

" الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها " *

د/حاجة عبد العالي

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية

ونائب عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بسكرة

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، وهي الطريقة المفضلة عند الدولة لتنفيذ سياستها العامة والتي تتجز من خلالها برامج التنمية وهي وسيلة أساسية للتجسيد الميداني للاستثمارات والمشاريع العمومية وبالتالي فهي من أهم الأدوات التي تساهم في النهوض والرقى بالاقتصاد الوطني، خاصة إذا علمنا أن برنامج المخطط الخماسي والذي أطلقه رئيس الجمهورية لسنوات (2015 - 2019) قد رصد له أكثر من 262 مليار دولار وهو مبلغ كبير جدا.

كل الاعتبارات السابقة جعلت من الصفقات العمومية ميدانا خصبا لتقشي الفساد بمختلف مظاهره، الأمر الذي أدى إلى ازدياد أهمية مكافحة الفساد المصاحب للصفقات العمومية، فالغلاف المالي السابق والذي يمول مشاريع تنمية ضخمة يحتاج إلى إرفاقه بإجراءات قانونية تحصنه وتقطع الطريق أمام كل أشكال الفساد التي يمكن أن تعتريه.

وهذا ما استجاب له المشرع الجزائري بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام والذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 236/10¹ الذي أثبتت التجربة الميدانية قصوره ووجود بعض الاختلالات التي ميزته و أثرت سلبا على صرف الأموال العمومية وتسييرها.

وعليه فإن الإشكالية التي تحاول هذه المداخلة معالجتها تتمحور أساسا حول ما يلي:

- ما مدى نجاعة وفعالية السياسة الجنائية المنتهجة من طرف المشرع الجزائري في مواجهة الفساد
المستشري في الصفقات العمومية ؟

وينبثق عن هذه الإشكالية تساؤلان في غاية الأهمية نذكرهما كما يلي:

- ما هي أهم الصور الإجرامية المتعلقة بالصفقات العمومية التي قام المشرع بتجريمها ؟

- وهل السياسة القمعية المرصودة لهذه الجرائم كانت رادعة؟

*- هذه المداخلة مقتبسة من أطروحة دكتوراه للباحث: حاجة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد

الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة، 2013.

نشير بداية أن صور الفساد المتفشية في الصفقات العمومية متعددة وهي مصاحبة لجميع مراحل إبرام الصفقة العامة ابتداء من اختيار طريقة إبرامها و مروراً بإجراءاتها وشكلياتها وانتهاء باختيار المتعامل المتعاقد ثم تنفيذ الصفقة، فكل هذه المراحل هي عرضة لمخاطر الفساد.

والشيء الملاحظ أن مرحلة الإبرام هي أكثر المراحل عرضة لتفشي الفساد، لأنها تشهد تنافساً كبيراً بين مختلف المتعاملين، كما أنه في ظلها يتم إرساء الصفقة و اعتمادها، أما مرحلة التنفيذ فهي و إن كانت تثير بعض المنازعات بين الإدارة و المتعاقد إلا أنها لا تبلغ في كثير من الأحيان إلى درجة الوقوع في برائش الفساد.

والجدير بالتنويه أن المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام² قد تضمن بعض التدابير والآليات المتعلقة بمكافحة الفساد في الصفقات العمومية، حيث خصص القسم الثامن من الفصل الثالث لمكافحة الفساد وهذا في المواد من 88 إلى 94 منه.

كما أولى المشرع ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم: 01/06 المعدل والمتمم أهمية خاصة لمسألة مكافحة الفساد في الصفقات العمومية من خلال تجريمه لكل السلوكات والأفعال الماسة بنزاهتها وشفافيتها وهذا بموجب ثلاث مواد والتي قسمت إلى ثلاث جنح أساسية هي كما يلي:

1- الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية (المادة 26)

2- الرشوة في الصفقات العمومية (المادة 27)

3- أخذ فوائد بصفة غير قانونية (المادة 35)

ويجب الإشارة أيضاً إلى أن قانون العقوبات كان ينص ويعاقب على هذه الجرائم من خلال المواد 123 و124 و125 و128 مكرر و128 مكرر 1 والتي ألغيت جميعها بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وعوضت بمواد من هذا الأخير.

المبحث الأول: جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية:

نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الجريمة في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ولا يوجد أثر لهذه الجريمة في الاتفاقية الإفريقية لمنع الفساد ولا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وإنما هي جريمة استحدثتها واستأثر بها المشرع الجزائري.

و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري تدخل سنة 2011 وعدل وتم نص المادة المذكور أعلاه بموجب القانون رقم: 15/11³.

وقد جاء في عرض الأسباب المرفق بمشروع هذا القانون الجديد هو أن أهم سبب لتعديل نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هو كونها أصبحت تشكل عائقاً أمام المسيرين، و يأتي اقتراح مشروع هذا القانون الذي يهدف في المقام الأول إلى تعديل الفقرة الأولى من المادة 26 من أجل مراجعة ذلك بما يتلاءم مع طبيعة مهام التسيير والتي تنص على: "كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير."

وذلك لأن المشرع في الصياغة القديمة لهذه المادة جاء حكمه عاما وتجريمه يتسم بشيء من الاتساع بحيث يشمل جميع الصور المحتملة والمتوقعة والتي يمكن أن تدخل تحت نطاق هذا الوصف من التجريم بحيث لا يترك أي مجال للتهرب من المسؤولية الجزائية، حيث يعتبر خرق أي من أحكامها عنصرا ماديا للجريمة معاقبا عليه، وكنتيجة لحكم المادة 26 أعلاه فإن جميع المتدخلين في مجال إبرام الصفقات العمومية ولاسيما المطالبين بالتأشير عليها، قد وجدوا أنفسهم مضطرين لقضاء أوقات طويلة للتدقيق في ما يقومون به من أعمال الرقابة للتأكد من احترام هذه الصفقات لكل الإجراءات المنصوص عليها قانونا، الأمر الذي أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع الإستراتيجية.

ولهذه الاعتبارات والدواعي فإن حاضر هذا المشروع، يقترح تضيق مجال تطبيق هذه المادة الذي يعتبر في حد ذاته شكلا من أشكال رفع التجريم، وذلك بحصر التجريم بمقتضاها في مخالفة الإجراءات المتعلقة بشفافية الترشح للصفقات والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وهي القواعد التي تركزها المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

هذا بالإضافة إلى استبدال عبارة: "بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير" بعبارة: "منح الغير امتيازات غير مبرر" وذلك تمييزا للجريمة التامة المعاقب عليها في المادة 26 عن المحاولة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 52 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁴.

ويستفاد من نص المادة 26 أن هذه الجريمة تتخذ أحد صورتين:

الصورة الأولى: جنحة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية (جريمة الموظف العمومي المادة 01/26).

الصورة الثانية: جنحة الاستفادة من الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية (جريمة المتعاقد المادة 02/26)، وفيما يلي تفصيل هاتين الصورتين الإجراميتين:

المطلب الأول: جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

إن جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية⁵ أو كما يسميها الدكتور أحسن بوسقيعة "جنحة المحاباة" هي جريمة تقليدية تناولها قانون العقوبات في القسم الثاني: "الرشوة واستغلال النفوذ" بموجب المادة 128 مكرر الفقرة 01 والتي ألغيت وعضت بالمادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي تنص على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج : كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازات غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات."

والغاية من وراء تجريم هذا الفعل وإن كان تم تضيق مجال تطبيقه كما رأينا أعلاه، هو ضمان المساواة بين المرشحين للصفقات العمومية و مكافحة التمييز بين المتعاملين الاقتصاديين، والذي لن يتأتى إلا من خلال تكريس شفافية الترشح للصفقات و شفافية الإجراءات.

الفرع الأول: أركان جريمة منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

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

أولاً: الركن المفترض: صفة الجاني:

اشتترطت المادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، صفة خاصة في الجاني في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وهي أن يكون موظفاً عمومياً، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في جميع جرائم الفساد .

ويقصد بالموظف العمومي حسب المادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ما يلي:

1- كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

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

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً 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 مثلما كانت تنص عليه المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، وإنما استبدلها المشرع وفقاً للمادة 01/26 أعلاه بصفة الموظف العمومي والتي أعطي لها معنى واسعاً وفقاً للمادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁶.

وبالإضافة إلى شرط صفة الموظف العمومي، يشترط أيضاً أن يكون الموظف العمومي مختصاً بالعمل الوظيفي⁷، وهذا ما تدل عليه المادة 01/26: "كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق..."

وهذا يعني أن يكون الموظف العمومي مختصاً بعملية إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق حتى تقوم هذه الجريمة، أما إذا انتفى الاختصاص هنا فإن هذه الجريمة تنتفي لعدم اكتمال عناصر الاختصاص الوظيفي، وذلك لأن منح الغير امتيازات غير مبررة والذي هو غرض الجريمة لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان الموظف العمومي المعني له سلطة أو صلاحية أو اختصاص يتعلق بإبرام العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق أو التأشير عليها.

والملاحظ أن المشرع في ظل تعديل سنة 2011 و الذي أدخله على المادة 26 سالف الذكر قد أعفى الموظفين المختصين بمراجعة العقود والاتفاقيات والصفقات والملاحق من الخضوع لنص هذه الجريمة.

ثانياً: الركن المادي:

يستفاد من نص المادة 01/26 أعلاه أن الركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين أساسيين هما:

النشاط الإجرامي والغرض منه، وهذا وفقاً للتفصيل التالي:

1- السلوك الإجرامي:

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

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

أ- إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

ب- تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

والجدير بالملاحظة في هذا المجال أن نص المادة 26 الأصلي قبل تعديله سنة 2011 كان يتوسع في التجريم، بحيث يعتبر أي خرق لأي من الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ومهما كانت طبيعتها، عند إبرام أو تأشير صفقة أو عقد أو اتفاقية أو ملحق، عنصرا ماديا للجريمة معاقبا عليه. أما النص الجديد للمادة 26 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 15/11، فقد ضيق مجال تطبيقها، بحيث يعتبر في حد ذاته شكلا من أشكال رفع التجريم، وذلك بحصر التجريم بمقتضاها، في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة فقط بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات⁸.

2- الغرض من النشاط الإجرامي:

لا تكفي صور السلوك الإجرامي السابقة لوحدها لقيام الركن المادي في جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، فقيام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو صفقة أو ملحق أو اتفاقية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ المذكورة أعلاه، لا يقيم الجريمة السابقة إلا إذا كان الغرض من هذا الفعل هو منح الغير امتيازا غير مبرر، كما يشترط كذلك أن يكون الغير (سواء كان شخص طبيعي أو معنوي) هو المستفيد من هذه الامتيازات وليس الجاني نفسه،⁹ لأنه في الحالة الأخيرة يتغير الوصف القانوني لهذا الفعل ويصبح رشوة في الصفقات العمومية وفقا للمادة 27 من ق.و.ف.م.

و واضح أن هدف المشرع من وراء تجريم محاباة أو تفضيل أحد المتعاملين على الآخر في العقود التي تبرمها الإدارة، هو تشجيع النزاهة و الأمانة و ضمان مبدأ المساواة والمنافسة الشريفة بين جميع المرشحين لنيل الصفقات العمومية¹⁰.

ثالثا: الركن المعنوي:

منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، وهذا ما تؤكدته المادة 01/26 من ق.و.ف.م. بنصها: "كل موظف عمومي يمنح ، عمدا..."

ويجب الإشارة إلى أن القصد الجنائي العام لا يكفي لوحده لقيام هذه الجريمة وإنما يشترط أيضا القصد الجنائي الخاص المتمثل في منح الغير امتيازات مع العلم بأنها غير مبررة¹¹.

والجدير بالتنبيه إلى أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الخاصة بالصفقات العمومية، فتقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطى امتيازاً غير مبرر لا يبحث عن فائدته الخاصة وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية، وتقوم الجريمة حتى وإن لم يترتب عنها زيادة في التكلفة التي تتحملها الإدارة صاحبة الصفقة، وهكذا فإنه يمكن تصور قيام الجريمة حتى ولو لم يكن هناك ضرراً للخزينة العامة¹².

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

المطلب الثاني: جنحة الاستفادة من الامتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية

تعتبر جنحة الاستفادة من سلطة أو نفوذ أعوان الهيئات العمومية، عند إبرام الصفقات العمومية، للحصول على امتيازات غير مبررة الصورة الثانية لجنحة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية. وأشارت إلى هذه الجنحة الفقرة الثانية(02) من المادة 26 من قانون مكافحة الفساد، وقد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون مكافحة الوقاية من الفساد ومكافحته.

ولدراسة هذه الجريمة من حيث أركانها والعقوبات المقررة لها نتناول الفرعين الآتيتين:

الفرع الأول: أركان جنحة الاستفادة من الامتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية

تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية كغيرها من جرائم الفساد على ثلاثة أركان هي: صفة الجاني والركن المادي والركن المعنوي.

أولاً: صفة الجاني

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

ويطلق على هؤلاء تسمية: الأعوان الاقتصاديون كما يطلق عليهم اسم: المتعامل المتعاقد في حالة إبرام صفقة عمومية أو اتفاقية.

ثانياً: الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقداً أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة¹³.

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

1- السلوك الإجرامي:

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

2- الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون:

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

ثالثا: الركن المعنوي:

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون، جريمة عمديه يشترط فيها توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، ويتمثل هذا الأخير في نية الجاني الحصول على امتيازات غير مبررة¹⁴.

المطلب الثالث: قمع جريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية

تخضع جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، كغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لأحكام خاصة تتعلق بكيفية القمع نوضحها فيما يلي:

الفرع الأول: عقوبات الشخص الطبيعي:

أولاً: العقوبات الأصلية للشخص الطبيعي:

رصد المشرع الجزائري وفقا للمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عقوبة واحدة للشخص الطبيعي المرتكب لجريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية بنوعيتها وهي الحبس من 02 إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 200.000 إلى 1000.000 دج .

والملاحظ في هذا المجال أن المادة 128 مكرر من ق.ع.ج. الملغاة والتي عوضت بالمادة السالفة الذكر، كانت تقرر نفس العقوبة تقريبا لهذا الفعل مع وجود اختلاف بالنسبة للغرامة المالية والتي كانت مغلظة مقارنة بالحالية حيث كانت تتراوح بين: 500.000 إلى 5000.000 دج .

ثانيا: العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

أحالت المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى قانون العقوبات لتوقيع العقوبات التكميلية على الجاني المرتكب لإحدى جرائم الفساد الإداري، والملاحظ أن المشرع قد ترك هذه العقوبات للسلطة التقديرية للجهة القضائية المختصة¹⁵.

وتمثل العقوبات التكميلية حسب المادة 09 من ق.ع.ج. المعدلة بموجب القانون رقم: 23/06 فيما يلي:"
1- الحجر القانوني، 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، 3- تحديد الإقامة، 4- المنع من الإقامة، 5- المصادرة الجزئية للأموال، 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، 7- إغلاق المؤسسة، 8- الإقصاء من الصفقات العمومية، 9- الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، 10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، 11- سحب جواز السفر، 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة."

الفرع الثاني: العقوبات الخاصة بالشخص المعنوي

أولاً:العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

أما بالنسبة للشخص المعنوي فحسب المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تطبق عليه عقوبة أصلية وحيدة تتمثل في الغرامة، وهذا ما نصت عليه المادة 18 مكرر الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري: " العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح هي¹⁶: -الغرامة التي تساوي من مرة (01) إلى خمس(05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب الجريمة."

ثانيا: العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي

نصت كذلك المادة 50 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على العقوبات التكميلية المرصودة لجرائم الفساد عموماً وجرائم الصفقات العمومية خصوصاً وأحالت إلى قانون العقوبات لبيان ذلك.

وبالرجوع إلى هذا الأخير نجده قد كرس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وقد رصد له في هذا المجال مجموعة من العقوبات التكميلية إضافة للعقوبات الأصلية، وحسب الفقرة الثانية من المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، يجوز الحكم على الشخص المعنوي بوحدة أو أكثر من العقوبات التالية:

- حل الشخص المعنوي، -غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، -الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، -المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس(5) سنوات، -مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، -نشر وتعليق حكم الإدانة، -الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة¹⁷.

الفرع الثالث: الظروف المشددة، الإعفاء من العقوبة وتخفيفها:

أولاً:الظروف المشددة:

نصت المادة 48 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ظروف تشديد العقوبة في جرائم الفساد كما يلي:"إذا كان مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قاضياً أو موظفاً عاماً يمارس وظيفة علياً، أو ضابطاً عمومياً أو عضو في الهيئة أو ضابطاً أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط، يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة."

ثانيا: الإعفاء من العقوبات وتخفيفها:

نصت في هذا المجال المادة 49 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على نوعين من الأعذار القانونية التي تؤخذ بعين الاعتبار في جرائم الصفقات العمومية، يترتب على إحداها عدم عقاب المتهم والأخرى تخفيف العقوبة وهذا كما يلي:" يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام

قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية، عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها.

عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة أعلاه، تخفض العقوبة إلى النصف بالنسبة لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي، بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها."

الفرع الرابع: الجزاءات التكميلية الأخرى المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

نظرا للطبيعة الخاصة لجرائم الفساد، فإن المشرع الجزائري رأى أنه من المناسب لمكافحة هذه الجرائم استحداث جزاءات جديدة تكميلية بالإضافة إلى تلك المعروفة في قانون العقوبات والتي لم تعد وحدها كافية لمواجهة هذه الجرائم، وهذا لمحاصرة هذه الظاهرة وضمان عدم استعادة مرتكبيها من عائداتها غير المشروعة، ومن أهم الجزاءات والعقوبات التكميلية المستحدثة نجد الحجز والتجميد والمصادرة، هذا بالإضافة إلى بعض الجزاءات المدنية كالرد وإبطال العقود والصفقات والامتيازات والبراءات.

أولاً: التجميد والحجز:

يقصد بالتجميد أو الحجز وفقا للمادة 02/ح من ق.و.ف.م.: "فرض حظر مؤقت على تحويل الممتلكات أو استبدالها أو التصرف فيها أو نقلها، أو تولي عهدة الممتلكات أو السيطرة عليها مؤقتا، بناء على أمر صادر عن محكمة أو سلطة مختصة أخرى."

ومما لا شك فيه أن حرمان مرتكبي جرائم الفساد من ثمره مشروعهم الإجرامي وتجريدهم من الممتلكات التي اكتسبوها هو الجزاء الأكثر إيلا ما وردعا مقارنة بباقي العقوبات التقليدية الأخرى¹⁸، ولهذا أولى المشرع الجزائري عند مكافحة ظاهرة الفساد لهذه المسألة أهمية كبيرة من خلال النص على اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية بشأن الأموال المتحصلة عن الفساد، وهذا كمرحلة أولى قبل مصادرتها بشكل نهائي، وتتمثل هذه الإجراءات في التجميد والحجز، وهذا ما تؤكدته المادة 01/51 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بنصها: "يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة."

ثانياً: مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة:

تعتبر المصادرة حجز الزاوية في السياسة العقابية التي تبناها المشرع الجزائري لمكافحة جرائم الفساد، حيث لا تقل ردعا عن العقوبات السالبة للحرية، لأنها تؤدي إلى تجريد الجناة من العائدات والفوائد المتأتية من جرائم الفساد¹⁹.

وقد أشارت إليها الفقرة 02 من المادة 51 من ق.و.ف.م. بقولها: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية."

ثالثاً: الرد:

نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 51 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كما يلي: "وتحكم الجهة القضائية أيضا برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى."

رابعا: بطلان العقود والصفقات:

لا يكتفي المشرع الجزائري عند الحكم بالإدانة في إحدى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية بتوقيع الجزاءات الجنائية المختلفة وإنما قد يوقع بعض الجزاءات المدنية²⁰ وقد أشار المشرع إلى هذه الجزاءات تحت عنوان: "آثار الفساد" وهذا بموجب المادة 55 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي نصت على أنه: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية."

المبحث الثاني: الرشوة في مجال الصفقات العمومية

نصت على هذه الجريمة وعاقبت عليها المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تحت تسمية الرشوة في مجال الصفقات العمومية كما يلي: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، 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."²¹

وتعتبر هذه الجريمة صورة من صور الرشوة كان منصوصا عليها في المادة 128 مكرر 01 قانون العقوبات الملغاة، ونظرا لخطورتها وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخاصة ما تعلق منه بعملية إبرام وتنفيذ العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية، وما تمثله هذه الأخيرة من ميدانا خصبا لانتشار الفساد بنوعيه المالي والإداري لصلتها الوثيقة بالمال العام، حيث تعتبر آلية لصرف الميزانية العامة، اضطر المشرع إلى الاحتفاظ والإبقاء عليها من خلال النص عليها في المادة 27 قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المذكورة أعلاه.

المطلب الأول: أركان جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

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

الفرع الأول: الركن المفترض: صفة الجاني:

تشتت المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صراحة صفة خاصة يجب توافرها في الجاني المرتكب لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية وهي أن يكون موظفا عموميا، وذلك حسب ما هو معرف بالمادة 02/ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ويجب الإشارة في هذا المجال أن المادة 128 مكرر 01 من قانون العقوبات الملغاة لم تكن تشتت صفة معينة في الجاني، عكس ما تنص عليه المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثاني: الركن المادي:

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 الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية²².

مما سبق يتضح لنا أن هذا الركن ينقسم إلى ثلاثة عناصر هي:

1-النشاط الإجرامي:

وفقا للمادة 27 أعلاه فإن السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية يتمثل في أحد العنصرين التاليين:

أ-القبض: هو 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.

ب-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 ولكن هذا الاتفاق بين الراشي والمرتشي قد لا يحقق الغرض الذي من أجله، كأن يتم كشفه قبل تسلم المرتشي للأجرة أو حصوله على المنفعة من صاحب المصلحة فتكون جريمة الرشوة في صورة محاولة القبض قائمة متى اكتملت باقي الأركان.

وفي هذه الصورة لا تكتمل عملية تسليم الأجرة، أي نقل حيازتها من الراشي إلى المرتشي ولا يحصل المرتشي على المنفعة رغم إنعقاد الاتفاق بين الطرفين على تحقيق السلوك الإجرامي في إحدى صورتيه القبض أو محاولة القبض.

2-محل النشاط الإجرامي:

يتمثل محل النشاط الإجرامي في مقابل الرشوة وهي المنفعة أو الأجرة مهما يكن نوعهما، والمشرع الجزائي لم يحدد طبيعة الأجرة أو المنفعة التي يمكن أن تكون مقابلا للرشوة وبهذا فقد تكون المنفعة التي يقبضها المرشسي 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 مثلا²³، والأجرة قد تكون صريحة أو ضمنية.

والشخص الذي يتلقى المنفعة أو الأجرة في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية قد يكون الموظف العام المرشسي نفسه أو شخص طبيعي أو معنوي يعينه هو²⁴، و هذا ما يستفاد من نص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: "كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة..."

وإذا كان الأصل أن يستفيد الجاني من الفائدة أو الأجرة لنفسه فإنه من الممكن أن يستفيد منها غيره، كأن يكون من أصوله أو فروعه أو زوجه أو أي شخص آخر يعينه، سواء كان طبيعيا أو معنوي (خاص أو عام)، بل وحتى وإن تسلمها شخص آخر لم يعينه الجاني (المرشسي) ولكن توجد صلة بينهما وعلم هذا الأخير وأقرها بأن لم يعترض عليها فإن الجريمة تقوم في حق المرشسي²⁵.

3- الغرض من الرشوة أو مقابل المنفعة أو الأجرة:

لا يكفي لتحقق جريمة الرشوة في الصفقات العمومية اتخاذ الموظف العام لأحد الصورتين التي تقدم ذكرهما وهما القبض ومحاولة القبض وإنما يجب أن يتوافر غرض الرشوة وهو الأمر الذي من أجله منحه المرشسي المقابل أو المنفعة أو الأجر، فالموظف يقدم عملا لقاء المنفعة أو الأجرة المتحصل عليها من قبل الراشي سواء كان الشخص طبيعيا أو معنوي.

ولقد حصر المشرع وفقا للمادة 27 أعلاه هذه الأعمال التي يمكن للمرشسي المتاجرة بها بغرض الرشوة والتي لها صلة بمهامه وواجباته الوظيفية المتعلقة أساسا بإبرام الصفقات العمومية وتنفيذها في ثلاث عمليات هي كالاتي:

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

الفرع الثالث: الركن المعنوي:

لما كانت جريمة الرشوة في الصفقات العمومية جريمة عمدية مثلها مثل باقي جرائم الرشوة الأخرى فإن المشرع يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصريه العلم والإرادة²⁶.

المطلب الثاني: عقوبة جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

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

وعقوبة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هي: الحبس من 10 إلى 20 سنة وغرامة مالية من 1.000.000 إلى 2.000.000 دج .

ويفهم مما سبق أن المشرع الجزائري اعتبر فعل الارتشاء في مجال الصفقات العمومية ظرفا مشددا للعقاب. و الملاحظ أن هذه الجريمة في ظل المادة 128 مكرر 01 من ق.ع.ج. الملغاة والمعوضة بالمادة 27 المذكورة أعلاه كانت تكيف جنائية ويعاقب عليها بالسجن المؤقت من 05 إلى 20 سنة وبغرامة من 100.000 إلى 5.000.000 دج.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فتتمثل العقوبة في الغرامة من: اثنين مليون إلى عشرة مليون دج . هذا وتطبق نفس العقوبات التكميلية والعقوبات المدنية الأخرى التي تطرقنا إليها في جريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية على مرتكب جريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

المبحث الثالث: جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

وهي الجريمة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي تنص: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت."

وقد حلت المادة السابقة محل المواد: 123 و 124 و 125 من قانون العقوبات الملغاة، ويطلق عليها التشريع المصري "جريمة التبرج" والمشرع الأردني "جريمة استثمار الوظيفة" وهو نفس المصطلح الذي استعمله الدكتور عبدا لله سليمان، أما المشرع الفرنسي فقد أطلق عليها اسم "جريمة التدخل". ويستفاد من نص المادة 35 أعلاه أن هذه الجريمة كغيرها من جرائم الفساد تقوم على ثلاثة أركان هي: الركن المفترض والركن المادي والركن المعنوي.

المطلب الأول: المقصود بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية وعلة تجريمها

تفترض هذه الجريمة أن الجاني موظفا عاما، ويحمل على هذا النحو أمانة السعي إلى تحقيق المصلحة العامة في نزاهة وتجرد، غير مبتغ لنفسه ربحا أو منفعة، ولكنه يخون هذه الثقة والأمانة، ويستغل اختصاصات وظيفته ومنصبه ليأخذ أو يتلقى لنفسه فوائد غير مشروعة²⁷.

وتعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة وتتفق وجريمة الرشوة، حيث في كل من الجريمتين، يحصل الموظف وبطريق غير مشروع على فوائد بصفة غير مشروعة بسبب وظيفته التي يتاجر بها. وتكمن الجريمة في حقيقة الأمر في تدخل الموظف في الأعمال التي هو مكلف بإدارتها أو الإشراف عليها، وهذا التدخل الذي يصرفه إلى تحري المنفعة الخاصة عند القيام بالواجب الذي تقتضيه المصلحة العامة²⁸، والاستفادة غير مرتبطة بالحصول على ربح، فلا يهم إن حقق الفاعل ربحا أم لا و إن كان الأصل أن يحصل الجاني على فائدة معتبرة، فالجريمة تتحقق حتى وإن لم يحصل الفاعل إلا على فائدة معنوية أو عائلية كأن يتدخل لفائدة صهره²⁹.

كما أنها تعد أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لأنها تنصب على العقود والمناقصات والمزيدات التي تبرمها الإدارة.

وعلة تجريم هذا الفعل: هي أن الموظف في هذه الجريمة يجمع بين صفتين متعارضتين لا يجوز الجمع بينهما، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة، وإلى المساس بمبدأ المنافسة الشريفة. فالمرشح يفرض على الموظف العام أن يتحلى بواجب الأمانة و النزاهة والإخلاص لوظيفته وأن يسعى دائما لتحقيق المصلحة العامة أثناء مباشرة اختصاصاته الوظيفية³⁰.

ولهذا فإن المرشح لم يسمح للموظف أن يكون طرفا أو مستفيدا بصورة صريحة أو ضمنية مباشرة أو غير مباشرة من أي عقد أو صفقة تبرمها الإدارة العامة والتي يشرف عليها أو يتولى إدارتها³¹، ومرد ذلك هو أن الموظف العام يمثل الدولة في مثل هذه العقود والصفقات، ومن واجبه السهر على مصالحها، ولن يتأتى ذلك إذا كان طرفا أو مستفيدا من هذه العقود، فكونه مستفيدا في أية صفقة مع الدولة تجعله يحابي مصلحته الخاصة ويسعى إلى تحقيقها بكل السبل والوسائل على حساب المصلحة العامة أو مصلحة الإدارة التي يتعاقد باسمها³².

فالجمع بين الصفتين، صفة ممثل المصلحة المتعاقدة، وصفة ممثل المتعاقد مع الإدارة أو المستفيد لن يتحقق إلا بالتضحية بأحد المصلحتين وهي غالبا المصلحة العامة.

ومن جهة ثانية فإن المركز الوظيفي للموظف العام والذي أساء استغلاله 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 وبفضل ما يحوزه من سلطات أن يتفوق عليهم بسهولة³³.

المطلب الثاني: أركان جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

الفرع الأول: صفة الجاني:

تتطلب المادة 35 من ق.و.ف.م. أن تتوافر في الجاني صفة الموظف العمومي، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود والمزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو الموظف الذي يكون مكلف بإصدار إذن بالدفع في عملية أو يكون مكلفاً بتصفية أمر ما. وبهذا فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تقتضي أن يكون الجاني موظفاً عاماً كما هو معرف في المادة 02/ب من ق.و.ف.م. و أن يكون مكلفاً بأحد الأعمال الواردة في المادة 35 أعلاه، وبالتالي فإن صفة الجاني تنحصر في فئتين هما:

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

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

الفرع الثاني: 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.

و يمكن تحليل هذا الركن إلى عنصرين هما: النشاط الإجرامي والغرض من الجريمة.

أولاً: السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في صورتين هما: إما أخذ أو بتلقي فوائد غير قانونية أثناء مباشرة الإدارة أو الإشراف على إحدى العمليات التالية المتعلقة ب:العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات³⁴.

1-أخذ الفائدة: يقصد بالأخذ هو: "تسلم الموظف العام للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير مشروعة من الأشخاص الذين لديهم مصلحة في المزايدات أو المناقصات أو العقود أو المقاولات. والأخذ يتضمن إيجاب من الموظف وقبول من صاحب المنفعة، بمقتضاه يلتزم هذا الأخير بتسليم الفائدة المتفق عليها للموظف لقاء الاتجار بالوظيفة، ويأخذ ثلاث صور هي:

أ-أخذ الجاني للفائدة قد يكون بصورة مباشرة، كأخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي مبلغ مالي أو أسمها في شركة من أحد المتعاملين، لقاء التزام الأول للثاني بالسعي لأن يكون هو الفائز بالعقد³⁵.

ب-كما قد يأخذ الجاني الفائدة بعقد صوري، كتمكينه من انجاز جزء من الصفقة باسم مستعار وهذا كأن يتعاقد مع المؤسسة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي غير اسمه الحقيقي لتزويدها باحتياجاتها من سلعة ما يستوردها من مؤسسة تجارية هي في حقيقة الأمر مملوكة له³⁶.

ج-وقد يحصل الجاني على الفائدة عن طريق شخص ثالث، قد يكون شريكه أو قريبه أو صديقه³⁷.

2-تلقي الفائدة: يقصد بالتلقي: هو تسلم الموظف العام للفائدة سواء كانت مادية أو معنوية بصفة غير قانونية لقاء الاتجار بوظيفته.

والتلقي يقتضي إيجاب من صاحب المصلحة في العقود والمناقصات وقبول من الموظف العام، بمقتضاه يستلم الجاني الفائدة المتفق عليها لقاء استغلال الوظيفة.

وبهذا فالتلقي لا يختلف عن الأخذ إلا من زاوية عرض الفائدة، فكلاهما لا يتحقق إلا بتسلم الجاني للفائدة، إلا أنه في التلقي يكون صاحب المصلحة في العقود والمناقصات هو العارض للفائدة والموظف هو القابل لها، أما في الأخذ فالموظف هو الذي يطلب الفائدة وصاحب المصلحة هو الذي يوافق على ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن العمل الذي يؤديه الموظف لقاء حصوله على الفائدة، يستوي أن يكون عملاً إيجابياً كاتخاذ قرار بإرساء صفقة على شخص ما أو عملاً سلبياً كعدم مطالبة أحد المقاولين بالقيام بعمل، كان من الواجب عليه القيام به، أو التسامح معهم بالتغاضي عن أحد الشروط الأساسية للتعاقد³⁸.

كما لا يشترط لمساءلة الموظف العام جنائياً، أن يلحق الضرر بجهة الإدارة، فالجريمة تقوم بالنسبة للموظف متى حصل على نفع خاص له لقاء الاتجار واستغلال الوظيفة، بل ولو كانت العملية التي قام بها عادت بالنفع على الإدارة، فالضرر ليس عنصراً من عناصر الركن المادي لهذه الجريمة³⁹.

كما يجب التذكير أن الجريمة تقوم بمجرد تحقق السلوك الإجرامي في أحد صوره: الأخذ، التلقي، ولا يهم إن نفذت الصفقة التي على أساسها أخذت الفائدة أم لا، فقد ترفض السلطة المختصة بالرقابة التأشير على الصفقة ومع ذلك تقوم الجريمة، بالرغم من أن العمل المطلوب من الجاني لم يتحقق وهذا لأسباب خارجة عن إرادته⁴⁰.

ثانياً: الفائدة:

تعتبر الفائدة أحد عناصر النشاط الإجرامي والذي بدونه لا تتحقق الجريمة ولا يهم طبيعتها سواء كانت مادية أو معنوية إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا ما يؤكد نص المادة 35 أعلاه بنصها: "...فوائد أيا كانت".

كما لا تهم الطريقة التي يتحقق بها دفع الفائدة، فقد تكون مباشرة بقبض الجاني المال بنفسه، وقد تتحقق بعقد صوري أو عن طريق وسيط (شخص آخر)⁴¹، كما قد تكون الفائدة لقاء أداء عمل أو الامتناع عن أدائه.

الفرع الثالث: القصد الجنائي

جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية كغيرها من جرائم الفساد، لهذا يشترط لقيام ركنها المعنوي توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني بعنصره العلم والإرادة .

والقصد الجنائي العام غير كافي وحده لقيام هذه الجريمة وإنما يشترط قصد جنائي خاص، يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق منفعة غير مشروعة، أما إذا لم يكن يبتغي فوائد خاصة له وإنما تحققت له فوائد من العملية دون أن يسعى إليها فلا تقوم الجريمة⁴² .

المطلب الثالث: عقوبة جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية

عاقبت المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الشخص الطبيعي على هذه الجريمة بنفس عقوبة الجريمة السابقة الواردة في قانون العقوبات وهي بالتالي تتمثل في الحبس من 02 إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 200.000 إلى 1.000.000 دج .

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن المواد 123 و 124 و 125 من ق.ع.ج. الملغاة والمعوضة بالمادة 35 أعلاه كانت ترصد عقوبة أقل مما هي عليه حالياً، حيث كانت العقوبة تتراوح بين الحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات والغرامة من 500 إلى 5000 دج ، وهذا يعني أن النص القديم هو الأصلح للمتهم كون المشرع في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد قام بتشديد الحبس والغرامة المالية معا. أما بالنسبة للشخص المعنوي فتتمثل العقوبة في الغرامة من: مليون إلى خمسة مليون دج. هذا ونشير أنه ينطبق على الجاني في جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية جميع الأحكام المتعلقة بالعقاب والإعفاء منه المتعلقة بالشخص الطبيعي والمعنوي والتي تم الإشارة إليها بمناسبة الحديث عن عقوبات جريمة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية.

خاتمة

ما يلاحظ في الأخير أن المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد جنح كل جرائم الصفقات العمومية، بعدما كانت في ظل قانون العقوبات تتراوح بين الجنائية والجنحة، كما أن العقوبات الجديدة أغلبها جاءت أصلح للمتهم لخفضها الحد الأدنى للغرامة أو الحد الأقصى لها، ما عدا جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، حيث انتهج فيها المشرع مسعى مخالفا تماما لمسعاها السابق والمتساهل، حيث قام بالتشديد في عقوبة الحبس والغرامة معا.

والواقع أثبت أن الجرائم الاقتصادية عموما و جرائم الصفقات العمومية خصوصا في تزايد مستمر وخاصة جنحة الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية والتي عرفت تطورا بنسبة 11.37 بالمائة خلال السنوات 2006-2009 وهذا يدل دلالة قاطعة على قصور السياسة الجنائية المنتهجة في هذا الجانب، وعليه فإن التركيز على التجريم وحده غير كافي لمنع الفساد المرافق للصفقات العمومية، خاصة أن المشرع الجزائري لم يجرم كل السلوكات السلبية الضارة بالمال العام في مجال الصفقات العمومية، وإنما يجب الاستعانة بالجانب الإداري، واعتبار جميع السلوكات غير المجرمة والماسة بتنظيم الصفقات العمومية مخالفات تستحق الجزاء التأديبي وهذا يستدعي تدخل المشرع وسن هذه الأخطاء المهنية في قانون الوظيفة العمومية رقم 03/06

كما لا ننسى الجانب الوقائي ودوره الكبير في الحد من الفساد في الصفقات العمومية وخاصة التصريح بممتلكات الموظفين العموميين والالتزام بمدونة أدبيات و أخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية المزمع إعدادها من طرف سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

كما أن التقيد بمبادئ الصفقات العمومية الواردة بالمادة 05 من التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام وخاصة مبدأ شفافية الإجراءات والمساواة بين المرشحين وحرية المنافسة كفيل بتحسين الصفقات العمومية من مختلف أفعال وسلوكات الفساد.

الهوامش

- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 **المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية** ج ر ج ج، عدد 58 لسنة 2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر ج ج، عدد 14 لسنة 2011 والمعدل بالمرسوم رقم 222/11 المؤرخ في 16 جوان 2011، ج ر ج ج، عدد 34 لسنة 2011، والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012، ج ر ج ج، عدد 04 لسنة 2012. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم: 03/13 المؤرخ في: 13 جانفي 2013 ج ر ج ج، عدد 02 لسنة 2013.
- ²- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 **المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، ج ر ج ج، عدد 50 لسنة 2015.
- ³- القانون رقم 15/11 المؤرخ في: 02 أوت 2011 يعدل ويتم القانون رقم: 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 **والمعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته**، ج ر، عدد 44 لسنة 2011.
- ⁴ -أنظر: **عرض الأسباب المرفق بمشروع القانون رقم: 15/11 المعدل و المتمم للقانون رقم: 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته**، وزارة العدل، 2011، ص.ص.2.1.
- ⁵- Jérôme Michon , **les marchés publics en 100 questions**, Editions Le moniteur, 4^{ème} éditions, Paris, 2009, p. 374. et V : C.LAJOYE , **droit des marchés publics**. Berti éditions ,Alger ,2007,p.223.
- ⁶ -هلال مراد، "الوقاية من الفساد ومكافحته في التشريع الجزائري على ضوء القانون الدولي"، نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر، العدد 60، ص.110..
- ⁷ -محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات القسم الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص.27 وما بعدها.
- ⁸ - أنظر: **عرض الأسباب لمشروع القانون رقم: 15/11**، مرجع سابق، ص.02.
- ⁹ - أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائري الخاص**، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.120.
- ¹⁰ - المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06 المعدل والمتمم، أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائري الخاص**، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص.121.
- ¹¹ - أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائري الخاص**، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص.121.
- ¹² - حسين بوسقيعة، مرجع سابق، ص.121.
- ¹³ - أحمد دغيش، "الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته"، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، 2013، ص.14.
- ¹⁴ - نفس المرجع، ص.15.
- ¹⁵ - حمدوش أنيسة، "جريمة الرشوة ومكافحتها في ضوء قانون 01/06 **المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته**"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2008، ص.11.
- ¹⁶ - منصور رحمانى، **القانون الجنائي للمال والأعمال**، الجزء الأول، دار العلوم، عنابة، 2012، ص.104.
- ¹⁷ - موسى بودهان ، **النظام القانوني لمكافحة الرشوة**، دار الهدى، عيد امليلة، 2010، ص.71.

- 18- سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، www.undp-pogar.org/arabic ، 2010/02/03 ، ص.160
- 19 - نفس المرجع، ص 83
- 20- موسى بودهان، مرجع سابق، ص.69.
- 21 -راجع في هذا المجال: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسور، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص.344.
- 22- معاشو فطة، " جريمة الرشوة في ظل قانون رقم 01/06"، ملتقى وطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، ص 21
- 23- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 132 ، معاشو فطة، مرجع سابق، ص 21.
- 24- المرجع نفسه.
- 25 - معاشو فطة، مرجع سابق، ص 22، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 133
- 26 - المرجع نفسه.
- 27- - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص.126.
- 28- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص.107.
- 29- المرجع نفسه.
- 30- مخلد ابراهيم الزعبي، جريمة استثمار الوظيفة، دراسة مقارنة، دار الثقافة ، عمان، 2011، ص.33 وما بعدها.
- 31- عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.111.
- 32 - المرجع نفسه.
- 33-محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص.127
- 34 - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص.103
- 35 - مليكة هنان، جرائم الفساد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.148.
- 36- الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.114.
- 37- المرجع نفسه.
- 38 - عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص.114.
- 39- مليكة هنان، مرجع سابق، ص.149 ، عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص.115.
- 40 - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص.108
- 41 - المرجع نفسه.
- 42 -عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص.115.