبيعتها عند إبرام أو تأشير صفقة أو عقد أو اتفاقية أو ملحق عنصراً مادياً للجريمة.

2-الغرض من النشاط الإجرامي: لا يكفي قيام الموظف العام بإبرام أو التأشير على الصفقة أو الملحق أو الاتفاقية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح وشفافية الإجراءات حتى يتحقق الركن المادي لجريمة منح الامتيازات غير المبررة، بل ينبغي أن يكون الغرض من تلك الأفعال هو منح الغير شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً امتيازاً يستفيد منه مما يحقق مبدأ المفاضلة بين المتنافسين ويشكل إخلالاً بالمبادئ سالفة الذكر².

وفضلاً على ذلك، فينبغي أن تكون الامتيازات الممنوحة للغير من طرف الموظف العام أثناء إبرام أو تأشير الصفقة غير مبررة قانوناً. حيث أنه إذا كان هناك ما يبرر منحها قانوناً فلا يجوز للغير الذي لم يتعاقد معه الإدارة أن يحتج أو يدفع بوقوع هذه الجريمة³.

ج-الركن المعنوي: فمنح امتيازات غير المبررة جريمة عمدية يتطلب لتوافر ركنها المعنوي، القصد الجنائي بنوعيه العام والخاص وهو المستفاد من نص المادة 26/ف01: "...يمنح عمداً.."، و ذلك على الشكل التالي:

1-القصد العام: يتحقق بتوفر العلم والإرادة.

-العلم: أي أن يكون الموظف العام المختص عالماً بمخالفته للأحكام التشريعية والتنظيمية لحرية الترشيح و شفافية الإجراءات عند إبرامه أو تأشيرها على العقد أو الاتفاقية أو الملحق أو صفقة وانتفائه العلم بأحدها مفاده انتفاء القصد الجنائي.

¹ حاحة عبد العالي المرجع السابق 114.

² تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص45.

³ من ذلك المادة 23/01 من قانون الصفقات العمومية بنصها: "يمنح هامش الأفضلية بنسبة 25 % للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 13 أعلاه".



-الإرادة: أي اتجاه إرادة الجاني إلى إتيان السلوك الإجرامي بعنصره، على أن تكون إرادته حرة ومدركة فإذا ما ثبت أن الموظف منح امتيازاً غير مبرراً للغير تحت تأثير الإكراه، انتفى القصد الجنائي لديه.

2-القصد الخاص: المتمثل في منح الغير امتيازات مع العلم بأنها غير مبررة. ومن ثمة فتقوم هذه الجريمة حتى ولو كان من أعطى الامتياز غير المبرر لا يبحث عن مصلحته بل على فائدة المؤسسة العمومية، وبالتالي يمكن تصور قيام هذه الجريمة حتى ولو لم يكن هناك أي ضرر للخزينة العامة. ويقع على قضاة النيابة العامة و قضاة الحكم إبراز وإثبات توافر القصد الجنائي بمختلف وسائل الإثبات من قرائن، شهادة الشهود وظروف وملابسات القضية المزمّنة لقيام الفعل.

ودراسة جريمة منح امتيازات غير المبررة تفرض طرح التساؤل التالي: هل يعاقب على الشروع في هذه الجريمة؟.

-طبقاً لنص المادة 52 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، فإنّ المشرّع الجزائري عاقب على المحاولة في هذه الجريمة وإن كان قد أحسن عملاً عند تعديله للمادة 26 بموجب القانون 15/11 واستبداله لعبارة "بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير" بعبارة «منح الغير امتيازاً غير مبرر» وذلك تمييزاً للجريمة التامة المعاقب عليها وفق المادة 26/1 عن الشروع و المعاقب عليه وفق المادة 52 من ذات القانون.

-ثانياً: الجزاءات المقررة لجريمة منح امتيازات غير المبررة.

هنا نميز بين عقوبة الشخص الطبيعي وعقوبة الشخص المعنوي.

أ-عقوبات الشخص الطبيعي: تطبيقاً للمادة 26/1 يعاقب الموظف العام مرتكب جريمة منح الامتيازات غير المبررة وكل مساهم فيها بالحبس من 02 سنتين إلى 10 سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 1.000.000 دج مع مراعاة أحكام المادة 49 من ذات القانون المتعلقة بالإعفاء من العقوبات وتخفيفها.

ب-عقوبات الشخص المعنوي: طبقاً لنص المادة 52 و المادة 18 مكرر 1 من قانون العقوبات يعاقب الشخص المعنوي في جريمة منح الامتيازات غير المبررة بغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج مفضلاً عن العقوبات التكميلية.

-المحور الثاني: جريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

نصت على هذه الجريمة المادة 27 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه¹، وتعتبر هذه الجريمة صورة من صور الرشوة الذي كان منصوباً عليها في المادة 128 مكرر 01 الملغاة و تُعرّف بصفة عامة بأنها: "تتمثل في الاتجار بأعمال الوظيفة أو الخدمة أو استغلالها بأن يطلب الجاني أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها أو أية منفعة أخرى، لأداء عمل من أعمال أو الامتناع عنه"². ومن نص المادة يُستفاد أنّ لهذه الجريمة أركان.

-أولاً: أركان جريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

¹ بنصها: "يعاقب بالحبس من عشر إلى 10 إلى 20 عشرين سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض بنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية".

² احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 35.



أ-الركن المفترض: "صفة الجاني". فيشترط توافر صفة الموظف العام بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كما سبق وأن تم ذكره وبالمخصوص الموظف الذي يجوز له قانونا إبرام أو تنفيذ العقود و الصفقات العامة لصالح الدولة أو إحدى المؤسسات الواردة في نص المادة 27 المذكورة.

ب-الركن المادي: يتوفر طبقا لنص المادة 27 عند قبض أو محاولة قبض الموظف العام للأجرة أو المنفعة لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية. ودراسة الركن المادي لجريمة الرشوة الصفقات العمومية يفترض تحليل عناصره.

1-النشاط الإجرامي: وفق نص المادة 27 سالف الذكر فالسلوك الإجرامي لجريمة الرشوة في الصفقات يأخذ شكلين:

-القبض: وهو تسليم الموظف المرتشي الأجرة أو الحصول على المنفعة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو أحد الهيئات الواردة في المادة 27، ويأخذ القبض معنى التسليم إذا ما كان مقابل الرشوة ذو طبيعة مادية كالأجرة مثلاً.

كما يجوز أن يكون القبض رمزياً أو معنوياً كأن يكون مجرد منفعة، وفي هذه الحالة يعتبر القبض متحققاً عندما يحصل الموظف العام المرتشي على المنفعة كما في حالة ترقيته أو تعيين أحد أقاربه في منصب معين.

-محاولة القبض: وهي الصورة التي لا تكتمل فيها عملية تسليم الأجرة ونقل حيازتها من الراشي إلى المرتشي، ولا يحصل فيها هذا الأخير على المنفعة رغم انعقاد الاتفاق بين الطرفين على تحقيق السلوك الإجرامي في إحدى صورتيه القبض أو محاولة القبض، كأن يتم اكتشافه قبل تسلم المرتشي للأجرة أو حصوله على المنفعة من صاحب المصلحة.

2-محل النشاط الإجرامي: ويتمثل في مقابل الرشوة سواء كانت منفعة أو أجرة. وتحدد الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري هنا لم يحدد طبيعة الأجرة أو المنفعة التي يمكن أن تكون مقابلاً للرشوة، فيستوي أن تكون المنفعة التي يقبضها المرتشي لقاء الاتجار بالوظيفة ذات طبيعة مادية أو معنوية كالنقد أو الشيكات أو الحصول على ترقية¹. كما يستوي أن يكون الشخص الذي يتلقى مقابل الرشوة الموظف العام نفسه أو أي شخص طبيعي أو معنوي يعينه والذي يأخذ إما مركز المساهم في جريمة الرشوة أو فاعلاً أصلياً في جريمة الإخفاء "المادة 43" أو مُستفيد منها في حال جهله.

وتناولنا محل النشاط الإجرامي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يجعلنا نسجل بعض الملاحظات:

-المشرع وعند تنظيمه للرشوة في مجال الصفقات العمومية حدد مقابلاً في الأجرة والمنفعة، بخلاف الرشوة السلبية التي حددت المادة 25 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه مقابلاً بالمزية غير المستحقة، وهو بذلك ضيق نطاقها بالنظر إلى أنّ مصطلحي المنفعة والأجرة غير كافيين للإحاطة بجميع الفوائد التي يمكن أن يتلقاها الموظف العام المرتشي لقاء الاتجار بوظيفته.

-المشرع الجزائري في نص المادة 27 لم يشترط أن تكون الأجرة أو المنفعة غير مستحقة، خلافاً لجريمة الرشوة السلبية التي ينبغي لقيامها أن تكون المزية غير مستحقة، وبالتالي فإن سلوك القبض أو محاولة القبض لأجرة أو منفعة مستحقة أو مشروعة "كالمرتب الشهري مثلاً" ينفي وصف الجريمة.

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 45.



3- الغرض من مقابل الأجرة أو المنفعة: هو الأمر الذي من أجله مُنح المرشحي المنفعة أو الأجرة والتي حصرها المشرع في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه¹، وتتمثل في:

- **تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة:** كقيام الراشي باستعمال كل السبل لإقناع الموظف العام المرشحي أثناء تحضيره للصفقة بضرورة إعداد دفتر الشروط على مقاسه، أو إقناعه بضرورة إرساء الصفقة عليه (المنح المؤقت) إذا بلغت مرحلة الإبرام أو استمالة الموظف المرشحي المسئول عن متابعة تنفيذ الصفقة قصد إعفائه من بعض الالتزامات والضمانات أو التساهل معه بالرغم من عدم احترامه للمقاييس المطلوبة.

- **تحضير أو إجراء مفاوضات إبرام أو تنفيذ عقد:** المقصود بها كل العمليات والعقود التي تبرمها أحد الهيئات الواردة في المادة 27 والمتعلقة بصرف نفقات عمومية والتي تقل مبالغها عن ما هو محدد في الصفقات كالقيام بالاستشارة و الاتفاقية وسند الطلب.

- **تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ ملحق:** فأى قبض أو محاولة لقبض أجرة أو منفعة من قبل الموظف العام بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ ملحق لمصلحة الإدارة يقيم جريمة الرشوة في الصفقات العمومية. كما تجدر الإشارة إلى أن الملحق و باعتباره وثيقة تعاقدية تكميلية للصفقة يعد من أكثر أبواب الفساد في الصفقات العمومية بحكم تحرر المصلحة المتعاقدة من كثير من الإجراءات و الشكليات المعتمدة.

ج- الركن المعنوي: جريمة الرشوة في الصفقات العمومية من الجرائم العمدية تقتضي لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة.

- **العلم بأركان الجريمة:** ومفاده علم المرشحي أنه موظف عام وفق المادة 20/ب سألغة الذكر وأنه مختص بعملية تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق، وأن الغرض من تقديم المنفعة أو الأجرة هو مقابل العمل الوظيفي.

- **اتجاه إرادة الموظف العام المرشحي إلى قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة:** إضافة إلى العلم فالصد الجنائي لجريمة الرشوة المنصوص عليها في المادة 25 يتطلب اتجاه إرادة الجاني المرشحي إلى قبض أو محاولة قبض منفعة أو أجرة لنفسه أو لغيره بصورة مباشرة أو غير مباشرة. ومن ثمة فمتى انتفى أحد هاذين العنصرين تنتفي معه جريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

- ثانياً: الجزاءات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

أ- عقوبة الشخص الطبيعي: طبقاً لنص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، يعاقب الموظف العام المرشحي بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج مع الأخذ بعين الاعتبار الإعفاءات والتخفيف الوارد في المادة 49 من ذات القانون.

ب- عقوبة الشخص المعنوي: طبقاً لنص المادة 53 والمادة 18 مكرر يعاقب الشخص المعنوي بغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

¹ بوعزة نصيرة، جريمة الرشوة في ظل القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة ملقاة في حوكمة كآلية للحد من الفساد المالي و الإداري، المنظم من طرف مخبر المالية، بنوك و إدارة الاعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 13، 12 ماي 2012.



-المحور الثالث: جريمة أخذ فوائد بصورة غير قانونية.

وهي الجريمة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، خلطاً للمواد 123، 124، 125 الملغاة من قانون العقوبات. بمقتضاها يتدخل الموظف العام في الأعمال المكلف بإدارتها والإشراف عليها للحصول على فوائد غير مشروعة. وعلة التجريم في هذه الحالة تلمح في أنّ الموظف العام يجمع بين صفتين متعارضتين لا يجوز الجمع بينهما (المصلحة العامة والمصلحة الشخصية للموظف العام)، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة وإلى المساس بمبدأ المنافسة الشريفة¹.

وبالتالي، فلقيام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية ينبغي توافر أركان وذلك قبل معرفة العقوبة المقررة لهذه الجريمة.

-أولاً: الأركان القانونية لقيام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

طبقاً لنص المادة 35 سالف ذكرها تتمثل هذه الأركان في:

أ- **الركن المُفترض: "صفة الجاني".** اشترطت المادة 35 سالف الذكر أن تتوافر في الجاني صفة الموظف العمومي، وإن كانت ذات المادة قد حصرت في الموظف الذي يُدير أو يُشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود والمزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو الذي يكون مكلف بإصدار إذن بالدفع في عملية أو يكون مكلفاً بتصفية أمر ما. وبالتالي فصفة الجاني في هذه الجريمة تنصرف إلى فئتين:

-الموظف الذي يدير أو يشرف على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات:

وهو كل موظف يتولى سلطة الإدارة أو الإشراف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات المبرمة من طرف الإدارة أو المؤسسة أو الهيئة التابع لها، ولا يشترط أن يكون ذلك الشخص شاملاً لجميع مراحل سير هذه العمليات، بل يكفي أن يكون للموظف اختصاص ما أو سلطة معينة في إحدى مراحل التحضير أو الإبرام أو تنفيذ العقود والصفقات و يدخل في هذا الإطار مدير المؤسسة أو الهيئة أو رئيس المصلحة، رئيس المكتب، لمهندس، عون إداري..

-الموظف الذي يكون مكلفاً بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفاً بتصفية أمر ما:

والمقصود به الموظف الذي يكون مكلفاً بإصدار أمر بالدفع، كالموظف الذي يشغل منصب مسؤولية على مستوى المؤسسة أو الهيئة كمدير المؤسسة و رؤساء المصالح الحاسبية، والمراقبين الماليين.

فضلاً على صفة الجاني المذكورة، فيشترط أن يكون الموظف العام مختصاً ولو بجزء من العمل الذي تلقى منه فائدة، كما لا يشترط أن يكون ذلك الاختصاص عاماً و شاملاً، بل يكفي أن يتمتع الموظف باختصاص جزئي، يكون فيه لرأيه الفصل في إبرام الصفقة أو تنفيذها أو بمناسبة تقديم تقرير أو استشارة.

من هذا المنطلق، نجد أن القضاء الفرنسي أقر أن الإدارة أو الإشراف تتحقق بالنسبة للمنتخبين المحليين بمجرد المشاركة في مداورات المجلس التي يتم خلالها مناقشة مشروع أو صفقة أو عقد يكون للمنتخب فائدة فيه².

ب-الركن المادي: طبقاً لنص المادة 35 فيتحقق الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، إما بأخذ أو تلقي

الموظف العام لفوائد نظير عمل من أعمال وظيفته، وهذا ما يُجسّد لنا النشاط الإجرامي والغرض من الجريمة.

¹ تياتب نادية، المرجع السابق، ص 50.

² حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 121.



1-النشاط الإجرامي: يتحقق السلوك الإجرامي إما بأخذ أو تلقي فوائد غير قانونية أثناء مباشرة الإدارة أو الإشراف على إحدى العمليات المتعلقة بالعقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات. وبالتالي فالنشاط الإجرامي لجرمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية يفترض تحليله إلى عنصرين:

أ-العنصر الأول: صور السلوك الإجرامي.

فالسلوك الإجرامي للجرمة محل الدراسة يأخذ أحد الصورتين، إما أخذ الجاني لفوائد أو تلقي فائدة من إحدى العمليات التي ذكرتها المادة 35، والتي يُديرها أو يُشرف عليها بصفة كلية أو جزئية، أو كان أمراً بالصرف أو مُكلفاً بالتصفية، فضلاً عن صورة ثالثة أوردتها النص الفرنسي وأهملتها النسخة العربية والتي تتعلق بالاحتفاظ بالفائدة، **pris, reçu ou conservé**.

-أخذ الفائدة: وهو تسلم الموظف العام للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير مشروعة من الأشخاص الذين لديهم مصلحة في المزايدات أو المناقصات أو العقود أو المقاولات، على أن يتضمن الأخذ إيجاب من الموظف وقبول من صاحب المنفعة و يلتزم هذا الأخير بتسليم الفائدة المتفق عليها للموظف لقاء الاتجار بوظيفته، كما له ثلاث صور:

1-أخذ الجاني للفائدة بصورة مباشرة: كأخذ مدير المؤسسة لمبلغ مالي من أحد المتعاملين قصد السعي لأن يكون هذا الأخير هو الفائز بالعقد.

2-أخذ الجاني للفائدة بعقد صوري: كتمكينه من إنجاز جزء من الصفقة باسم مستعار، كأن يتعاقد مع المؤسسة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي غير اسمه الحقيقي لتزويدها باحتياجاتها من سلعة ما يستوردها من مؤسسة تجارية مملوكة له.

3-قد يحصل الجاني على الفائدة بطريقة غير مباشرة عن طريق وسيط مثلاً.

-تلقي فائدة: وهو تسلم الموظف لفائدة مادية كانت أو معنوية بصفة غير قانونية لقاء الاتجار بوظيفته، وعلى غرار الأخذ فإنّ التلقي يقتضي إيجاباً وقبولاً، على أن يكون الإيجاب أو العرض من صاحب المصلحة في العقود و المناقصات، والقبول من جانب الموظف العام بمقتضاه يتسلم الفائدة المتفق عليها لقاء استغلال الوظيفة¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ وقت تسلم وتلقي المنفعة أو الفائدة قد يكون أثناء تحضير العقود أو الصفقات العمومية أو الإذن بالدفع أو عملية التصفية، كما قد يكون أثناء إبرامها أو تنفيذها أو الرقابة عليها، كما يمكن أن يكون التلقي مباشرة من طرف الموظف العام كما قد يتلقاها عن طريق عقد صوري أو عن طريق شخص ثالث كوسيط.

-الاحتفاظ بالفائدة: وهو حيازة الفائدة وإقرارها، وهذه الصورة تقتضي أن يعرض صاحب المصلحة أو المناقصة أو المقاول أو الإذن بالدفع أو في التصفية فائدة لاستغلال الموظف لوظيفته والاتجار بها، ويلقى هذا العرض القبول فيتم التسليم الذي بموجبه تنتقل حيازة الفائدة للجاني الذي يقوم بالاحتفاظ بها².

¹ عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 114.

² فالاحتفاظ يعني نية الجاني على إتمام الجريمة، كون أنه في التلقي تكون هناك فرضية للتراجع ورفض للفائدة أو إرجاعها، أمّا في حالة الاحتفاظ فلا مجال للتراجع ورفض للفائدة بحكم أنّ الجاني قد قرر الاحتفاظ بها.



وهنا تجدر الإشارة أنه لا تتم طبيعة الفائدة المحتفظ بها، فيستوي أن تكون مادية منا يمكن أن تكون معنوية. كما لا تتم الطريقة التي يتحقق بها دفع الفائدة، فقد تكون بطريقة مباشرة بقبض الجاني للمال بنفسه أو بموجب عقد صوري أو عن طريق وسيط، وهو الواضح من نص المادة 35 سالف الذكر، إلا أنه في ذات الوقت يشترط في الفائدة التي تؤخذ لقاء أداء عمل أن تكون غير مشروعة نتيجة استغلال الموظف العام لمنصبه الوظيفي.

وبالتالي، فالسلوك الإجرامي لهذه الجريمة يقوم متى تحقق أحد صوره بغض النظر عن تنفيذ الصفقة التي على أساسها أخذت الفائدة من عدمه. كما يُساءل الموظف العام جنائياً على هذه الجريمة سواء لحق ضرر لجهة الإدارة أم لا، حيث أنها تقوم متى حصل الموظف على نفع خاص له لقاء الاتجار واستغلال الوظيفة حتى ولو كانت العملية التي قام بها عادت بالنفع على الإدارة¹.

ب-العنصر الثاني:العمليات محل السلوك الإجرامي.

لقد عدت المادة 35 سالف الذكر العمليات التي بمناسبةها تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، وتمثل في:

- 1-**العقود:** وهي ذاتها العقود التي سبق وأن تعرضنا لها عند دراستنا لجريمة منح الامتيازات غير المبررة.
- 2-**المزايدات:** وهي المعرفة في المادة 33 من قانون الصفقات العمومية بأنها: "الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهّد الذي يقدّم العرض الأقل ثمنًا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخصّ إلاّ المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري".

3-**المناقصات:** عرفتها المادة 26 من قانون الصفقات العمومية بأنها: "المناقصة هي إجراء يستهدف للحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

4-**المقاولات:** وهي عقد ملزم للطرفين يتعهّد بمقتضاه أحدهما بأداء عمل أو القيام بصنع شيء مقابل أجر معين².

5-**إذن بالدفع:** هو تصرف قانوني يترتب عليه دين على الدولة صادر عن الأمر بالصرف.

6-**المكلف بالتصفية:** ومفادها قيام المصفي المعين قضائياً أو من قبل الشركاء بإخلاء و تسوية جميع العمليات الجارية للشركة وسائر الشركاء والغير، وتسوية المراكز القانونية باستثناء حقوقها ودفع ديونها، تمهيداً لوضع الأموال الصافية بين أيادي الشركاء، وقسمة ما تبقى من الأموال بينهم.

ج-**الركن المعنوي:** جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية جريمة عمدية يشترط لقيام ركنها المعنوي توافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، وقصد خاص.

1-**القصد العام:** ويتحقق بالعلم والإرادة.

-**العلم:** أي أن يكون الجاني عالماً وقت ارتكاب الجريمة بصفته موظفًا عامًا مكلفًا بالإدارة أو الإشراف على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو إذنًا بالدفع أو مكلفًا بالتصفية، وأن الفائدة التي يتلقاها أو يأخذها أو يحتفظ بها هي فائدة غير مشروعة تلقاها نتيجة استغلال منصبه الوظيفي.

-**الإرادة:** أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب السلوك الإجرامي الموضح في سبيل تحقيق المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة مستغلًا في ذلك وظيفته.

¹ حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 124.

² ورد هذا التعريف في: حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 122.



2- القصد الجنائي الخاص: والمتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق منفعة غير مشروعة، حيث أنه وفي حالة ما إذا لم يكن يتبغي فوائد خاصة وتحققت له دون أن يسعى وراءها، فلا تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

-ثانياً:الجزاءات المطبقة على مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية: نميز بين العقوبات المتعلقة بالشخص الطبيعي، و العقوبات المقررة بالشخص المعنوي.

أ-بالنسبة للشخص الطبيعي: طبقاً لنص المادة 35 يعاقب مرتكب جريمة أخذ فاد بصفة غير قانونية بالحبس من 02 سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في نص المادة 49 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه.

ب-بالنسبة للشخص المعنوي: طبقاً لنص المادة 53 سائلة الذكر والمادة 18 مكرر يعاقب الشخص المعنوي بالغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج فضلاً عن العقوبات التكميلية.

-خاتمة:

يعتبر تكريس مبادئ الشفافية، المنافسة الحرة، المساواة والإشهار في مجال الصفقات العامة من أهم التحديات التي تواجه مختلف الأنظمة، والتي تتطلب وضع منظومة تشريعية صارمة وأنظمة رقابة فعالة، وهو ذاته ما حاول المشرع الجزائري تكريسه من خلال وضعه لمجموع النصوص لمكافحة الفساد في القانون رقم 01/06 الذي جرم أفعالاً كان منصوفاً عليها في قانون العقوبات واستحدث أخرى ووسّع من مفهوم الموظف العام ليستوعب الأشخاص ذوي المناصب الإدارية، القضائية، التشريعية إلا أنه يحتاج لتفعيل الآليات المتعلقة بها وبالأخص مع تنامي ظاهرة الفساد في الجزائر.

وعلى ضوء ما قدّم في هذه الدراسة، فقد تمّ رصد النتائج التالية:

أ-إنّ المشرع الجزائري ومن خلال تنظيمه لجريمة منح الامتيازات غير المبررة في المادة 01/26 وإن كان حكمها قبل التعديل الذي شهدته بموجب القانون 15/11 يتسم بالعمومية و الأتساع ليشمل جميع الصور المحتملة والمتوقعة التي يمكن أن تدخل في مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المقررة ممّا لا يترك أي مجال للتهرب من المسؤولية الجزائية، فإنّه وبعد التعديل و إن كنا نتفهم غايته¹، ضيق من مجال تطبيق هذه المادة وهو ما يعتبر في حد ذاته شكلاً من أشكال رفع التجريم عن طريق حصره لمجال التجريم في مخالفة الإجراءات المتعلقة بشفافية الترشح للصفقات والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

ب-في ذات المجال ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري وبموجب القانون رقم 15/11 المعدل و المتمم لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته ألغى المراجعة من قائمة العمليات التي يمكن أن تكون محلاً للنشاط الإجرامي في جريمة منح الامتيازات غير المبررة، بالرغم من أنّ المراجعة وعلى غرار الإبرام والتأشير يمكن أن تكون محلاً للفساد الإداري، وهو ما يوضح نية المشرع في التضييق من حجم الأفعال المجرمة في جنحة المحاباة وما لا يتفق مع خطته في مكافحة الفساد.

ج-بالرغم مما قيل فيما سبق، ينبغي القول أنّ المشرع الجزائري قد أحسن فعلاً عندما استبدل عبارة "بغرض إعطاء امتياز غير مبرر" والتي كانت موجودة في النص القديم للمادة 26 بعبارة «منح امتياز غير مبرر» وذلك تمييزاً للجريمة التامة

¹ إذ أنّ جميع المتدخلين في مجال إبرام الصفقات العمومية خصوصاً المطالبين بالتأشير عليها وجدوا أنفسهم مضطرين لقضاء أوقات طويلة للتدقيق فيما يقومون من أعمال الرقابة للتأكد من احترام الإجراءات المنصوص عليها، الأمر الذي أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع الهامة.



المعاقب عليها في ذات المادة عن الشروع المعاقب عليه في المادة 52 من ذات القانون. إذ و بالاعتماد على الصياغة القديمة يكفي اتجاه قصد أو غاية الموظف عند أبرام العقد المخالف للتشريع إلى إعطاء امتيازات غير مبررة حتى تقوم جريمة منح الامتيازات غير المبررة.

د-المشرع الجزائري وعند تحديده لحل النشاط الإجرامي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في المنفعة والأجرة فقط، وهما مصطلحان غير كافيان للإحاطة بجميع الفوائد التي يمكن أن يتلقاها الموظف المرتشي، الوضع الذي يفرض تدخله وتوسيعه لمقابل الرشوة ليشمل كل مزية غير مستحقة وذلك على غرار الرشوة السلبية.

ه-إنّ المشرع الجزائري لم يكتف فقط باتخاذ الإجراءات الجزائية الودية الواردة في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الرشوة في الصفقات العمومية، إذ يستفاد من نص المادة 61 من قانون الصفقات العمومية وفضلا على تلك الإجراءات فيجوز توقيع جزاءات إدارية ومدنية كإلغاء وفسخ الصفقة أو العقد أو الملحق. كما يمكن تسجيل الراشي في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية.

و-ما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري و في ظلّ المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم يجرم الرشوة في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها كل المؤسسات العمومية الواردة في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية، إذ حصر مجالها في الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، الأمر الذي يفهم معه أن الرشوة المرتكبة من طرف الهيئات غير المذكورة في المادة 02 كالهيئات الوطنية المستقلة، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وهو ما يفرض تدخل المشرع قصد تعديل المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

-قائمة المراجع:

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، 2007.
- محمد نعيم فرحات، الأحكام التعزيرية لجرائم التزوير و الرشوة في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص224.
- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005.
- عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.
- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- نورة هارون، جريمة الرشوة في ظلّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأثرها على التشريعات الجزائية الداخلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008.
- فايزة ميموني، خليفة مراد، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005.



- بوعزة نصيرة ، جريمة الرشوة فى ظل القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة ملقاة فى حوكمة كآلية للحد من الفساد المالي و الإداري، المنظم من طرف مخبر المالية ،بنوك و إدارة الاعمال ،جامعة محمد خيضر، بسكرة، 13، 12 ماي 2012.

-النصوص القانونية:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصادرة بتاريخ 2003/10/31.
- القانون العضوي رقم 11/04، المؤرخ فى 21 رجب عام 1425، الموافق لـ 06 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 57، بتاريخ 2004/09/08، ص 13
- القانون رقم 01/06 المؤرخ فى 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، ص 04.
- القانون رقم 02/06، المؤرخ فى 21 محرم عام 1427، الموافق لـ 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 2006/03/08، ص 15
- القانون رقم 03/06، المؤرخ فى 21 محرم 1427، الموافق لـ 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 2006/03/08، ص 21
- القانون رقم 15/11، المؤرخ فى 02 أوت 2011، المعدل و المتمم للقانون رقم 01/06 المتعلق بمكافحة الفساد والوقاية منه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، ص 25.
- الأمر رقم 23/95، المؤرخ فى 26 أوت 1995، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 48، ص 15.
- المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ فى 07 أكتوبر 2010، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58 لسنة 2010، ص 25.