جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قـسم الحقوق

جنحـة إستـغلال السلـطة في الصفقات العمومية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماسترتخصص: قانون الدولة والمؤسسات

من تقديم الطالبان:

- بلهادف نسيم
- بوربيع رضوان

تحت إشراف الاستاذ :

- د/ بن مشيرح محمد

أمام لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/ لنكار محمود	أستاذ محاضر	جامعة 20أوت 1955 سكيكدة	رئيسا
د/ بن مشيرح محمد	أستاذ محاضر	جامعة20أوت 1955 سكيكدة	مشرفا ومقررا
أ- كريد محمد الصالح	أستاذ مساعد	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	مناقشا

السنة الجامعية 2020/2019

شكر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على اشرف المرسلين خاتم الأنبياء أجمعين:

وافر الشكر والعرفان للدكتور /**بن مشيرح محمد** الذي تفضل على الإشراف على هذه المذكرة وكانت لنصائحه و توجيهاته وعنه الأثر البالغ في إنجازه

أسأل الله أن يجزيه خير الجزاء

وبالمثل أيضا كل من ساعدنا في إتمام هذه الدراسة و على ما قدموه لي من تعاون صادق و أخص بالذكر كل أساتذة وكذا موظفي قسم الحقوق بجامعة 20أوت 1955 سكيكدة جزاهم الله خير جزاء

كما لا يفوتنا أن نتوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين جهدوا في قراءة بحثنا من أجل تقويمه و تثمينه

إهـــــــــــــــداء

قال الله تعالى " يرفع الله الذين ءامنوا والذين اوتوا العلم درجات "

لما كان فضل العلم عند الله كبير وكانت طريقه محفوفة بالصعاب و المكاره كان لابد وأن يكون من حولنا أناس لهم علينا فضل كبير

من أجل ذلك كان لزاما علينا أن نهدي هذا المجهود العلمي :

الى الغاليين ابي وأمي

الى اخوتي و أخواتي

الى كل صديق أو قريب كانت له يد عون في إنجاز هذه المذكرة

اليهم جميعا أهدي هذا العمل

بلهادف نسيم

بوربيع رضوان

قائمة المحتويات

الموضوع:	الصفحة
الإهداء **الشكر والتقدير** **فهرس المحتويات**	
مقدمة	أ- د
الفصل الأول: الصفقات العمومية و سلطة ابرامها	//
تمهيد	02
المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية	03
المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية	03
الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية	03 - 06
الفرع الثاني: مبادئ الصفقات العمومية	06 - 08
المطلب الثاني: أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها	09
الفرع الأول : أنواع الصفقات العمومية	09 - 10
الفرع الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية	11 - 13
المبحث الثاني: سلطات ابرام الصفقات العمومية	14
المطلب الأول: المصلحة المتعاقدة	14
الفرع الأول: مفهوم المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمو	14 - 16
الفرع الثاني: التزامات المصلحة المتعاقدة المرتبطة بمبادئ الصفقات العمومية	16 - 18
المطلب الثاني: الموظف العمومي	18
الفرع الأول: تعريف الموظف العمومي فقها	18 - 19
الفرع الثاني: تعريف الموظف العمومي قانونا	19 - 21
الفصل الثاني: الجرائم المتعلقة باستغلال السلطة في الصفقات العمومية	//
تمهيد	23
المبحث الأول: الجرائم ذات الصلة بالرشوة في الصفقات العمومية بمختلف أنواعها	24
المطلب الأول: جريمة الرشوة (قبض العمولات في الصفقات العمومية).	24
الفرع الأول: أركان جريمة الرشوة (قبض العمولات) في مجال الصفقات العمومية	25 - 27

الفرع الثاني: قمع جريمة الرشوة(قبض العمولات) في الصفقات العمومية.	**28**
المطلب الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وتلقي الهدايا	**28**
الفرع الأول: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية	**32 – 28**
الفرع الثاني:جريمة تلقي الهدايا.	**35 – 32**
المبحث الثاني: الجرائم ذات الصلة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية	**36**
المطلب الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة عمدا في الصفقات العمومية"المحاباة"(délit de favoritisme)	**36**
الفرع الأول: أركان جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية "المحاباة	**40 – 37**
الفرع الثاني: العقوبات المقررة منح امتيازات غير مبررة عمدا في الصفقات العمومية المحاباة	**43 – 41**
المطلب الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية	**43**
الفرع الأول: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية	**46 – 44**
الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية	**49 – 47**
المطلب الثالث : دراسة حالة عينية عملية افتراضية	**50**
الفرع الأول: القضية حول شبهة فساد في كيفية مخالصة مشروع الطريق الولائي	**55 – 50**
الفرع الثاني: قضية صفقة مشروع تهيئة كورنيش منطقة بومارشي	**57 – 56**
الفرع الثالث: صفقة المتعلقة بانجاز أشغال لحماية الشريط الساحلي	**58 – 57**
الخاتمة	**62 – 60**
قائمة المراجع	**68 – 64**

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة أساسية لتجسيد البرامج التنموية وتحقيق التنمية الشاملة للدولة، ولكن في نفس الوقت أصبحت في بعض الدول ومنها الجزائر أبرز مجال لتفشي ظاهرة الفساد بصوره المختلفة ، ولقد أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة للصفقات العمومية لما لها من أهمية كبرى في اقتصاد البلاد، و يبدو ذلك من خلال النصوص القانونية التي صدرت في حقب زمنية مختلفة و في مراحل اقتصادية و سياسية مختلفة .

وباعتبار أن الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة كونها القنوات الرئيسية المستهلكة للمال العام وفي نفس الوقت تعد أنجع وسيلة لتلبية الحاجيات العمومية، فإنها تعد بذلك المجال الخصب للفساد بكل صوره، لهذا أولى المشرع الجزائري في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عناية خاصة للصفقات العمومية عن طريق تنظيمه لمختلف الجرائم التي يمكن ارتكابها في هذا الإطار و التي ترتبط بشكل وثيق بالوظيفة العامة و الموظف العام وذلك سعيا منه لوضع سياسة قانونية للحد من جرائم استغلال السلطة في هذا المجال من جهة ، و تنظيم الواقع الاقتصادي تماشيا مع التحولات و التغيرات الحاصلة من جهة أخرى .

حيث تعدد هذه الجرائم لتشمل الجرائم التي تتخذ طابع الرشوة عند ارتكابها بما فيها جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، جريمة تلقي الهدايا في مجال الصفقات العمومية، كما تتعدد لتشمل كذلك ماله صلة بالامتيازات غير المبررة والتي تدخل في إطارها جريمتي المحاباة، واستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية،إذ تعتبر مجمل الجرائم السالف ذكرها من جرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية.

إذن وانطلاقا مما سبق ذكره نستطيع أن نقول أن الصفقات العمومية تعد الأكثر استهدافا من ظاهرة الفساد للحصول على مزايا على حسابها أو لتسهيل الوصول إلى بعض الغايات المشروعة منها وغير المشروعة،لهذا فإن مواجهة هذه الظاهرة تتطلب بالضرورة تجريم مختلف صور المخالفات التي يمكن أن تمس بالصفقات العمومية والتي سنتطرق إليها بالتفصيل في دراستنا هذه.

يمكن النظر إلى أهمية موضوع "جنحة استغلال السلطة في الصفقات العمومية" من جانبين نظري علمي و آخر عملي تطبيقي.

حيث تظهر الأهمية العلمية لهذا البحث باعتباره يتناول موضوعا مهما يسلط الضوء على أهم جرائم الفساد و أكثرها انتشارا لارتباطها بالخزينة العامة للدولة، ويتجلى ذلك في إبراز الصور التي تتخذها جرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية ومعرفة خصوصيتها من حيث صفة الجاني والأركان المكونة لهذه الجرائم ومحاولة فهمها و إدراك مختلف الجوانب التي تخصها والكشف عنها و إحالة مرتكبيها إلى الجهات القضائية المختصة كذا التطرق إلى العقوبات التي تطال مرتكبيها.

أما عن الأهمية العملية للموضوع فتتجلى في كون الثغرات القانونية في قانون العقوبات الجزائري في صورته السابقة قبل تعديله جعلت الصفقات العمومية أرض خصبة لتنامي ظاهرة الفساد بمختلف صورها وأنماطها لصلتها المباشرة بالمال العام، لهذا استوجب إظهار طبيعة هذه الجرائم والإطلاع على مختلف الإجراءات القانونية المتبعة وتبسيطها و شرحها بغية فهمها على كل من يرجع إليها من الناحية العملية سواء كان متقاضيا أو قاضيا .

تعود أسباب اختيارنا لهذا الموضوع لنوعين من الأسباب، منها ذاتية شخصية وأخرى موضوعية، فأما عن الأسباب الذاتية فتعود إلى الرغبة و الميول للبحث في هذا الموضوع ودراسته و بالتالي الرغبة في المساهمة ولو بجزء بسيط في إثراء المكتبة القانونية ضف إلى ذلك اختصاصنا المهني، كذا محاولة منا زيادة معارفنا وكسب احترافية أكبر للحد من جرائم مجال الصفقات العمومية.

أما عن الأسباب الموضوعية فأغلبها تتلخص فيما يطرحه الموضوع من إشكالات قانونية بخصوص جرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية ومناقشتها وهو ما يشكل باعثا قويا لاختيار هذا الموضوع ، وأيضا من أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هو ما عرفته الجزائر في الآونة الأخيرة من تزايد خطير في كم و نوع التجاوزات القانونية في مجال الصفقات العمومية والتي أدت إلى إهدار وتبديد المال العام، ضف إلى ذلك وقوع الصفقات العمومية في شباك الشبهات التي تحوم بصفة رئيسية حول كيفية منحها ، حيث أصبح العام و الخاص متيقنا من أن إبرام الصفقات العمومية لا يتم إلا بموجب صفقات باطنية تبرم في الكواليس وأن تلك الإجراءات لا تعد سوى تمثيل شكلي لا غير

الأمر الذي ولّد لدينا الرغبة في إبراز هاته الجرائم ومدى نجاعة الآليات المستحدثة في وقف أو على الأقل محاولة التقليل من هذا النزيف الذي يستهدف مؤسسات الدولة.

إن الأهداف التي نحاول الوصول إليها من خلال بحثنا تتمثل في تحديد و توضيح مفهوم الصفقات العمومية ، إضافة إلى توضيح الجرائم المتعلقة بهذه الصفقات ومعرفة حقيقتها والتي في مجملها تعد استغلال للسلطة في هذا المجال، كذا باعتبار مرتكبيها يتميزون بالذكاء، ضف إلى ذلك صلتهم القوية بأفراد المجتمع خاصة أصحاب المناصب و النفوذ والسلطة.

كما نهدف كذلك من خلال دراستنا إلى إثراء المكتبة القانونية كون أن الصفقات العمومية تعتبر الآلية المثلى لتحقيق المشاريع التنموية للدولة.

أثناء دراستنا لهذا الموضوع واجهتنا مجموعة من الصعوبات أبرزها:

- ✓ ندرة وقلة المراجع المتخصصة التي تعالج موضوع الصفقات العمومية في حد ذاته.
- ✓ صعوبة تطبيق الجانب الميداني نظرا للظرف الراهن تفشي وباء كورونا المستجد .
- ✓ قلة الدراسات و الأبحاث في ظل التعديلات الجديدة لقانون الصفقات العمومية مما اضطررنا إلى الاجتهاد و الاستعانة بمختصين في الميدان.

هذا وفي جميع الأحوال فإن كل باحث اختار الدراسة الأكاديمية عليه أن يدرك أن الصعوبات الشخصية أو العلمية جزآن أساسيان من عملية البحث .

تعتبر الصفقات العمومية مجالا خصبا لارتكاب جرائم الفساد و التي من أهمها جرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية، لذلك فقد أرسى المشرع الجزائري قواعد قانونية تهدف إلى الحد من هذه الجرائم، و هذا ما يجعلنا **نطرح الإشكالية التالية:**

– مامدى فعالية القواعد القانونية المتعلقة بجرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية في الحد منها، و بالتالي في إرساء مبدأ النزاهة و الشفافية في إبرام الصفقات العمومية ؟

وينبثق عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من الإشكاليات والتساؤلات الفرعية تتمحور أساسا حول:

- ➢ ماهي مجمل الجرائم التي يمكن ارتكابها في إطار الصفقات العمومية ؟

- ماهي الأركان المكونة لمختلف جرائم الصفقات العمومية ؟
- كيف يتم قمعها و ماهي السياسة الجنائية المنتهجة من قبل المشرع الجزائري لمواجهة هذه الجرائم ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا **المنهج التحليلي كطريقة** علمية في معالجة موضوع الدراسة وذلك لسيطرة الجانب التشريعي في هذا الموضوع مما يقتضي إتباع هذا المنهج الذي يقوم أساسا على البدء بالمفاهيم الأساسية للصفقات العمومية وطرق وإجراءات إبرامها، كما اعتمدنا المنهج الوصفي وذلك من أجل وصف الظاهرة الإجرامية المتمثلة في جرائم الصفقات العمومية و الأنماط و الصور التي تتخذها ، كما قمنا بدراسة حالة (عينة افتراضية) وذلك عن طريق الاحتكاك بالميدان.

من أجل معالجة هذه الإشكالية المثارة بالدراسة وإثراء الموضوع بشكل مفصل اقتضت الحاجة إلى تقسيم الدراسة إلى فصلين بمبحثين لكل منهما، ففي الفصل الأول تطرقنا إلى الإطار المفاهيمي والقانوني للصفقات العمومية ، يتخلله مبحثين أولهما حول ماهية الصفقات العمومية ، بداية من مفهومها وصولا إلى مبادئ و أنواع الصفقات العمومية، أما في المبحث الثاني فتم تخصيصه بالتطرق إلى سلطات إبرام الصفقات العمومية بدءا بالمصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية وصولا إلى مفهوم الموظف العمومي، فيما تم التطرق في الفصل الثاني إلى الجرائم المتعلقة باستغلال السلطة في الصفقات العمومية وذلك من خلال مناقشة مختلف جرائم الفساد التي يمكن ارتكابها في إطار الصفقات العمومية على ضوء قانون الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته يتخلله مبحثين أولهما الجرائم ذات الصلة بالرشوة في الصفقات العمومية بمختلف أنواعها، أما في المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى الجرائم ذات الصلة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، كما حاولنا من خلال بحثنا إسقاط الجانب النظري على الجانب التطبيقي وذلك من خلال إعداد دراسة حالة (عينة افتراضية) كأمثلة حية على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

في آخر الدراسة تم التوصل إلى عدد من النتائج و التوصيات يمكن اقتراحها في هذا الموضوع وسوف يتم إدراجها في خاتمة هذه المذكرة.

الفصل الأول: الصفقات العمومية و سلطة إبرامها

تمهيد:

تسعى الإدارة العمومية في جميع أعمالها و تصرفاتها إلى تلبية احتياجات و رغبات ومطالب مواطنيها، وحتى تحقق الوظائف المذكورة آنفا أوكلت لها النصوص القانونية أن تستعمل العديد من الوسائل قد تكون بشرية على غرار الأعوان والموظفين وقد تكون قانونية وتكمن في القرارات والعقود الإدارية، ومن المتعارف عليه قضاءا وفقها أن العقود التي تبرمها الإدارة العمومية لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد سواء في مجال إبرامها أو منازعاتها، فقد تبرمها الإدارة تارة بوصفها صاحبة السلطة، وتارة أخرى تتجرد من هذه السلطة .

ومن أمثلة العقود الإدارية، الصفقات العمومية التي تعتبر وسيلة لاستغلال وتسيير المال العام، لذلك سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى تحديد المفاهيم المتعلقة بالصفقات العمومية، وذلك من خلال تحديد مبادئها وأنواعها وطرق إبرامها وهذا ما سوف يتم معالجته في مبحث أول، وفي مبحث ثاني تم التطرق إلى سلطات إبرام الصفقات العمومية بداية بتعريف المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية وصولا إلى مفهوم الموظف العمومي .

وبناء على ما سبق سوف تتمحور دراسة هذا الفصل على المباحث التالية:

- **المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية.**
- **المبحث الثاني: سلطات إبرام الصفقات العمومية.**

المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية

للصفقات العمومية أهمية كبرى في الاقتصاد الوطني كونها الوسيلة الأساسية التي تضبط مشاريع التنمية و الحياة الاقتصادية للبلاد، لذلك أعطاها المشرع الجزائري أهمية خاصة، ومن هذا المنطلق وجب علينا التطرق إلى ماهية الصفقات العمومية من خلال تحديد مفهومها و مبادئها في المطلب الأول و أنواعها و طرق إبرامها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الصفقات العمومية.

إن دراسة الصفقات العمومية تقتضي منا إعطاء تعريف لها سواء من ناحية التشريع أو القضاء أو الفقه، إضافة إلى بيان خصائصها أو المبادئ التي تقوم عليها.

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية.

لقد حاول كل من التشريع والفقه وكذا القضاء إيجاد تعريفات للصفقات العمومية وهذا بالنظر للأهمية الكبيرة التي تكتسيها هذه الأخيرة، ومن منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى بالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري كان لزاما أن نتطرق أولا للتعريف التشريعي لنتبعه بالتعريف القضائي ثم نتطرق في الأخير إلى التعريف الفقهي[1].

أولا: التعريف التشريعي

عرف المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات والتنظيمات الصادرة في مراحل مختلفة الصفقات العمومية، لذا سنعرض هذه التعريفات حسب التدرج الزمني.

01- قانون الصفقات الأول، أمر رقم 67-90: عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90الصفقات العمومية بأنها "**إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون** ".

---

[1] – د/عمار بوضياف ، **شرح وتنظيم الصفقات العمومية** ، الطبعة الثالثة ، جسور النشر و التوزيع ، ،الجزائر، 2011،ص 35.

02- المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي 82-145: عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في: 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي كالتالي: "**صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد و الخدمات**"[1].

03- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة1991 : نص المرسوم التنفيذي رقم: 91-343 المؤرخ في:09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة الثالثة منه على تعريف الصفقات العمومية كمايلي:"**الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود المبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة**".

04-المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: قدمت المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي المذكور تعريفا للصفقات العمومية بقولها:"**الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد والخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة** ".

05-المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم:10-236 المؤرخ في: 17 أكتوبر 2010 في المادة الرابعة منه على أن"**الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة**"[2].

06-المرسوم الرئاسي رقم:15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 في المادة الثانية منه على أن"**الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع**

---

[1]- د/عمار بوضياف، المرجع سابق ص 37.

[2]- أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم10-236،المؤرخ في 17 اكتوبر 2010،المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

المعمول به تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال، اللوازم، الخدمات والدراسات "[1].

ثانيا: التعريف القضائي

رغم اهتمام المشرع الجزائري بتعريف الصفقات العمومية في مختلف الأنظمة و القوانين إلا أن القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريفا للصفقات العمومية وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية على أن"**الصفقة العمومية عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات**"[2].

ويبدو من خلال التعريف أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنه رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص، في حين أن العقد أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا أخر غير الدولة ممثلا في الولاية، البلدية أو المؤسسات الإدارية[3].

ثالثا: التعريف الفقهي

لقد أجمع الفقه الإداري على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية قضائية أرسى مبادئها و أحكامها القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه[4]، حيث أتجه الفقه إلى تعريف العقد الإداري أو بالأحرى الصفقة العمومية على أنها "**العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص لقانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا، أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص**"[5].

---

[1] – أنظر المادة 02من المرسوم الرئاسي رقم15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2] – د/عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر** ، الطبعة الثانية جسور النشر،2009ص 29.

[3] – أنظر المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم08-338المتعلق بقانون الصفقات العمومية ،المؤرخ في 26أكتوبر 2008.

[4] – د/سليمان محمد الطماوي ، **العقود الإدارية دراسة مقارنة**،الطبعة الخامسة ،دار الفكر العربي ،القاهرة، 1991، ص28.

[5] – د/عمار بوضياف ، **الصفقات العمومية في الجزائر** ، المرجع السابق، ص 28،29.

في هذا الصدد تتم الإشارة إلى تظافر الجهود و الأبحاث سواء في الميدان التشريعي و القضائي أو الفقهي لسد الثغرات القانونية وإتقان صياغة التنظيم القانوني منعا للتواطؤ وإقفال الباب أمام الممارسة غير الشريفة التي تنتج عن انحراف بعض الموظفين و استغلالهم لسلطتهم باستجاباتهم لإغراءات سلطان المال.

الفرع الثاني: مبادئ الصفقات العمومية

يخضع إبرام الصفقات العمومية بصفة عامة لاحترام جملة من المبادئ الأساسية التي تنير الطريق للتسيير الأمثل للطلبات العمومية و الحفاظ على صيرورة المرافق العامة من خلال ترشيد النفقات العمومية بما يخدم الصالح العام،هذا ما تؤكده المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و التي تنص"**لضمان نجاعة الطلبات العمومية و لاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم**"[1].

لذا تخضع عملية إبرام الصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة إلى 03 مبادئ أساسية تتمثل في الدعوة المباشرة إلى المنافسة الحرة والشريفة (أولا)، تحقيق مبدأ المساواة بين المترشحين (ثانيا)، بالإضافة إلى نزاهة وشفافية الإجراءات (ثالثا).

أولا: مبدأ المنافسة الشريفة

استمدت فكرة المنافسة أساسها القانوني من مبادئ الليبرالية الاقتصادية المبنية على احترام حرية المنافسة، فقد أعتمد هذا المبدأ في عملية إبرام الصفقات العمومية حيث فيه تمنح الفرصة للجميع

[1]- أنظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

في المشاركة التنافسية بين المتنافسين، حيث تقف المصلحة المتعاقدة موقف الحياد الايجابي في مواكبة عملية الإبرام لاحترامها لمبدأ المنافسة بين المترشحين[1].

ويقضي هذا المبدأ إفساح المجال لجميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر الصفقة و الذين تنطبق فيهم شروط المشاركة حسب الإعلان المنشور بالشروط و الكيفية الواردة بدفتر الشروط المتعلق بالصفقة

كما يقتضي حرية الوصول إلى الطلبات العمومية أن تتبع الإدارة المعنية إجراءات الإشهار فلا تكون صفقاتها بصفة سرية، وهو ما قد يترتب عليه تقديم أكثر من عرض أمامها، كما أنه للمنافسة فوائد عدة سواء بالنسبة للسوق أو العارضين وكذلك بالنسبة للإدارة المتعاقدة [2].

ثانيا: مبدأ المساواة بين المترشحين أو العارضين

يقف المتعامل العمومي حيال الطلبات والعروض المقدمة موقف الحياد، فلا يجوز له كأصل عام التفضيل والتمييز بين العارضين إلا ضمن الأطر التي حددها القانون، وهذا بفرض مبدأ المساواة[3].

ويعد مبدأ المساواة من أهم مبادئ القانون عامة وهو ثابت في كل النظم القانونية والدستورية ومكرس أمام القانون الوطني و القانون الدولي ، كما أنه لمبدأ المساواة وجود في المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والتي تفرض أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة ، فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تضع دفتر شروط يناسب على مقاس مترشح واحد بهدف توجيه الصفقة إليه، أو أن تقبل عرضا أو تستبعد

---

[1]- Jean Christophe Duval . **I essentiel du droit de marchées publique**. 2eme édition ellipses. Paris .2012.p13

[2]- الدكتور عمار بوضياف، **شرح وتنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015**،القسم الأول دون طبعة ، جسور النشر و التوزيع ،الجزائر ، 2017، ص 122.

[3]- د/عمار بوضياف، **شرح وتنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015**، المرجع السابق ، ص 81.

أخر خارج القواعد المعلن عنها، وهذا أمر يخل بمبدأ المساواة ولكن هذا المبدأ لم يرد بصفة مطلقة بل ترد عليه استثناءات تضمنها المرسوم الرئاسي15-247 منها:

- ✓ تخصيص هامش الأفضلية الوطنية (بهدف ترقية الإنتاج الوطني والإدارة الوطنية للإنتاج).
- ✓ تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة و المتوسطة (تشجيع هذا النوع من المؤسسات لإثبات وجودها في المجال الاقتصادي).

02 - مبدأ شفافية الإجراءات

إن تكريس مبدأ شفافية الإجراءات أمر جوهري في اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة حيث يعتبر هذا المبدأ الركيزة الأساسية التي تبنى عليها الإجراءات المتعلقة بالصفقات العمومية من بداية إبرامها حتى نهايتها، وهو الضامن لمشروعية العملية التعاقدية بين المتعاقدين، فإعلان الإدارة المتعاقدة عن طريق الإشهار نيتها في التعاقد بالطرق و القنوات التي يسمح بها القانون[1]، يعد عربونا للثقة وضمانا صريحا للطرف الأخر(الأشخاص الطبيعية الخاصة) التي تبادر بالتعاقد مع طرف يسمو عليها من جميع النواحي.

كما أن الإخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى تشويه عملية إبرام الصفقات وبالتالي يفسح المجال أمام ظاهرة الفساد وتبديد الأموال العمومية، لذا أقر المشرع الجزائري على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز احترام مبدأ الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية [2]، لذلك فمن الواجب احترام وتطبيق القواعد التالية:

- ✓ علانية المعلومات المتعلقة بكافة المراحل التي تمر بها إجراءات الصفقات العمومية .
- ✓ الشفافية العلانية في اتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

---

[1]- صالح زمال، "**امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية**"، مداخلة بمناسبة أشغال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية يوم 20ماي2013، ص 06.

[2]- رحماني راضية ، "**النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية** "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق،جامعة الجزائر1،2016-2017، ص16.

✓ ممارسة كل طرق الطعن المخولة قانونا في حالة عدم احترام مبدأ الشفافية.

المطلب الثاني: أنواع الصفقات العمومية وطرق إبرامها.

الفرع الأول: أنواع الصفقات العمومية

صنف المشرع الجزائري الصفقات العمومية حسب موضوعها مسبقا، يظهر ذلك جليا من خلال نص المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام [1]، والتي نصت صراحة على"**تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:**

- ❖ **إنجاز الأشغال.**
- ❖ **اقتناء اللوازم.**
- ❖ **إنجاز الدراسات.**
- ❖ **تقديم الخدمات**".

وسنتطرق إليها من خلال مايلي :

أولا: صفقات إنجاز الأشغال العامة (le marché de travaux)

تنصب على إنجاز مختلف أنواع الأشغال العمومية من مرافق عمومية كبناء العقارات والسكنات، أو أشغال الهندسة المدنية التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لسد حاجياتها، ويمكن تعريف صفقة الأشغال بأنها اتفاق بين الإدارة و أحد الأطراف أو الشركات للقيام ببناء أو ترميم ،أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة بالعقد و بقصد تحقيق منفعة عامة[2]، ومن هذا التعريف تبرز أسس صفقة الأشغال، فمحلها عقار والعمل الذي تتضمنه يكون لصالح شخص معنوي عام وغايته تحقيق نفع عام.

---

[1]- أنظر نص المادة 29، الفقرة الثانية والثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2]-عبد العزيز خليفة، **الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية**، دون طبعة ، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2008،ص 57 .

ثانيا: صفقات اقتناء اللوازم (le marché de fournitures)

ينصب موضوع اقتناء اللوازم على اقتناء و توريد المواد من المنقولات بصفة عامة كاقتناء اللوازم أو إيجارها من عتاد ومواد وتجهيزات مهما كان شكلها لفائدة الإدارات العمومية لسد حاجياتها في هذا المجال [1]، فصفقة اللوازم هي عقد يتم بموجبه اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة للعتاد أو مواد مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.

ثالثا: صفقات انجاز الدراسات (le marché d études)

ينصب موضوع صفقات الدراسات على انجاز خدمات فكرية من المخططات، التقديرات المحتملة، التصميمات، المراقبة التقنية أو الجيوتقنية و الإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع [2]، ويمكن تعيين مكتب الدراسات ليتكفل بمهمة متابعة ومراقبة وتنفيذ المشروع على ما يرام، كل هذه الدراسات هدفها سد حاجيات المصلحة المتعاقدة، ويمكن تعريفها بأنها اتفاق بين إدارة عامة و شخص أخر(طبيعي أو معنوي من ذوي الخبرة و الاختصاص) يتم بمقتضاه بالقيام بالدراسات واستشارات تقنية في ميدان معين لصالحها.

رابعا: صفقات تقديم الخدمات(le marché de prestation de service)

ينصب موضوع صفقات الخدمات بصفة عامة على مجموعة من الخدمات المختلفة التي تقدمها المصلحة المتعاقدة بغية تلبية و سد حاجيات المصلحة العامة ومثال ذلك النقل الجامعي الإطعام الجامعي، خدمات النظافة .... الخ ويمكن تعريفها بأنها اتفاق بين الإدارة العامة وشخص أخر(طبيعي أو معنوي) قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته و تسييره، كأن تلجأ إدارة عمومية ما إلى التعاقد مع مؤسسة للتنظيف قصد السهر على تنظيف مقرها مقابل ثمن معين[3].

---

[1] – محمد الصغير بعلي ، **العقود الإدارية**، دون طبعة ، دار العلوم و النشر والتوزيع ، عنابة ،2005، ص 23 .

[2] – أنظر المادة 03من المرسوم الرئاسي رقم10–236المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[3] – محمد الصغير بعلي ،المرجع السابق، ص 23 .

الفرع ثاني : طرق إبرام الصفقات العمومية

لقد حدد المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 بدقة الطرق التي تتبع في إبرام الصفقات العمومية منذ مرحلة الإعداد لها إلى غاية مرحلة الانتهاء من تنفيذها وذلك من أجل اختيار أحسن متعامل متعاقد مع المصلحة المتعاقدة، ولقد تخلى المشرع الجزائري عن أسلوب المناقصة المعتمد سابقا وتم استحداثه بأسلوب طلب العروض و هو ما نصت عليه المادة 39 من نفس المرسوم "**تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة،أو وفق إجراء التراضي**"و من خلال نص المادة تبين أن الصفقات العمومية تبرم وفق أسلوب طلب العروض (قاعدة عامة) في حين يشكل أسلوب التراضي بكل أنواعه استثناءا في عملية إبرام الصفقات العمومية وهو ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفرع .

أولا : أسلوب طلب العروض.

يعتبر أسلوب طلب العروض القاعدة العامة في مجال إبرام الصفقات العمومية[1]، والذي تتجسد فيه فكرة الدعوة إلى المنافسة بين المتنافسين للحصول على الصفقات العمومية وهو ما نصت عليه المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 ويتم هذا الأسلوب على أشكال متعددة وهي:

01- طلب العروض المفتوح: هو إجراء يفتح المجال أمام عدد غير محدد من المتنافسين الذين تتوفر فيهم الشروط الأساسية التي تبنى عليها الصفقة العمومية، حيث يسمح بالمشاركة فيها لمن يشاء و تلتزم الإدارة باختيار من يقدم أفضل الشروط الفنية و المالية، دون أن تقتصر المنافسة على أشخاص معينين، وهو ما أشارت إليه المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[1]- عائشة خلدون "**أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 230.

03- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: هذا الأسلوب قيّده المشرع الجزائري بشروط محددة مسبقا من طرف الإدارة لابد من توافرها قبل تقديم العروض،هذا لاعتبارات متصلة بمباشرة محل الصفقة ويحدث هذا في غالب الأحيان في المشاريع الإستراتجية والضخمة للدولة.

04- طلب العروض المحدود: هو إجراء تتقيد فيه المصلحة المتعاقدة من حيث تحديد طائفة معينة من المترشحون بتقديم تعهداتهم، بحيث يتم تقليص نسبة المشاركين في العملية من قبل المشرع للمصلحة المتعاقدة على أساس استشارة انتقائية ويكون بالانتقاء الأولي للمترشحين و ثانيا انتقاء المتعامل المتعاقد وهو ما أشارت إليه المادة 45من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

05- المسابقة: حسب نص المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة للاختيار بعد أخذ رأي لجنة التحكيم بمخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل جوانب فنية أو اقتصادية أو جمالية ،أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة، وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية ، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات.

ثانيا -أسلوب التراضي :

يعتبر أسلوب التراضي أسلوب أخر يعتمد عليه في أبرام الصفقات العمومية لكن بصفة استثنائية [1]،بحيث تخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، وهو ما أشارت إليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث وحسب ذات المادة يمكن أن يكتسي أسلوب التراضي شكل:

[1]-أ/ ثياب نادية،"**سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقة التراضي**"،المجلة النقدية وللقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو،عدد 01-2011ص292.

01- التراضي البسيط: وهو أسلوب استثنائي يعتمد عليه في إبرام الصفقات العمومية ووفقا للحالات المذكورة حصرا في نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام [1].

02- التراضي بعد الإستشارة: لم يحدد المشرع الجزائري له مفهوما دقيقا بل لمّح إليه في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و التي نصت " .... **ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، و تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة**".

وتلجأ المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء لإبرام الصفقات العمومية لما يمكنّه من مميزات خاصة ووسائل تختلف عن تلك المتعلقة بطلب العروض بأشكاله[2]، دون أن يمر إبرام الصفقة على الإجراءات المعقدة التي تستغرق وقتا طويلا، ولقد حصر المشرع الحالات التي تلجا فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي بعد الاستشارة وهي كالتالي :

- عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية .

- ✓ في حالات صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، تحدد هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو طابع سري للخدمات.
- ✓ في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية للدولة .
- ✓ في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ ،وكانت طبيعتها تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة
- ✓ في حالة التعليمات المنجزة في إطار إستراتيجية العمل الحكومي ، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية.

---

[1]- أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[2]- الكاهنة زواوي،"**ابرام الصفقات العمومية في ظل القانون 15-247**"، مجلة الشريعة و الاقتصاد، كلية الشريعة و الاقتصاد- جامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة العدد 12-2017، ص40.

المبحث الثاني: سلطات إبرام الصفقات العمومية

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للجهات المخول لها إبرام الصفقات العمومية وذلك من خلال مختلف التعديلات لقانون الصفقات العمومية، حيث عمل على سن قوانين بغية حماية المال العام وحماية الاقتصاد الوطني، وتعتبر المصلحة المتعاقدة طرفا أساسيا في عقد الصفقة باعتبارها الأداة الرئيسية و المتحكمة في سير الصفقة العمومية عن طريق الموظفين المخولين بذلك لما لها من اختصاصات واسعة عبر كافة مراحل الصفقة العمومية سواء في شكل سلطات أو التزامات لذلك سوف نتطرق بالذكر خلال هذا المبحث إلى مفهوم المصلحة المتعاقدة و التزاماتها في مجال إبرام الصفقات العمومية وصولا إلى مدلول الموظف العمومي الذي يعتبر العنصر الفعال في إبرام الصفقات.

المطلب الأول: المصلحة المتعاقدة:

إن الأهمية الكبيرة للصفقات العمومية في تحقيق المصلحة العامة جعل المشرع الجزائري يوليها اهتماما كبيرا، وهو ما أتضح من خلال التعديلات المتكررة التي عرفها نظام الصفقات العمومية خاصة من حلال تحديد الطرف المتعاقد الممثل للمصلحة العامة "**المصلحة المتعاقدة**" وإلزامها بمبادئ لاختيار الطرف الأخر لذا سنتناول خلال هذا المطلب تعريف المصلحة المتعاقدة، ومن ثمة التزامات المصلحة المتعاقدة المرتبطة بالصفقات العمومية.

الفرع الأول: تعريف المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية:

سنتطرق إلى تعريف المصلحة المتعاقدة من خلال القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية وذلك من خلال مايلي:

أولا: الامر 67-90: حيث نصت المادة الأولى منه صراحة على أن الجهات الإدارية المعنية بالصفقة العمومية هي الدولة، الولاية ،والبلدية و المكاتب العمومية[1].

ثانيا: المرسوم 82-145 المتعلق بالمتعامل العمومي، حيث نصت المادة الخامسة منه على أن الجهات المعنية بعقد الصفقة هي:

- ✓ جميع الإدارات العمومية.
- ✓ جميع الهيئات و المؤسسات العمومية .
- ✓ جميع المؤسسات الاشتراكية .
- ✓ أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى تفويضا لعقد الصفقات.

كما أضافت المادة 20 من نفس المرسوم كل من:

- ✓ المؤسسات التي يكون جل رأسمالها عمومية.
- ✓ الاستغلالات الفلاحية المنظمة والمسيرة في إطار التسيير الذاتي والتعاوني.

ثالثا:المرسوم 88-72: حيث نصت المادة الأولى منه على أنه تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات العمومية التي تبرمها(الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط و أذناه المتعامل العمومي)[2].

رابعا: المرسوم التنفيذي 91-434 ، حيث نصت المادة الثانية الجهات الإدارية المعنية بإبرام الصفقة وهي :

- ✓الإدارات العمومية ذات الطابع الإداري.
- ✓الهيئات الوطنية المستقلة.
- ✓الولاية و البلدية.
- ✓المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

---

[1] – انظر المادة01 من الامر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة1967 ،ص718.

[2] – انظر المادة01 من المرسوم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة1988 ،ص541.

خامسا: المرسوم 02-250 :نصت المادة 02 منه لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية ذات الطابع الإداري والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث و التنمية العلمية الخصوصية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني، والمؤسسات ذات الطابع الصناعي و التجاري.

سادسا: المرسوم الرئاسي10-236 حيث بمقتضى المادة 02 منه أن الهيئات الإدارية هي الإدارات العمومية،الهيئات المستقلة،الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مراكز البحث و التنمية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي، المؤسسات العمومية ذات العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و المؤسسات العمومية ذات الصناعي و التجاري و المؤسسات الاقتصادية ...الخ.

سابعا:المرسوم الرئاسي 15-247: حيث بالرجوع إلى المادة السادسة منه نجدها نصت على انه لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل النفقات أو الدولة والجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو كلية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية وتدعى بصلب النص بالمصلحة المتعاقدة[1].

الفرع الثاني: التزامات المصلحة المتعاقدة المرتبطة بمبادئ الصفقات العمومية

إن عقد الصفقة العمومية ينصب على مقابل مالي يدفع إلى المتعامل المتعاقد مع الإدارة من أجل تلبية حاجات المصالح المتعاقدة، خدمة للمصلحة العامة، لذا وجب على هاته الأخيرة وحماية المال العام أن تعمل على التعاقد مع الطرف الذي يقدم أحسن عرض من الجانب المالي و بالمقابل من ذلك يجب التعاقد مع الأكفأ و الأجدر لتلبية الحاجات العامة المراد تلبيتها، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247. وذلك لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال

[1] – انظر المادة06 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 50 لسنة 2015 ،ص05.

الحسن للمال العام وفقا لمبادئ تراعى في الصفقات العمومية الأتي بيانها: حرية الوصول للطلبات العمومية ، المساواة بالمعاملة بين كافة المترشحين لضمان حقهم في عملية إبرام الصفقات العمومية .

أولا: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية: حيث يقضي هذا المبدأ أنه من حق كل المتعاملين الاقتصاديين الوصول إلى الطلب العمومي ،أي فتح مجال الاستثمار العمومي [1]، وهذا لا يأتي إلا بإعلان الصفقة لجميع المتعاملين الذي يمهم أمر التعاقد مع المصلحة المتعاقدة وكذلك ترك لهم حرية المنافسة من أجل اختيار الشخص الأكفأ الذي يقدم أفضل عرض، ويتجلى هذا من خلال شرطي المنافسة و الإعلان.

01-**المنافسة:** كما اشرنا إليه في المبحث الأول من هذا الفصل ويقضي بأن تقف المصلحة المتعاقدة موقف حيادي إزاء المتنافسين و ليست حرة في استخدام سلطتها لتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها[2].

02- **الإعلان** : حيث يتجلى ذلك في وجوب التزام المصلحة المتعاقدة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية بإعلان رغبتها في التعاقد بهدف الحصول على أكبر عدد من العروض من المترشحين الراغبين في التعاقد لتتمكن من اختيار أفضلها وذلك وفق الإجراءات التي يقتضيها قانون الصفقات العمومية في هذا المجال .

ثانيا: مبدأ المساواة بين المترشحين: يقصد بهذا المبدأ أن يعامل جميع المترشحين للصفقة معاملة متساوية قانونا و فعلا، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تعامل جميع المتقدمين للمناقصة على قدم المساواة، حيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح امتيازا أو تصنع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل التمييز التي تضعها الإدارة قانونية كإعفاء أحد المتنافسين من دفع التأمين مثلا أو من تقديم وثيقة من الوثائق المطلوبة ، إلا انه يرد على هذا المبدأ استثناءات كما اشرنا إليه في المبحث الأول من هذا الفصل وهي :

---

[1] – د/ نادية ظريفي ، **توسيع مجال قانون الصفقات العمومية و إعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية** ، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة بتاريخ2016/02/24 ، ص 06.

[2] – نادية تياب ، **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية** ، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق 2013 ، ص 62.

- ✓ هامش الأفضلية للإنتاج الوطني و هو ما نصت عليه المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- ✓ حق المصلحة المتعاقدة من إقصاء بعض المترشحين ،حيث لها الحق في استبعاد بعض المترشحين الذين ليس لهم القدرة المالية و الفنية لأداء الأعمال المطروحة في المناقصة[1].
- ✓ الإقصاء بقوة القانون وهو ما نصت عليه المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247

ومثال ذلك يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون الذين مثلا قاموا بتصريح كاذب، في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشئ المقضي فيه .... الخ.

المطلب الثاني: الموظف العمومي

إن الموظف العمومي عند ممارسته للوظيفة العمومية قد يقوم ببعض الأفعال الخارجة عن القانون وينجر عنها فساد إداري و من بين هذه التصرفات نجد إساءة استغلال وظيفته، منح امتيازات غير مبررة للغير، قبض عمولات و تلقي الرشوة، و غيرها من الجرائم التي تعد من اكبر جرائم الفساد المالي و الإداري، ولعل أن الموظف العمومي يعد الركيزة الأساسية في إبرام الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع الطرف الأخر، وجب علينا في بحثنا هذا التطرق إلى مفهوم الموظف فقها وقانونا.

الفرع الأول: تعريف الموظف العمومي فقها

سنتاول في هذا الفرع تعريف الموظف فقها في الجزائر و فرنسا.

أولا: تعريف الموظف العمومي فقها في الجزائر:

01- تعريف عبد الرحمان الرميلي : الموظفون العموميون هم الأشخاص الذين ارتبطوا بالإدارة العامة بموجب عمل قانوني وحيد الطرف أعدته الإدارة لأجلهم وحددت فيهم حقوقهم وواجباتهم ودون أن يشاركوا بصفتهم الشخصية .

[1] – د/ نادية تياب ،المرجع السابق،ص68.

02- تعريف عبد الرحمان محيو أحمد: إن الموظفون هم من يوجدون في وضع قانوني تنظيم حسب قانون الوظيفة العمومية، والذي يتميز بأنه قابل للتعديل بقانون جديد دون أن يكون لهم الحق أن يتمسكوا بالحقوق المكتسبة[1].

أولا: تعريف الموظف العمومي في الفقه الفرنسي: نأخذ من ذلك:

01- تعريف Stinov: إن المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه في تحديد الموظف العام هو النظام القانوني الذي يخضع له، فإن كان خاضعا لقواعد القانون العام فإنه يكون موظفا عام[2].

03- تعريف Horiu: الموظف العام هو كل شخص يشغل داخلة في الإدارات الدائمة لمرفق عام يدار بمعرفة الدولة و الإدارة العامة التابعة ويتم تعيينه بمعرفة السلطة العامة [3].

الفرع الثاني: تعريف الموظف العمومي قانونا

بداية سنتاول في هذا الفرع تعريف الموظف فقها في الجزائر و فرنسا ثم نتطرق إلى تعرف الموظف في قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

أولا: تعريف الموظف العمومي في التشريع الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الموظف العمومي في الأمر 06-03 المتضمن القانوني الأساسي العام للوظيف العمومي[4] ،على انه" **يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري**[5]" ، ومن هذا التعريف يتضح لنا انه ليطلق تسمية الموظف العمومي على شخص وجب توفر الشروط التالية :

---

[1] – سلوى تيشات،**أثر التوظيف العمومية على كفاءة الموظفين بالإدارات العمومية الجزائرية** ، دراسة حالة جامعة أحمد بوقرة ، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية و التجارية و التسيير جامعة أحمد بوقرة –بومرداس ،سنة 2010 ،ص50،49.

[2] – محمد يوسف المعداوي ،**دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة و التشريع** ، ط 02 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، مصر سنة 1988 ، ص33.

[3] – سلوى تيشات، مرجع سابق ، ص49.

[4] – أمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية ،ج ر 46 الصادر ب 2006/07/16.

[5] – انظر المادة 04 من الأمر 06-03، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية ،مرجع سابق.

- ✓ صدور قرار بالتعيين في الوظيفة العامة من السلطة المختصة.
- ✓ أن يكون التعيين في إحدى الوظائف العامة.
- ✓ أن يكون العمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

أولا: تعريف الموظف العمومي في التشريع الفرنسي:

لم يعطي المشرع الفرنسي تعريفا للموظف العمومي إنما اكتفى بتحديد معناه و تطرق إلى ذلك من خلال قانون التوظيف العام رقم 06 لسنة 1984 في مادته الثانية إلى الأشخاص الخاضعين لأحكام هذا القانون[1]، حيث نصت على انه تسري أحكام هذا الباب على الأشخاص المعينين لوقت كامل لشغل الوظيفة الدائمة و المثبتين في درجة مدرجة في الهرم الوظيفي للدوائر المركزية و المرافق الخارجية التابعة لها أو في مؤسسات الدولة العامة، ومن خلال النص السابق فإنه يتطلب توافر العناصر التالية لاعتبار الشخص موظفا عاما وهي :

- ✓ الوظيفة الدائمة.
- ✓ الخدمة في مرفق إداري عام.

ثالثا: تعريف الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى الموظف العمومي وذلك من خلال القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث عرفت المادة 02/ب من نص نفس القانون الموظف العمومي[2] وبالرجوع إلى نص المادة حيث نجد 03 فئات تدخل ضمن مفهوم الموظف و هي:

01/ فئة المناصب: تشمل:

- ✓ أعضاء السلطة التشريعية (أعضاء المجلس الشعبي الوطني، أعضاء مجلس الأمة، أعضاء المجالس المحلية الولائية و البلدية).

---

[1] – محمد إبراهيم الدسوقي علي ،**حماية الموظف العام إداريا** ، دائرة النهضة العربية ، مصر 2006.

[2] – القانون 06-01 المؤرخ في 2006/02/20ن المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14 الصادرة بتاريخ2006/03/08 ص 04

- ✓ أعضاء السلطة التنفيذية(رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة، أعضاء الحكومة).
- ✓ أعضاء السلطة الإدارية (الموظفين في إدارة عمومية سواء كانوا دائمين أو مؤقتين).
- ✓ أعضاء المناصب القضائية (القضاة التابعون لنظام القضاء العادي كقضاة الحكم و النيابة العامة بالإضافة إلى القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل، القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري كقضاة مجلس الدولة و المحاكم الإدارية.)

02- كل من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط ، وتشمل:

- ✓ العاملون في الهيئات العمومية.
- ✓ العاملون بالمؤسسات العمومية.
- ✓ العاملون في المؤسسات ذات رأسمال مختلط.
- ✓ العاملون في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية و الذين يتمتعون بقسط من المسؤولية.

03-الموظف ومن في حكمه: وتشمل كل شخص معرف على أنه موظف عمومي أو من في حكمه مثل:

- ✓ المستخدمين العسكريين و المدنيين للدفاع الوطني
- ✓ الضباط العموميون (الموثقين ،المحضرين القضائيين، محافظي البيع بالمزايدة).....

خلاصة القول لا يعد موظفا إلا من كان معينا بمرسوم أو بقرار من السلطة العمومية في وظيفة بإحدى الإدارات المركزية أو المحلية أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام، وكان مصنفا في درجة بحسب السلم الإداري، وكان يشغل منصبه بصفة دائمة[1].

[1] – هشام جزيري، **الحماية الجزائية للمال العام في ظل قانون مكافحة الفساد**، مذكرة من اجل الحصول إجازة المدرسة العليا للقضاء،2009 ص16

الفصل الثاني: الجرائم المتعلقة بإستغلال السلطة في الصفقات العمومية

تمهيد

من المسلم به أن الفساد يهدد استقرار المجتمعات بالنظر إلى ما ينجم عنه من عدم الثقة في مؤسسات الدولة من جهة، ولعل أن من أهم مجالات الفساد التي مست القطاع العمومي هو مجال الصفقات العمومية على اعتبار أنها عقود ممولة عن طريق ميزانية الدولة،حيث يظهر للعيان أن هناك الكثير من التجاوزات القانونية في مجال الصفقات العمومية التي تؤدي إلى إهدار المال العام.

إن الجرائم ذات الصلة بالصفقات العمومية تتميز عن غيرها بأنها لا ترتكب إلا من شخص يتصف بصفة معينة، أي أنها من الجرائم دوي الصفقة وهو الموظف العمومي، فاهتمام المشرع بمختلف هذه الصور جاء من منطلق الصفة المباشرة للصفقات العمومية حيث تعتبر هاته الأخيرة مسرحا لها، وذلك من خلال متاجرة الموظف بوظيفته من أجل الحصول على فوائد أو مزايا غير مبررة لصالحة هذا وذلك على حساب المصلحة العامة، لذا تناولنا في هذا الفصل أربع جرائم وتم معالجتها في مبحثين يتخللهما مطلبين وهي:الجرائم ذات الصلة بالرشوة في الصفقات العمومية بمختلف أنواعها (المبحث الأول) ينطوي تحتها مطلبين هما: جريمة الرشوة – قبض العمولات في الصفقات العمومية (مطلب أول)، جريمة أخد فوائد بصفة غير قانونية (مطلب ثاني) ، كما تطرقنا فيه إلى الجرائم ذات الصلة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية (المبحث الثاني) ينطوي تحته مطلبين :جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية "المحاباة" (مطلب أول)،جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (مطلب ثاني)، وننتهي إلى إثراء الموضوع بدراسة حالة عينية عملية مع التحفظ على الأسماء و الهيئات.

لذا سنتناول الجرائم التي يمكن أن ترتكب في إطار استغلال السلطة في الصفقات العمومية وذلك من خلال التطرق إلى كل جريمة على حدى مع تبيان أركانها والعقوبات المقررة لها من قبل المشرع الجنائي.

المبحث الأول : الجرائم ذات الصلة بالرشوة في الصفقات العمومية بمختلف أنواعها.

تعد الرشوة من اخطر الجرائم المخلة بحسن سير الأداة الحكومية، وذلك لما يترتب عليها من إخلال بالثقة بين الحكام والمحكومين، لذلك فقد سعى المشرع الجزائري على غرار باقي الأنظمة إلى تجريم الصور المختلفة للرشوة حماية لنزاهة الوظيفة العامة مما يمكن أن يحلق بها من فساد أو تجاوز للسلطة، وكان ذلك من خلال الأمر 66-155 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، إلا انه في ظل تشعب هاته الجرائم سن المشرع الجزائري قانون متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ليعيد تنظيم تجريم هذه الجريمة بما يتوافق مع التطورات الحاصلة في جميع الميادين، حيث جرم المشرع الجزائري فعل الحصول على فوائد إما بصفة مباشرة أو غير مباشرة في مجال الصفقات العمومية نتيجة إبرام مناقصة أو مزايدة أو عقد وجوهر ذلك هو استغلال الجاني لسلطته الوظيفية للحصول على ربح أو منفعة غير مستحقة و سنتاول بالذكر هاته الجرائم من خلال:

المطلب الأول: جريمة الرشوة (قبض العمولات في الصفقات العمومية)

نصت على هذه الجريمة وعاقبت عليها المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت تسمية الرشوة في مجال الصفقات العمومية كمايلي" **يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة وبغرامة من 1.000.000،00 دج إلى 2.000.000،00دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه 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 العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية[1].**"

وتعتبر هذه الجريمة صورة من صور الرشوة كان منصوص عليها في المادة 128 مكرر 01 من قانون العقوبات الملغاة، ونظرا لخطورتها وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخاصة منها ما تعلق منه بعملية إبرام و تنفيذ العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية، وما تمثله هذه الأخيرة من ميدان خصبا لانتشار الفساد بنوعيه المالي و الإداري لصلتها الوثيق بالمال العام، حيث تعتبر آلية

[1]- عمار بوضياف،شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر ،دار جسور ، المرجع السابق ، ص 344.

لصرف الميزانية العامة، أضطر المشرع الجزائري إلى الاحتفاظ عليها من خلال النص عليها في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المذكورة أعلاه.

الفرع الأول: أركان جريمة الرشوة(قبض العمولات) في مجال الصفقات العمومية

يستفاد من نص المادة 27 أعلاه أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تقوم إلا إدا توافرت ثلاثة أركان وهي :

أولا: الركن المفترض: صفة الجاني

تشترط المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته صراحة صفة خاصة يجب توافرها في الجاني المرتكب لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية وهي أن يكون موظفا عموميا، وذلك حسب ماهو معرف بنص المادة 02/ب من نص القانون، حيث نجد 03 فئات تدخل ضمن مفهوم الموظف و هي:

01/ فئة المناصب: تشمل:

- ✓ أعضاء السلطة التشريعية (أعضاء المجلس الشعبي الوطني، أعضاء مجلس الأمة أعضاء المجالس المحلية الولائية و البلدية).
- ✓ أعضاء السلطة التنفيذية(رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة، أعضاء الحكومة).
- ✓ أعضاء السلطة الإدارية (الموظفين في إدارة عمومية سواء كانوا دائمين أو مؤقتين).
- ✓ أعضاء المناصب القضائية (القضاة التابعون لنظام القضاء العادي كقضاة الحكم و النيابة العامة بالإضافة إلى القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل، القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري كقضاة مجلس الدولة و المحاكم الإدارية.)

02- كل من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأسمال مختلط ، وتشمل:

- ✓ العاملون في الهيئات العمومية.
- ✓ العاملون بالمؤسسات العمومية.
- ✓ العاملون في المؤسسات ذات رأسمال مختلط.

- ✓ العاملون في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية و الذين يتمتعون بقسط من المسؤولية.

03-الموظف ومن في حكمه: وتشمل كل شخص معرف على أنه موظف عمومي أو من في حكمه مثل:

- ✓ المستخدمين العسكريين و المدنيين للدفاع الوطني
- ✓ الضباط العموميون (الموثقين المحضرين القضائيين، محافظي البيع بالمزايدة).....إلخ

ثانيا: الركن المادي لجريمة الرشوة (قبض العمولات) في الصفقات العمومية

لقد نص المشرع الجزائري على جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، ومن خلال استقرا ء هذه المادة يتضح أن الركن المادي فيها يشمل عدة أوجه التي تعبر عن اتجار الجاني بوظيفته واستغلالها، حيث يتحقق هذا الركن عند قبض أو محاولة قبض الموظف العمومي عمولة (أجرة أو منفعة) لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية وينقسم هذا الركن إلى 03 أقسام وهي :

أ- **النشاط الإجرامي:** من خلال نص المادة 27 أعلاه فإن السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية يتمثل في :

- **القبض:** وهو تسلم 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 من ق و ف م.
- **محاولة القبض:** وهو ثاني صور النشاط الإجرامي، وتعني المحاولة أن هناك عرض من الراشي أو صاحب المصلحة بدفع أجرة أو منح منفعة للموظف المرتشي، وقبول هذا الأخير عرض الأول و لكن هذا الاتفاق بين الراشي و المرتشي قد لا يحقق الغرض المرجو، كان يتم كشفهما

قبل تسلم المرتشي للأجرة أو حصوله على المنفعة من الراشي، فتكون جريمة الرشوة في صورة محاولة القبض قائمة متى اكتملت باقي الأركان.

ب- محل النشاط الإجرامي: يتمثل محل النشاط الإجرامي في مقابل الرشوة وهي المنفعة أو الأجرة مهما يكن نوعهما، حيث أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعتهما، فقد تكون المنفعة التي يقبضها المرتشي لقاء الاتجار بوظيفته ذات طابع مادي أو معنوي أي قد تكون عينيا في شكل نقود أو سيارة أو شيكا أو سداد دين ، كما قد تكون معنويا كالحصول على ترقية مثلا[1].

ج- الغرض من الرشوة أو مقابل المنفعة أو الأجرة: لا يكفي لتحقق الرشوة في مجال الصفقات العمومية اتخاذ الموظف لأحد الصورتين التي تقدم ذكرهما (القبض أو محاولة القبض) و إنما يجب توافر الغرض من الرشوة وهو الأمر الذي من أجله منح المرتشي المقابل أو المنفعة أو الأجر، فالموظف يقدم عملا لقاء المنحة أو الأجرة المتحصل عليها من قبل الراشي سواء كان الشخص طبيعي أو معنوي، ولقد حصر المشرع في المادة 27 المذكورة أعلاه الأعمال التي يمكن للمرتشي المتاجرة بها بغرض الرشوة و التي لها صلة بهامه وواجباته الوظيفية المتعلقة أساس بإبرام الصفقات العمومية وهي :

- تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة.
- تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ عقد.
- تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ ملحق.

ثالثا -الركن المعنوي لجريمة الرشوة (قبض العمولات) في الصفقات العمومية

لما كانت جريمة الرشوة في الصفقات العمومية جريمة عمدية شأنها شان باقي جرائم الرشوة الأخرى فإنه يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصريه العلم و الإرادة [2].

[1]- أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق، ص132.

[2]- المرجع نفسه، ص133.

الفرع الثاني: قمع جريمة الرشوة (قبض العمولات) في الصفقات العمومية

لقد كان المشرع الجزائري أكثر تشددا في عقاب الشخص الطبيعي على هذه الجريمة مقارنة بباقي الجنح، حيث أعتبر فعل الرشوة في الصفقات العمومية جنحة مغلظة، وهذا راجع للآثار الخطيرة التي تنتج عن هذه الجريمة و التي تمس أساسا بالمال العام وتحط من هيبة الدولة والإدارة العامة كما أنها تعيق التنمية المحلية لكونها تعرقل المشاريع العمومية في هذا المجال.

فعقوبة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هي الحبس من 10 إلى 20 سنة وغرامة مالية ما بين 1.000.000،00 دج إلى 2.000.000،00دج.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فتتمثل العقوبة في الغرامة من 02 مليون دينار جزائري إلى 10 مليون دينار جزائري، هذا وتطبق نفس العقوبات التكميلية و العقوبات المدنية الأخرى على مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وتلقي الهدايا.

تقوم هذه الجرائم على ثلاثة عناصر أو أركان أساسية تتمثل في ضرورة توافر صفة معينة في الجاني، واشتراط الركن المادي و المعنوي، و سوف نتطرق إليها من خلال:

الفرع الأول: جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية تفترض أن يكون الجاني موظفا عموميا، الذي دوما يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة في نزاهة و تجرد، لكنه يخون هذه الأمانة ويستغل اختصاصات وظيفته ومنصبه ليأخذ أو يتلقى لنفسه فوائد غير مشروعة[1]، وتعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة وتتفق وجريمة الرشوة ، حيث في كلتا الجريمتين يحصل الموظف وبطريق غير مشروع على فوائد غير مشروعة بسبب وظيفته التي يتاجر بها، كما أنه تعد أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لأنها تنصب على العقود والمناقصات و المزايدات التي تبرمها الإدارة .

[1]– محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1988، ص126.

فالموظف يمثل المصلحة المتعاقدة، فهو يمثل الدولة في مثل هذه العقود و الصفقات ومن واجبه السهر على مصالحها ، فالموظف العام الذي أساء استغلال سلطته يجعله منافسا بصورة غير مشروعة مع باقي المرشحين للفوز بالعقد أو الصفقة مع الإدارة ، ذلك لأنه يستطيع بفعل ما لديه من معلومات باعتباره صاحب اختصاص في إدارة الصفقة أو الإشراف عليها و بفضل ما يحوز عليه من سلطات أن يتفوق على باقي المترشحين سواء لنفسه أو لغيره[1] .

أولا : أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

01- صفة الجاني :

تشترط المادة 35 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أن تتوافر في الجاني صفة الموظف العمومي، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود و المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو الموظف الذي يكون مكلف بإصدار أذن بالدفع في عملية ما أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما، وبهذا فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تقتضي أن يكون الجاني موظفا عاما كماكما هو معرف في المادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وأن يكون مكلفا بأحد الأعمال الواردة في المادة 35 أعلاه ، وبالتالي فإن صفة الجاني تنحصر في فئتين هما :

* الموظف الذي يدير أو يشرف على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات.
* الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار أذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما.

02- الركن المادي:

يستفاد من نص المادة 35 أعلاه أن الركن المادي لهذه الجريمة يتحقق إما بأخذ أو تلقي الموظف العام لفوائد نظير عمل من أعمال وظيفته ، فالركن المادي يتكون من عنصرين هما:

أ- **السلوك الإجرامي:** يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في صورتين هما:إما بأخذ أو تلقي فوائد غير قانونية أثناء مباشرة الإدارة أو الإشراف على إحدى العمليات المتعلقة بالعقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات.

[1]- محمود نجيب حسني ،المرجع السابق ،ص 103.

* **أخذ الفائدة:** يقصد بالأخذ تسلم الموظف العام للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير مشروعة من الأشخاص الذين لهم مصلحة في المزايدات أو المناقصات أو العقود أو المقاولات وله 03 صور:

– أخذ الجاني للفائدة قد يكون بصورة مباشرة، كأخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي مبلغ مالي أو أسهما في شركة من احد المتعاملين، لقاء التزام الأول للثاني بالسعي لأن يكون هو الفائز بالعقد[1].

– أخذ الجاني الفائدة بعقد صوري، كتمكينه من إنجاز جزء من الصفقة باسم مستعار وهذا كأن يتعاقد مع المؤسسة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي غير إسمه الحقيقي لتزويدها باحتياجاتها من سلعة ما يستوردها من مؤسسة تجارية هي في حقيقة الأمر مملوكة له[2].

– حصول الجاني على الفائدة عن طريق شخص ثالث، قد يكون شريكه أو قريبه أو صديقه[3].

* **تلقي الفائدة :** يقصد بالتلقي تسلم الموظف العام الفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير قانونية لقاء الاتجار بوظيفته، ويختلف التلقي عن الأخذ في أن صاحب المصلحة في العقود و المناقصات هو العارض للفائدة و الموظف هو القابل لها، عكس الأخذ الذي يكون فيه الموظف هو طالب الفائدة و صاحب المصلحة يقبل بذلك.

ب– الفائدة: تعتبر الفائدة أحد عناصر النشاط الإجرامي الذي بدونه لا تتحقق الجريمة و لا يهم طبيعتها سواء كانت مادية أو معنوية ، إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، وهذا ما يؤكده نص المادة 35 من ق و ف م المذكورة أعلاه بنصها "... **فوائد أيا كانت**"[4].

---

[1]– مليكة هنان، جرائم الفساد، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر ،2010،ص148.

[2]– عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص،دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص114.

[3]–عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 114.

[4]– المادة 35 من القانون 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

03-الركن المعنوي:

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية كغيرها من جرائم الفساد، لهذا يشترط لقيام ركنها المعنوي توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصريه العلم و الإرادة ، كما أن القصد العام غير كافي وحده لقيام هذه الجريمة وإنما يشترط قصد جنائي خاص، يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق منفعة غير مشروعة، أما إدا لم يكن يبتغي فوائد خاصة له وإنما تحققت له فوائد من العملية دون أن يسعى إليها فلا تقوم الجريمة[1].

ثانيا : قمع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تنظم أحام جريمة قبض فوائد بصورة غير قانونية نجد أن المشرع فرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي وتلك المقررة للشخص المعنوي.

01- العقوبات المقررة للشخص الطبيعي :

أ- العقوبات الأصلية للشخص الطبيعي: يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد لصفة غير قانونية بالحبس من سنتين(02) إلى عشرة (10) سنوات و بغرامة مالية من 200.000،00 دج إلى 1.000.000،00 دج[2].

ب- العقوبات التكميلية للشخص الطبيعي:يجوز الحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات[3]، وهي ذات العقوبات التكميلية الإلزامية و الاختيارية، والتي جاء بها قانون الوقاية من الفساد و مكافحته شأنها شأن جريمة المحاباة.

02- العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

أ- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي: بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي تنص المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته على تطبيق أحكام قانون العقوبات بشأنها، حيث يتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة اخذ فوائد بصورة غير قانونية للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وهي : غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس مرات (05) الحد الأقصى للغرامة

---

[1]- عبد الله سليمان ،المرجع سابق، ص115.

[2]- أنظر المادة 35 من القانون رقم: 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل و المتمم السالف الذكر.

[3]- أ نظر المادة 50 من نفس القانون.

المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي تتراوح ما بين 1.000.000،00 دج وهو الحد الأقصى جزاء لجريمة الرشوة و 5.000.000،00 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

ب- العقوبات التكميلية للشخص المعنوي: حدد المشرع الجزائري العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي:

-حل الشخص المعنوي.

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

-المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

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

- تعليق ونشر حكم الإدانة.

-الوضع تحت الحراسة القضائية .

الفرع الثاني: جريمة تلقي الهدايا.

نجد أن هذه الجريمة وإن كانت قد ظهرت في التشريع الجزائري بموجب القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بحيث لم تكن معرفة من قبل في قانون العقوبات ، إلا أنه يمكن اعتبارها صورة من صور الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وذلك بالنظر إلى عمومية النص الذي جاء بها وهو نص المادة 38 من القانون 06-01 الذي جاء شاملا لكل هدية أو مزية غير مستحقة يحصل عليها الموظف العمومي من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه هذه الصياغة العامة يمكن أن تشمل جميع مجالات الموظف العمومي، غير أنها تبدو مؤثرة في نزاهة الوظيفة و قدسيتها إذا كانت بمناسبة الصفقات العمومية، ويمكن اعتبارها من جرائم الصفقات، ولها صورتين: صورة تلقي الهدية من طرف الموظف "القابل" وصورة إعطاء الهدية من طرف المستفيد " العارض" ويستوي ذلك أن يكون هناك اتفاق مسبق أم لا .

كما أن تلقي الهدية يمكن أن تكون في صورة جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية التي يمكن اعتبارها مفسرة لجريمة تلقي الهدايا، التي تأخذ صورة الرشوة في نص المادة 27

من القانون 06-01 وهو الفعل الإجرامي الذي كان معاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري بنص المادة 128 مكرر 01 الملغاة.

أولا : أركان جريمة تلقي الهدايا

تقوم هذه الجريمة على نفس الأركان التي تقوم عليها جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ، مع بعض الخصوصيات التي سنتطرق إليها كمايلي:

01- صفة الجاني كموظف عام مختص: تعد جريمة تلقي الهدايا من جرائم ذوي الصفة التي تشترط لقيامها توافر صفة معينة في الجاني، وهي صفة الموظف العام بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كما تطرقنا إليه آنفا.

02- الركن المادي: أشار المشرع الجزائري إلى جريمة تلقي الهدايا في المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تنص" **يعاقب كل موظف عمومي يقبض من شخص هدية أو مزية غير مستحقة، من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه**[1]."

استنادا إلى نص هذه المادة، يتكون الركن المادي لجريمة تلقي الهدايا في مجال الصفقات العمومية من العناصر التالية:

أ- النشاط الإجرامي: يقوم النشاط الإجرامي في هذه الجريمة بقبول الموظف العمومي هدية أو مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر على إجراء ما أو معاملة ما لها علاقة بمهامه ، كما يلحق التجريم مقدم الهدية ،لذلك يتمثل النشاط الإجرامي في مايلي:

* **قبول هدية أو مزية غير مستحقة:** يفترض القبول كصورة للركن المادي في هذه الجريمة إيجابا صدر من صاحب المصلحة على قبول الهدية ،حيث جاء نص المادة 38 من القانون 06-01 تحت عنوان تلقي الهدايا ما يعني استلام الهدية و قبولها، كما أن المقصود من تلقي الهدايا أي استلامها و ليس مجرد قبولها كما في جريمة الرشوة السلبية التي يتحقق القبول فيها سواء حصل بعد ذلك على ما وعد به أم لم يحص، ما أن المشرع لم يحدد نوع الهدية أو المزية غير المستحقة ن غير

[1]-أنظر المادة 38 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، السابق الإشارة إليه.

أن الجريمة مادامت تعد صورة منصور جريمة الرشوة يمكن أن نصدق عليها مدلول المزية التي يعرضها الجاني على الموظف في جريمة الرشوة .

*** أن يكون قبول الهدية من شأنه التأثير في سير إجراء ما أو معاملة ما :**

أشترط المشرع الجزائري أن يكون قبول الهدية أو المزية التي يقبلها الموظف العمومي، من شأنها أن تؤثر في معالجة ملف أو في سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه، دونما حصر أو تحديد ماهو الإجراء، بمعنى آخر لابد أن يكون لمقدم الهدية أو المزية حاجة أو مظلمة أو مطلبا معروضا على الموظف العمومي الذي قبل الهدية .

03- الركن المعنوي:جريمة تلقي الهدايا هي جريمة عمدية كغيرها من جرائم الفساد، لهذا يشترط لقيام ركنها المعنوي توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصريه العلم و الإرادة.

*** العلم:** وهو العلم بكافة الأركان التي يقوم عليها النموذج القانوني للجريمة وهو أحد عناصر القصد الجنائي، وفي صدد جريمة تلقي الهدايا ينبغي أن يكون الموظف على علم بأن مقدم الهدية أو المزية له حاجة لديه.

*** الإرادة:** وهي العنصر الثاني من عناصر القصد الجنائي، وهو إتيان السلوك المحقق للجريمة فلا يكفي توافر العلم بمعناه السابق لقيام جريمة تلقي الهدايا وإنما يجب أن تتجه إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة، كما أن الإرادة التي تتحقق بها الجريمة ينبغي أن تكون إرادة حرة مختارة .

ثانيا : قمع جريمة تلقي الهدايا

فرق المشرع الجزائري بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي فيما يخص جريمة تلقي الهدايا في مجال الصفقات العمومية كالتالي:

01- العقوبات المقررة للشخص الطبيعي :

أ- **العقوبات الأصلية للشخص الطبيعي:** يعاقب مرتكب جريمة تلقي الهدايا حسب نص المادة 38 من القانون 06-01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالحبس من ستة أشهر(06) إلى سنتين (02) و بغرامة مالية من 50.000،00 دج الى 200.000،00 دج[1] "

ب- العقوبات التكميلية للشخص الطبيعي:ينص المشرع الجزائري أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات، وهي ذات العقوبات الإلزامية و الاختيارية التي جاء بها قانون الوقاية من الفساد و مكافحته[2].

02- العقوبات المقررة للشخص المعنوي:

أ- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:يتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة تلقي الهدايا في مجال الصفقات العمومية للعقوبات المقررة في نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري وهي : غرامة تساوي من مرة (01) إلى خمس مرات (05) الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي تتراوح ما بين 1.000.000،00 دج وهو الحد الأقصى جزاء لجريمة الرشوة و 5.000.000،00 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

ب- العقوبات التكميلية للشخص المعنوي: حدد المشرع الجزائري العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي:

-حل الشخص المعنوي.

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

-المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

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

- تعليق ونشر حكم الإدانة.

-الوضع تحت الحراسة القضائية.

---

[1]- أنظر المادة 38 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المشار اليه سابقا .

[2]- المادة 50 من الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

المبحث الثاني:الجرائم ذات الصلة بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم القنوات التي تصرف فيها الدولة الأموال العامة، وذلك في سبيل تجسيد المشاريع التي تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، إلا انه ورغم الضمانات التي وضعها المشرع سواء قبل أو أثناء أو بعد إبرام الصفقة، إلا أن أعين الطامعين و الفاسدين كانت دائما تسعى للحصول على ما يرصد من أغلفة مالية للمشاريع العامة، أيا كانت الوسيلة و الطريقة.

لذلك من اللازم تجريم بعض الأفعال ذات الصلة بموضوع الصفقات العمومية، و يعتبر أسلوب منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية" المحاباة"، وكذا أسلوب استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية واحدا منها وهو ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث من خلال مطلبين الأول نتفضل بالتطرق فيه إلى جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية"المحاباة"، وفي مطلب ثاني نتطرق إلى جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية كأسلوبين لجنحة استغلال السلطة في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية"المحاباة"(délit de favoritisme).

جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية "المحاباة" هي الجنحة المنصوص عليها في نص المادة 26 فقرة 01 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته و التي تنص " **يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 200.000.00 دج إلى 1.000.000.00 دج كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند أبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية ، أو صفقة ،أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح ، و المساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات**"[1]، وهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري[2]،الملغاة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

---

[1]- أنظر الفقرة 02 من المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

[2]- الأمر رقم66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المضمن قانون العقوبات الجزائري .

وتعرف المحاباة على أنه " **تفضيل جهة أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة** " [1]، وبهذا التعريف يمكن القول بأن المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تفضيل مترشح لصفقة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة، ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية فهي الجنحة التي تثبت إفادة الغير بامتياز غير مبرر، إذ أن التفضيل يكون بخرق قواعد حرية المنافسة و مساواة المترشحين[2].

وتكمن الغاية من تجريم هذا الفعل في ضمان المساواة بين المترشحين للفوز بالصفقات العمومية، واستبعاد التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في المعاملات، وكانت المادة 128مكرر الفقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري تنص على ذات التجريم، والملاحظ أنها حصرت الفعل المادي المكون للجنحة في عدم مراعاة الإجراءات مما جعل جريمة المحاباة لا تتسع لكل ما من شأنه أن يمكن للغير الحصول على امتيازات غير مبررة .

هذا ما أدى بالمشرع الجزائري إلى إدراج هذه الجريمة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهو الأمر الذي تفرضه ضرورات المصلحة العامة من جهة ومحاولة تكريس قواعد الشفافية والنزاهة في مجال الصفقات العمومية من جهة أخرى وسوف نتطرق بالدراسة لهذه الجريمة من خلال مايلي :

الفرع الأول:أركان جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية "المحاباة"

يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة 26 أعلاه أن هذه الجريمة تقتضي توافر ثلاثة (03) أركان هي:

أولا- الركن المفترض: صفة الجاني

اشترطت المادة 01/26 من القانون 06-01- المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، صفة خاصة في الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية "المحاباة" وهي

---

[1]- محمد علي إبراهيم الخصبة، "**الفساد المالي و الإداري وسبل مكافحته**" ، ورقة عمل مقدمة في الملتقى العربي الثالث بعنوان آليات حماية المال العام و الحد من الفساد الإداري ، المنعقد في الرباط سنة 2008، المملكة المغربية 2009 ، ص 148.

[2]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ،جرائم الفساد ، جرائم المال و الأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق ،ص 141.

أن يكون موظفا عموميا ، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد، ويقصد بالموظف العمومي حسب نص المادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مايلي :

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

2- كل شخص أخر يتولى و لو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة 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 أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

والشيء الملاحظ أن صفة الجاني في هذه الجريمة لم تعد مرتبطة بالعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو الهيئات المذكورة في المادة 119 من قانون العقوبات الجزائري مثلما كانت تنص عليه المادة 128 مكرر فقرة 01 من قانون العقوبات الملغاة، أنما استبدلها المشرع وفقا للمادة 01/26من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أعلاه بصفة الموظف العمومي و التي أعطي لها معنى واسعا وفقا لنص المادة 02/ب من ذات القانون[1]، بالإضافة إلى شرط صفة الموظف العمومي، يشترط أيضا أن يكون الموظف العمومي مختصا بالعمل الوظيفي[2]، وهذا ما تدل عليه المادة 01/26 " **كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق ....**".

وهذا يعني أن يكون الموظف العمومي مختصا بعملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق حتى تقوم هذه الجريمة، أما إذا انتفى الاختصاص فإن هذه الجريمة تنتفي لعدم اكتمال عناصر الاختصاص الوظيفي ، وذلك لأن منح الغير امتيازات غير مبررة و الذي هو غرض

---

[1]- هلال مراد، "الوقاية من الفساد ومكافحته في التشريع الجزائري على ضوء القانون الدولي"، نشرة القضاة، وزارة العدل الجزائر، العدد60، ص110

[2]- محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1988،ص27 .

الجريمة لا يمكن تحققه إلا إذا كان الموظف العمومي المعني له سلطة أو صلاحية أو اختصاص يتعلق بإبرام العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق أو التأشير عليها.

ثانيا- الركن المادي:

يستفاد من نص المادة 26-01 [1]، أعلاه أن الركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين أساسيين هما : النشاط الإجرامي ، والغرض منه و هذا وفقا للتفصيل التالي :

01-السلوك الإجرامي:

يتحقق السلوك الإجرامي لهذه الجريمة متى قام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات .

وبهذا فإن النشاط الإجرامي في هذه الجريمة يمكن تحليله إلى الصور التالية:

أ-**إبرام** عقد أو اتفاقية أو عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات.

ب- **تأشير** عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات.

02- الغرض من النشاط الإجرامي :

لا تكفي صور السلوك الإجرامي السالفة لوحدها لقيام الركن المادي في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية في قيام الموظف العام بإبرام و تأشير عقد أو صفقة أو ملحق أو إتفاقية مخالفا للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالمبادئ المذكورة أعلاه لا يقيم الجريمة السابقة، إلا إذا كان الغرض من هذا الفعل هو منح الغير امتيازا غير مبررا ، كم يشترط كذلك أن يكون الغير (سواء كان شخص طبيعي أو معنوي) هو المستفيد من هذه الامتيازات و ليس الجاني

[1] - أنظر نص المادة 26ف1 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

نفسه[1]، لأنه في الحالة الأخيرة يتغير الوصف القانوني لهذا الفعل ويصبح رشوة في الصفقات العمومية وفقا لنص المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته .

وواضح أن هدف المشرع من وراء تجريم محاباة أو تفضيل أحد المتعاملين عن الأخر في العقود التي تبرمها الإدارة هو تشجيع النزاهة و الأمانة و ضمان مبدأ المساواة و المنافسة الشريفة بين جميع المرشحين لنيل الصفقات العمومية[2].

ثالثا- الركن المعنوي :

إن منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة ، وهذا ما تؤكده المادة 01/26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته بنصها" كل موظف عمومي يمنح ،**عمدا**...."

ويجب الإشارة إلى أن القصد الجنائي العام لا يكفي وحده لقيام هذه الجريمة و إنما يشترط أيضا القصد الجنائي الخاص المتمثل في منح الغير امتيازات مع العلم أنها غير مبررة [3].

و الجدير بالتنبيه إلى أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الإحكام التشريعية أو التنظيمية الخاصة بالصفقات العمومية فتقوم الجريمة حتى و لو كان من أعطى امتيازا غير مبرر لا يبحث عن فائدته الخاصة و إنما عن فائدة مؤسسة عمومية ، وتقوم الجريمة حتى وإن لم يترتب عنها الزيادة في التكلفة التي تتحملها الإدارة صاحبة الصفقة ، وهكذا فإنه يمكن تصور قيام الجريمة حتى و لو لم يكن هناك ضررا للخزينة العامة[4].

ومثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي فعلى قضاة النيابة و حتى الحكم إبراز و إثبات توافر القصد الجنائي لدى الجاني و تبيان علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الإجرامية للمتهم، ويتم ذلك بمختلف طرق الإثبات من قرائن وشهادة الشهود وحتى من الظروف و الملابسات التي صاحبت القيام بالفعل .

---

[1] – أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني، دون طبعة ، دار هومة، الجزائر،2007 ، ص120.

[2] – المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم .

[3] – أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص121.

[4] – المرجع نفسه ، ص 121.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة

أن تجريم الأفعال التي تمس بالصفقات العمومية لا يكفي وحده لمكافحة هذه الجرائم أو محاولة الحد منها على الأقل مالم يتم النص على مجموعة من العقوبات التي تطبق على من يثبت ارتكابهم لهذه الأخيرة من أشخاص طبيعية و معنوية، وبالرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجده أقر لكل جريمة من جرائم الصفقات العمومية عقوبة أصلية و أخرى تكميلية، وأحلنا بالنسبة للعقوبات المتعلقة بالأشخاص المعنوية للأحكام العامة الواردة في قانون العقوبات ومن خلال هذا الفرع سوف نتطرق إلى العقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي أو المعنوي في جريمة منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية من خلال مايلي :

أولا:عقوبات الشخص الطبيعي

أ-العقوبات الأصلية للشخص الطبيعي :

رصد المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عقوبة واحدة للشخص الطبيعي المرتكب لجريمة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية بنوعيها وهي من الحبس من 02 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 200.000،00 دج إلى 1.000.000،00دج .

ب- العقوبات التكميلية للمقررة للشخص الطبيعي

أحالت المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى قانون العقوبات لتوقيع العقوبات التكميلية على الجاني المرتب لأحدى جرائم الفساد الإداري و الملاحظ أن المشرع ترك هذه العقوبات للسلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة[1].

و تتمثل العقوبات التكميلية حسب نص المادة 09 من قانون العقوبات الجزائري فيمايلي:

01- الحجر القانوني.

02- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية.

---

[1]-حمدوش أنيسة ، "**جريمة الرشوة ومكافحتها في ضوء قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته**"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ورقلة ،2008 ص 11.

03- تحديد الإقامة.

04- المنع من الإقامة.

05- المصادرة الجزئية الأموال.

06- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.

07- إغلاق المؤسسة.

08- الإقصاء من الصفقات العمومية .

09- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع .

10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة

11- سحب جواز السفر.

12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

ثانيا: عقوبات الشخص المعنوي:

أ- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

بالنسبة للشخص المعنوي فحسب المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تطبق عقوبة أصلية وحيدة تتمثل في الغرامة ، وهذا ما نصت عليه المادة 18 الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري " **العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات و الجنح هي**[1]: **الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب الجريمة** ".

ب- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

[1]- منصور رحماني ، القانون الجنائي للمال و الأعمال ، الجزء الأول ،دون طبعة ، دار العلوم ، عنابة،2012، ص 104.

نصت المادة 50 من قانون الوقاية منن الفساد ومكافحته على العقوبات التكميلية المرصودة لجرائم الفساد عموما وجرائم الصفقات العمومية خصوصا و أحالت إلى قانون العقوبات لبيان ذلك حيث تم رصد مجموعة من العقوبات التكميلية إضافة إلى العقوبات الأصلية وذلك حسب نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، يجوز الحكم على الشخص المعنوي بواحدة أو أكثر من العقوبات التالية :

01- حل الشخص المعنوي.

02- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات .

03- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

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

05- مصادرة الشئ الذي أستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

06- نشر وتعليق حكم الإدانة.

07- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

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

نصت على هذه الجريمة المادة 26 فقرة 02 من القانون 06-01- المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته والتي تقضي **بـ:" كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو يستفيد من**

سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من اجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو أجال التسليم أو التموين[1]".

الفرع الأول: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

تقوم جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان وهي : صفة الجاني ، الركن المادي ، الركن المعنوي.

أولا – صفة الجاني :

تقتضي المادة 26 فقرة 02 من القانون 06-01- المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص و بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص.

ويتضح من خلال نص المادة أن الجاني الذي يمكن مساءلته في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة يقتضي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص دون الأشخاص المعنوية من القطاع العام.

ثانيا: الركن المادي

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة، وعليه فالركن المادي يقوم على عنصرين هما السلوك الإجرامي و الغرض منه.

[1] – أنظر المادة26 فقرة 02 من القانون 06-01- المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته.

أ- السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية حسب نص المادة 26 فقرة 02 من القانون 06-01- المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته في استغلال الجاني لسلطة أو تأثير أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات أو الهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات[1].

ويقصد بأعوان الدولة من خلال هذه المادة كل من يشغل في هذه المؤسسات و تكون له سلطة أو تأثير في إبرام العقود أو الصفقات أو يساهم في الإعداد لها أو تحضيرها.

وبالنسبة للصفقات العمومية فإنه يوجد في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب و يتكون من مهندسين و تقنيين و أعوان إداريين توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة ، مثل : تحضير الإعلان عن النداء للمنافسة، تحضير اجتماعات لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض، إرسال الاستدعاء إلى أعضائها ، مراجعة دفتر الشروط، إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة و ترتيبها ....، وغالبا ما يكون هؤلاء الأعوان هم من لهم صلة مباشرة بالصفقة أو العقد و لهم سلطة أو تأثير في إبرامها كونهم يتوفرون على جميع المعطيات الخاصة بالصفقة خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها.

ب - الغرض من السلوك الإجرامي

تشترط المادة 26 الفقرة 02 من القانون 06-01 لكي يتحقق الركن المادي للجريمة، أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة، من أجل الزيادة في الأسعار التي تطبقها عادة أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

- ✓ **الزيادة في الأسعار**: مثل ذلك الأسعار المتعلقة بعقود إنجاز الأشغال والتي تحسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا، فيتقدم صاحب شركة مقاولة باقتراح أسعار

[1] - أنظر نص المادة 26ف2من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق

أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها.

✓ **التعديل في نوعية المواد:** ويتعلق الأمر بتعديل نوعية المواد التي تطلبها الإدارة من حيث الجودة و النوعية في مجال الصفقات العمومية، نوعية المواد المطلوبة يتم النص عليها في دفتر الشروط فيعمد الجاني إلى تقديم مواد اقل جودة وبنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير أعوان الإدارة.

✓ **التعديل في نوعية الخدمات:** الأمر يتعلق هنا بصفقات وعقود الخدمات مثل أعمال الصيانة الدورية لأجهزة الكمبيوتر كل شهرين فيقلص الجاني من هذه المدة لتصبح مرة واحدة كل أربعة أشهر مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات.

✓ **التعديل في آجال التسليم و التموين:** آجال التسليم أو التموين يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بها، و إذا اخل المتعامل المتعاقد بإلتزامه أو تأخر في تسليم ماهو مطلوب منه تفرض عليه غرامات التأخير، فيقوم الجاني بتأخير أجل التسليم أو التموين دون فرض غرامات عليه مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير مسؤول الهيئة أو المؤسسة الذي تربطه علاقة صداقة مثلا، كذلك الأمر بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال حيث يقترح المتعامل المتعاقد مدة إنجاز هذه الأشغال يتم النص عليها في الصفقة فيعمد إلى التأخر في إنجازها دون أسباب جدية.

ثالثا – الركن المعنوي:

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، جريمة عمدية يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص .

يتمثل القصد الجنائي العام في العلم و الإرادة، أي علم الجاني بسلطة وتأثير الأعوان العموميين في إبرام الصفقة أو العقد واتجاه إرادته إلى استغلال هذه السلطة وهذا النفوذ لفائدته ويتمثل القصد الجنائي الخاص في نية الجاني للحصول على امتيازات غير مبررة، وكغيرها من الجرائم على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من صفة الجاني و سلطة وتأثير العون العمومي بالنظر إلى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني، وكذا تبيان الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني من أجل إدانته.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة

تعاقب المادة 26 من القانون 06-01- المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بالحبس من سنتين إلى 10سنوات وغرامة مالية من 200.000،00دج إلى 1.000.000،00دج ومن خلال نص المادة المذكورة نلاحظ أن مرتكب جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية تسري عليه نفس العقوبة المقررة لجنحة المحاباة ،وبهذا لقد حدد قانون مكافحة الفساد العقوبات المقررة لهذه الجريمة بين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية .

أولا: عقوبات الشخص الطبيعي:

أ - العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي :

رصد المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عقوبة واحدة للشخص الطبيعي المرتكب لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والتي تقضي **بـ:**" يعاقب بالحبس من 02 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 200.000،00 دج إلى 1.000.000،00دج .

كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من اجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو أجال التسليم أو التموين"[1].

[1]-المادة 26 من القانون رقم 06-01-المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته السالف ذكره.

ب- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي :

أحالت المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى قانون العقوبات لتوقيع العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي وهي ذات العقوبات المقررة لجنحة المحاباة و التي سبق التطرق إليها سالفا والمتمثلة في:

01- حل الشخص المعنوي.

02- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات .

03- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

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

05-مصادرة الشئ الذي أستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

06-نشر و تعليق حكم الإدانة.

07-الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

ثانيا:عقوبات الشخص المعنوي:

أ - العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

نص المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عند ارتكابه لجريمة من جرائم الفساد بوجه عام، والتي من بينها جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية من خلال المادة 53 من ذات القانون، وذلك بان يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات.

كما قرر المشرع الجزائري الغرامة المالية كعقوبة أصلية و التي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب الجريمة[1].

ب – العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

تطرقت المادة 50 من قانون الوقاية منن الفساد ومكافحته على العقوبات التكميلية المرصودة لجرائم الفساد عموما وجرائم الصفقات العمومية خصوصا و أحالت إلى قانون العقوبات لبيان ذلك حيث تم رصد مجموعة من العقوبات التكميلية لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وهي نفس العقوبات المقررة لجريمة المحاباة إضافة إلى العقوبات الأصلية وذلك حسب نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، يجوز الحكم على الشخص المعنوي بواحدة أو أكثر من العقوبات التالية :

01– حل الشخص المعنوي.

02– غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات .

03– الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

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

05–مصادرة الشئ الذي أستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

06–نشر و تعليق حكم الإدانة.

07–الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته.

[1] – أنظرالمادة 51 مكرر من الأمر رقم 66–156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بموجب المادة 05 من القانون 15–04، السالف الذكر

المطلب الثالث: دراسة حالة عينية عملية افتراضية

من خلال بحثنا هذا سوف نتطرق إلى دراستي حالة عملية نظهر فيها بعض الجرائم المتعلقة باستغلال السلطة في مجال الصفقات العمومية، هذا بالرغم من الصعوبات التي واجهتنا في ظل الأوضاع الراهنة التي تمر بها المعمورة و الجزائر خاصة، ألا وهي تفشي وباء كوفيد 19 المستجد،إلا انه ارتأينا أن نثري موضوعنا بقضية من الواقع مع التحفظ على الأسماء و الهيئات .

الفرع الأول: القضية حول شبهة فساد في كيفية مخالصة مشروع الطريق الولائي رقم 102 على مسافة 15 كلم بولاية (ج) الطريق الوطني رقم 23 (محول الطريق السيار شرق غرب مدينة ج) المسندة للشركة الجزائرية (AB)، مؤسسة عمومية اقتصادية (EPE).

القضية متعلقة بوجود شبهة فساد حول كيفية مخالصة غير القانونية قامت بها المؤسسة العمومية الاقتصادية "الشركة الجزائرية (AB)"، لفائدة مجمع خاص تعود ملكيته لرجل أعمال، بعد إخطار السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة الاختصاص فتح تحقيق في القضية.

التعريف بالشركة الجزائرية (AB) هي مؤسسة عمومية اقتصادية شركة ذات أسهم (SPA)

التحقيق تمحور حول كيفية المخالصة غير القانونية التي استفاد منها مجمع خاص تعود ملكيته لرجل أعمال، على أساس وجود عقد مناولة (sous-traitance) يربطه بالشركة الجزائرية (AB)لإنجاز أشغال أحد المشاريع بولاية (ج)، تبين أنه خالي من تأشيرة لجنة الصفقات بالشركة، هده المخالصة كبّدت خسارة مالية للشركة العمومية قدّرت بمبلغ يفوق 40 مليار سنتيم ، نتيجة مخالصة وضعيات أشغال على دفعتين كما أن المجمع الخاص تقاضى أكثر من 52بالمائة مقارنة بشركة (AB)المستفيدة من الصفقة دون انجازه للأشغال.

القضية عولجت استنادا على القوانين المعمول به في مجال الصفقات العمومية والمتمثلة في

- المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في: 24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (مرحلتي المنح والإنجاز).

- المرسوم الرئاسي رقم: 10/236المؤرخ في: 07/10/2010المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (مرحلة المخالصة).

- قانون المشتريات للشركة الجزائرية (AB)

المخالفات المقترفة سجلت خلال جميع الأطوار والمراحل التي مرت بها الصفقة (منح، إنجاز، مخالصة) مع عزل الوثائق الثبوتية باعتبارها أدلة إثبات للجرائم المسجلة وذلك تحفظيا.

اولا: المراحل التي مر بها المشروع

– في البداية مدير الأشغال العمومية لولاية (ج) في تلك الفترة أصدر تقرير إلى وزير الأشغال العمومية يطلب من خلاله إصدار مقررة البدء في إنجاز أشغال مشروع ازدواجية الطريق الولائي رقم 102، على مسافة 15كلم بولاية (ج)الطريق الوطني رقم 23 (محول الطريق السيار شرق غرب مدينة (ج) **قبل إبرام الصفقة على أساس الطابع الإستعجالي**.

– **على ضوء التقرير سالف الذكر**، وزير الأشغال العمومية وقتها أصدر مقررة تسخيرة للبدء في الأشغال قبل إبرام الصفقة **بحجة الطابع الإستعجالي للمشروع** مؤرخة بنفس تاريخ التقرير الصادر عن مدير الأشغال العمومية الموافق كانت متضمنة في محتواها أن إسناد إنجاز أشغال المشروع تمنح للشركة الجزائرية (AB)، مستندا في ذلك على نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 02/250 المؤرخ في: 2002/07/24.

– **والملاحظ هنا أنه حسب نص المادة06 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية**[1] أن اللجوء إلى التعاقد بطريقة التراضي **بحجة الطابع الإستعجالي** يكون على أساس توفر **ظروف محددة، كوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي (وقوع زلزال، فيضانات، انتشار وباء)**على أن تبرم **صفقة تصحيحية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الشروع** في تنفيذ الخدمات (الأشغال) على أن

[1] –انظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ترسل نسخة من مقررة التسخيرة إلى وزارة المالية ،غير أن الملاحظ على طبيعة مشروع هذه الصفقة **أنه لا تتوافر فيه ميزات الطابع الإستعجالي.**

– مدير الأشغال العمومية لولاية (ج) لتلك الفترة قام بتبليغ مقررة تسخيرة الوزير إلى الرئيس المدير العام لشركة (AB) وقتها ضمن مراسلة عارضا عليه في إحدى فقراتها تشكيل مجمع مع إحدى شركات مجمع (GR) محددا له أسم مجمع خاص ملك لأحد رجال الأعمال، مرفقا له ضمنها الكشف الكمي التقديري للأشغال المراد إنجازها، **مخالفا بذلك مضمون تسخيرة** الوزير التي نصت على منح إنجاز أشغال المشروع للشركة الجزائرية (AB) وحدها فقط، إلى جانب مخالفة القوانين المتعلقة بالمناولة حسب نص المادة 94من المرسوم الرئاسي 02/250، التي تنص على **"يشمل التعامل الثانوي جزء من موضوع الصفقة "**، والملاحظ هنا أن مشروع الصفقة أنجز مناصفة ما بين شركة (AB) والمجمع الخاص برجل الأعمال[1].

– **بالإطلاع** على محتوى التقرير التقديمي للأشغال المراد إنجازها المعد من قبل مدير الأشغال العمومية لولاية (ج) تم تسجيل أن الشركة الجزائرية (AB) قدمت عرض مالي في أول الأمر بمبلغ يقدر بـ1.000.000.000,00دج ومدة الإنجاز بتسـ09عة أشهر، ليتم فيما بعد الوصول إلى إتفاق على عرض مالي جديد يقدر بـ 1.300.000.000,00دج ومدة الإنجاز بأربعـ04ة أشهر.

خلال الفترة ما بين فترة تبليغ مقررة تسخيرة الوزير لشركة (AB) وتاريخ تبليغ أمر البدء في الخدمة (ORDER DE SERVICE) والي ولاية (ج) وقتها راسل وزارة الأشغال العمومية بخصوص تصحيح وضعية مجمع رجل الأعمال، في إنجاز أشغال هذا المشروع وكان ذلك بموجب مراسلة متضمنة طلب إعادة استصدار مقررة تسخيرة جديدة تضم المجمع إلى جانب شركة (AB) في إنجاز أشغال المشروع، نظرا للطابع الإستعجالي له، وبموجب مراسلة أخرى مشيرا ضمنها أن أشغال إنجاز المشروع سوف تباشر من قبل شركة (AB) ومجمع رجل الأعمال كمناول له ، إلا انه **بالتدقيق** في الوثائق تبين أنه لا وجود لأي مجمع ما بين الشركة الجزائرية (AB) والمجمع الخاص برجل الأعمال لغياب عقد موثق بينهما والذي من المفروض أن يرسل إلى وزارة الأشغال العمومية والتي بدورها تقوم بإدراج ذات المجمع ضمن التسخيرة أو إصدارها باسم المجمع .

[1] – انظر المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

– الرئيس المدير العام السابق لشركة (AB) أبرم عقد (صفقة) إتفاقية مناولة (sous-traitance) مع الرئيس المدير العام للمجمع الخاص تم إسناد له ضمنها مهمة إنجاز نصف أشغال المشروع في مدة أربعة أشهر وبنفس الأسعار الوحدوية التي استفادت منها شركة (AB) ، والملاحظ هنا أنه بالإطلاع على محتوى إتفاقية المناولة **تم تسجيل أنها خالية من تأشيرة لجنة الصفقات بالشركة، إذ** أنه حسب قانون المشتريات الخاص بالشركة (CHARTE DES ACHATS) الذي يقضي بأنه قبل توقيع أي مشروع صفقة تبرمه الشركة يستلزم **أولا تأشيره من طرف لجنة صفقات الشركة وعلى جميع صفحاته، من جهة أخرى عقود المناولة لا تكون في التسخيرات المتعلقة بالطابع الإستعجالي** طبقا لنص المادة 29من المرسوم الرئاسي 02/250، التي تنص صراحة على **"لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة** [1]".

– الرئيس المدير العام السابق لشركة ((AB)) أبرم عقد (صفقة) إتفاقية مناولة (sous-traitance) مع الرئيس المدير العام للمجمع تم إسناد له مهمة إنجاز نصف أشغال المشروع في مدة أربعة أشهر وبنفس الأسعار الوحدوية التي استفادة منها شركة ((AB))، ما يؤكد كذلك أن المشروع لا يتطلب طابع استعجالي أصلا وكان على المصلحة المتعاقدة عدم اللجوء إلى هذا الأسلوب في التعاقد وإبرام الصفقة الذي نجم عنه المساس بالمبادئ الأساسية التي تحكم مجال الصفقات العمومية، لاسيما مبدأ المساواة، المنافسة والشفافية في الإعلان عن الطلبات العمومية وحق المتعاملين في الوصول إلى هذه الطلبات والمعلومات المتعلقة بها.

خلال مرحلة انجاز المشروع تم تسجيل :

- وجود تأمين الورشة من طرف واحد فقط وهي شركة (AB) فيما سجل عدم وجود وثيقة تأمين وكذا محضر تنصيب الورشة. الورشة بالنسبة لمجمع رجل الأعمال

- وجود عدة خروقات بجداول المنجزات "attachements"، محاضر الاستلام المؤقت "p.v des réception provisoire" محاضر الاستلام النهائي "p.v de réception

[1] – انظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

définitive"منها: (غياب مبلغ الكفالة لمجمع رجل الأعمال حيث تحصل على مستحقاته دون اقتطاع مبلغ الكفالة).

- **إمضاء** محاضر الاستلام المؤقت والنهائي الخاصة بمجمع رجل الأعمال من قبل المهندس المكلف بالمتابعة ورئيس مصلحة تنمية المنشآت القاعدية التابعين لمديرية الأشغال العمومية لولاية (ج)، على الرغم من عدم وجود أي علاقة تعاقدية تربطهم بها، كما تم تسجيل في ذات المحضر إمضاء لأحد الموظفين التابعين لشركة (AB) دون وضع ختمه الشخصي ولا الختم الخاص بالشركة، ليتبين فيما بعد أنه خلال فترة انطلاق أشغال المشروع كان مكلفا بالمتابعة الميدانية، غير أنه تحم تحويله لمتابعة مشروع أخر بمنطقة في الجنوب الجزائري.

– مشروع صفقة التسوية كان متضمن أن تكلفة إنجاز أشغال المشروع تفوق بمبلغ 1.000.000.000.00دج وذلك وفقا لكميات الأشغال المنجزة فعليا، تفسير ذلك راجع إلى قيام شركة ((AB)) بدمج جداول إنجاز الأشغال الستة (06) المنجزة من قبلها مع جداول إنجاز الأشغال الأربعة (04) المنجزة من طرف المجمع الخاص.

– المراقب المالي لولاية (ج) **قام** بالتأشير على المشروع لتستلم بنفس التاريخ مصالح مديرية الأشغال العمومية لولاية (ج) وضعية الأشغال (SITUATION) رقم:01 منجزة بمبلغ يفوق1.000.000.000.00دج من قبل شركة (AB موقعة من طرف الرئيس المدير العام ورئيس مصلحة تطوير المنشآت القاعدية بمديرية الأشغال العمومية (ج) مصادق وموقع عليها من قبل الآمر بالصرف مدير الأشغال العمومية لولاية (ج).

– من خلال ما تضمنته جداول إنجاز الأشغال الستة (06) المعدة من قبل شركة (AB) وجداول إنجاز الأشغال الأربعة (04) المعدة من قبل مجمع رجل الأعمال، سُجل أن كميات الأشغال التي أنجزتها شركة (AB) أقل من كميات الأشغال المنجزة من طرف المجمع الخاص برجل الأعمال وهذا ما تم الوقوف عليه من خلال مقارنة لما تضمنه محضر مفاوضات الأسعار(PROCES VERBAL DE NEGOCIATION DES PRIX)، المتضمن كميات الأشغال والسعر الوحدوي لها مع كميات جداول إنجاز أشغال وأسعارها المقدمة من شركة (AB)، مع كميات جداول إنجاز أشغال وأسعارها المقدمة من طرف ذات المجمع.

ثانيا: التجاوزات المسجلة في القضية

من خلال هذه القضية سجلنا أفعال إجرامية مقترفة تتعلق في استغلال السلطة في الصفقات العمومية و المتمثلة في:

- منح عمدا امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية، استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية الأفعال المنصوص و المعاقب عليها **بنص المادة 26** من القانون 06 -01المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، وهو ما يعد خرقا واضحا للمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية و المتمثلة في:المساواة حرية الوصول إلى المنافسة، الشفافية، ويتجلى ذلك في الخروقات التالية:

- ✓ إصدار مقررة تسخيرة البدء في الأشغال قبل إبرام الصفقة مستندا على وقائع لا ترقى إلى درجة الاستعجال و الظروف و الأحداث التي نصت عليها المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.
- ✓ مباشرة مجمع الشركة الخاصة لرجل الأعمال الأشغال عن طريق مناولة مع شركة AB بناء على تعليمات شفوية من وزير القطاع ما يعد استفادة غير شرعية من نفوذ أعوان الدولة في مجال الصفقات العمومية وهو الفعل المجرم بنص المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،حيث أن اللجوء إلى هذا الأسلوب في التعاقد وإبرام الصفقة نجم عنه المساس بالمبادئ الأساسية التي تحكم مجال الصفقات العمومية لاسيما مبدأ المساواة ،المنافسة ،الشفافية.
- ✓ إمضاء محاضر الاستلام المؤقت والنهائي الخاصة بمجمع رجل الأعمال من قبل المهندس المكلف بالمتابعة ورئيس مصلحة تنمية المنشآت القاعدية التابعين لمديرية الأشغال العمومية لولاية (ج)، على الرغم من عدم وجود أي علاقة تعاقدية تربطهم بها.
- ✓ حصول مجمع رجل الأعمال على مستحقاته دون اقتطاع مبلغ الكفالة.

الفرع الثاني: قضية صفقة مشروع تهيئة كورنيش منطقة بومارشي المنجزة من طرف مقاولة الأشغال العمومية الكبرى و الري / س ع .

اولا: الصفقة خاصة بتهيئة كورنيش منطقة بومارشي ببلدية (ج) حيث أبرمت الصفقة ما بين مصالح بلدية (ج) ومقاولة الأشغال العمومية الكبرى و الري لصاحبها (س ع) وذلك عبر المراحل الآتي تبيانها :

– الصفقة الأصلية تنص على تركيب 70 كرسي بكورنيش منطقة بومارشي بلدية (ج) غير آن المقاولة قامت بتركيب 20 كرسي و باستغلال نفوذ صاحب المقاولة مع المكلف بمتابعة الأشغال هذا الأخير مكن المقاولة من الحصول على مستحقات تركيب 70 كرسي كاملة.

– صاحب مقاولة الأشغال العمومية الكبرى (س ع) مكّن الموظف المكلف بمتابعة الأشغال ببلدية (ج) من مزايا غير مستحقة نتيجة تسهيلات للحصول على مستحقاته ، حيث تلقى الموظف المكلف بالمتابعة هدايا (تسديد مستحقات السفر في عطلة سنوية) مقابل التأشير على وضعية الأشغال (الرشوة في مجال الصفقات العمومية) هو ما نصت عليه المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1] **(التعديل في آجال التموين).**

– المقاولة المكلفة بالانجاز قامت باستغلال نفودها مع رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية (ج) المدعو (ب ع ح) تمكنت من الحصول على محضر استلام مؤقت للأشغال قبل نهاية الأشغال الفعلية و هذا بغية تجنيب المقاولة غرامة التأخير المقدرة بـ10 بالمائة من قيمة الإجمالية للصفقة **(التعديل في أجال الاستلام).**

– المقاول (س ع) المكلف بالانجاز بمجرد حصوله على محضر استلام **مؤقت** للأشغال استغل نفوده مع رئيس المجلس الشعبي البلدي ب ع ح و تحصل على شهادة رفع اليد الخاصة بالمشروع وهو ما يعتبر مساسا بأحكام المادتين 97 و 100 من قانون 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية التي تنص على أن كفالة حسن الانجاز بمجرد استلام المؤقت للمشروع تتحول إلى كفالة

[1] – المادة 26 من القانون رقم06-01-المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته السالف ذكره

ضمان و لا يمكن سحبها إلى بعد الحصول على محضر الاستلام النهائي للمشروع أي بعد سنة من الاستلام المؤقت حيث بقي المشروع بدون ضمان.

ثانيا: التجاوزات المقترفة:

✓ المقاولة المكلفة بالانجاز استفادت من امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية و التي نصت عليها المادة 26 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفاسد ومكافحته و هذا من خلال استفادتها من **التعديل في آجال التسليم و التموين** على النحو الذي ذكرناه سالفا.

✓ المساس بأحكام المادة 97من القانون 10/236من قانون الصفقات العمومية **المتعلقة بكفالة حسن التنفيذ** التي تنص صراحة على[1] **(زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 75أعلاه، يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم ،حسب نفس الشروط كفالة حسن تنفيذ الصفقة) و كدا** أحكام المادة 98من القانون 10/236 من قانون الصفقات العمومية المتعلقة **بكفالة الضمان** والتي تنص صراحة على**(عندما تنص الصفقة على أجل الضمان تتحول كفالة حسن التنفيذ المنصوص عليها في المادة 97أعلاه ، عند التسليم المؤقت الى كفالة ضمان)،فيما** قام رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية **(ج) المدعو** / ب ع ح بمنح المقاول / س ع شهادتي رفع اليد عن كفالتي حسن الإنجاز، هذه الأفعال المجرمة ترتب عنها بقاء المشروع في المدة المتبقية و المقدرة **بـ 09أشهر** بدون ضمان **و هي امتيازات غير مبررة لفائدة صاحب المقاولة.**

الفرع الثالث: صفقة المتعلقة بانجاز أشغال لحماية الشريط الساحلي لبلدية بومارشي.

اولا: القضية خاصة بصفقة **أشغال لحماية الشريط الساحلي لبلدية بومارشي** ،وانه خلال قيام المقاولة المكلفة بالانجاز ظهرت أشغال إضافية و التي تتطلب إبرام ملحق للصفقة ،حينها قامت مصالح البلدية(ج) باستغلال الفرصة و إضافة أشغال تكميلية خارج موضوع الصفقة الأصلية، حيث بلغت الزيادة في المحلق نسبة 60 بالمائة من قيمة الصفقة الأصلية، وهو ما يعد إخلال بتوازن

[1] انظر نص المادة 97من القانون 10/236من قانون الصفقات العمومية.

الصفقة طبقا للمادة **94** من قانون 247/15 التي تنص على انه لا يمكن ان يتجاوز الملحق المتعلق بالأشغال و الانجاز قيمة 19 بالمائة من الصفقة الأصلية [1].

–المصلحة المتعاقدة ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي (ب ع ح) قامت بإضافة أشغال تكميلية بالملحق بغرض منحها لأحد معارفه في إطار المناولة.

– خلال أعداد الملحق تم نزع بند يتعلق بانجاز أشغال على مستوى الرصيف بمبلغ مالي صغير و على مسافة قصيرة ليتم إضافته في نفس الملحق بنوعية أخرى ذات سعر مرتفع و على مسافة كبيرة **(التعديل في نوعية الخدمات)**.

– الإشغال التكميلية التي تم إضافتها بالملحق لا تندرج ضمن الصفقة الأصلية و هو ما يعتبر منحا لامتيازات غير مبررة للغير عمدا، كون الأسعار في الأشغال التكميلية لا تخضع للمنافسة و إنما تخضع للمناقشة فقط بين المصلحة المتعاقدة و المقاولة المكلفة بالانجاز وهو ما يتعبر مساسا بالمبادئ الأولية للصفقات العمومية (المساواة، الشفافية،العلانية).

ثانيا: التجاوزات المقترفة:

– المقاولة المكلفة بالانجاز استفادت من امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية و التي نصت عليها المادة 26 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته و هذا من خلال استفادتها من **(التعديل في نوعية الخدمات)**[2]على النحو الذي ذكرناه سالفا.

[1] انظر نص المادة 94 من القانون 15–247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل و المتمم.

[2] –انظر المادة 26 من القانون 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

خاتمة

إن الصفقات العمومية تعتبر آلية لتدخل الدولة بغية الدفع بالمجتمع للتقدم والرقي وتقوية الاقتصاد الوطني، لذلك أولاها المشرع الجزائري أهمية كبيرة وأفردها بمجموعة من النصوص القانوني وهذا من أجل تكريس مبادئها المنوه فيها ببحثنا هذا، والمتمثلة الشفافية في إبرام الصفقات العمومية من جهة ومبدأ حرية الوصول إلى الطلبات، وأيضا ضمان منافسة مشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين.

من خلال دراستنا والتي تتمحور حول جنحة استغلال السلطة في الصفقات العمومية،كان لابد من التطرق إلى الصفقات العمومية في حد ذاتها مع إبراز السلطات المخول لها إبرامها، بداية من المصلحة المتعاقدة و إلتزاماتها في إبرام الصفقات العمومية،وصولا إلى الموظف العمومي على اعتباره الحلقة و العنصر المشترك في عملية إبرام الصفقة العمومية، كما انه من خلال دراستنا تم حصر وتجريم جميع الأفعال التي تمس بمختلف مراحل الصفقات العمومية وتحديد الأركان المتطلبة لقيامها و إبراز العقوبات التي سنها المشرع الجزائري لقمع هذه الجرائم، سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية هذه الجرائم تمثل تحديدا جنحة استغلال السلطة في الصفقات العمومية والمتمثلة في جنحة منح عمدا امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية (المحاباة)، الاستفادة من نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، كذا الرشوة في مجال الصفقات العمومية (قبض العمولات، أخد فوائد غير مستحقة بصفة غير قانونية وتلفي الهدايا).

ونستخلص من دراستنا مدى فعالية **مامدى فعالية القواعد القانونية التي سنها المشرع الجزائري والمتعلقة بجرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية في الحد منها، و بالتالي في إرساء مبدأ النزاهة و الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، حيث** نجد أن:

–المشرع الجزائري لم يتوانى في تجريمه لكل المخالفات التي ترتكب في مجال الصفقات العمومية.

–المشرع الجزائري عمد إلى التوسع في مفهوم الموظف العمومي في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته،باعتباره عنصرا مشتركا يفترض توافره لقيام جميع جرائم الصفقات العمومية ليشمل فئات أخرى لم يتضمنها قانون الوظيفة العمومية، الأمر الذي يضمن حتما مواجهة فعالة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية.

– كما نلمس أن المشرع الجزائري تخلى عن العقوبات الجنائية و استبدلها بعقوبات جنحية مشددة، حيث شدد في العقوبات المالية التي تعد من أهم الجزاءات المطبقة على جرائم الصفقات العمومية والتي تمس الجاني في ذمته المالية.

– كما أن المشرع الجزائري وبغية قمع جرائم الصفقات العمومية وردع مرتكبيها لعدم معاودة ارتكابها أقر عقوبات أصلية وهي عبارة عن جنح مشددة وذلك بغية ضمان سرعة الفصل في مثل هذه القضايا، فضلا عن عقوبات تكميلية مع الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن ارتكاب هذه الجرائم.

كما نخلص من خلال هذه الدراسة الوجيزة و المتواضعة حول جنحة استغلال السلطة في الصفقات العمومية، إلى القول بأن لهذه الجرائم ميزة خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم، إذ لا يكفي فيها معرفة النص القانوني المجرم وأركان كل جريمة للوصول إلى كشف السلوك المجرم و توجيه الاتهام للجناة، بل أن الأمر يتعداه إلى الإلمام بمختلف التقنيات و لإجراءات القانونية اللازمة لإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية وهذا من أجل الوصول إلى التكييف القانوني السليم وتحديد المسؤولية الجزائية للجناة، خاصة أن معظم هذه الجرائم صعبة الإثبات في الواقع العملي، بالنظر إلى ما يقوم به أعوان الإدارة العمومية من وسائل احتيالية للتستر على جرائمهم، مستغلين في ذلك نقص إلمام القضاة بمختلف إجراءات الصفقات العمومية، وما يبرر ذلك التعديلات المستمرة لقانون الصفقات العمومية والذي يتم تعديل أحكامه تقريبا مرة كل سنة بسبب بعض التجاوزات التي يقوم بها بعض الإداريين أثناء إبرامهم للصفقات العمومية.

هذا و رغم محاولة المشرع الجزائري إيجاد الآليات القانونية و الإدارية، والقضائية التي من شأنها أن تحقق الوقاية من جرائم استغلال السلطة في الصفقات العمومية على النحو الذي سبق تفصيله، فإن فعالية هذه الآليات تبقى نسبية إلى حد بعيد، إذ ما يزال الفساد موجودا في القطاع العمومي خاصة في إطار الصفقات العمومية، وعليه من خلال معالجة هذا الموضوع نقترح بعض التوصيات لإثراء المنظومة القانونية في هذا الشأن حتى يتم تفادي بعض الثغرات التي يستغلها البعض للاعتداء على المال العام :

- على المشرع إصدار قانون يحدد شروطا صارمة تتعلق بالكفاءة و النزاهة و النجاعة للتعيين في الوظائف التي يشرف مسؤوليها على إبرام وتنفيذ الصفقات.
- استقلالية أجهزة الرقابة حتى تتمكن من ممارسة مهامه بكل حيادية وصرامة.
- الدعوة إلى اعتماد تكنولوجيات الإعلام الآلي في إبرام الصفقات العمومية خاصة في مجال المناقصات و المزايدات الالكترونية.
- تجريم إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي خارج المجالات المنصوص عليها في قوانين الصفقات العمومية.
- فرض رقابة على الأشغال الإضافية و التكميلية في الملاحق، كون أن الأشغال الإضافية غير محددة في دفاتر الشروط المتعلقة بالصفقة الأصلية.
- الاهتمام الفعلي بالتكوين و الرسكلة و الاستثمار البشري في الإدارة العمومية و إقامة دورات وأيام دراسية من اجل توضيح وشرح التعديلات الطارئة على قانون الصفقات العمومية.
- وضع التدابير اللازمة والضوابط الصارمة لوقاية الموظف من الوقوع في بؤر الفساد عن طريق إصلاح نظام الأجور للوقاية من الفساد الإداري كالرشوة، استغلال النفوذ
- الدعوة إلى تشديد التجريم في مجال الصفقات العمومية ومواكبة تطور الجرائم في هذا المجال.

قائمة المراجع

1- المراجع بالغة العربية

أ. الكتب

1. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني، دون طبعة ، دار هومة الجزائر،2007.

2. سليمان محمد الطماوي ، **العقود الإدارية دراسة مقارنة**،الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي القاهرة، 1991.

3. عبد العزيز خليفة، **الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية**، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008.

4. عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، دون طبعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

5. عمار بوضياف ، **شرح وتنظيم الصفقات العمومية** ، الطبعة الثالثة ، جسور النشر والتوزيع، الجزائر 2011.

6. عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر** ، الطبعة الثانية جسور النشر، 2009.

7. عمار بوضياف، **شرح وتنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015**،القسم الأول، دون طبعة ، جسور النشر و التوزيع ،الجزائر، 2017.

8. محمد ابراهيم الدسوقي علي ،**حماية الموظف العام إداريا** ، دائرة النهضة العربية ، مصر 2006.

9. -محمد الصغير بعلي ، **العقود الإدارية**، دون طبعة ، دار العلوم و النشر والتوزيع ، عنابة 2005.

10. محمد يوسف المعداوي ، لا**دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة و التشريع** ، ط 02 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، مصر سنة 1988.

11. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دون طبعة ، دار النهضة العربية، القاهرة ،1988.

12. محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دون طبعة ، دار النهضة العربية القاهرة 1988.

13. مليكة هنان، جرائم الفساد، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر ،2010.

ب. الرسائل و الاطروحات

1. رحماني راضية ، "**النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية** "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق،جامعة الجزائر 1،2016- 2017.

2. سلوى تيشات ،**أثر التوظيف العمومية على كفاءة الموظفين بالإدارات العمومية الجزائرية** دراسة حالة جامعة أحمد بوقرة ، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية و التجارية و التسيير جامعة أحمد بوقرة – بومرداس ،سنة 2010.

3. عائشة خلدون "**أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،2015-2016.

4. نادية تياب ، **آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية** ، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق 2013.

5. هشام جزيري، **الحماية الجزائية للمال العام في ظل قانون مكافحة الفساد**، مذكرة من اجل الحصول إجازة المدرسة العليا للقضاء،2009 .

ج. المجلات والابحاث العلمية

1. ثياب نادية،"**سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقة التراضي**"، المجلة النقدية وللقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،عدد 01.

2. كاهنة زواوي،"**ابرام الصفقات العمومية في ظل القانون 15-247**"، مجلة الشريعة و الاقتصاد، كلية الشريعة و الاقتصاد-جامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة العدد 12.

3. هلال مراد، "الوقاية من الفساد ومكافحته في التشريع الجزائري على ضوء القانون الدولي" نشرة القضاة، وزارة العدل الجزائر، العدد60.

د. المناشير والمواثيق

1. أمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية ،ج ر 46 الصادر ب 200/07/16.

2. الأمر رقم66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المضمن قانون العقوبات الجزائري.

3. المادة 06 من المرسوم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 50 لسنة 2015

4. أنظرالمادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب المادة 05 من القانون 15-04.

5. القانون 06-01 المؤرخ في 2006/02/20ن المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14 الصادرة بتاريخ2006/03/08.

6. لمادة 04 من الأمر 06-03، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

7. المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم08-338المتعلق بقانون الصفقات العمومية ،المؤرخ في 26أكتوبر 2008.

8. المادة 03من المرسوم الرئاسي رقم10-236المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

9. المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم10-236،المؤرخ في 17 اكتوبر 2010،المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

10. المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

11. المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل و المتمم.

12. المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

13. المادة 26 من القانون رقم06-01-المتعلق بالوقاية من الفساد.

14. المادة 26ف1 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

15. المادة 26ف2من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

16. المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

17. المادة 29، الفقرة الثانية والثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

18. المادة 35 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

19. المادة 35 من القانون رقم: 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل و المتمم السالف الذكر.

20. المادة 38 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

21. المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247المؤرخ في 16سبتمبر 2015المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

22. المادة 50 من الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

23. المادة 94 من القانون 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المعدل و المتمم.

24. المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم: 02/250المؤرخ في:24/07/2002المعدل والمتمم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

25. المادة 97من القانون 10/236من قانون الصفقات العمومية.

26. المادة01 من الأمر 67- 90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 1967.

27. المادة01 من المرسوم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة1988 .

28. المادة 26 فقرة 02 من القانون 06-01- المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته.

ر. الملتقيات

1. صالح زمال، "**امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية**"، مداخلة بمناسبة أشغال الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية يوم 20ماي2013.

2. محمد علي إبراهيم الخصبة، "**الفساد المالي و الإداري وسبل مكافحته**" ، ورقة عمل مقدمة في الملتقى العربي الثالث بعنوان آليات حماية المال العام و الحد من الفساد الإداري ، المنعقد في الرباط سنة 2008، المملكة المغربية 2009 ، ص 148.

3. نادية ظريفي ، **توسيع مجال قانون الصفقات العمومية و إعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية** ، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة بتاريخ2016/02/24 .

2- المراجع باللغة الفرنسية

1. Jean Christophe Duval . **l essentiel du droit de marchées publique**. 2eme édition ellipses. Paris .2012.