

جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"

عمراني مصطفى
ماجستير في القانون



Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

**جريمة استغلال النفوذ
في مجال الصفقات العمومية**

جريمة استغلال النفوذ
في مجال الصفقات العمومية
«دراسة مقارنة»

عمراني مصطفى
ماجستير في القانون

الطبعة الأولى

1438 هـ - 2017 م

مركز الدراسات والبحوث
للنشر والتوزيع

جميع حقوق الطبع محفوظة

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإليكترونية - أم الميكانيكية بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي أو التسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر

رقم الإيداع

2015/2280

ISBN 978-977-796-059-5



9 789777 960595 >

مركز الدراسات العربية
للنشر والتوزيع

طريقك إلى المعرفة

جمهورية مصر العربية

الجيزة - 6 أكتوبر - الحي الخامس - ش 13

002 (02) 383 767 64

002 0100 440 490 6

002 01011270909

00966 543 044 662

www.ascpublishing.com

info@ascpublishing.com

markez.derasat@gmail.com

ahmed.tafesh@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

﴿هُوَ جَدًّا عَبْدًا مِّنْ عِبَادِنَا آتَيْنَاهُ رَحْمَةً مِّنْ عِنْدِنَا وَعَلَّمْنَاهُ مِمَّنْ لَّدُنَّا عِلْمًا﴾

(الكهف: 65)

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا والصلاة والسلام على أشرف خلق الله وعلى آله وصحبه.

أما بعد

فإلى من نزلت في حقهم الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ وَلَا تَنْهَرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (23) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ الإسراء (23 - 24).

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أغلى ما أملك في الوجود أبي وأمي العزيزين

حفظهما الله لي...

إلى جميع العائلة والأقارب وأصدقاء العمل

إلى أساتذتي الكرام والأسرة الجامعية ورفقاء الدراسة

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعاً يستفيد منه جميع الطلبة

عمرانكي مصطفى

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

تشكرات

قبل كل شيء نشكر الله عز وجل الذي رزقنا من العلم ما لم نكن نعلم، نحمده حمدا كثيرا يليق بعظمته وجلال قدره وكثرة نعمه، ولما أعطاه لنا من القوة والشجاعة والإرادة، للوصول إلى هذا المستوى، وإتمام هذا البحث المتواضع نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا المشرف "أ.د. معوان مصطفى" على إرشاداته القيمة وتوضيحاته اللازمة التي أفادنا بها، ولم يبخل علينا من زاده العلمي والمعرفي، فما يسعنا إلا أن نقول له شكرا

تشكراتنا أيضا لكل من زودونا بكتب في إطار إنجاز هذه المذكرة كما نشكر أساتذتنا الكرام، من الإبتدائي إلى الجامعي، والذين كان لهم الفضل الكبير في وصولنا إلى ما نحن عليه الآن وفي الأخير نشكر كل شخص من قريب ومن بعيد لم يبخل علينا ولو بكلمة طيبة.

عمرانجي مصطفى

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

المقدمة

الصفقات العمومية وسيلة من وسائل الإدارة العمومية لتنفيذ سياسة الدولة الاقتصادية والاجتماعية، كما تعتبر أسلوبا للحصول على ما تحتاجه في العديد من المجالات، فمن طريق الصفقات العمومية يمكن الاستفادة من خيارات البلاد واستغلالها بالشكل الذي يحقق الرفاهية والازدهار لكافة المواطنين وفي مختلف المجالات سواء تعلق الأمر بشبكة الطرقات أو الموانئ أو المطارات أو السدود وغيرها من المنشآت الحيوية التي تستطيع الدولة من خلالها أن تسهل وتجعل عملية التنمية تتحقق بسرعة.

فكلمة صفقة تدل أساسا على تعاقد بين طرفين يهدف إلى إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات أو دراسات. أما كلمة عمومية فهي تعني الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية.

فمن حيث الأموال الضخمة المنفقة مقابل إنجاز الصفقات العمومية تجذب المتعامل الاقتصادي الراغب في تحقيق الربح، وهذا المتعامل الاقتصادي قد يكون مؤسسة اقتصادية تتحصل على الصفقة بصفة قانونية وتسعى لتنفيذها بأحسن شكل ممكن كما قد تكون مؤسسة اقتصادية لا يهتما سوى الفوز بالصفقة وهي من أجل ذلك فهي مستعدة للقيام بأي شيء من أجل الحصول عليها بعيدا عن السعي في تقديم أحسن العروض، بل أكثر من ذلك فإن مثل هذه المؤسسات قد تكون مجرد

غطاء لجماعة إجرامية ترغب في السيطرة على المشاريع الحيوية للدولة فالتنافس على هذه المناقصات يدفع بمؤسسات القطاع الخاص للجوء لا محال لإفساد وتعظيم المشتري العمومي ليمنحهما الصفقات العمومية على حساب المؤسسة الأجدر بالفوز بها.⁽¹⁾

أخطر من ذلك فإن كانت المؤسسة الحائزة على الصفقة تخفي جماعة إجرامية فإن هذا سيؤدي إلى سيطرة الجماعات الإجرامية على مشاريع الدولة مما سيعزز لا محال من وزنها وقدرتها الاقتصادية، فيكون من السهل عليها تعظيم المجتمع وحتى في بعض الحالات السيطرة على الدولة بما لها من نفوذ على الموظفين العموميين، بل تقوم في بعض الأحيان بتمويل حملات الأحزاب السياسية التي تعدها بمنحها الصفقات العمومية إن هي فازت، وهكذا تسيطر الجماعة الإجرامية على رجال الحكم وعلى معظم أجهزة الدولة⁽²⁾.

من المؤكد أن الفساد ليس منتجا، بل أنه دائما ما يكون نشاطا مدمرا. وإذا ما انتشر الفساد من خلال الممارسات الفاسدة، فإن القائمين بالأعمال بدلا من تركيز اهتمامهم في نواحي النشاط الإنتاجي التي تخلق الثروة، سينقلون تركيزهم إلى الفساد ونشاط إعادة التوزيع ويخصصون قدراتهم ومواهبهم لها. وسيتم إدخال طرق جديدة للفساد بدلا من تقديم منتجات وطرق جديدة للإنتاج.

وبصفة عامة فإنه في نطاق الآراء والنظريات المختلفة لتعريف وتحليل الفساد⁽³⁾، هناك ثلاثة أنواع من الفساد على حد تحليل بوريس بيجوفيتش⁽⁴⁾.

(1) علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، جامعة الجزائر - 01 - كلية الحقوق، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، 2012 - 2013، ص: 05.

(2) HOPE Henri , Le piratage des marchés publics par le crime organisé, D'une pratique locale à un phénomène mondial, Mémoire pour le Diplôme d'Université 3ème cycle, Analyse des Menaces Criminelles Contemporaines, Université Paris II Pantheon - Assas, Juin 2005, p: 41.

(3) بوريس بيجوفيتش، آراء في الفساد.. الأسباب والنتائج، مركز المشرعات الدولية الخاصة (CPIE)، خبرات عالمية العدد 13، مقال متاح على موقع www.cipe-arabia.org/pdfhelp.asp، تاريخ زيارة الموقع 2013/09/24.

(4) Boris Begovic هو نائب رئيس مركز دراسات التحرر الديمقراطي وأستاذ الاقتصاد بكلية القانون جامعة بلجراد. وقد تلقى تعليمه في جامعة بلجراد ومدرسة لندن للاقتصاد ومدرسة كيندي بجامعة =

- **النوع الأول:** الفساد الذي يؤدي إلى حصول المواطن أو الشخصية الاعتبارية على حق من حقوقه القانونية وهو فساد دون سرقة وفقا لما يقوله شليفر وفيشني **Schleifer & Vishney** ويسمى رشوة المسؤولين لتخطي الصفوف وللحصول على خدمة قانونية من جميع الوجوه.
- **أما النوع الثاني:** من الفساد فهو ذلك الفساد الذي ينتهك القواعد القانونية، أو يؤدي إلى التطبيق المتحيز لهذه القواعد. وهو ما يطلق عليه الفساد الإداري وهو أكثر أنواع الفساد وضوحا وأهم الآثار المباشرة لهذا النوع من الفساد هي:
- عدم تطبيق التشريعات والسياسات العامة بشكل عادل.
- تولد لدى المواطن أن من مصلحة المجتمع عدم تنفيذ القانون لأن السياسات سيئة لدرجة يتحتم معها عدم الالتزام بالقانون ولذا يكون الفساد ثاني أفضل الحلول بحسب اعتقادهم.
- **أما النوع الثالث:** وهو الفساد الكبير والذي يطلق عليه "الاستيلاء على الدولة" وهو الفساد الذي يهدف إلى تغير القواعد المنظمة للدولة من قواعد تراعي المصلحة العامة إلى قواعد وتعليمات تحابي مصالح المفسدين. والافتراض الأساسي في تفسير هذا النوع من الفساد هو واقع الحياة السياسية في الاقتصادات الانتقالية.

= هارفارد. وتتضمن مجالات خبرته التنظيم الصناعي، واللوائح التنظيمية، والتحليل الاقتصادي للقانون. كما عمل مستشارا اقتصاديا لحكومة يوغوسلافيا الاتحادية من عام 2000 حتى 2002، واشترك في المفاوضات مع مؤسسات التمويل الدولية ومفاوضات دخول يوغسلافيا في منظمة التجارة العالمية ومفاوضات إعادة جدولة الديون. وقام بدور إيجابي في المجموعات الخاصة بالتشريع الجديد للإتصال والخصخصة في صربيا. وقد نشر الكثير من المقالات في الجرائد والمجلات الدولية والمحلية، كما نشر كتابين الأول بعنوان "مدخل إلى الحجم الأمثل للمدينة" عام 1991 والثاني بعنوان "اقتصاديات تخطيط المدن" عام 1995. وقد ساهم أيضا في تحرير عدد من الكتب منها "الفساد في صربيا" عام 2001 و"الفساد في القضاء" عام 2004.

إن النظرة القانونية لظاهرة المحاباة، واستغلال النفوذ هي نظرة سلبية وخاصة منح أو الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية لارتباطها بالمال العام، لا كئنا نجد أن الموظف بتفضيل شخص على شخص على أساس القرابة أو الصداقة أو ما إلى ذلك، يعد مخالفا للقوانين والأنظمة ويعاقب عليها القانون.

وما يغذي هذه الجرائم ويمنحها قبول لدى بعض أطراف المجتمع، طبيعة المجتمع العربي الذي يقوم على العائلة والعشيرة في المجتمع العربي فهو مجتمع قائم على هذه الروابط التي تتحكم في شتى مجالات الحياة وتمثل أحيانا عائقا أساسيا أمام التحول الديمقراطي وحكم القانون كما تعرفه الديمقراطيات الغربية. وتعارض المصالح والمحاباة والمحسوبية والواسطة على أسس عائلية أو عشائرية سمة من سمات المجتمعات ذات الطبيعة القبائلية حيث تجد القبائل والعائلات الكبيرة وذات النفوذ ضمن أعضائها من يمكنه تقلد المناصب ويكون ذا فائدة في المستقبل. وعليه فهناك علاقة وثيقة بين الفساد ومظاهر تعارض المصالح والمحسوبية والمحاباة والواسطة، التي تخلق جوا من عدم الثقة بسبب اعتماد الروابط الشخصية والعائلية بدلا من معايير الكفاءة والخبرة في التجنيد للوظائف العامة، وما زالت المجتمعات العربية تقدر الروابط العائلية والعشائرية، وتزيد من أهميتها على الكثير من قيم المجتمع المدني، مما يتيح المجال أمام العديد من ممارسات الفساد التي تغنيها قيم ايجابية في نظر العديدين. وبين إيجابيات التماسك الأسري وسلبات تعارض المصالح والواسطة والمحسوبية خيط رفيع يساهم فهمه في التغلب على الفساد وفي الإصلاح والتحول الديمقراطي في الوطن العربي.

كما تظهر في الأنظمة الاجتماعية العربية «الفرجة» أي محاولة نجدة الأقارب والأصدقاء مما يغدو «فرّاعة» للآخرين بسبب الخوف من ضياع حقوقهم، لمن لا يستحق أو لمن يرون بأنهم أحق منه. هذه المظاهر تؤدي إلى ضياع حقوق المواطنين

من أفراد المجتمع الذي هو بواقع الأمر بحاجة لهم للتطوير والتنمية. ويتفق الخبراء على أن هذه المظاهر لها آثار سلبية على التنمية، وهي ظاهرة غير صحية تؤدي إلى تقشي الفساد، ويخلق روح الانتهازية لأصحاب النفوذ والحظوظ، كما تخلق روح الحقد والكراهية والسلبية لدى الفئة التي لا تملك هذه الميزة.

أهمية الدراسة :

إن وجود الفساد في مجال الصفقات العمومية يعد أمرا خطيرا، لذا يتعين الوقوف عنده، فجرائم الصفقات العمومية من بين الجرائم الخطيرة التي تنخر المجتمع ومؤسسات الدولة على حد سواء، وقد أخذ منحى هذه الجرائم تصاعدا مستمرا لا سيما أثناء التحولات التي لا يزال يعرفها الاقتصاد الوطني.

لذا يتوجب علينا التطرق إلى آليات الوقاية والمكافحة المرصودة لهذه الجريمة فتتصرف بنا تلقائيا إلى البحث في مسائل نظرية وأخرى عملية خاصة وأن هذه الجريمة تتم وتتسج خيوطها في الخفاء وبعيدا عن الأعين.

وعليه فجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من بين جرائم الصفقات العمومية، التي نالت اهتمام المشرع الجزائري بخلاف باقي المشرعين، فقد خصص لهذه الجريمة المادة 26 فقرة 2 ضمن جرائم الفساد في القانون رقم 01 - 06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وعلى وجهت نظر المشرع بتجريمه هذا الفعل يعد سدا لكل ما يعتبر فراغا في التشريع الجنائي، حيث لا يؤدي ذلك إلى سوء الاستفادة من قبل أصحاب مستغلي النفوذ، ليتدخلوا في شؤون السلطة العامة كيفما يشاءون، ولا نصوص قانونية تجرم أفعالهم وفي النتيجة يفلتون من العقاب.

1 - الناحية النظرية :

تبرز أهمية الموضوع من دراسة الجريمة ومعرفة خصوصيتها من حيث صفة الجاني وتميزها عن الجرائم المشابهة لها وكذلك أركان الجريمة، وطبيعة

نص تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، كذلك الوقوف على صعوبة استخلاص الركن المعنوي للجريمة وذلك لارتباطها بقوانين تنظيمية وتشريعية غير جنائية، كما نتطرق لتأثير الجريمة السلبية على المال العام وعلى ضمان الخدمة العمومية وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة.

فجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، من الجرائم التي يشوبها الكثير من اللبس والغموض. ليس لدى العامة من أفراد المجتمع وإنما حتى لدى المختصين والمهتمين من طلبة ومحامين وقضاة وموظفين ومتعاملين متعاقدين، وذلك لارتباطها بأهم عناصر الصفقة والمتمثلة في الجانب المالي وجانب الجودة وجانب الآجال القانونية، وهي من أصعب محاور الصفقة العمومية بل هي لب الصفقة العمومية

- فمن حيث الجانب المالي نجد الزيادة في الأسعار والتعديل في التموين
- أما من حيث ضمان الجودة نجد التعديل في المواد أو الخدمات
- و من حيث الآجال القانونية نجد التعديل في آجال التسليم.

و عليه فأى عنصر من هذه العناصر يمكن أن ينفرد بدراسة متخصصة أو محور ملتقى وطني أو دولي، كما يمكن أن يكون موضوع مذكرة ماجستير أو رسالة دكتوراه.

وعليه فالبحث في هذه الجريمة يعد تعريفا بها ومشاركة في الوقاية منها وتحفيزا للهمم لمكافحة ومحاربتها، والتنبيه إلى خطورتها.

2 - الناحية العملية :

تبرز الناحية العملية لدراسة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية من حيث تحديد الطبيعة القانونية لها وسبب إدراجها ضمن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، وبالتالي الإجراءات الكفيلة وكذا التدابير الوقائية والردعية لمكافحة ومدى فعالية الأساليب المتبعة والأحكام المتعلقة بها وكذا وسائل البحث والتحري وكشف الجريمة.

إن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة، وإن كان نادرا أو بالأحرى منعدم ما يحال منها على القضاء، حسب الواقع الفعلي نظرا لطبيعتها ولارتباطها بسمعة النظام الأمر الذي يجعل جمع الأدلة وإثباتها فيه شيء من الصعوبة.

غير أنني أود أن ألفت النظر إلى حقيقة هامة، وهي أن اعتبار ظاهرة ما خطيرة، لا يعتد بشكل قاطع على قلة، أو كثرة الأفراد الذين يأتون هذا السلوك. بقدر القيمة الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية التي ينتهكها هذا السلوك وبقدر المصلحة المحمية التي يعتدى عليها.

وعليه يمكن أن تمر الجريمة بلا عقاب فترة من الزمن، ولكن العدالة البيئية سرعان ما تدرك الجريمة.

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الإستراتيجية المتبعة لمواجهة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في أهم مجال اقتصادي وهو الصفقات العمومية على ضوء النصوص القانونية المنظمة لها، في مرحلة هامة وحاسمة في مسار الصفقة العمومية، وتحديد مدى كفاية هذه الآليات لمواجهة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة.

وعليه فهذه الدراسة ستقودنا إلى، التعريف بالجريمة وبيان استقلاليتها على الجرائم المشابهة لها خاصة جريمة منح امتيازات غير مبررة "جريمة المحاباة"، بيان أركان الجريمة وتفصيل هذه الأركان، تبيان السياسة الجنائية التي اعتمدها المشرع الجزائي لمواجهة هذه الجريمة خاصة من الجانب الوقاية.

أسباب اختيار الموضوع:

إن معالجة موضوع لم ينل حسب علمي وأن سبق البحث فيه، سوى بعض الإشارات البسيطة والسطحية غير المعمقة التي تتعرض لها عند دراسة جرائم الصفقات العمومية، أو دراسة آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية. فالموضوع يحتاج فعلا إلى الدراسة والتأصيل.

كما أن المكتبة الجامعية والقانونية في حاجة إلى دراسة متخصصة تتعدى القراءة السطحية للجريمة وللنصوص القانونية.

صعوبات البحث:

من ناحية المراجع، الصعوبات التي واجهت الباحث لإعداد هذا البحث، كانت ناتجة عن دراسة الجانب الدولي لهذه الجريمة، فلم نجد دراسات سابقة حول هذا الموضوع، فقد كانت خالية من التطرق إلى هذا الموضوع على المستوى الدولي، أما على المستوى الوطني ندرة الشروحات الفقهية والكتابات الأكاديمية وإن كانت بعض المعالجات تتسم بالاختصار والإيجاز، أما الأحكام القضائية وتطبيقات المحاكم حول هذا الموضوع فلم نجد لها أثر.

أما من ناحية الجريمة، فدراسة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة، تفيد في الصعوبة التي تطرحها عملية التعامل مع نص جنائي يقوم على مخالفة نصوص قانونية مصدرها القانون الإداري.

نطاق الدراسة :

1 - من حيث الحدود الموضوعية :

بما أن الموضوع لم يسبق لأحد وأن تطرق له فيجب تركيز الدراسة على تحليل أركان الجريمة والتعريف بها باعتبارها المحور الرئيسي في التجريم وكذلك التطرق إلى الجانب الجزائي والوقائي للجريمة وتمييز الجريمة عن بقية الجرائم مشابهة لها.

2 - من حيث الإطار الزمني :

بما أن الجريمة مرتبطة بنص تجريمي يحدد أركانها والعقوبة المقررة لها فإن الدراسة ارتكزت على جميع النصوص القانونية والتي كانت واردة في قانون العقوبات منذ صدوره سنة 1966 إلى غاية صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في سنة 2006 الساري المفعول، وبما أن النص التجريمي للجريمة يحيل إلى قواعد قانونية غير جزائية تتطلب منا الدراسة تتبع هذه النصوص وتعديلاتها.

منهج الدراسة :

وبغرض توضيح الموضوع ارتأينا إتباع المنهج التحليلي لإجراء دراسة تحليلية لتنظيم الصفقات العمومية، وكذا قانون مكافحة الفساد وتفسير مضمون النصوص النصوص القانونية القانونية والربط بينهما، لتبيان مدى تمكن أو إخفاق المشرع

في وضع آليات كفيلة لمواجهة الجريمة.

مع الرجوع عند اللزوم إلى المنهج التاريخي، باعتبار تنظيم الصفقات العمومية قد تم تعديله مرات عديدة، كذلك النص التجريمي المتعلق بجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات، فكان من اللازم الرجوع من حين إلى آخر إلى هذا المنهج لمقارنة النصوص السابقة بالنصوص الحالية، لاكتشاف أسباب التعديل ومدى نجاحته ومحاولة استقصاء التطور الحاصل.

إشكالية الدراسة :

إيماننا منا بأن وضع آليات كفيلة لمواجهة الفساد بصفة عامة، وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بصفة خاصة قرينة لمفهوم دولة القانون، وانطلاقاً من تحديد مفهوم الجريمة وطبيعتها وسبل الوقاية والمكافحة التي رصدها المشرع من خلال تطور المنظومة الجنائية المعتمدة فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمثل في ما يلي:

- هل تستحق أن تدرج جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة كجريمة مستقلة وقائمة بذاتها؟

هذه الإشكالية تتفرع عنها جملة من الأسئلة الفرعية التي تتمحور أساساً

حول:

- 1 - ما هي أبرز خصوصيات جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية؟
- 2 - ما الطبيعة القانونية لهذه الجريمة وما صورها؟
- 3 - ما يميزها عن الجرائم المشابهة لها؟
- 4 - هل يمكن أن تقع جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في حق طرف دون أن تقع في حق الطرف الثاني؟
- 5 - ما هي أركان هذه الجريمة؟
- 6 - ما سبل وآليات الوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين ومكافحتها؟
- 7 - هل العقوبة المفروضة كافية لتحقيق غايتها؟

8 - هل اكنفى المشرع بالأحكام الإجرائية المنصوص عليها فى قانون
الإجراءات الجزائية، أو أنه خص هذه الجريمة بإجراءات تحري
ومتابعة خاصة؟

خطة الدراسة :

للإجابة على الإشكالية الرئيسية لموضوع البحث قمنا بتقسيم الدراسة إلى
مقدمة، فصل تمهيدي، وفصلين وخاتمة.

- **خصصنا الفصل التمهيدي:** لدراسة خصوصية جريمة استغلال نفوذ
الأعوان العموميين.
- **أما الفصل الأول:** تناولنا فيه كل ما يتعلق بأركان جريمة استغلال نفوذ
الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية.
- **أما الفصل الثاني:** فقد خصصناه لدراسة أساليب الوقاية والمكافحة
لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

الفصل التمهيدي

خصوصية جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية

لقد تطلبت منا دراسة موضوع هذه المذكرة، الاعتماد على فصل تمهيدي نتطرق من خلاله إلى مبحثين:

- **المبحث الأول:** مفهوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
 - **المبحث الثاني:** الإطار القانوني لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- وتعود الأسباب التي دفعتنا إلى إدراج هذا الفصل التمهيدي:**
- انعدام المراجع والبحوث على مستوى الوطن التي تناولت هذه الجريمة، وكذلك على مستوى الخارج خاصة بالنسبة لفرنسا أو مصر، ويرجع سبب ذلك عدم تطرق المشرع في هذه البلدان لمثل هذه الجريمة.
 - تعتبر هذه المذكرة أول مذكرة تتناول جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة.
 - معالجة إشكالية هل جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال

الصفقات العمومية جريمة مستقلة عن باقي جرائم الفساد وخاصة منها جريمة المحاباة⁽¹⁾.

- التطرق لجميع مراحل تعديل الجريمة.
- استخلاص الطبيعة القانونية للجريمة محل الدراسة، بهدف تبسيط وشرح أركانها بالنسبة للفصل الأول، والوقوف على آليات الوقاية والحد منها بالنسبة للفصل الثاني.

هذه الأسباب أثرت سلبا على المذكرة من حيث:

- صعوبة ضبط خطة البحث خاصة ما تعلق في شح المراجع الجزائية من جهة، وكثرتها من ناحية أخرى - الجانب التنظيمي للصفقات العمومية -.
- ضخامة الفصل التمهيدي، بحيث حاولنا قدر المستطاع الوقوف على أهم المسائل، والتي تعنى بالجريمة محل الدراسة.

(1) تطرق المشرع إلى جريمة المحاباة وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، في جريمة واحدة تحت اسم "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية" في المادة 26 من قانون رقم 01 - 06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، المؤرخ في 20 فبراير 2006 (ج.ر 14، بتاريخ 08 مارس 2006).

المبحث الأول

مفهوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

محاولة منا للوقوف على مفهوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، يقتضي منا، تقسيم هذا المبحث إلى:

- **المطلب الأول:** تعريف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المطلب الثاني:** موقف التشريعات من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المطلب الثالث:** تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن الجرائم المشابهة لها.

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

المطلب الأول

تعريف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

يثير مفهوم استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة الكثير من الغموض وعدم الوضوح. بسبب عدم تطرق الكثير من الباحثين والأساتذة لهذه الجريمة. ومحاولة منا لإجلاء هذا الغموض وتسليط الضوء على هذه الجريمة، نتناول في هذا المطلب.

- **الفرع الأول:** التعريف اللغوي.
- **الفرع الثاني:** التعريف الاصطلاحي.
- **الفرع الثالث:** أساس وعلة التجريم.

الفرع الأول

التعريف اللغوي

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، هي التسمية التي تناولتها البحوث والدراسات الهامشية التي تناولت هذه الجريمة بمناسبة تناول جرائم الصفقات العمومية بصفة عامة، أما المشرع الجزائري فقد تطرق لهذه الجريمة ضمن الباب الرابع: "التجريم والعقوبات وأساليب التحري" من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعد والمتمم، في المادة 26 فقرة 02 تحت اسم "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية": "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 المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين."

يبدو من المناسب التعرف على معنى عبارات: استغلال النفوذ الوارد في التسمية الفقهية للجريمة، وكذلك الاستفادة من سلطة أو تأثير الواردة في نص التجريم للجريمة في اللغة لفهم المقصود منه اصطلاحا، وذلك بغرض إدراك أساس وعلة تجريم هذه الجريمة لدى المشرع الجزائري.

1. الاستغلال:

يعني أخذ غلة الشيء، أو فائدته، واستغل المستغلات: أخذ غلتها، وأغلت الضيعة أي أعطت الغلة فهي مغلة إذا أتت بشيء وأصلها باق، واستغل عبده، أي كلفه أن يغل عليه، وغل من المغنم غلولا أي خان⁽¹⁾. وأصل الغلول الخيانة مطلقا،

(1) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، المجلد الخامس، فصل الغين، ص: 405.

وغلِبَ استعماله خاصة في الخيانة في الغنيمة⁽¹⁾، كما قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُغَلِّقَ وَمَنْ يُغَلِّقَ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾.⁽²⁾

2. النفوذ⁽³⁾ :

أما النفوذ فهو من النفاذ وهو الجواز، وفي المحكم جواز الشيء والخلوص منه، وأمره نافذ أي مطاع، وورد النفوذ بمعنى السلطان والقوة.

و رجل نافذ في أمره: أي أمره نافذ مطاع⁽⁴⁾.

3. السلطة :

هي الحق في القيادة، وقوة تحقيق الطاعة، وهي كذلك الهيمنة المشروعة على الإشراف والتوجيه والرقابة⁽⁵⁾.

4. التأثير :

يرد بمعنى بسط نفوذه على، تسلط على، سيطر على⁽⁶⁾.

(1) محمد علي عزيز الريكاني، جريمة استغلال النفوذ ووسائل مكافحتها على الصعيدين الدولي والوطني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014 ص:19.

(2) سورة آل عمران، الآية 161.

(3) النفوذ: هو العمل على تحقيق أهداف يستخدم فيها وسائل مختلفة من بينها الإكراه أو الإرغام، ومنها التراضي أو الإغراء، وقد يكون بالاثنتين معاً، أي التهريب والترغيب، وذلك دون استثناء إلى حق مخول لذلك من قواعد أو قوانين. وغالباً ما يشير النفوذ إلى قوة غير نظامية، تتمثل في القدرة على التأثير في صانعي القرارات، من أجل تحقيق أهداف معينة، وهو يمارس عادة من جانب العناصر القيادية التي لا تشغل أية مناصب رسمية في المجتمع، وذلك عن طريق عمليات الاتصال السياسي والتفاعل الاجتماعي التي تباشرها عبر وسائل الاتصال الجماهيري والأحزاب السياسية، أو داخل جماعات الضغط والمصلحة، سواء باستخدام وسائل الاستمالة والإقناع، أو بممارسة أساليب التهديد والترهيب والإرغام غير المشروعة. وقد يتم ممارسة النفوذ بطريقة مباشرة أو ملتوية، أو بطريقة خفية. أنظر: حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القوة والسلطة والنفوذ، مركز الاسكندرية للكتاب، 64 ش. د. مصطفى مشرفة - الأزاريطة - مصر، 2006 - 2007، ص: 201.

(4) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ص: 522.

(5) حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص: 219.

(6) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ص: 128.

يستفاد مما سبق :

استغلال النفوذ لغة هو: ما يكسبه صاحب النفوذ من مغانم وفوائد من نفوذه المستغل، أو ما يدره النفوذ من فائدة إذا ما تم استخدامه⁽¹⁾.

السلطة هي قوة ذات طابع نظامي رسمي، ترتبط بمنصب أو موقع أو وظيفة رسمية معترف بها في المجتمع ويتطلب مباشرتها أن تكون تحت إمرة المرء بعض المصادر التي بموجبها يتسنى له التحكم في الآخرين، أو قهرهم وقد يتأثر له ذلك عن طريق السيطرة على الموارد الاقتصادية كالملكية الفردية، أو من القوة التنظيمية، واحتكار مواقع الردع، وتمنح صاحبها حق توزيع الجزاءات على المخالفين وتستمد السلطة أيضا من المكانة التي تتمتع بها الجماعات بناء على ما تمارسه من سلطة تقليدية أو كاريزمية، ومن ثم لا يجوز لشاغل المنصب الرسمي أن يخترق حدود القواعد، أو يخالف الضوابط التي تحكمها أو يتخطى الأدوار المخولة له بموجبها، وبمقتضى المنصب الذي يشغله، وإلا اعتبر خارجا على قواعد الجماعة ومعاييرها وضوابطها النظامية، الأمر الذي يسوغ إزاحته من منصبه، ويبرر مساءلته وتوقيع العقوبة عليه⁽²⁾.

بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجد المشرع استعمل مصطلح "influence"⁽³⁾ والتي تعني النفوذ وهذا ما دعا الكثير من الأساتذة الجزائريين والطلبة الباحثين على مستوى رسائل الدكتوراه وأطروحات الماجستير لتسمية هذه الجريمة بتسمية استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

(1) محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص:20.

(2) حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص:76 - 77.

(3) Loi n° 06 - 01 du 21 Moharrem 1427 correspondant au 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.(J.O.N°:14, 8 mars 2006):"2° Tout commerçant, industriel, artisan, entrepreneur du secteur privé, ou en général, toute personne physique ou morale qui passe, même à titre occasionnel, un contrat ou un marché avec l'Etat, les collectivités locales, les établissements ou organismes de droit public, les entreprises publiques économiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial, en mettant à profit l'autorité ou l'influence des agents des organismes précités pour majorer les prix qu'ils pratiquent normalement et habituellement ou pour modifier, à leur avantage, la qualité des denrées ou des prestations ou les délais de livraison ou de fourniture".

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

لم تتناول التشريعات القانونية المقارنة ولا الشريعة الإسلامية جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين كما نص عليها المشرع الجزائري، ونظرا للتقارب والتشابه الكبير بين جريمة استغلال النفوذ خاصة في شقها الايجابي - أي استغلال النفوذ الإيجابي - مع جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، سوف نعرض تعريف جريمة استغلال النفوذ ونحاول استخلاص ما يفيد تعريف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

نص المشرع الجزائري في المادة 32 فقرة 1 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق

بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم: "كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأى مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحها إياه، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص آخر."

عرف الأستاذ رمسيس بهنام استغلال النفوذ بأنه: " المتاجرة بالنفوذ

للحصول أو محاولة الحصول لصاحب المصلحة على مزية من السلطة العامة مفروض بذاءة أنه لا شأن لها بأى عمل أو امتناع داخ حدود وظيفته"⁽¹⁾.

وعرف الدكتور صباح كرم شعبان جريمة استغلال النفوذ بأنها: "استخدام

النفوذ أيا كان مصدره لدى جهة عامة أو خاصة للحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة لمصلحة الفاعل أو الغير"⁽²⁾.

(1) شباح بوزيد، جريمة استغلال النفوذ آليات الوقاية والمكافحة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر - 01 - كلية الحقوق بن عكنون، 2012 - 2013، ص:33.

(2) نفس المرجع، ص:34.

أما الدكتور سليمان عبد المنعم فعرف استغلال النفوذ بأنه: " قيام الموظف أو أي شخص آخر باستغلال نفوذه الفعلي أو المفترض للحصول من الإدارة أو سلطة عمومية تابعة للدولة، عن مزية غير مستحقة، وذلك بمقابل أي مزية لصالحه هو أو لصالح شخص آخر"⁽¹⁾.

ويستنتج من هذا التعريف الواسع لمفهوم جريمة استغلال النفوذ، ثلاثة عناصر وهي:

1. وجود نفوذ أيا كان مصدره.
 2. استخدام النفوذ لدى جهة عامة أو خاصة أو آحاد الناس.
 3. الحصول على منفعة مادية أو معنوية أو أية غاية معينة، لمصلحة الفاعل أو الغير.
- وحسب هذا الرأي أن النفوذ عند استخدامه يولد نسبة من عامل القهر لدى الجهة الأخرى، بحيث تحملها على الاستجابة فيتحقق الاستغلال⁽²⁾.
- أما بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية لم نجد لها تعريف على مستوى الفقه أو القضاء، وعلى هذا الأساس سوف نعلم في هذه المذكرة على التعريف التشريعي الوارد في المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

(1) محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 28.

(2) نفس المرجع، ص: 28.

الفرع الثالث

أساس وعلة التجريم

لتطرق إلى أساس وعلة التجريم سوف نتناول في هذا الفرع، المصلحة المحمية من خلال تجريم فعل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية في الجزء الأول، ونخصص الجزء الثاني لدراسة مبررات التجريم.

أولا - المصلحة المحمية :

مع تطور المجتمع اتسع نطاق القانون، في منحى حضاري، إذ انشغل المشرع بحماية الأفراد ليس في حياتهم وسلامتهم فحسب، بل كذلك في اعتباراتهم وكراماتهم وحريتهم. كما استجاب القانون كذلك إلى التطور الحاصل في دور الدولة واتساع هذا الدور وتشعبه. ولهذا كان من الطبيعي تجريم الأفعال الماسة بالثقة العامة وبنزاهة الوظيفة العامة، ومختلف جرائم الفساد التي تنخر أجهزة الدولة.

ففي ظل تبني نظام الاشتراكية لم يكن المشرع ليتسامح مع الاعتداءات التي تمس بحسن سير الاقتصاد الوطني، لأن هذا الأخير كان من بين ركائز النظام الاشتراكي، وما يؤكد هذا القول، تشدد المشرع من حيث أركان الجريمة أو من حيث وصفها الجزائي، ويبرر هذا القول كذلك ما ورد في الميثاق الوطني في الباب الثاني ضمن الدولة الاشتراكية، في بند المراقبة⁽¹⁾ كما أن هذه الرقابة والحماية

(1) فعلى المراقبة إذن، أن تضمن بالدرجة الأولى التطبيق الصارم لمبادئ الأخلاقية الاشتراكية، وعليها أيضا أن تكشف ما يرتكب من مخالفات إزاءها، وكذلك التلاعب بأموال الدولة واختلاسها، وأن لا تترد في إنزال أشد العقوبات بمقتضى هذه الأعمال مهما كان مرتكبها ومهما بلغت مراكزهم في الدولة. وعليه أخيرا أن تحرص على كشف كل من تسول له نفسه استخدام وسائل الإنتاج التي وضعت تحت تصرف الأجهزة الإدارية والاقتصادية للدولة، وتسخيرها لأغراضه الخاصة، وأن تشدد النكير على مختلف أوجه التبذير والإسراف. أمر رقم 76 - 57 مؤرخ في 5 يوليو سنة 1976، يتضمن نشر الميثاق الوطني، (ج.ر. 61 بتاريخ 30 يوليو 1976).

الصارمة لسير حسن الاقتصاد الوطني لم تقتصر فقط بالنسبة للأجهزة الإدارية والاقتصادية للدولة فقط بل امتدت حتى للأعوان الاقتصاديون⁽¹⁾.

إلا أنه ومع تغير في النهج المتبع من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي، تغيرت المصلحة المحمية التي يبتغي المشرع حمايتها من خلال تجريمه استغلال نفوذ الأعوان العموميين، هي حماية الثقة في نزاهة الوظيفة العامة. فارتكاب الجريمة يوحى للعامة أن السلطات العامة لا تتصرف وفقا للقانون وبروح من الحيدة والموضوعية، خاصة وأن من يسهل عمل الجاني فهم من المناصب العليا حسب ماورد في نص المادة 26فقرة 2 وهم أعوان: "الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري...".

وعلى هذا الأساس ارتبطت جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بالفساد، هذا الأخير الذي حاول العديد من الفقهاء تحديد معنى الفساد وضبط مفهومه، فلم نجد أفضل تحديد لمعنى الفساد من الواجهة التحليلية، التعريف الذي قدمه فيتو تانزي "Vito Tanzi"⁽²⁾: "الفساد هو تعمد مخالفة مبدأ التحفظ، بهدف الحصول على مزايا شخصية أو مزايا لذوي الصلة".

(1) إن المطلوب من المراقبة هو الاهتمام بالظروف التي يتم فيها استخدام وتسيير الوسائل البشرية والمادية الموضوعية تحت تصرف الأجهزة الإدارية والاقتصادية للدولة، تمكينا لها من القيام بالمهام المحددة لها. وعلى المراقبة أن تستكشف التنظيم السيئ للعمل، وعدم الصرامة في العمل داخل الإدارات والمؤسسات، كما عليها أن تتأكد من حسن استعمال الموارد المادية والوسائل المالية...و عليها أن تسهر على تطابق الأعمال التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديون مع أهداف التنمية، وتسمح بإدخال التعديلات الضرورية لتجسيم الأهداف الوطنية الرسومة. أمر رقم 76 - 57، المتضمن نشر الميثاق الوطني.

(2) Vito tanzi: أستاذ سابق ورئيس قسم الاقتصاد، الجامعة الأمريكية واشنطن، كما شغل منصب رئيس قسم السياسة الضريبية وبعد ذلك مدير إدارة الشؤون المالية في صندوق النقد الدولي من 1990 - 1994.

وهناك ثلاثة عناصر أساسية هامة في هذا التعريف:

• **العنصر الأول: يتناول مبدأ التحفظ:**

الذي يتطلب ألا يكون للعلاقات الشخصية أو غيرها أي دور في اتخاذ قرار إقتصادي يرتبط بمصالح عدة أطراف، فالمعاملة المتساوية لكافة الأطراف الاقتصادية تعتبر عنصراً أساسياً لنجاح إقتصاد السوق. فالتحيز إلى جانب أحد الأطراف المرتبطة بالقرار الاقتصادي يعد اختراقاً ومخالفة صريحة لمبدأ التحفظ بل يعد شرطاً ضرورياً لسيادة الفساد ففي غياب التحيز، يغيب الفساد.

أما شروط مخالفة مبدأ التحفظ:

1. انتهاك مبدأ التحفظ بشكل مقصود أي توفر القصد الجنائي الخاص، أما انتهاك المبدأ بصورة عرضية بسبب عدم توافر المعلومات الكافية على سبيل المثال لا يعد من أبواب الفساد.

2. أن يحقق انتهاك مبدأ التحفظ مصلحة أو فائدة للفرد الذي قام بمخالفة المبدأ أو لذوي الصلة، ولا يشترط الحصول على بعض المنافع أو الحصول على بعض المزايا أن يتم بالتوازي الزمني مع انتهاك مبدأ التحفظ أو في أوقات متتابعة. فقد يقوم الشخص الذي قام بانتهاك المبادئ قد قدم تنازلاً عاماً بصورة ضمنية نه أنه سيحصل على مقابل للمخالفة في وقت لاحق أو يتوقع الحصول على خدمة في يوم من الأيام مقابل السلوك المخالف. بل أن هناك بعض الممارسات الفاسدة التي لا يتم الاتفاق على مقابل لها في الأساس ولكن يكون متفقا عليه بشكل ضمني دون التصريح بذلك، ويكون الطرف الآخر على دراية بأن عليه في يوم من الأيام تسديد الالتزام.

وعليه ومن خلال ما سبق سوف نعرض الأسباب المباشرة وغير المباشرة لتجريم
جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بصفة خاصة وفي جرائم الصفقات العمومية
بصفة عامة :

- تلاعب أطراف الصفقة في بنود العقد إلى أن وصل الحد إلى بنود خصيصا لخدمة مصالح هذه المؤسسات، والسماح لها وحدها بالفوز بالصفقات العمومية، فيقال في هذه الحالة أن الدولة " محل إلقاء قبض " من قبل المؤسسات الاقتصادية " Capture d'Etat " وهذا ما يطلق عليه أيضا بالفساد الكبير⁽¹⁾.
- سيطرة المؤسسات والشركات خاصة متعددة الجنسيات على مركز اتخاذ القرار في الدولة في أعلى مستوياته.
- تركيز ثروات البلاد في أيدي فئة محددة مما يزيد من الفقر ويساهم في هروب الاستثمارات الوطنية.
- فقدان الثقة في النظام الاجتماعي السياسي، وبالتالي فقدان شعور المواطنة والانتماء القائم على علاقة تعاقدية بين الفرد والدولة فيها مسؤوليات وواجبات وينتج عنها حقوق.
- هجرة العقول العربية والكفاءات والتي تفقد الأمل في الحصول على موقع يتلاءم مع قدراتها، مما يدفعها للبحث عن فرص عمل ونجاح في الخارج. يساهم إفراغ الدول العربية من العقول الواعدة لصالح العلاقات العائلية والعشائرية في استمرار تخلف الدول العربية عن ركب الحضارة والتقدم⁽²⁾.
- تولد لدى المواطن أن من مصلحة المجتمع عدم تنفيذ القانون لأن

(1) علة كريمة، المرجع السابق، ص:13.

(2) د.هديل رزق القزاز، المرجع السابق، ص:10.

السياسات سيئة لدرجة يتحتم معها عدم الالتزام بالقانون ولذا يكون الفساد ثاني أفضل الحلول بحسب اعتقادهم⁽¹⁾.

- السلوك الفاسد للموظف العمومي وما يترتب عنه من زيادة في أسعار المواد والسلع الموردة وزيادة في القيمة الإجمالية للمشاريع محل المناقصات، حيث يقوم القطاع الخاص بإضافة الرشاوي والعمولات إلى التكاليف مما يؤدي إلى تحميل الدولة نفقات إضافية تصل إلى نسبة 25 % من قيمة العقود والمشاريع⁽²⁾.

- منح الصفقة لغير القادر على إنجازها يؤثر على نوعية المنشآت والسلع والخدمات لأن المؤسسة الحاصلة على الصفقة ستحرص على تنفيذ الصفقة بأقل نفقة ممكنة فتستعمل المواد والتقنيات الأقل جودة.

أما الأهداف المبتغاة من وراء تجريم استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية فتتمثل في:

- حماية وضمان للسير المنظم والفعال لنشاط الإدارة العامة.
- ترشيد النفقات العامة وذلك من خلال تجريم الزيادة في الأسعار.
- حماية المستهلك وضمان الجودة وذلك من خلال تجريم التعديل في المواد والخدمات.
- ضمان خدمة جيدة في وقت معقول.
- حماية مبدأ المساواة وشفافية الإجراءات.

(1) بوريس بيجوفيتش، المقال السابق.

(2) زياد عربية بن علي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية للفساد في الدول النامية، مجلة الأمن والقانون 2002، العدد 1، ص: 269.

ومن خلال التعمق في دراسة هذه الجريمة، نلمس أن المشرع يسعى من خلال تجريمه هذا الفعل إلى:

- تجريم سوء إنجاز أشغال الصفقات العمومية، وكذلك حماية المستهلك - المنتفع من الخدمة - والمتمثل في تجريم أي تعديل غير مبرر في نوعية المواد أو الخدمات.
- حماية المال العام وترشيده، والمتمثل في تجريم أي زيادة غير مبررة في الأسعار.
- فرض احترام بنود العقد خاصة فيما يتعلق بالآجال، من خلال تجريم أي تعديل في آجال التسليم.
- تجريم أي تبديد أو اختلاس أو استغلال غير مبرر للمواد الأولية الممونة من طرف المصلحة المتعاقدة، من خلال تجريم أي تعديل أو سوء استغلال التموين.
- تحميل المراقبين التقنيين مسؤولياتهم عن سوء الإنجاز بالنسبة لهيئات الرقابة، وذلك من خلال العبارة الواردة في نص المادة: "التعديل في المواد والخدمات" وتجرىم التفاوضي عن سوء الإنجاز بالنسبة لهيئات الرقابة، وهذا حتى تكون سندا مكملا لنتائج أعمال الرقابة التقنية من جهة، وكذا ردع المراقبين التقنيين ومنعهم من التواطؤ مع المتعاملين المتعاقدين.

ثانيا - مبررات التجريم:

نظرا لسرية جرائم الصفقات العمومية، وقلة الإبلاغ عنها لما في ذلك من اعتبارات سياسية كون مصدر القرار يحضى بمركز متميز في السلطة⁽¹⁾. فمن أجل ذلك تدخل المشرع لتعزيز الحماية الجنائية للصفقات العمومية من خلال

(1) علة كريمة المرجع السابق، ص: 207.

استحداث جريمة خاصة بالصفقات العمومية، وهي جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، أما من الناحية الثانية يتمثل في عجز مختلف هيئات الرقابة الإدارية بما فيها رقابة القاضي الإداري، كون هذا الأخير لا يهتم بمسائلة المسؤول عن إبرام الصفقات غير القانونية مما حدا بالبعض للقول أنه لا فائدة من وضع نظام رقابة إذا كان مرتكبو المخالفات لا يعاقبون. أما القاضي الجنائي فإنه يحاكم الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الفعل المجرم ولا يحاكم الفعل في ذاته⁽¹⁾.

من خلال تجريم فعل الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، في فقرتها الأولى المتضمنة فعل منح امتيازات غير مبررة، والفقرة الثانية التي تجرم فعل الحصول على الامتيازات غير مبررة، أراد المشرع حمل المتعامل المتعاقد على التخلي عن الممارسات غير المشروعة بمناسبة إبرامه عقد أو صفقة مع المصلحة المتعاقدة هذا من جانب، أما من جانب آخر فإن تدخل القاضي الجنائي يسد نقائص رقابة القضاء الإداري ومختلف هيئات الرقابة الإدارية الأخرى.

وعلى هذا الأساس تظهر الحماية الجنائية لقانون الصفقات العمومية كخطوة من خطوات ضمان حسن استعمال الأموال العمومية، وكذلك حماية الحياة الاقتصادية من حيث رقابة المشروعية والملائمة والعقاب على مخالفة ذلك، وفي هذه الأحوال يعتبر تدخل القاضي الجنائي شاملاً من حيث تقييم أعمال الموظفين المتدخلين في عملية الشراء العمومي وتقييم أعمال المتعامل الاقتصادي.

(1) نفس المرجع، ص: 207.

المطلب الثاني

موقف التشريعات من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إن جرائم الفساد أضحت تحوز اليوم اهتماما دوليا وإقليميا كبيرا، وأصبحت من الانشغالات الأساسية لمختلف الدول والحكومات، إذ تسعى كل دولة بوضع وتنفيذ وترسيخ سياسات فعّالة لمكافحة الفساد، بهدف تجسيد مبادئ سيادة القانون وحسن إدارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة، والجزائر بدورها هي الأخرى تسعى جاهدة لمكافحة الفساد خاصة على مستوى المشتريات العمومية - الصفقات العمومية -، وذلك عن طريق استحداث قانون خاص بالوقاية ومكافحة الفساد.

وتعد جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة من بين جرائم الفساد في نظر المشرع الجزائري، وبهدف الوصول لطريقة أنجع للوقاية من هذه الجريمة ومكافحتها، يقتضي منا البحث العلمي الأكاديمي الوقوف على موقف التشريعات من هذه الجريمة وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال.

- **الفرع الأول:** جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الشريعة الإسلامية.
- **الفرع الثاني:** جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريعات المقارنة.
- **الفرع الثالث:** جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريع الجزائري.

الفرع الأول

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الشريعة الإسلامية

باعتبار أن الفقه الإسلامي مصدره الشريعة الإلهية، والتي تتمنى للإنسان السمو والرفعة، فهي تحارب الرشوة، ومن ثم تحارب استغلال النفوذ، وكل فائدة غير مستحقة تعود على الفرد بسبب وظيفته، أو مركزه الاجتماعي، أو السياسي، أو غيره من نفوذ، ويعتبرها حراما وسحتا يحمل صاحبها وزر جريمته في الحياة الدنيا، وفي الدار الآخرة.⁽¹⁾

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة ربانية شاملة وكاملة لا يشوبها نقص ولا عيب قد احتوت على تربية النفوس وتهذيبها والإخلاص في العمل وإتقانه واحترام الآجال وحماية المال العام، وعدم استغلال النفوذ.

فكل ما من شأنه أن يخالف الإخلاص في العمل وإتقانه أو عدم احترام الآجال، يندرج ضمن خيانة العهد وعدم الوفاء بالعهد، لأن نائل الصفقة أو العقد يحزر رسالة التصريح بالاكتماب والتصريح بالنزاهة، ومقتضى ذلك أن يحترم بنود العقد، وأن ينجز ما هو مطلوب منه بإخلاص وأمانة.

و على هذا الأساس فجرائم الفساد بصفة عامة وجريمة استغلال نفوذ الغير سواء كان موظف عمومي أو غير ذلك ورد الحكم بتجريمها روحا وتطبيقا رغم أنها لم تتداول لفظا، وإن الدليل في تجريمها مستمد من القرآن الكريم ومن السنة المطهرة وإجماع الفقهاء.

(1) محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص:20.

• فمن القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ (1).

وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (2).

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (3).

• أما في السنة النبوية الشريفة:

فالرسول (صلى الله عليه وسلم) يضرب لنا نموذجاً في الإخلاص والأمانة في تطبيق شرع الله

وعدم محاباة أحد على أحد، مهما كانت مرتبته أو ربطته به قرابة أو صلة، فيربي أصحابه والأمة من بعدهم وحتى ابنته (رضي الله عنها) من استغلال نفوذه لصالحها، أو الاستفادة من مكانته (ﷺ) في إبطال حق أو إحقاق باطل، أو تعطيل شرع الله.

فهناك أحاديث حول التذرع بالنفوذ أو استغلاله، من أجل المال، أو الانفلات من عقاب معين، فعن عائشة (رضي الله عنها) قالت: " أن قريشا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت. فقالوا: من يكلم فيها رسول الله (ﷺ)؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة، حب رسول الله (صلى الله عليه وسلم). فكلمه أسامة (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ). فقال رسول الله (ﷺ): أتشفع في حد من حدود الله؟ ثم قام فخطب، فقال: أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف، تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف، أقاموا عليه الحد والله لو أنها فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها).

(1) سورة التوبة الآية: 105.

(2) سورة الإسراء الآية: 34.

(3) سورة المائدة الآية: 1.

ففي هذا الحديث الشريف، الذي يمثل قمة المساواة أمام العدالة، وعدم التفرقة بين الناس بسبب الجاه أو النفوذ، أو القرابة فيعلن الرسول (صلى الله عليه وسلم) في هذا الحديث رفضه النهائي، وإنكاره القاطع، لكي لا يستغل أحد مكانته من الرسول (صلى الله عليه وسلم) أو من سلطته، ليكسب شيئاً، أو يعفي عن شيء، وهذا ما نلتهمسه عندما أشار إلى شخصين عزيزين إلى قلبه، وهما أسامة بن زيد (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) وابنته فاطمة الزهراء، سيدة نساء العالمين (رضي الله عنها) لما لهما من منزلة، ومكانة ونفوذ حقيقي لديه عليه الصلاة والسلام⁽¹⁾.

وهذه الأخلاق تجسدت في أصحابه وأصبحت دستور حياتهم، فعن مالك بن أنس (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) قال: "خرج عبد الله وعبيد الله إنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا (أي رجعا) مر على أبي موسى الأشعري (كان أمير البصرة حينها)، فرحب بهما، فقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعت: ثم قال بلى، ها هنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، فتبيعانه في المدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح، فقالا: وددنا، ففعلا، فكتب إلى عمر (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) أن يأخذ منها المال، فلما قدما المدينة باعا وربحا، فلما رفعا ذلك إلى أمير المؤمنين عمر (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) قال: أكل الجيش أسلفه كما أسلفكما؟ قال: لا، قال عمر (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ): إنا أمير المؤمنين، فأسلفكما، أديا المال وربحه..."⁽²⁾.

فمن الواضح من قول الخليفة عمر بن الخطاب (رَضِيَ اللهُ عَنْهُ): إنا أمير المؤمنين فأسلفكما ! أي لأنكما إنا الخليفة وبسبب نفوذكم من السلطة امتازكم من بين الجيش كله، فلم يقبل الفاروق هذا الفعل حتى من أبنائه، وقد عبر عنها الفروق، وبصورة أوضح عندما رأى نيافاً عالية الظهر، عريضة المنكبين، فقال لمن هذه النياق؟ قيل إنها لإبنك عبد الله، فقال ما كان عبد الله يشبعها، لو لم يكن ولدي، أو كان يغذيها، ردوا النياق لبيت المال إن له حق الزيادة فيها قبل شاربيها⁽³⁾.

(1) محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 25.

(2) نفس المرجع، ص: 26.

(3) نفس المرجع، ص: 27.

• وأما الإجماع:

فقد أجمع فقهاء المسلمين على تجريم الرشوة وما في حكمها أخذاً وبذلاً وتوسطاً واستغلالاً لسلطان وجاه ومنزلة. من الناحية أخرى يفرق الفقهاء بين استغلال النفوذ والشفاعة الحسنة، فيتساوى المفهومان عندما لا يبتغى صاحب استغلال النفوذ تحقيق كسب غير مشروع، إنما غايته الشفاعة الحسنة، لصيانة حق، أو قضاء حاجة مشروعة.⁽¹⁾

من خلال تلك الآيات والأحاديث الشريفة، وآراء الفقهاء تبين لنا بأن جريمة استغلال نفوذ الغير (العون العمومي أو الموظف أو صاحب السلطة) في الشريعة الإسلامية، لم تعرف كجريمة مستقلة لذاتها، بل اختلطت مع الجرائم الأخرى من الرشوة، واستغلال السلطة وأخذ المال العام.

(1) شباح بوزيد، المرجع السابق، ص:15.

الفرع الثاني

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريعات المقارنة

أولا - التشريع الفرنسي:

لم يتناول المشرع الفرنسي جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة، بل اكتفى بالنص على جريمة منح امتيازات غير مبررة "le délit d'octroi d'avantage injustifié" المعروفة باسم المحاباة "favoritisme"⁽¹⁾ في المادة 432 - 14 من قانون العقوبات الفرنسي⁽²⁾ مثلما تناولها المشرع الجزائري، وقد أدرج المشرع الفرنسي هذه الجريمة ضمن الباب الثالث: الجرائم ضد سلطة الدولة في الفصل الثاني: الجرائم المرتكبة ضد الإدارة العامة من قبل الأشخاص الذين يمارسون وظيفة عمومية في القسم الثالث: الإخلال بواجب الأمانة، ضمن الفقرة الرابعة:

- (1) Catherine Prebissy - Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics p32.
- (2) Article 432 - 14: Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

الاعتداء على حرية الوصول والمساواة في معاملة المرشحين في الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام⁽¹⁾، وقد تم إنشاء هذه الجريمة في القانون الفرنسي في سنة 1991 وذلك تحت تأثير القانون الأوروبي من جهة وبسبب ظهور فضائح متصلة بوجود فساد في إبرام صفقات عمومية من جهة أخرى، فبالرغم من أن الصفقات العمومية كانت تقدر قيمتها بالملايير إلا أن القانون الجنائي لم يكن ليطول المنح غير المبرر للصفقات العمومية طالما أنه لم يثبت وجود رشوة أو استغلال نفوذ، أي بعبارة أخرى مراقبة التعامل غير المشروع في الصفقات العمومية كان من اختصاص القضاء الإداري الذي لا يعاقب الأشخاص وإنما يتصدى للتصرف في حد ذاته وهذا ما اعتبر حماية غير كافية للصفقات العمومية، فظهرت الحماية الجنائية الخاصة من خلال جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾.

من خلال المحاضرات التي تلقيناها كطلبة مدرسة الدكتوراه في التجريم في الصفقات العمومية، من طرف الأستاذ: محمد بودالي⁽³⁾ بخصوص جريمة منح الامتيازات غير مبررة في التشريع الفرنسي، ضمن مقياس التجريم في الصفقات العمومية، ومن خلال مطالعتنا للمراجع الفرنسية وخاصة مرجع الأستاذة (Catherine Prebissy - Schnall) سوف نحاول تقديم ملخص وجيز حول جريمة منح امتيازات غير مبررة في التشريع الفرنسي.

(1) المرفق العام: " هو كل نشاط يقوم به أحد أشخاص القانون العام لمصلحة الجمهور، ويدار وفق أساليب القانون العام"، عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1 - L1411 من التقنين العام للجماعات الإقليمية:

((CGCT code général des collectivités territoriales : "Un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont a la responsabilité à un délégué public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service." André MAURIN, Droit Administratif, Dalloz, 6^{ème} édition, 2007, p. 79.

(2) علة جريمة، المرجع السابق، ص: 169.

(3) أ.د محمد بودالي، رئيس مشروع مدرسة الدكتوراه، التجريم في الصفقات العمومية، محاضرات أقيمت على طلبة مدرسة الدكتوراه دفعة 2011 - 2012، جامعة بشار

جريمة منح الامتيازات غير المبررة - المحاباة - تقع ضمن الأفعال المخالفة لواجب النزاهة والأمانة (La répression des manquements au devoir) ولقد تطرقت الأستاذة (Catherine Prebissy - Schnall) في شرحها لجريمة الامتيازات غير المبررة في ثلاثة محاور رئيسية، سوف نتطرق للمحور الأول والثاني دون التطرق للمحور الثالث تحت عنوان الوصف والعقاب (Prescription et sanction):

• المحور الأول: نطاق جريمة المحاباة:

le champ d'application du délit de favoritisme

ملخص هذا الجزء من الدراسة يتركز حول ترسانة المشروعية المطبقة على إبرام الصفقات العمومية، وإلى الصفقات المعنية بالجريمة والمتمثلة في الصفقات العمومية وسندات الطلبات والصفقات المبرمة من طرف المؤسسات الاقتصادية والصفقات بالمعنى المقصود في توجيهات الإتحاد الأوروبي وأخيرا العقود المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

• المحور الثاني: العناصر المكونة للجريمة:

les éléments constitutifs de l'infraction

في هذا الجزء تناولت الباحثة (Catherine Prebissy - Schnall) في مرجعها، صفة الجاني (la qualité de l'auteur de l'infraction) فقد أطالت الشرح في هذه الجزئية بسبب التنوع الكبير في وضعية الأشخاص المتابعين بسبب ارتكابهم الجريمة في جميع مراحل الصفقة بداية من تحضير الصفقة، ثم في مرحلة الإبرام، وأخيرا في مرحلة التنفيذ ولصعوبة حصر الأشخاص المتابعين فقد حصرت صفة الجاني في ثلاثة مجموعات حسب ما ورد في التشريع الفرنسي وهم كالتالي:

1.الأشخاص الذين يقع عليهم واجب احترام مبدأ المنافسة والنزاهة.

2.مفهوم الأشخاص الذين يتصرفون بالنيابة.

3.متابعة الأشخاص الذين لا يشملهم القانون باستخدام مفهوم المشاركة والإخفاء.

ثم تطرقت إلى طبيعة العقد المجرم ضمن ثلاثة شروط :

• **الشرط الأول:** منح العقد لمتعهد من بين المتعهدين عن طريق مزية غير مستحقة

• **الشرط الثاني:** يجب أن يبرم العقد بصفة عمدية

• **الشرط الثالث:** يجب أن يؤثر العقد على حرية وصول المتعهدين للصفقة والمساواة بين المترشحين.

أما بخصوص رقابة القاضي الجزائي والبحث عن جريمة منح الامتيازات غير مبررة فركزت الأستاذة على أن نطاق بحث القاضي الجزائي يجب ألا يقتصر على مرحلة إبرام الصفقة فقط بل يجب أن يشمل جميع مراحل الصفقة العمومية بمعنى:

أ.قبل إبرام الصفقة (مرحلة تحضير الصفقة وإعداد دفتر الشروط)

A - Avant la passation du marché

ب.أثناء إبرام الصفقة.

B - Lors de la passation du marché

ج.وقت تنفيذ الصفقة.

C - En cours d'exécution du marché

من خلال هذا العرض الموجز لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الفرنسي، والمستخلص من مرجع الأستاذة (Catherine Prebissy - Schnall)، ومحاضرات الأستاذ محمد بودالي، كانت الغاية والهدف من ذلك وهو البحث عن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة والمنصوص عليها في المادة 26 - 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وباعتبار أن المشرع الجزائري غالبا ما يقتبس النصوص التشريعية من المشرع الفرنسي، إلا أننا لم نجد في التشريع الفرنسي والتشريعات المقارنة الأخرى ما يشير إلى مثل هذه الجريمة والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة المذكورة آنفا، وفي هذا الإطار يتبادر سؤال مفاده هل المشرع الفرنسي تجاهل هذه الجريمة؟ أم أن المادة 432 - 14 من قانون العقوبات الفرنسي يعترها نقص؟ أم أن المشرع الجزائري بالغ في التجريم؟

بخصوص المشرع الفرنسي لا نستطيع القول بأنه تجاهل المستفيد من الامتيازات غير المبررة، أو أن المادة 432 - 14 من قانون العقوبات يعترها نقص، لأن المشرع الفرنسي بإمكانه متابعة الأشخاص الذين لا تشملهم المادة 432 - 14 من قانون العقوبات القانون باستخدام مفهوم المشاركة والإخفاء⁽¹⁾.

ثانيا - بالنسبة للمشرع المصري وبقيّة المشرعين في الدول العربية :

لم نجد ما يشير إلى جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة، إلا ما ورد من نصوص تشير إلى تجريم جريمة الوساطة⁽²⁾ فاعتبر المشرع المصري جريمة

(1) Catherine Prebissy - Schnall, Précité, p53 - 56.

(2) المادة 105 من قانون العقوبات المصري: " كل موظف عمومي قام بعمل من أعمال وظيفته أو امتنع عن عمل من أعمال وظيفته أو أخل بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه. "، وكذلك المادة 320 من قانون العقوبات العراقي: " يعاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة امتنع بغير حق عن أداء عمل من أعمال وظيفته أو أخل عمدا =

الوساطة: هي حالة استجابة الموظف العام لرجاء أو توصية⁽¹⁾ يؤديه الغير إلى صاحب الحاجة فالوساطة، أو الرجاء، أو التوصية، كلها صور لتدخل شخص له مكانة لدى الموظف العام طالبا في حالة التوصية، وراجيا في حالة الرجاء، لتنفيذ موضوع معين لصاحب الحاجة⁽²⁾.

-
- = بواجب من واجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة أو لأي سبب آخر غير مشروع." محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 54 - 55.
- (1) التوسط أو الوساطة كلمة يقصد بها الفعل الصادر من الغير لمصلحة صاحب الحاجة للتوسط لدى الموظف العام، ويقصد بالرجاء هو الفعل الذي يصدر من صاحب الحاجة مباشرة ويدعو بها الموظف أو يستعطفه من أجل قضاء حاجته، ويقصد بالتوصية كل ما يصدر من شخص ذو نفوذ أو سلطة أو مقام يطلب من الموظف قضاء الأمر المطلوب لصاحب الحاجة. أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص: 70.
- (2) محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 54.

الفرع الثالث

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريع الجزائري

أولا - في الأمر 66 - 156 المتضمن قانون العقوبات⁽¹⁾ :

من الصعب تحديد أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية ضمن صياغة المادة 423 من الأمر 66 - 156 المتضمن قانون العقوبات والتي حررت كالتالي: " كل من أفشى بأية وسيلة كانت سر التصويت في جمعية عمومية للعمال أو مجلس لهم أو قام بالمساس بسلامته أو منع إجراءات الاقتراع أو غير في نتيجته أو شرع في شيء من ذلك يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14."

على أساس أن هذه المادة درجت في الفصل الثاني: التعدي على حق العمال في تشكيل وتشغيل أجهزة التسيير الذاتي من الباب الثالث: الجنايات والجنح ضد مؤسسات واستغلالات التسيير الذاتي، ضمن الكتاب الثالث: الجنايات والجنح وعقوباتها، وهذا كله تحت الجزء الثاني: التجريم.

ثانيا - في الأمر 75 - 47 المتضمن تعديل قانون العقوبات⁽²⁾ :

ألغى المشرع في المادة 58 من الأمر 75 - 47 المواد من 418 إلى 439، وعضهم بأحكام تتناسب والتسمية الجديدة للباب الثالث " الاعتداءات الأخرى

(1) الأمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (ج.ر. رقم 49 بتاريخ 11 يونيو 1966).

(2) الأمر رقم 75 - 47 المؤرخ في 17 يونيو 1975، (ج ر 53، ص. 418)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.

على حسن سير الاقتصاد الوطني"، وتأتي هذه التعديلات، مع بدأ الفساد في الجزائر عام 1973 والذي تزامن وتدفق الريع النفطي حتى غدا الآلية المركزية للحياة السياسية، لذلك قامت السلطات الأمنية في الجزائر بحملة واسعة النطاق لتعقب الدخل والثروة الناتجة عن الاختلاس والرشوة في ولايات عدة حيث تم القبض على سبعة وخمسين مسؤولاً بمؤسسات عامة بتهمة الرشوة وتبيد المال العام⁽¹⁾.

ومن بين التعديلات التي أحدثها المشرع في إطار مكافحة الفساد وحماية الاقتصاد الوطني، جرم إبرام الصفقات والعقود المخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للدولة، واعتبرها اعتداء على الاقتصاد الوطني، وأخضعها لرقابة القاضي الجزائري⁽²⁾. ومن جملة ما اعتبره المشرع اعتداء على الاقتصاد الوطني، ومخالفاً للمصالح الاقتصادية الوطنية، الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان من طرف التاجر أو الصناعي أو صاحب حرفة أو مقاول أو بصفة عامة كل شخص، في إطار إبرام عقد أو صفقة، بغرض الزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد الغذائية أو مواعيد التسليم. وهو الفعل المنصوص عليه في المادة 423 فقرة⁽³⁾ 2 من نفس الأمر السابق.

(1) نادية قاسم بيضون، الرشوة وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 73.

(2) أحسن بوسقيعة، مخالفة قانون الصفقات العمومية، مسيرو المؤسسات العمومية الاقتصادية بين سندان القانون ومطرقة القاضي، مقال (غير منشور).

(3) حررت المادة 423 بالأمر 75 - 47 المتضمن تعديل قانون العقوبات كما يلي: " يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج

1. كل من يعمل لصالح الدولة أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويقوم لأغراض شخصية بإبرام عقد، أو اتفاقية أو صفقة يعلم أنها مخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للدولة.

2. كل تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة أو مقاول أو بصفة عامة كل شخص يبرم، ولو بصفة عرضية، عقداً أو صفقة مع الدولة أو مع إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المشار إليها أعلاه، للزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو بالتعديل لصالحهم في نوعية المواد الغذائية أو مواعيد التسليم.

3. كل وسيط جديد يكون تدخله المأجور قد تم تحت أي شكل كان من دون حاجة حقيقية ثابتة." ألغيت الفقرة 3 من المادة بالقانون رقم 78 - 03 المؤرخ في 11 فبراير سنة 1978 (ج ر 7 ص 175)

و عليه سوف نقوم بدراسة هذه الجريمة المستحدثة بإيجاز:

أ. الركن المفترض:

وهو أن يكون الجاني، إما تاجر أو صاحب حرفة أو مقاول أو بصفة عامة كل شخص.

ب. الركن المادي:

و المتمثل في استفادة الجاني من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة في المادة 119، بغرض الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحهم في المواد الغذائية أو مواعيد التسليم.

ج. الركن المعنوي:

يقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة على علم الجاني بأنه يستفيد بمناسبة إبرام عقد أو صفقة ولو بصفة عرضية من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة في المادة 119، وهذا هو القصد العام، ويشترط زيادة على ذلك توفر القصد الخاص المتمثل في حصوله على امتيازات غير مبررة والمتمثلة في الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحهم في المواد الغذائية أو مواعيد التسليم.

د. وصف الجريمة والعقوبة المقررة لها:

أدرجت هذه الجريمة المستحدثة ضمن الاعتداءات الأخرى على حسن سير الاقتصاد الوطني وجعلها المشرع جنحة يعاقب عليها بالحبس من 5 إلى 10 سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 50.000 دج.

من خلال شرح أركان هذه المادة المستحدثة سجلنا بعض الملاحظات نوجزها في النقاط التالية:

1 - من خلال التطرق لكل من الركن المفترض والركن المادي للجريمة، نستنتج أن المشرع قد وقع في خلط، وعدم التنسيق بين أركان الجريمة من جهة، والمصلحة المحمية من خلال استحداث هذه الجريمة من جهة ثانية :

و بالنظر إلى غرض النشاط المجرّم والمقترف من قبل الجاني والمتمثل في الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحهم في المواد الغذائية أو مواعيد التسليم، نستنتج أن العقود والصفقات المشمولة بالتجريم هي عقود التوريد⁽¹⁾ والمتمثلة في عقد أو صفقة تموين في مجال التغذية لـ: (مؤسسة إعادة التربية، جامعات، مدارس، مستشفيات...) إلا أنه وبالرجوع إلى الركن المفترض نجد أن المشرع حدد صفة الجاني بـ: " تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة أو مقاول أو بصفة عامة كل شخص " مع العلم أن هذا النوع من العقود هي من اختصاص التاجر أما، صاحب الحرفة أو المقاول فهو غير معني بهذه العقود أو الصفقات.

2 - التحديد غير الدقيق لصفة الجاني:

حيث أن المشرع ذكر بعض المتعاملين المتعاقدين على سبيل المثال، إلا أنه في الأخير جمعهم في عبارة "كل شخص"، ولم يحدد المقصود بكلمة "شخص"، هل المقصود منها الشخص الطبيعي دون المعنوي؟ أو تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي؟

3 - يعاقب المشرع على الشروع بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

و هذا ما يستفاد من عبارة "يبرم، ولو بصفة عرضية، عقدا أو صفقة مع الدولة...."

(1) يمكن تعريف عقد التوريد بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات. وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه ويقصد تحقيق مصلحة عامة. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له جسور للنشر والتوزيع، ط3، أكتوبر 2011، ص: 90.

ثالثا - في القانون رقم 82 - 04 المتضمن تعديل قانون العقوبات⁽¹⁾ :

عدلت المادة 423 وحررت كتالي: " يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج

1. كل من يعمل لصالح الدولة أو لإحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون، ويقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو صكا وهو يعلم أنها مخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للأمة.

2. كل تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة مقاول أو بصفة عامة كل شخص يبرم عقدا ولو بصفة عرضية أو صفقة مع الدولة أو مع إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المشار إليها أعلاه للزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو مواعيد التسليم أو التموين."

عدلت المادة 423 مرة ثانية والتي كانت تضم جريمة الاعتداء على حسن سير الاقتصاد الوطني⁽²⁾ في فقرتها الأولى وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في فقرتها الثانية، فأصبحت أكثر تشدد سواء من حيث أركان الجريمة أو من حيث وصفها الجنائي.

1. من حيث وصفها الجنائي:

حوّل المشرع وصف الجريمة من جنحة إلى جناية⁽³⁾ معاقب عليها بالسجن

(1) عدلت المادة 423 بالقانون رقم 82 - 04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، (ج.ر.7 ص.328)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.

(2) أحسن بوسقيعة، المقال السابق.

(3) ويرجع سبب تشدد المشرع من حيث الوصف الجنائي للجرائم التي تمس حسن سير الاقتصاد الوطني، إلى السياسة المنتهجة من قبل الدولة وهو تبني نظام الإشتراكية وهو ما عبر عنه المشرع في مقدمة الميثاق =

المؤقت من خمس(5) إلى عشر (10) سنوات، بدلا من الحبس
نفس المدة من خمس(5) إلى عشر (10) سنوات.

2. من حيث الركن المادي:

أدرك المشرع الخلط الذي كان واقع بين الركن المادي للجريمة والركن
المفترض أي صفة الجاني وذلك ليتوافق مع المصلحة المحمية والعلة من تجريم هذه
الجريمة المستحدثة، كما وسّع من مجال الامتيازات غير المبررة.

فبعدها كان يقتصر الغرض من الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان، على
الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد الغذائية أو مواعيد التسليم، أصبح يشمل
الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو مواعيد التسليم أو
التموين.

وبموجب هذا التعديل أصبح التجريم يشمل كل العقود والصفقات التي
تبرمها المصلحة المتعاقدة. (1)

ويرجع سبب إدراج التعديل في التموين ضمن مجال التجريم في نص المادة 423 فقرة 2 إلى:

رغبة الدولة في ظل النظام الاشتراكي إلى تخفيف أو إزالة مخاطر الارتباط
بالدوائر الرأسمالية الأجنبية، وذلك عن طريق حث المؤسسات الوطنية تموين
القطاع الخاص ولاسيما بالمواد المستوردة. (2)

= الوطني بقوله: "... هذا الميثاق الوطني يعبر عن تجربة، ويعرض استراتيجية. والارتباط واضح بين هذه
وتلك. فالمبادئ التي تقود خطانا ليست مجردة، وإنما هي نتيجة للممارسة العملية لشعب بأكمله، يخوض بكل
حزم بناء مستقبله. ولهذا اتسمت تلك المبادئ بالدقة والقوة والجرأة التي كانت دائما الطابع المميز لثورتنا."
أمر رقم 76 - 57 مؤرخ في 5 يوليو سنة 1976، يتضمن نشر الميثاق الوطني.

(1) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، (ج.ر. 58 مؤرخة 7 أكتوبر
2010)، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، وهي نفس المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم
02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، والمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434
المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، والمادة 13 من المرسوم رقم 82 - 145، المتضمن الصفقات
التي يبرمها المتعامل العمومي الملغى.

(2) أمر رقم 76 - 57، المتضمن نشر الميثاق الوطني، من الباب الأول بناء المجتمع الاشتراكي، المبدأ الثامن:
المبادئ الأساسية لبناء الاشتراكية: ضمن مبدأ القضاء على استغلال الإنسان للإنسان.

فرض حماية بالنسبة للتموينات التي حظيت بتسبيقات بالنسبة للأشغال أو اللوازم، وهذا تمهيدا من المشرع لإباحة التصرف في هذه التموينات واستعمالها في أشغال أخرى، طبقا للمادة 74 من المرسوم رقم 82 - 145⁽¹⁾ ونفس الحكم يقضي به المرسوم التنفيذي رقم 434 - 91 في المادة 70⁽²⁾، وهذا خلافا لما ورد في نص المادة 93 من الأمر 67 - 90، المتضمن قانون الصفقات العمومية⁽³⁾، بعدما كان محظورا التصرف في التموينات واستعمالها في أشغال أخرى.

3. استدرك القانون رقم 82 - 04 في 13 فبراير 1982، (ج.ر 49 ص.3067) الفقرة رقم 2: الخطأ المادي بدلا من:

"... أو صاحب حرفة مقاول... " يقرأ: "... أو صاحب حرفة أو مقاوله..."

4. لم يستدرك المشرع التحديد غير الدقيق لصفة الجاني، وأبقى على عبارة "كل شخص":

ولم يحدد المقصود بكلمة "شخص"، هل المقصود منها الشخص الطبيعي دون المعنوي؟ أو تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي؟

(1) المادة 74: "يجوز لمعامل المتعاقد، والمتعاملين الثانويين ومتلقي الطلبات الثانويين أن يتصرفوا في التموينات التي حظيت بتسبيقات و/ أو على حساب ليستعملوها في أشغال أخرى أو في توريدات غير واردة في الصنفقة. تطبيق أحكام الفقرة السابقة على التوريدات المنصوص عليها في الصنفقة والمودعة في الورشة أو في مكان التسليم المتفق عليه، إذا لم تستعمل في موضوع الصنفقة لدى تنفيذ الخدمات، رغم أن المتعامل دفع ثمنها."
(2) نفس نص المادة المذكورة أعلاه.

(3) نص المشرع في المادة 88 على نوع من السلف، شبيهه بأحكام التسبيق على التموين: "يجوز أن يمنح أصحاب الصفقات بالإضافة إلى ذلك سلفة عن المواد الأولية إذا أثبتوا إبرام عقد أو توصية تزويد منفذة بالجزائر ويكون ذلك الإبرام مصادقا عليه من قبل الإدارة المتعاقدة وصالحا لتنفيذ الخدمات.....". أما المادة 93 فتتص على: "لا يجوز لأصحاب الصفقات أو المتعهدين الثانويين أو الموصين الثانويين أن يتصرفوا بالتوريدات التي تكون موضوع سلف أو تسبيقات في أشغال أو توريدات أخرى من غير المنصوص عليها في العقد."

5. تأكيد المشرع على عقابه على الشروع بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين؛

إلا أننا سجلنا التعبير غير دقيق في عبارة: "...يبرم عقدا ولو بصفة عرضية أو صفقة مع..."، قبل التعديل نص العبارة كان كالتالي: "...يبرم، ولو بصفة عرضية، عقدا أو صفقة مع..."، مما يوحي أن الشروع أصبح مقتصرًا على إبرام العقود دون الصفقات.

رابعا - في القانون رقم 88 - 26 المتضمن تعديل قانون العقوبات⁽¹⁾؛

تم تعديل نص المادة 423 فقرة 2 مرة أخرى بموجب قانون رقم 88 - 26، إلا أن هذا التعديل كان مقتصر فقط على الركن المفترض أي صفة الجاني، حيث جاء التعديل ليؤكد أن الأشخاص المشمولين بالتجريم هم المتعاملون الاقتصاديون من الطابع الخاص دون الطابع العمومي، ومتابعة الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي. وكان هذا الأمر بديهي لأن المشرع لم يضع في قانون العقوبات الصادر في 1966 قاعدة عامة تقضي بمسؤولية الشخص المعنوي جنائيا ولم يكن يعترف بمسائلة الشخص المعنوي، ولقد سائر المشرع في ذلك اتجاه القانون الفرنسي قبل

(1) عدلت المادة 423 بالقانون رقم 88 - 26 المؤرخ في 12 يوليو 1988 (ج.ر. 28 ص 1034)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، حررت المادة 423 كما يلي: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة مالية من 10.000 دج إلى 50.000 دج:

1. كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون، ويقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو صكا مخالفا بذلك التشريع الجاري به العمل وقاصدا المس بمصالح الدولة أو الجماعة المحلية أو الهيئة التي يمثلها.
2. كل تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة أو مقاول من القطاع الخاص أو صفقة عامة كل شخص طبيعي يبرم عقدا ولو بصفة عرضية أو صفقة مع الدولة أو مع الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المشار إليها أعلاه للزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين."

تعديل 1992 الذي كان لا يقر بهذه المسؤولية في قانون العقوبات 1810⁽¹⁾، كما تم تعديل عبارة "مواعيد التسليم" بعبارة "آجال التسليم"

خامسا - في القانون رقم 01 - 09 المتضمن تعديل قانون العقوبات⁽²⁾ :

إثر صدور القانون 01 - 09 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الذي جاء تنويفا لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة التي أوصت برفع وصف الجريمة عن فعل التسيير⁽³⁾. تم تعديل كذلك الفقرة 2 من المادة 128 مكرر المستحدثة والمعنية بجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية.

ومن مميزات هذا التعديل :

- تحويل وصف الجريمة من جنائية إلى جنحة وعقوبتها الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 5.000.000 دج.

(1) بشوش عاتشة، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2001 - 2002، ص: 76.

(2) أُنغيت المادة 423 بالقانون رقم 01 - 09 المؤرخ في 26 يونيو 2001 (ج.ر. 34 ص. 19)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، تم إدراجها ضمن المادة 128 مكرر من نفس القانون، حررت المادة 128 مكرر كما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 5.000.000 دج:

1. كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

2. كل تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعى يبرم، ولو بصفة عرضية، عقدا أو صفقة مع الدولة أو مع إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المشار إليها أعلاه للزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة"
أحسن بوسقيعة، المقال السابق.

(3)

- إلغاء المادة 423 ونقل محتواها إلى المادة 128 مكرر المستحدثة، ضمن القسم الثاني: الرشوة واستغلال النفوذ في الفصل الرابع: الجنايات والجنح ضد السلامة العمومية، في الكتاب الثالث: الجنايات والجنح وعقوباتها، ضمن الجزء الثاني: التجريم.
- التأكيد على متابعة الشخص الطبيعي دون المعنوي، مع تصحيح العبارة "... بيرم، ولو بصفة عرضية، عقدا أو صفقة مع..." بدلا من "... بيرم عقدا ولو بصفة عرضية أو صفقة مع..."، وبهذا يستقيم المعنى.

سادسا - في القانون رقم 06 - 01 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم؛⁽¹⁾

تزامنت هذه الفترة مع صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وتعديل قانون العقوبات بموجب القانون 04 - 15 الذي جاء ليكرس مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، كل هذه المعطيات بلا شك كان لها تأثير على الجريمة محل الدراسة من حيث التعديلات التالية:

- (1) قانون رقم 06 - 01 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، (ج.ر 14 بتاريخ 08 مارس 2006)، وحررت المادة 26 كما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج
1. كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.
 2. 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 المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحتهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.
- تم عدلت المادة 26 فقرة 1 دون الفقرة 2، بموجب القانون 11 - 15 المؤرخ 02 غشت سنة 2011، (ج.ر 44 بتاريخ 10 غشت 2011) وحررت كنالي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج:
1. كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات."

- إلغاء المادة 128 مكرر وإحلالها بالمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته محلها⁽¹⁾.
- إدراج الجريمة ضمن الباب الرابع: التجريم والعقوبات وأساليب التحري، تحت إسم " الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾.
- الإبقاء على الوصف الجنائي للجريمة، بحيث صنفها المشرع ضمن الجرح المشددة والمعاقب عليها بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.
- بموجب قانون رقم 04 - 15، المعدل لقانون العقوبات كرس المشرع الجزائي صراحة مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من خلال المادة 51 مكرر⁽³⁾. وعلى هذا الأساس تم تعديل الركن المفترض لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين فأصبح التجريم يشمل كل من الشخص الطبيعي والمعنوي يقوم بإبرام عقد أو صفقة ولو بصفة عرضية، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة.

-
- (1) قانون الفساد وقانون مكافحة التهريب هما القانونان الوحيدان المستقلان عن قانون العقوبات بعد تعديله، وقد صادقت الجزائر على الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد المعتمدة من طرف الجمعية العامة بنيويورك بتحفظ على نص المدة 66 فترة 02 من الاتفاقية، وذلك بنص المادة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 04 - 128 المؤرخ في 19 أفريل 2004، (ج.ر. 25 بتاريخ 25 أبريل 2004).
- (2) وبهذا أراد المشرع استحداث جريمة خاصة بالفساد في مجال الصفقات العمومية، ويميزها عن جريمة الرشوة واستغلال النفوذ.
- (3) أستاذة المادة 51 مكرر بموجب القانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 (ج.ر. 71 بتاريخ 10 - 11 - 2004)، يعدل ويتمم قانون العقوبات وحررت كتالي: " باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزئياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال."

المطلب الثالث

تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن الجرائم المشابهة لها

نتناول في هذا المطلب التمييز بين جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية مع بعض الجرائم التي تشابهها حسب الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة المحاباة.
- **الفرع الثاني:** تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة استغلال النفوذ.
- **الفرع الثالث:** تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة الرشوة.
- **الفرع الرابع:** تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جنایات وجنح متعهدي تموين الجيش.
- **الفرع الخامس:** تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة الاختلاس.

الفرع الأول

تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة المحاباة⁽¹⁾

لقد جرم المشرع فعل الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية بموجب المادة 26 من القانون 06 - 01 المعدلة بموجب القانون 11 - 15، فجرم في الفقرة الأولى، منح الامتيازات غير المبررة "المحاباة"، من طرف الموظف العمومي أو من في حكمه، وفي الفقرة الثانية جرم الحصول على الامتيازات غير المبررة من طرف المتعامل المتعاقد "استغلال نفوذ الأعوان العموميين"، سواء كان الجاني شخص طبيعي أو معنوي.

أولاً - أوجه الشبه:

1. الطبيعة الخاصة:

تعتبر الجريمتين من عداد الجرائم الخاصة بنشاط التعامل بالصفقات العمومية، وهي بذلك تخرج عن إطار الجرائم العامة التي ظل قانون العقوبات ينص عليها منذ سنوات صدوره الأولى، كجريمة الرشوة أو جريمة السرقة أو جريمة القتل. ولعل من أهم ما يميزها عن هذه الجرائم أن النص الذي يجرمها غير كاف بمفرده لتحديد أركانها بل يحيل من جهة على مفاهيم مستمدة من القانون الإداري ومن جهة أخرى على نصوص تشريعية وتنظيمية

(1) المحاباة هي التسمية الفقهية، وهي الفعل المنصوص عليه في المادة 26 - 01 المعدلة بموجب المادة 2 من القانون رقم 11 - 15 مؤرخ في 2 رمضان 1432 الموافق 2 غشت 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 06 - 01، المؤرخ في 21 محرم 1427، الموافق 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر. رقم 44 بتاريخ 10 غشت 2011): "كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات."

2. المصلحة المحمية :

يسعى المشرع من خلال تجريمه للجريمتين ضمان مبدأ حياد الإدارة العمومية، فمعيار الحياد له مزية أنه ينطبق على مختلف أنواع الفساد، وينطبق على الموظفين العموميين وعلى غيرهم. والحياد هو ضمان ضد تعسف الإدارة ويسمح بتفعيل المساواة بين المواطنين، وما يفيد كذلك من وراء تجريم جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية بفقرتها الأولى والثانية، أن الحق المحمي هو حق عام، والمصلحة المحمية هي مصلحة عامة.

3. الفائدة (المقابل المالي) :

تتفق الجريمتين بانعدام المقابل المالي، وهذا ما يميزها عن العديد من جرائم الفساد الأخرى التي تقع في إطار إبرام الصفقات العمومية.

ثانيا - أوجه الاختلاف :

1 - صفة الجاني :

إن كانت جرائم الفساد هي جرائم الموظف العمومي بالدرجة الأولى فإن المشرع قد أدرج بعض الجرائم المرتكبة من قبل أشخاص لا تتوفر فيهم هذه الصفة فالفاعل بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في هذه الفقرة الثانية من المادة 26 قد يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الأشخاص العمومية المذكورة في نفس الفقرة.

2 - تحديد الامتيازات غير المبررة :

بالرغم من التشابه الكبير بين الجريمتين، فيما يتعلق بمنح أو الاستفادة من الامتيازات غير المبررة والتي تعتبر تسمية الجريمة بفقرتها الأولى والثانية، إلا أن المشرع حصر الامتيازات غير المبررة، في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

الفقرة الثانية فاعتبر أي زيادة غير مبررة في الأسعار أو أي تعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، من قبيل الامتيازات غير مبررة، بخلاف جريمة المحاباة الفقرة الأولى، خاصة بعد تعديل هذه الأخيرة بموجب القانون 11 - 15، حين ربط المشرع الامتيازات غير المبررة بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وهذا طبقاً لما تكرسه المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، والمادة 9 من القانون 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.

الفرع الثاني

تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة استغلال النفوذ⁽¹⁾

نتناول في هذا الفرع التميز بين جريمة استغلال النفوذ وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، نظرا لتقارب الكبير بينهما لاسيما من حيث استغلال السلطة والنفوذ بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة.

أولا أوجه الشبه:

1 - تبني نظام الثنائية:

تبني المشرع نظام الثنائية في جرائم الرشوة واستغلال النفوذ وجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، وطبقا لهذا النظام تستقل كل من الجريمتين عن الأخرى في المسؤولية والعقاب، بحيث يمكن أن تقوم إحدهما دون الأخرى. فالموظف العام يسأل عن الجريمة الخاصة به كالرشوة السلبية، أو استغلال النفوذ السلبي، أو جريمة منح الامتيازات غير المبررة المسماة "المحاباة" في حالة الطلب أو القبول في كل من جريمتي الرشوة السلبية واستغلال النفوذ السلبي أو عن طريق المنح في جريمة المحاباة. ويقابله رفض صاحب المصلحة الاستجابة إلى الطلب أو المنح.

كما أن صاحب المصلحة والمعبر عنه بعبارة "كل شخص طبيعي أو معنوي" لا يعتبر شريكا للموظف العام، بل يعد فاعلا أصليا في الجرائم الخاصة به كالرشوة الإيجابية، استغلال النفوذ الايجابي، استغلال نفوذ الأعوان العموميين

(1) المادة 32 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.

للحصول على امتيازات غير مبررة ومن ثم يسأل عن الجريمة متى عرض المقابل، أو استفادة من سلطة أو تأثير الموظف العام، على الرغم من رفض الأخير لهذا الغرض. فيسمح هذا المذهب إذن باستقلال جريمتي: المرتشي والراشي، صاحب النفوذ ومستغل النفوذ مانح الامتياز غير المبرر والمستفيد من الامتياز غير المبرر، في المسؤولية والعقاب، وهكذا يتصور وقوع إحدى الجريمتين دون وقوع الأخرى بالضرورة. ومؤدى هذا المذهب أن يتولد نوع من الاستقلال "الموضوعي" بين أركان كل من الجرائم المذكورة أعلاه. واستقلالاً "إجرائياً" بين الدعويين المرفوعتين ضد كل واحد منهما.

و الذي دفع إلى تبني هذا النظام هو الرغبة في ملاحقة أحد طرفي الجريمة حين لا يستجيب له الطرف الآخر.

2 - من حيث الركن المعنوي:

يتطلب القصد الجنائي الذي يقوم على عنصري العلم والإرادة، بحيث يعلم الجاني في كل من جريمة استغلال النفوذ وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، بأنه يتعامل مع موظف عمومي، بغرض الحصول من هذا الأخير على مزية غير مستحقة

3 - علة التجريم:

في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين وجريمة استغلال النفوذ الايجابي، هي حماية الثقة في أعوان الدولة ومؤسساتها العامة التي تلتزم الحيادة والموضوعية في تصرفاتها. لأن الجريمتين يشتركان في استغلال النفوذ، والذي عبر عنه المشرع بالنسبة للجريمة الأولى في المادة 26 - 2 بعبارة: "الاستفادة من سلطة أو تأثير"، أما في الجريمة الثانية في المادة 32 - 1 بعبارة: "لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض"، ولأن النفوذ يرتبط غالباً مع عامل القهر، حيث أن صاحب النفوذ - الموظف العمومي

أو أي شخص آخر - عندما يتدخل، فأمره نافذ ومستجاب، ولأن النفوذ يحتوي على السطوة المطاعة⁽¹⁾. وبذلك يتحقق للجاني في الجريمتين الغرض من استغلال النفوذ والتمثل في الامتيازات غير المبررة أو المزية غير المستحق بالنسبة للجريمتين.

4 - صفة الجاني:

لم يشترط المشرع في كلا الجريمتين صفة خاصة في الجاني، ففي جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عبر عنها المشرع بعبارة " كل شخص طبيعي أو معنوي"، كذلك في جريمة استغلال النفوذ الإيجابي بعبارة " كل من وعد موظف عمومي أو أي شخص آخر"

5 - الاستفادة من مزية غير مستحقة:

في جريمة استغلال النفوذ الإيجابي يقابله الحصول على امتيازات غير مبررة، بالنسبة لمجال الصفقات العمومية، فإنه يمكن للقاضي الجنائي الاستعانة بمدلول المزية غير المستحقة بالنسبة لجريمة استغلال النفوذ الإيجابي والتي وضع لها المشرع معيارا بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين على النحو السالف دراسته وهو مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتنظيم الأسعار، نوعية المواد والخدمات، آجال التسليم والتموين.

ثانيا - أوجه الاختلاف:

1 - تفترض في جريمة استغلال النفوذ الإيجابي، الفائدة التي يحصل عليها صاحب النفوذ، مقابل استعمال نفوذه لدى السلطة العامة، والتمثلة في المزية غير المستحقة، أما جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، فإن الفائدة أو المقابل فيها منعدم وعليه يقوم العون العمومي بمنح مزية غير مبررة للمتعامل المتعاقد والتمثلة في الزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات، أو في آجال التسليم أو التموين، بدون مقابل.

(1) محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 57.

2 - يختلف الموظف العمومي المراد استغلال نفوذه أو الاستفادة من سلطته أو تأثيره بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، عن الشخص صاحب النفوذ بالنسبة لجريمة استغلال النفوذ الايجابي، فهذا الأخير أي صاحب النفوذ يمكن أن يكون موظف عمومي أو من آحاد الناس، وعليه فهو غير مختص بالعمل المطلوب، ولا يزعم أنه من اختصاصه، وإنما يملك تأثيراً أو نفوذاً على صاحب الاختصاص⁽¹⁾، أما في الجريمة الأولى فيفترض في الموظف العمومي أن يكون صاحب الاختصاص بالعمل المطلوب كما (الوزير، الوالي المدير العام أو المدير...) أو أن يكون له نصيب من الاختصاص (مكتب الدراسات، المهندسون المراقبون....).

3 - بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، حدد المشرع الامتيازات غير المبررة بالزيادة في الأسعار، أو التعديل في المواد والخدمات أو آجال التسليم أو التموين، أما في جريمة استغلال النفوذ الايجابي، لم يحدد المشرع المزية غير المستحقة.

(1) شباح بوزيد، المرجع السابق، ص:42.

الفرع الثالث

تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة الرشوة

الرشوة بصفة عامة جريمة تنال من شرف السلطة العامة ونزاهتها وما لها في نفوس الناس من احترام وهيبة، وفيها إهدار لمبدأ العدالة الذي يوجب المساواة بين الناس، فتصبح الدولة في خدمة من يدفع لا من يستحق.

ولعل أهم ما يميز جريمة الرشوة في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هو تعدد أشكالها، فمنها ما كان يشملها قانون العقوبات، والتي كرسها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مع إدخال بعض التعديلات عليها في رشوة الموظفين العموميين⁽¹⁾ والرشوة في مجال الصفقات العمومية (قبض العمولات)⁽²⁾، ونتيجة لامتداد التجريم للمعاملات الدولية، أسقط المشرع جريمة الرشوة على الموظفين العموميين الأجانب، وموظفي المنظمات الدولية العمومية بتجريم جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية⁽³⁾، وبسبب تطور القطاع الخاص ارتأى المشرع كذلك إلى ضرورة حمايته جزائياً من جريمة الرشوة تحت اسم الرشوة في القطاع الخاص.⁽⁴⁾

وتبعاً لذلك فإن الرشوة تعرف بأنها: "اتجار الموظف العام (أو القائم بخدمة عامة) بوظيفته أو استغلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباته"⁽⁵⁾.

(1) المادة 25 من قانون رقم 06 - 01 المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.

(2) المادة 27 من نفس القانون.

(3) المادة 28 من نفس القانون.

(4) المادة 40 من نفس القانون.

(5) بوعزة نصيرة، جريمة الرشوة في ظل القانون 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الملتقى الوطني

حول: حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، =

أولاً: - أوجه الشبه:

تكمن أوجه الشبه بينهما في:

1 - علة التجريم:

تتفق الجريمتان في الغاية من تجريم كل منهما، وهي المحافظة على النزاهة في المرافق العامة والثقة الواجبة في الوظيفة العامة، وحسن سير المرافق الإدارية، وإبعادها عن المؤثرات الخارجية غير الشرعية والمساواة بين المتعاملين مع الإدارة.

2 - القصد الجرمي:

و كذلك تتفق جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، مع جريمة قبض العمولات في الركن المعنوي بوجود توافر القصد الخاص فيها.

ثانياً: - أوجه الاختلاف:

1 - صفة الجاني:

يشترط أن يكون الجاني في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، شخص طبيعياً أو معنوي ينتمي إلى طائفة الأعوان الاقتصاديين، على خلاف جريمة قبض العمولات، إذ يشترط أن يكون المرثشي موظفاً عاماً، أو من في حكمه أو مستخدماً، لأنها من الجرائم التي تقتض أن يكون الجاني موظفاً عاماً⁽¹⁾.

= كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، مخبر مالية، بنوك وإدارة الأعمال، يومي 06 - 07 ماي 2012.

(1) المادة 2 - ب: " موظف عمومي "

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،

2 - مقابل الفائدة :

في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين ينعدم مقابل الفائدة، أما مقابل الفائدة في جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، وجريمة الرشوة بصفة عامة، هو قيام الموظف العام، أو من في حكمه بعمل من أعمال وظيفته، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق، مقابل أجر أو منفعة مهما يكن نوعها، فالمرشح لم يحدد طبيعة الفائدة ولا نوعها، لفائدته أو لغيره⁽¹⁾.

3 - جوهر التجريم :

جوهر التجريم في جريمة الرشوة، هو الاتجار بأعمال الوظيفة، من قبل الموظف العام، أو من في حكمه ومظهر الاتجار، هو اقتضاء هدية أو عطية، أو أخذ وعد، مقابل القيام بعمل من أعمال وظيفته، أو الإخلال بواجباتها أما جوهر التجريم في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، فيدور حول استغلال نفوذ الأعوان دون الوظيفة⁽²⁾، أي استغلال نفوذ حقيقي أو مزعوم، لدى السلطة العامة أي أعوان الهيئات المذكورة في المادة 26 فقرة من قانون 06 - 01 للحصول على امتيازات غير مبررة، والتي عبر عنها المشرع بالزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

3= كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
(1) قد يكون المتعامل المتعاقد مع الدولة أو الهيئات الخاضعة للقانون العام (الذي يكون في موضع المرتشي) بتسليم المنفعة إلى شخص لم يعينه الجاني ولكن توجد صلة ما بينهما ففي هذه الصورة تتحقق الفائدة إذا علم الجاني بالأجرة أو المنفعة المقدمة إلى هذا الشخص ووافق عليها نظير قيامه بالعمل لمصلحة (الراشي).
أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة عشر، منقحة ومنتمة 2013/2012، ص: 173.

(2) Laurent Gamet , Regards sur le délit de corruption en droit pénal français, colloque internationale, les mécanismes de protection et lutte contre la corruption dans les marchés publics, université Djilali Liabes, Sidi Bel Abbes, 2425/ avril 2013.

الفرع الرابع

تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جنائيات وجنح متعهدي تموين الجيش⁽¹⁾

جنائيات وجنح متعهدي تموين الجيش، هي نصوص قديمة موروثه عن القانون النابليوني، جاءت لقمع جرائم الممولين في قوات الجيش، وتم إدماجها في قانون العقوبات الفرنسي، هذه الآلية في حماية صفقات الجيش تم الأخذ بها في قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب أمر 66 - 156 المؤرخ في 08 - 06 - 1966، من المادة 161 إلى المادة 164 تحت عنوان "جنائيات وجنح متعهدي تموين الجيش"⁽²⁾.

وقد تعرضت هذه المواد للتعديل بموجب الأمر 75 - 47 المؤرخ في 17 - 06 - 1975، ومن هذه المواد يمكن استخلاص 03 جرائم ويتعلق الأمر بـ:

- التخلي عن القيام بالخدمات⁽³⁾
- التأخير في التسليم أو في الأعمال⁽⁴⁾.

(1) تجدر الإشارة إلى أن مفهوم "المون" لا يجب الأخذ بها بالمعنى الحرفي، ما يعني أن هذه النصوص تطبق على صفقات التموين وكذلك صفقات الأشغال أو الخدمات، ونشير أيضا إلى أن التسمية السابقة في الأمر 66 - 156 كانت: "الجنائيات والجنح من متعهدي التوريد للقوات المسلحة".

(2) فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2006 - 2007، ص: 85.

(3) المادة 161 من الأمر 66 - 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، عدلت بالأمر رقم 75 - 47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 ج.ر. 53، المتعلق بقانون العقوبات: "كل شخص مكلف يتخلى إما شخصيا أو كعضو في شركة توريد أو مقاولات أو وكالات تعمل لحساب الجيش الوطني الشعبي، عن القيام بالخدمات التي عهدت إليه ما لم تكرهه على ذلك قوة قاهرة، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة لا يتجاوز مقدارها ربع التعويضات المدنية، ولا تقل عن مبلغ 2.000 حج كل ذلك دون الإخلال بتطبيق العقوبات الأشد في حالة المخابرة مع العدو. ويحكم على متعهدي التموين أو عملائهم أيضا بهذه العقوبات عند مشاركتهم في الجريمة. ويعاقب الموظفون أو الوكلاء والمندوبون أو المأجورون من الدولة الذين حرضوا أو ساعدوا الجناة على التخلف عن القيام بخدماتهم، بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، دون الإخلال بتطبيق العقوبات الأشد في حالة المخابرة مع العدو".

(4) المادة 162 من الأمر السابق: "إذا وقع تأخير في التسليم أو في الأعمال بسبب الإهمال دون التخلف عن القيام بالخدمات فيعاقب الفاعلون بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 500 دينار".

• الغش (1)

- التمييز بين جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين وجنايات وجنح متعهدي الجيش:

أ - الركن المفترض:

يتمثل الركن المفترض في صفة الجاني والمتمثلة في المتعامل الاقتصادي، أي كل شخص مكلف بالتوريد أو مقاول أو وكالة تعمل لحساب الجيش الوطني الشعبي، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، وهو نفس الركن المفترض بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

ب - الركن المادي:

يتحلل الركن المادي إلى العناصر التالية النشاط الإجرامي والمناسبة والغرض منه.

ب.1 - النشاط الإجرامي:

بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، يتحقق النشاط الإجرامي عند القيام بإبرام ولو بصفة عرضية، صفقة أو عقد والاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة، أما بالنسبة لجنايات وجنح متعهدي تموين الجيش يتحقق فيما يلي:

جريمة التخلي عن القيام بالخدمات:

يتحقق بمجرد التخلي عن الخدمة، ماعدا حالة القوة القاهرة.

(1) المادة 163 من الأمر السابق: "إذا وقع غش في نوع وصفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة أو الأشياء الموردة فيعاقب الجناة بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 2.000 دينار. ويقضى دائماً بالحد الأقصى لعقوبة السجن المقررة في الفقرة السابقة على الموظفين الذين ساهموا في الغش ويجوز علاوة على ذلك الحكم على هؤلاء الموظفين بالحرمان من ممارسة جميع الوظائف أو الخدمات العمومية لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر."

جريمة التأخير:

يتحقق بمجرد التأخير في الأعمال أو التأخير في القيام بالخدمات، التأخير في التسليم، هذا الأخير يتفق مع التعديل في آجال التسليم الوارد ذكره في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

جريمة الغش:

تتمثل في الغش في نوع أو صفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة أو الأشياء الموردة، فقد ذكرهم المشرع على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يعبر عنه بالتعديل في المواد والخدمات المنصوص عليها في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، وقرينة ذلك هو عدم التطابق مع الوثائق التعاقدية في كلا الجريمتين.

ب.2 - المناسبة:

تتفق جنايات وجنح متعهدي تموين الجيش مع جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، من حيث مناسبة ارتكاب الجريمة والمتمثلة في إبرام عقد أو صفقة.

ب.3 - الغرض منه:

يتحقق الغرض من النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، أما بالنسبة لجنايات وجنح متعهدي تموين الجيش اكتفى المشرع بذكر النشاط الإجرامي دون الغرض منه.

ج - الركن المعنوي:

تقوم جنايات وجنح متعهدي تموين الجيش بمجرد توفر الركن المادي دون اشتراط الركن المعنوي في جناية التخلي عن القيام بالخدمات وجنحة التأخير في التسليم أو في الأعمال⁽¹⁾، أما بالنسبة لجناية الغش يتطلب المشرع توفر الركن

(1) في هذه الحالة الجيش الوطني الشعبي لا يوجه إعدارات إلى المقاول كما هو عليه الحال في الإدارات المدنية.=

المعنوي والمتمثل في نية الغش، وهو ما يوافق جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين والتي تتطلب القصد الجنائي.

د - وصف الجريمة والعقوبة المقررة لها :

تصنف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين ضمن الجرح المشددة والمعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، أما جنایات وجرح متعهدي تموين الجيش تتمثل في:

• جريمة التخلي عن القيام بالخدمات :

تصنف ضمن الجنایات والمعاقب عليها بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة لا يتجاوز مقدارها ربع التعويضات المدنية، ولا تقل عن مبلغ 2.000 دج وتطبق العقوبات الأشد في حالة المخابرة مع العدو.

• جريمة التأخير في التسليم أو في الأعمال :

تصنف ضمن الجرح والمعاقب عليها بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 500 دج.

• جريمة الغش :

تصنف ضمن الجنایات والمعاقب عليها بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية ولا تقل عن 2.000 دينار.

هـ - علة التجريم :

تتفق الجريمتان في الغاية من تجريم كل منهما، وهي المحافظة على النزاهة في المرافق العامة وحسن سيرها وإبعادها عن المؤثرات الخارجية غير الشرعية والمساواة بين المتعاملين مع الإدارة، وترشيد المال العام. إلا أن المشرع في جنایات

= كما أنه لا يكتفي بتطبيق غرامات التأخير المنصوص عليه في الصنف وإنما يتعرض الماثل لغرامات أخرى. فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص: 86.

وجنح متعهدي تموين الجيش يمنح سلطات أكثر من المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقدة، وهذا من أجل الإبقاء على مرافق الجيش الوطني في حالة جاهزية وتأهب واستعداد في جميع الحالات والظروف، وذلك من حيث ضمان الجودة والتميز في الخدمات، ولهذا الغرض جرم المشرع كل فعل من شأنه التأخير في التسليم أو التأخير في الأعمال أو التأخير في تقديم الخدمات، كما جرم أي غش أو محاولة غش في نوع وصفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة أو الأشياء الموردة ولضمان عدم النيل من شرف الجيش الوطني أو المساس بهيبته، جرم المشرع كل فعل من شأنه التخلي عن تقديم الخدمات مهم كانت الظروف والأسباب ما لم تكرهه على ذلك قوة القاهرة، وعليه لا يمكن للمتعامل المتعاقد مع الجيش الوطني التحجج بنظرية الظروف الطارئة، أو نظرية فعل الأمير، أو التأخير في تسلم الأمر بالشروع في الخدمة، كأسباب لفسخ العقد، بخلاف الصفقات والعقود التي يبرمها المتعامل المتعاقد مع المصالح المتعاقدة الأخرى، أين يمكنه اللجوء إلى القضاء بطلب إبطال الصفقة باعتبارها عقد يتطلب شروط موضوعية وشكلية، وكذا إبطال التصرفات المنافية لبنود العقد. بالإضافة إلى الحكم بفسخ العقد وإلزام الإدارة بالتعويض إذا لحق بالمتعامل المتعاقد ضرر شريطة ألا يكون هو المتسبب فيه⁽¹⁾.

و - تبني نظام الثنائية :

تبني المشرع نظام الثنائية في كل من جنايات وجنح متعهدي تموين الجيش وجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، وطبقا لهذا النظام تستقل كل من الجريمتين عن الأخرى في المسؤولية والعقاب، بحيث يمكن أن تقوم إحداهما دون الأخرى. فالموظف العام يسأل عن الجريمة الخاصة به في جريمة التخلي عن القيام بالخدمات وجريمة الغش، والتأخير في التسليم أو في الأعمال ويعاقب بأشد العقوبة المقررة للمتعامل الاقتصادي، كذلك الأمر بالنسبة لجريمة

(1) بوعبد الله رضوان، الرقابة الإدارية، المالية، التقنية والقضائية، على الصفقات العمومية، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، 2006 - 2009، ص: 53.

استغلال نفوذ الأعوان العموميين، إلا أن الفرق بينهما يكمن في تساوي العقوبة بالنسبة للموظف العام والمتعامل المتعاقد بالنسبة لجريمة الامتيازات غير المبررة وهي الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، أما بالنسبة لجنايات وجنح متعهدي الجيش فصفة الموظف أو الوكلاء أو المأجورون من الدولة يعتبر ظرف مشدد وتضاعف له العقوبة.

الفرع الخامس

تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة الاختلاس

جرمت كل القوانين العربية اختلاس الموظف العام وشددت العقوبة عليه، فنجد المادة 29 من القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم: " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يختلس أو يتلف أو يبدد أو يحتجز عمدا دون وجه حق أو يستعمل على نحو غير شرعي لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر، أية ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية عمومية أو خاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إليه بحكم وظائفه أو بسببها."

وعليه تعرف جريمة الاختلاس أنها: " قيام الموظف العام أو من في حكمه بإدخال أشياء ذات قيمة، وجدت في حيازته بحكم الوظيفة العامة التي يشغلها، إلى ملكيته الخاصة دون وجه حق."⁽¹⁾

وبالتالي فإن فعل الاختلاس يتحقق بأي عمل من شأنه تحويل حيازة الموظف للمال الموجود في ذمته، من حيازة ناقصة إلى حيازة تامة، أي بالتصرف فيه وكأنه مال مملوك له.

أولا - أوجه الشبه:

أ - فعل الاختلاس:

تتفق الجريمتين في كون الفعل المجرم يرتبط ارتباطا وثيقا تاماً بنظرية الحيازة، وعليه ما وجد بحوزة الجاني (موظف في جريمة الاختلاس، أو متعامل متعاقد في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين) كان بسبب وظيفته، وأنه

(1) هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، 2010، ص: 105.

غير نيته في الحيازة من حيازة ناقصة إلى حيازة تامة أي من ملكية الدولة للمال المحجوز لدى (الموظف أو المتعامل المتعاقد)، إلى ملكية (الموظف أو المتعامل المتعاقد) الشخصية، وذلك إما بنقل هذه الأموال إلى الأماكن غير المعدة لها أو إنفاقها أو إقراضها أو بيعها خلافا لما أؤتمن عليه، أو لما خصصت له.⁽¹⁾

وبالتالي فعل الاختلاس، أو التعديل في التموين في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، يتحقق بأي عمل من شأنه تحويل حيازة الجاني للمال الموجود في ذمته، من حيازة ناقصة إلى حيازة تامة، أي بتصرف فيه وكأنه مال مملوك له. و يكمن كذلك وجه الشبه بين الجريمتين، فالنسبة لجريمة الاختلاس، عهدت الممتلكات للجاني أي الموظف بحكم الوظيفة أو بسببها، كذلك الأمر بالنسبة للمتعاقد فقد عهدت إليه الممتلكات - أي تموين الورشة بالموارد والمنتجات الضرورية لتنفيذ الخدمة موضوع الصفقة - بحكم الصفقة أو العقد المبرم مع المصلحة المتعاقدة.

وعليه فالمتعامل المتعاقد يأخذ حكم الموظف العام، من حيث كونه أمين على الممتلكات المعهودة إليه، ويقع عليه واجب الحفاظ عليها، لأن هذه الأخيرة انتقلت إليه بحكم العقد أو الصفقة التي أبرمها مع المصلحة المتعاقدة، بغرض تحقيق المنفعة العامة، والمرجوة من خلال تقديم تسبيق على التموين.

ب - صور فعل الاختلاس:

يأخذ فعل الاختلاس في جريمة اختلاس الممتلكات أربع صور تتمثل في (الاختلاس، الإلتاف التبديد، الاحتجاز)⁽²⁾ أما في جريمة استغلال نفوذ الأعوان

(1) الحيازة: هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، وتطلق الحيازة على الحيازة الصحيحة والباطلة، سواء كانت اليد الحائزة متعديّة أو مأذونه من المالك الحقيقي، أو مدعية الملك، فكلها حيازة. نفس المرجع، ص: 106.

(2) الاختلاس: يتحقق بتحويل الأمين حيازة المال المؤتمن عليه من حيازة وقتية على سبيل الأمانة إلى حيازة نهائية على سبيل التملك. الإلتاف: يتحقق بهلاك الشيء أي بإعدامه والقضاء عليه، ويتحقق الإلتاف بطرق شتى كالإحراق والتزويق الكامل والتفكيك التام إذا بلغ الحد الذي يفقد الشيء قيمته أو صلاحيته نهائياً. =

العموميين فقد عبر عنها المشرع " بأي تعديل في التموين لصالحهم " يعد من قبيل الامتيازات غير مبررة عن دون ذكر صور التعديل، تاركا المجال للاجتهادات القضائية والفقهية في استخلاص هذه الصور، إلا أنه وبالمقارنة مع جريمة الاختلاس يمكن أن تكون إحدى الصور الأربع صورة من صور التعديل في التموين في مجال الصفقات العمومية.

ج - علة التجريم:

بالإضافة إلى الحماية المقررة في جرائم الفساد، أراد المشرع من خلال تجريمه لجريمة الاختلاس وهو حماية الممتلكات العامة من أي نوع من خيانة الأمانة والتي تقع من الموظف العام والمفترض فيه النزاهة، على المال الموجود في حيازته، وهو مؤتمن عليه بحكم وظيفته⁽¹⁾، وهو نفس الأمر بالنسبة للمتعاقل المتعاقد والمفترض فيه النزاهة⁽²⁾، عندما يعهد إليه تسبيق على التموين.

ثانيا - أوجه الاختلاف:

أ - صفة الجاني:

يشترط أن يكون الجاني في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، شخص طبيعيا أو معنوي ينتمي إلى طائفة الأعوان الاقتصاديين، على خلاف جريمة الاختلاس، إذ يشترط أن يكون الجاني موظفا عاما، أو من في حكمه أو مستخدما، لأنها من الجرائم التي تفترض أن يكون الجاني موظفا عاما.

= التبديد: ويتحقق متى قام الموظف الجاني باستهلاك المال الذي أوتمن عليه أو بالتصرف فيه تصرف المالك كأن يبيعه أو يرهنه أو يقدمه للغير هبة كما يحمل التبديد معنى الإسراف والتبذير الاحتجاز بدون وجه حق. هناك مليكة، المرجع السابق ص: 107.

(1) نفس المرجع، ص: 100.

(2) أنظر، المواد 51.61 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، وقرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011 يحدد نماذج رسالة العرض والتصريح بالاكتمال والتصريح بالنزاهة.

ب - المناسبة :

يقتضي التعديل في التمويل بمناسبة إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري أما بالنسبة لجريمة الاختلاس فتكون بحكم الوظيفة أو بمناسبتها.

ج - محل الاختلاس :

بالنسبة لجريمة الاختلاس يعد محل الاختلاس كل شيء ذي قيمة عهد به إلى الموظف بحكم وظيفته أو بسببها، وبهذا لم يجعل الاختلاس وقفا على الأشياء ذات القيمة الاقتصادية وحدها كالتقود والأوراق المالية والأثاث والمواد الغذائية ونحوها، ولكنه جعله شاملا لكل شيء ذي قيمة⁽¹⁾. أما بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين فيقتصر فعل التعديل في التمويل بالنسبة للمواد والخدمات محل العقد أو الصفقة هذا من جهة، وينحصر في فئتين وهما أصحاب صفقات الأشغال، وأصحاب صفقات التوريد باللوازم من جهة ثانية.

(1) تعرف المادة 2 فقرة 2 ومن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم "الممتلكات": "الموجودات بكل أنواعها، سواء كانت مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات أو السندات القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود الحقوق المتصلة بها."

المبحث الثاني

الإطار القانوني لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

يهدف استكمال عناصر الفصل التمهيدي، ومحاولة منا للإحاطة بالجريمة محل الدراسة، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

- **المطلب الأول:** طبيعة نص تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المطلب الثاني:** المصلحة المحمية والأهداف المرجوة من خلال تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

المطلب الأول

طبيعة نص تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

لعل أهم ما يميز هذه الجريمة أن النص الذي يجرمها غير كاف بمفرده لتحديد أركانها بل يحيل من جهة على مفاهيم مستمدة من القانون الإداري ومن جهة أخرى على نصوص تشريعية وتنظيمية، وتعتبر هذه المفاهيم وهذه النصوص المحال عليها جزءاً من النص العقابي مما يستوجب تحليل هذا النص لمعرفة مدى نجاح المشرع في صياغته له صياغة واضحة تسمح بتطبيقه تطبيقاً سليماً، ذلك أن صفة الوضوح في النص هي التي تمنع من التعسف والتحكم القضائي، ولن يتحقق الإثم الجنائي إذا كان النص غير واضح.⁽¹⁾

وعليه سنتناول هذا المطلب في الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** الإحالة الضمنية على القانون الإداري.
- **الفرع الثاني:** تجزئة نص التجريم.
- **الفرع الثالث:** تحديد مفهوم أعوان الهيئات المذكورة.

(1) Elise Mignard, Un cas de rétroactivité in mitius: délit de favoritisme et droit des marchés publics, mémoire de master de droit public économique, sous la direction du Professeur Roland Vandermeeren Université Panthéon - Sorbonne Paris I, année universitaire 2005 - 2006, p.7.

الفرع الأول

الإحالة الضمنية على القانون الإداري

لقد تضمن نص المادة 26 الفقرة الأولى والثانية من قانون 06 - 01 على غرار جل النصوص العقابية شقا متعلقا بالتجريم وشقا متعلقا بالجزاء الجنائي، فأما الأخير فقد ورد واضحا ومحدد للعقوبة على أنها الحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) والغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

• **وأما الأول** فقد عبر عنه المشرع بنوعين من المصطلحات، مصطلحات عامة يمكن أن ترد في نصوص كل فروع القانون ولا يحتاج القاضي بالضرورة في تفسيرها إلى الرجوع إلى قوانين خاصة مثل كلمة "يستفيد" أو عبارة "سلطة أو تأثير" أو "أعوان الهيئات المذكورة".

• **أما النوع الثاني** من المصطلحات فهو يعبر عن مفاهيم مستمدة أساسا من مفاهيم القانون الإداري وبالتالي يحتاج القاضي الجنائي الاستعانة بهذا القانون لتحديد مدلولها والتمثلة في تحديد مدلول عبارة "يقوم بإبرام عقد أو صفقة"، فيجب على القاضي الجنائي الاستعانة بالقانون الإداري خاصة المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية لتفسير هذه المصطلحات والتمثلة في "الإبرام" و"العقد" الصفقة كما يلجأ إلى دفتر الشروط الإدارية العامة، وبنود العقد للوقوف على صيغة الأسعار وتحديد الآجال ونوعية المواد والخدمات كما يجب أن يكون ملم بجميع مراحل إبرام الصفقة ويكون على دراية بجميع النصوص القانونية بما فيها التعليمات التي ترد إلى المصالح المتعاقدة والتي تعمل على شرح بعض نصوص التنظيمية أو الجواب على استفسارات من طرف المصالح المتعاقدة⁽¹⁾.

(1) أنظر التعليمات المدرجة في الملاحق.

وعليه سوف نتطرق لتحديد مفهوم عبارة إبرام عقد أو الصفقة الواردة في المادة "... يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة"

تحديد مدلول إبرام عقد: (1)

يقصد المشرع بكلمة "عقد" ضمن المادة 26 - 2 من قانون 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم تلك الوثيقة المكتوبة الممضاة من الطرفين المتعاقدين والتي تقيد فيها حقوق والتزامات كل طرف، إذا كانت قيمة الطلب العمومي تساوي مبلغ 8.000.000 دج أو يقل، فيما يخص خدمات الأشغال أو اللوازم، ومبلغ 4.000.000 دج أو يقل فيما يخص خدمات الدراسات أو الخدمات.

إذن، في حال عدم تجاوز الطلبات حد العتبة المالية للصفقة، كما هو مبين ضمن المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب الاستشارة، حيث تدور المناقصة بين ثلاثة (03) متعهدين على الأقل، لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر.

كما يجب على المصلحة المتعاقدة، ضمن احترام أحكام المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10 - 236⁽²⁾، والمتعلقة بالاستعمال الحسن للمال العام، أن تنظم إجراءات الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الذين بإمكانهم الاستجابة لها.

لم يقيد المشرع المصلحة المتعاقدة بإجراءات معينة، وإنما ترك لها حرية

(1) سوف نتطرق بالتفصيل لمدلول كلمة عقد في الفصل الأول في المبحث الأول، المطلب الثالث، الفرع الثاني، من هذه الرسالة، أما في هذا الفرع سوف نتناول طريقة إبرام العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، دون أن يصل معيارها المالي حد إبرام صفقة.

(2) المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10 - 236: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

اختيار الإجراءات المناسبة حسب طبيعة الحاجات التي ترغب في تلبيتها، وهذا ما نستشفه من العبارة " وتنظم المصلحة المتعاقدة إجراء الاستشارة" هذا من جهة إلا أنه من جهة ثانية ورغبة من المشرع في حماية المال العام، يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاة أحكام مبادئ الصفقات العمومية، وعليه وفي إطار الإجراءات المتبعة يمكن للمصلحة المتعاقدة إتباع طرق شبيهة بإجراءات إبرام الصفقات:

- إعلان عن الاستشارة وذلك عن طريق الإلصاق في الأماكن العمومية.
 - نشر الإعلان عن الاستشارة في البوابة الإلكترونية الخاصة بالمصلحة المتعاقدة.
 - مسك سجل على مستوى المصلحة المتعاقدة تقيد فيه عروض المتعهدين حسب تاريخ الوصول.
 - تشكيل لجنة⁽¹⁾ على مستوى المصلحة المتعاقدة لدراسة ملفات المتعهدين بغرض انتقاء أحسن عرض، من حيث الجودة والسعر، وهذا بغرض إضفاء المساواة بين المرشحين في المعاملة، وضمان شفافية الإجراءات.
- إلا أنه وفي جميع الحالات يجب على المصلحة المتعاقدة إرفاق الالتزام بالنفقة، بتقرير تقديمي يبرر فيه الاستشارة وكيفية اختيار المتعهد الذي رست عليه الاستشارة.

كما تناولت المادة 6 من نفس المرسوم الرئاسي، حالة طلبات الخدمات أو سندات الطلب (Bon de commande) ولاسيما في حالة الاستعجال، الطلبات التي تقل مجموع مبالغها بجميع الرسوم خلال نفس السنة المالية 500.00 دج فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن 200.000 دج فيما يخص الدراسات والخدمات، في هذه الحالة لا تكون الطلبات محل استشارة، كما لا يكون الاتفاق

(1) المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10 - 236: " في حالة خدمات الأشغال، فإن المصلحة المتعاقدة يمكن أن تستشير الحرفيين، كما هم معروفون بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما."

بشأنها مفرغا في شكل عقد، وإنما يكفي أن تتم العملية بشكل طلبيات Bon de Commande مرفقة بكشف كمي، إلا في حالة خدمات الدراسات، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة إبرام عقد مهما يكن مبلغ الطلب.

و في جميع الحالات يمنع تجزئة الطلبات بهدف تفادي الاستشارة، كما يمنع تجزئة الطلبات والمتعلقة بالاستشارة بهدف تفادي إبرام صفقة.

تحديد مدلول إبرام صفقة :

إبرام الصفقة العمومية هو تصرف قانوني بوصف قانون الصفقات العمومية (1)، وهو يعبر عن عملية طويلة تتخللها إجراءات عديدة نوجزها عبر الإشارة إلى مختلف المراحل التي تمر عليها المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد أي الفائز بالصفقة العمومية، ونشير قبل ذلك إلى أن قرار إبرام الصفقة يتخذ بناء على دراسات تقوم بها الإدارة المتعاقدة لتحديد فيها احتياجاتها وتختار على إثرها الصيغة القانونية المناسبة لإبرام الصفقة مع مراعاة الظروف الخاصة بكل مشروع، كما تقوم بتقدير أولي لقيمة المشروع، ومتى اتخذ هذا القرار تنطلق عملية تحضير إبرام الصفقة.

إن أول مرحلة تنطلق منها عملية إبرام الصفقة العمومية هي مرحلة تحضير دفتر الشروط، فقد نص المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في مادتيه 48 و 56 على ضرورة احتواء دفتر الشروط على جميع المعلومات الضرورية التي تمكن المرشحين من تقديم تعهدات مقبولة وقد اشترطت المادة 56 أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة.

بعد إعداد دفتر الشروط يجب وجوبا الإعلان عن المناقصة وقد حددت المادة

(1) المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة."

45 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 حالات إلزامية هذا الإعلان وهي المناقصة المفتوحة والمناقصة المحدودة والدعوة إلى الانتقاء الأولي والمسابقة والمزايدة. كما تضمنت المادة 46 ذكر البيانات الإلزامية لإعلان المناقصة.

بعد الإعلان عن المناقصة وبعد تسجيل المترشحين وإيداعهم لعروضهم تقوم لجنة فتح الأظرفة بترتيب العروض وتنظيمها وفق ما نصت عليه المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، ثم يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية وفق أحكام المادة 123 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

ثم تأتي مرحلة تقييم العروض التقنية تقوم بها لجنة دائمة لتقييم العروض تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، وتتمثل مهمة هذه اللجنة في مرحلة أولى في الترتيب التقني للعروض ثم في مرحلة ثانية تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقاؤهم الأولي تقنيا. وتحدد المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 معايير دراسة العروض وكيفية انتقاء أحسن عرض، ويتوج عمل هذه اللجنة بتبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفحة. وإن كانت هذه المرحلة هي الأخيرة في إجراءات اختيار الفائز بالصفحة فإنه يبقى أن هذه النتيجة قبل أن تصبح نهائية وتتوج بإبرام الصفقة تعرض على رقابة لجان مختصة تمنحها التأشير.

الفرع الثاني

تجزئة نص التجريم

ربط المشرع جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، بالزيادة في الأسعار، أو التعديل في نوعية المواد والخدمات أو آجال التسليم والتموين، وهو ما يضيف على النص نوعاً من الغموض وعدم الاستقرار نظراً للكلم الهائل من النصوص المنظمة لمادة الصفقات العمومية، وخاصة في مجال الأسعار والآجال ونوعية المواد والخدمات وعلى أية حال فلجوء المشرع في صياغته لنص المادة 26 فقرة 1 والفقر 2 لاستعمال تقنية الإحالة يصنف هذا النص ضمن النصوص المجزأة⁽¹⁾.

لقد أسست المادة 26 فقرة 2 على مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المكرسة لحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات وبالتالي ربط المشرع قيام السلوك المجرم بمخالفة هذه النصوص، مما يجعلها جزءاً من النص، فلا يمكن أن تقوم جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية ما لم تكن ثمة مخالفة لقاعدة من النصوص السالفة الذكر.

ويمكن الاستناد إلى ما ذكره الدكتور عصام عفيفي عبد البصير حول هذا النوع من النصوص من أن المشرع يتولى فيها توزيع شقيها (التجريبي والعقابي) على نصين جنائيين، ثم يضيف أنه قد توجد مجزأة أو موزعة بين أكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة ولكنها متعاصرة أو متعاقبة⁽²⁾، فالنسبة للمادة 26 فقرة 1 والفقر 2 من قانون 06 - 01، نجد أن مبدأ التجريم منصوص عليه في نص تشريعي، وأما النصوص المحال عليها فهي غير جنائية ومنها ما هو تشريعي ومنها ما هو تنظيمي⁽³⁾.

(1) علة جريمة، المرجع السابق، ص: 177.

(2) نقلاً عن، علة جريمة، نفس المرجع، ص: 178.

(3) تشير الأستاذة علة جريمة في نفس المرجع، أن النصوص المجزأة على غرار المادة 26 تختلف عن =

تطرح الإحالة الواردة في نص المادة 26 بفقرتها الأولى والثانية، إشكال فيما يخص طبيعة النصوص المحال عليها فالمشرع استعمل عبارة "الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"، وهي نصوص وتعليمات كثيرة جدا، لاختلاف موضوع الصفقات⁽¹⁾، ولارتباط أسعار الصفقات العمومية وآجالها لاعتبارات اقتصادية واجتماعية وكذلك سياسية، ولمعادلات ذات مجاهيل عديدة ذات طابع حسابي معقد يعتمد على المحاسبة التقنية وعلى قواعد الرياضيات، هذا الغموض وكثرة النصوص التنظيمية وتعقيدها طرح عدت إشكاليات نتطرق لبعضها:

1. تضع القاضي الجنائي في إشكالية صعوبة معرفة النص الواجب التطبيق.
2. تضع مسيرو المصالح المتعاقدة وأهل الاختصاص في مجال الصفقات العمومية في إشكالية صعوبة معرفة النص الواجب التطبيق.
3. تعريض نصها لعدم الدستورية فالمادة 122 من الدستور تنص صراحة على اختصاص البرلمان في التشريع في مجال تحديد الجنايات والجرح، فيترتب على ذلك أن التجريم في مجال الجنايات والجرح من صلاحيات السلطة التشريعية وهذا يعتبر أيضا تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات وهو من أهم النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية⁽²⁾.

= النصوص على بياض التي تحوي شق الجزاء بينما شق التكليف يكتمل تحديده لاحقا ويحيل المشرع في وضع تحديد معاملة إلى نص آخر، فشق التكليف في القاعدة على بياض لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة الجنائية بل يكتمل في نص لاحق، وتضيف أيضا قولها إذا كان نص المادة 26 يحيل على نصوص موجودة متفاديا عيوب النصوص على بياض فإنه يبقى أن تقنية الإحالة في التجريم تطرح إشكالية فيما يخص التعامل بالكتلة القانونية المجرمة للفعل، فإن كان أساس التجريم هو المادة 26 فإن تطبيق هذا النص غير ممكن بدون الرجوع إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المحال عليها وهنا يجدر التساؤل حول تحديد تاريخ سريان النص الجنائي في حالة تعديل للنصوص غير الجنائية المحال عليها، فهل العبرة بتاريخ صدور النص الجنائي أم بالنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية بإعتبارها جزءا من هذا النص؟ ص: 178.

(1) المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(2) علة كريمة، المرجع السابق، ص: 179.

4. تحديد تاريخ سريان النص الجنائي في حالة تعديل للنصوص غير الجنائية المحال عليها، فهل العبرة بتاريخ صدور النص الجنائي أم بالنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبارها جزءا من هذا النص.
5. الأثر السلبي من الناحية العلمية على مجال الصفقات العمومية، فنجد ندرة في المراجع المتخصص في مجال الصفقات العمومية هذا من جهة، وانعدام المراجع في مجال جرائم الصفقات العمومية بصفة عامة، وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بوجه الخصوص.

الفرع الثالث

تحديد مفهوم أعوان الهيئات المذكورة

حدد المشرع في المادة 26 فقرة 2 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أعوان الهيئات والمتمثلة في الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، تم أشار في المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة⁽¹⁾، أما في المادة 2 من نفس المرسوم فقد حدد المشرع المعيار العضوي الخاص بتطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾.

من خلال ما تقدم، وبغرض تحديد مفهوم أعوان الهيئات المذكورة، خاصة وأن المشرع الجزائري سجل مدى التذبذب الكبير في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية والهيئات المعنية به. فأحيانا يضيق من مجال التطبيق فيخص هيئات ويبعد أخرى وأحيانا أخرى يوسع من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية ثم يعود ويضيق، ويرجع تفسير ذلك لطبيعة كل مرحلة سن فيها قانون أو تنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾.

1. الأشخاص المعنية العامة الإقليمية.

1.1 الدولة :

الدولة بمفهومها القانوني والفني، كبرى الأشخاص الاعتبارية الإقليمية، ممثلة بالدوائر الوزارية المختلفة، ذات الصلة بجميع نشاطات الدولة الدستورية

(1) المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

(2) المادة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

(3) عمار بوضياف، المرجع السابق ص: 43.

والقانونية أي النشاط التشريعي، القضائي والتنفيذي، علما أن الوزارة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية وإنما تستمد أساسها القانونية من الدولة، على اعتبار الوزارات ما هي إلا أجهزة إدارية تنفيذية يديرها وزير موضوعة تحت تصرف السلطة التنفيذية، المثلة في الحكومة أو الوزارة الأولى أو الرئاسة على حسب نوع النظام الدستوري السائد في البلاد. إن الأجهزة الإدارية المركزية، المشار إليها أعلاه، هي التي يعبر عنها في نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، بالإدارات العمومية.

يمثل الإدارات العامة ويعبر عن إرادتها، الوزير، ويمضي ويصادق على العقود التي تبرمها، طبقا للمادة 8 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المثلة في الوزير، فيما يخص صفقات الدولة.

وتجدر الإشارة إلى أن مؤسسة الرئاسة (رئاسة الجمهورية)، كهيئة إدارية مركزية، يعتبر الأمر بصرف ميزانيتها هو الأمين العام لرئاسة الجمهورية⁽¹⁾، وبالتالي، هو من يبرم العقود المختلفة التي تهدف إلى تسيير مصالح هيئة الرئاسة، أما الأمر بصرف ميزانية مصالح الوزارة الأولى فهو الأمين العام للوزارة الأولى، على غرار تسيير مصالح رئاسة الجمهورية.

في هذا الصدد، يتعين التفرقة بين العقود المبرمة في إطار تسيير المصالح الإدارية لكل من هيئة رئاسة الجمهورية والوزارة الأولى والعقود والصفقات التي تبرم باسم الدولة، فإن من يمضي العقود باسم الدولة فهو الوزير كقاعدة عامة ويمكن تفويض هذه الصلاحية إلى أحد مرؤوسيه من الإطارات السامية في الوزارة.

ومن الناحية العملية فإن كلا من رئيس الجمهورية والوزير الأول باعتبارهما يتقلدان أسمى وظيفتين في الدولة، غير معنيين بشكل مباشر بإبرام أو تحضير

(1) المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 01 - 197، المؤرخ في 22 - 07 - 2001، المتضمن تحديد صلاحيات مصالح رئاسة الجمهورية وتنظيمها، (ج.ر. 40 بتاريخ في 25 - 07 - 2001).

أو تنفيذ العقود والصفقات التي تبرمها الدولة ولا حتى مصالحهم الإدارية مما يجعلهم غير معنيين

كذلك بجرائم إعطاء امتيازات غير مُبررة للغير أو الرشوة في الصفقات العمومية.

إلا أنه باعتبار السلطات الواسعة لكل من رئيس الجمهورية والوزير الأول في الدولة عامة، وعلى رأس الجهاز التنفيذي خاصة المكلف بإعداد وتنفيذ ميزانية الدولة، وصلاحياتهم في تعيين المسؤولين الكبار: وزراء، ولاة، مدراء عامين، مدراء لمؤسسات عمومية ذات طابع إداري أو اقتصادي، بصفتهم أمراء بالصرف رئيسيين أو ثانويين في هيئاتهم.

وفي جو انعدام الرقابة السياسية والشعبية الفعلية وضعف تأثير الإعلام، وعدم استقلال القضاء، في ظل كل هذه المعطيات، لا يمنعها من أن يستغلا نفوذهما هذا، أو أن يستغل أي شخص طبيعي أو معنوي نفوذهما للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

1.2. الولاية؛

المادة الأولى: "الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة."⁽¹⁾

يمثل الولاية، ويعبر عن إرادتها الوالي، ويمضي ويصادق على العقود التي تبرمها، طبقاً لنص المادة 8 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، بحيث لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المتمثلة في الوالي فيما يخص صفقات الولاية.

(1) القانون رقم 12 - 07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية (ج.ر. 12 المؤرخة 29 فبراير 2012).

ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة والمؤكدّة في هذه النصوص، فإن وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقة عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية خدمة للجمهور.⁽¹⁾

1.3.1. البلدية :

المادة الأولى: " البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وتحدث بموجب القانون.⁽²⁾

وتنص المادة 2 من نفس القانون: " البلدية هي القاعدة الإقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسير الشؤون العمومية. "

تعتبر البلدية البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن كل من الدولة والولاية.⁽³⁾

يمثل البلدية، ويعبر عن إرادتها رئيس المجلس الشعبي البلدي، يمضي ويصادق على العقود التي تبرمها البلدية، طبقا لنص المادة 82 الفقرة 5 و6 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، بحيث لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة الممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية، وفقا لنص المادة 8 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 10 - 236.

تطرح إشكالية حول الطبيعة القانونية لمحافظة الجزائر الكبرى، حيث

(1) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 49.

(2) قانون رقم 11 - 10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية (ج.ر. 37 المؤرخ 3 يوليو 2011).

(3) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 50.

حسم المجلس الدستوري هذا الجدل بقرار⁽¹⁾ مشهور بناء على إخطار من رئيس الجمهورية، القاضي بعدم دستورية الجماعتين الإقليميين " محافظة الجزائر الكبرى" و " الدائرة الحضرية" المنشأتين بموجب الأمر رقم 97 - 15 المؤرخ في 31 - 5 - 1997.

2. الهيئات الوطنية المستقلة :

ويقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة، ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كمجلس الاقتصادي والاجتماعي⁽²⁾.

تجتمع هذه الهيئات في خصائص عديدة أهمها: التمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، وهناك ما نص على أنها تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال في التسيير المالي، ومن الآثار القانونية لاكتساب هذه الصفة، التمتع بالأهلية القانونية، حق التقاضي، التحمل بالالتزامات واكتساب الحقوق، ومن ذلك أيضا المبادرة باتخاذ القرارات الإدارية وإبرام العقود بنفسها، مهما كانت أهميتها، مما يوفر لها الاستقلالية في ممارسة مهامها.

لقد جاء في نص المادة 8 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، أن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، هو الذي يوافق على الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات حتى تحوز على الشرعية وتكون نهائية.

(1) قرار رقم 02/ق.أ.م.د/2000 مؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1420 الموافق 27 فبراير 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97 - 15 المؤرخ في 24 محرم 1418 الموافق 31 مايو 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى. منقول عن بكراروشوش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران 2011/2012، ص: 47.

(2) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 48.

3.الأشخاص المعنوية العامة المرفقية :

هي الأشخاص المعنوية التي يطلق عليها الفقه تسمية " المؤسسات العامة " أو "الهيئات العامة" إدارية أو اقتصادية والمؤسسة العامة أو الهيئة العامة لها تعريف شائع في الفقه التقليدي كونها مرافق عامة تتولى إدارته سلطة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية.⁽¹⁾

ويدخل ضمن هذا الوصف، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، والمؤسسة العمومية المتخصصة.

3.1.المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري :

يمكن تقسيم المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري على حساب نطاق تدخلها الجغرافي، ما دامت تتمتع بنفس الخصائص القانونية والمهام الأساسية وهي خدمة مرافق عامة وفق مبدأ التخصص، والإدارة بأسلوب القانون العام، وتخضع كلها لنظام المحاسبة العمومية.

1.1.3. مؤسسات وطنية :

يكون نطاق تدخلها على مستوى إقليم الدولة كله، وفي هذا الخصوص يمكن إنشاء وكالات فرعية جهوية أو ولائية، ومن هذه المؤسسات مثلا: المدرسة الوطنية لمستخدمي أمانات الضبط⁽²⁾، مقرها بالجزائر العاصمة، المدرسة العليا للقضاء.

2.1.3. مؤسسات محلية :

يدخل في هذا الإطار الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري التي يمكن أن تنشئها الولايات والبلديات لإدارة مرافقها العمومية، وفقا لإجراءات تشريعية

(1) بكرارشوش محمد، المرجع السابق، ص: 55.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 11 - 240 مؤرخ في 10 - 07 - 2011، يتضمن إعادة تنظيم المدرسة الوطنية لكتابة الضبط وتسييرها، (ج.ر 39، المؤرخة 13 - 07 - 2011).

وتنظيمية، ولقد أعطى مؤخرًا المشرع للثانويات صفقة المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، حيث جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 10 - 230⁽¹⁾: "الثانوية مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتختص بالتربية والتعليم".

وعلى هذا الأساس يمكن لمدير الثانوية إبرام العقود والصفقات والاتفاقيات وإعداد ميزانية الثانوية والأمر بصرف النفقات، وإصدار القرارات الإدارية والتصرف بالسلم الثانوية وتمثيلها أمام القضاء وفي جميع أعمال الحياة المدنية وهذا وفقا لنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

1.3. مؤسسات عمومية متخصصة :

يدخل ضمن هذه المجموعة صنف خاص من المؤسسات العمومية تحمل الكثير من خصائص المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وفي آن واحد خصائص المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، نظرا لخصوصية المهام الموكلة إليها كما هو مبين أدناه.

1.2.3. مراكز البحث والتنمية :

أسس المشرع هذا النوع من المؤسسات العمومية بموجب المواد 51 إلى 54 من القانون 88 - 01⁽²⁾، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تخضع في علاقاتها مع الدولة للقواعد المطبقة على الإدارة، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير.

(1) المرسوم التنفيذي 10 - 230 المؤرخ في 02 - 10 - 2010، الذي يحدد الأحكام المتعلقة بتنظيم الثانوية وسيورها (ج.ر. 57 بتاريخ 03 - 10 - 2010).

(2) قانون رقم 88 - 01، مؤرخ في 22 جمادى الأولى 1406 الموافق 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية (ج.ر. 2 بتاريخ 13 يناير 1988).

2.2.3. المؤسسات العمومية الإخصوية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي:

وفقا للمادة 17 فقرة 2 من القانون 98 - 11⁽¹⁾، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 99 - 256⁽²⁾، تتمتع المؤسسات العمومية ذات الصيغة القطاعية أو المشتركة بين القطاعات، بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. ويدخل ضمن هذه الطبيعة القانونية مركز البحث في علم الفلك والفيزياء الفلكية والفيزياء الأرضية الذي تم تعديل قانونه الأساسي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06 - 56 مؤرخ في 30 يناير 2006 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 06.

3.3.3. المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، هي مؤسسة عمومية توكل لها مهمة تسيير مرفق عمومي للتعليم العالي، مثل الجامعات والمراكز الجامعية.⁽³⁾

وفي هذا السياق، وطبقا لنص المادة 17 من القانون 99 - 05⁽⁴⁾، تخضع المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني في سيرها إلى قواعد ملائمة لخصوصية مهامها، خاصة المراقبة المالية البعيدة والاستعمال المباشر للمداخل المحصل عليها في إطار النشاطات التي يمكن القيام بها مثل تأدية خدمات وخبرات بمقابل، عن طريق عقود واتفاقيات، واستغلال براءات الاختراع والمتاجرة بمنتجات نشاطاتها المختلفة، هذا وفقا لنص المادة 16 من نفس القانون رقم 99 - 05.

- (1) قانون رقم 98 - 11، المؤرخ في 22 - 8 - 1998، والمتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998 - 2002، (ج.ر عدد 62).
- (2) المرسوم التنفيذي رقم 99 - 256، المؤرخ في 16 - 11 - 1999، الذي يحدد كفاءات إنشاء المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها (ج.ر عدد 82).
- (3) مرسوم تنفيذي رقم 10 - 204 مؤرخ في 09 - 09 - 2010، يتضمن إنشاء مركز جامعي بالببيض، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: " تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي".
- (4) القانون رقم 99 - 05، المؤرخ في 04 - 04 - 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، المعدل والنتمم (ج.ر رقم 24).

4.3.3. المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني:

أضاف المشرع هذا النوع من المؤسسات إلى قائمة المؤسسات المعنية بإبرام الصفقات وفق الشروط المحددة في أحكام التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، لأول مرة في سنة 2008 وذلك حين عدل وتم نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملقى بالمرسوم الرئاسي 10 - 236، المعدل والمتمم، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

4. الأشخاص المعنوية العامة ذات النظام المزدوج:

ويدخل ضمن هذا الوصف نوعين من المؤسسات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية. بشرط أن تكلف بإنجاز عملية عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة⁽¹⁾. إلا أنه وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 13 - 03 المؤرخ في 13 - 01 - 2013، (ج.ر رقم 02)، والمتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 10 - 236، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، استثنى المشرع في المادة 2 منه المؤسسات العمومية الاقتصادية، من الخضوع لأحكام المرسوم الرئاسي والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية إلا أنها أي المؤسسات الاقتصادية تظل خاضعة للمراقبة الخارجية، ومن جهة ثانية يجب أن تخضع عملية إبرام صفقاتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين والشفافية، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

(1) سعودي زهير، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر 01 - 04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2005، ص: 5.

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

المطلب الثاني

المصلحة المحمية والأهداف المرجوة من خلال تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

تشارك في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية العناصر الثلاثة وهي المصلحة المتعاقدة الممثلة لجهة الإدارة بصفة عامة، والمتعامل المتعاقد والذي يمثل القطاع الخاص بصفة عامة، ومحل الجريمة وهو مجال العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، ولارتباط جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بجرائم الفساد نحاول في هذا المطلب التطرق للوقاية من الفساد ومكافحته من خلال العناصر الثلاثة المذكورة آنفاً والمشاركة في الجريمة محل الدراسة، وعليه سوف نخصص.

- **الفرع الأول:** حماية المبادئ العامة للصفقات العمومية.
- **الفرع الثاني:** علاج الفساد الإداري من منظور الإدارات الحديثة.
- **الفرع الثالث:** محاربة الفساد في القطاع الخاص (بالنسبة للصفقات العمومية).

الفرع الأول

حماية المبادئ العامة للصفات العمومية

كرّس المشرع في المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 التي جاء فيها أنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم. وهذا ما تؤكدته أيضا المادة التاسعة من القانون 06 - 01 ضمن الباب الثاني المتعلق بالتدابير الوقائية في القطاع العام على أنه يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة والنزاهة وعلى معايير موضوعية.

وهذه المبادئ ليست إلا مظاهرا من مبادئ عامة كرسها الدستور في العديد من نصوصه. وقد سميت مبادئ لأنها تطبق بصفة عامة على كل الصفات العمومية دون استثناء وسميت أساسية لأنها الأهم في مجال الشراء العمومي.⁽¹⁾

يكاد ينعقد الإجماع بين الفقهاء، في الفكر السياسي الوضعي المعاصر، على أن مبدأ المساواة، هو الأساس والجوهر لمفهوم الحرية في مختلف ميادينها، حتى قيل أنه، إذا لم تكن ثمة مساواة بين الأفراد في التمتع بالحرية، فإنه لا يصح الادعاء بأن ثمة حرية، لأن المساواة هي أساس الحرية⁽²⁾.

(1) علة كريمة، المرجع السابق، ص: 191.

(2) علي قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفتحة الإسلامي "دراسة مقارنة" في الأصول النظرية وآليات الممارسة مع التطبيق على الوضع في الجزائر رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2004 - 2005، ص: 35.

سوف نتطرق إلى مبادئ الصفقات العمومية :

أولاً - حماية مبدأ المساواة⁽¹⁾ :

مبدأ المساواة هو حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة، فهو من الديمقراطية بمثابة الروح من الجسد، بغيره ينتفي معنى الديمقراطية، وينهار كل مدلول للحرية.

غير أن مبدأ المساواة، في المذهب الليبرالي، يقصد به المساواة القانونية أي "Egalité de droit" وليس المساواة الفعلية "Egalité de fait" أي منح الأفراد مراكز قانونية متساوية، وإتاحة فرص متكافئة لجميعهم، وذلك للاستفادة من وضع معين إذا تساوت ظروفهم.

هذا التفسير لمبدأ المساواة، أدى في الواقع العملي، إلى ظهور وتأكيد لا مساواة فعلية واقعية بين الأفراد، وأحدث خللاً في البنى الاجتماعية كنتيجة طبيعية لاختلاف الملكات والمواهب، والمهارات، والاستعدادات بين أفراد الجماعة، مما استدعى تدخل الدولة على النحو السابق بيانه، لكي يخفف من وطأة الفوارق المادية بين الأفراد.

أما المذهب الاشتراكي - الماركسي، فإن تفسيره لمضمون مبدأ المساواة جد مختلف عن التفسير الليبرالي، إذ يعني التقريب في الفوارق المادية بين الأفراد وبين الطبقات، أي تحقيق المساواة الفعلية المادية لا المساواة القانونية فحسب⁽²⁾.

(1) اختل مبدأ المساواة عندما وضع أول إنسان سورا حول قطعة الأرض، وقال: "هذه الأرض لي"، ثم صدقه الناس الذين من حوله، وهكذا ظهرت الملكية الخاصة، واستتبع ذلك ظهور التفاوت الطبقي بين الناس، وتسبب ذلك في قيام التنافس والصراع والعداوة، وانقلبت حياة الناس إلى بؤس، وانعدمت أسباب الطمأنينة والحرية والمساواة. أنظر حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص: 108.

(2) علي قريشي، المرجع السابق، ص: 36.

ثانيا - حماية مبدأ الشفافية⁽¹⁾ والمنافسة⁽²⁾ :

إن مبدأ الشفافية والمنافسة يعتبران عاملان مهمان للتخفيف من نسبة العلاقات المشبوهة وغير الشرعية المحتملة مع المسؤولين. والتصدي للفساد يتطلب درجة عالية من الشفافية، لا سيما وأن الجميع أضحى ينظر إلى الرشوة والفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية على أنهما من الأعمال والممارسات الخطيرة التي تهدد مصالح الأجيال القادمة.⁽³⁾

فالشفافية في واقع الأمر تتضمن الكشف في الوقت المناسب عن المعلومات الملائمة والكافية والإدارة المتمتعة حقا بحسن التدبير والتسيير، تعتمد وتبنى معايير تتسم بشفافية عالية مما يمكن المتعاملين معها من تقييم واثمين أدائها العملي وتديريها المالي.

(1) البعض يشير إلى وجود ثلاثة أنواع للشفافية وهي:

1. الشفافية المدبجة: وهي شفافية منقولة بتعسف، أو مقلدة بأسلوب نسخي لا يناسب طبيعة عمل المؤسسة المعنية وظروفها، كنقل شفافية القطاع الخاص إلى الحكومة أو نقل الشفافية المطبقة في الحكومة إلى القطاع الخاص.

2. الشفافية المؤدجة: وهي تلك التي تنطلق من وتخدم مصالح وإيديولوجيا مُصدِّرها ومُصمِّم آليتها، وليس المستفيد منها أو المطلع على إنتاجها، وتبرز لخدمة هدف معين، ولا نراها في الأحوال الاعتيادية.

3. الشفافية الانتقائية: وهي الشفافية التي تنتقي النتائج الجيدة مهما تواضعت وتبرزها بأسلوب مبالغ فيه، وهذه الشفافية طاغية ومصحوبة بحملة إعلانية عندما تكون الأرقام والأحداث إيجابية، والمبررات إذا كان هناك إخفاق. فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإدارية، الرياض، 1431 - 2010، ص: 25.

(2) يهدف مبدأ التنافس على رقي الأفراد وتمية النظم ذات الطاقات المختلفة. وهو يوائم بين النظام الاجتماعي القائم والمجتمع الجديد، ويؤدي بذلك وظيفتين: فهو يقوم بعملية الاختيار الاقتصادي، كما أنه عامل من عوامل التغيير الاجتماعي. حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص: 185.

(3) إدريس ولد القابلة، الفساد والشفافية، مقال منشور في الموقع www.nashiri.net، نشر إلكترونيًا في يوليو/تموز 2004.

تلعب الشفافية دورا بارزا في عملية التنمية شريطة إقرار القيادة السياسية بالمسائلة وممارستها، وعليه فإهمال هذا الجانب من شأنه أن يبعث حالة اليأس والإحباط في نفوس المواطنين، فهي لا تشترط فقط الإشراف والمسائلة حول النفقات العامة فحسب. وإنما تفرض كذلك ضمان والحرص على عقلانية هذه النفقات قصد الحد من هدر المال العام.

ففي غياب الشفافية يتعذر على الحكومة والدولة عموما تحقيق أي تقدم، لاسيما تلك الشفافية المتصلة بالمحاسبة الصارمة. ولقد أثبتت التجارب في عدة دول أن التمسك بالشفافية يقلل من وقوع الأزمات الاقتصادية، وإنها تساعد بدرجة كبيرة على معالجة القضايا عند وقوعها وقبل استفحالها واتساع مداها⁽¹⁾. أما من ناحية المسائلة فلا زالت تصطدم باحتكار القوة من طرف من يستحوذون على السلطة ويتحصنون بأموالهم ليتحولوا إلى قوة ضاغطة تحقق مكتسبات بطرق غير شرعية.

(1) نفس المقال.

الفرع الثاني

علاج الفساد الإداري من منظور الإدارات الحديثة⁽¹⁾

في حال انتشار الفساد يكون من الصعب إصلاحه، ولهذا يتحول إلى سلوك مستقر ومتعارف عليه في المؤسسة وبدلاً من أن يقاومه الضمير العام فإنه يتغاضى عنه، بل يعمل على مجاراته وفي هذه الحالة سوف يتغير دليل السلوك الأخلاقي الذي يحكم تصرفات الموظفين إلى دليل للسلوك الأخلاقي الذي يحكم هذه التصرفات.

وعلى هذا الأساس تسعى الدول والحكومات جاهدة للعمل في الحد من ظاهرة الفساد، خاصة في مجال الصفقات العمومية على مستوى الإدارات العمومية بصفة عامة والتركيز على الموظف العمومي بصفة خاصة، باعتباره الطرف الأساسي في جرائم الفساد بصفة عامة، إلا أننا سوف نتطرق في هذا الفرع إلى الجوانب التي لها الصلة بالجريمة محل الدراسة وعلاقة العون العمومي بها، معتمدين في ذلك على مرجع صوفي إيمان وقوراري مريم المذكور سابقاً، ومن خلال هذا الفرع نحاول التطرق إلى كل من إدارة الذات، والإدارة بالمشاركة، وإدارة الجودة، لما لهم من تأثير على الجانب الأخلاقي، وتحفيز روح المسؤولية لدى الموظف العمومي.

إدارة الذات:

إدارة الذات أمر مهم جداً، ويقصد بها "الطرق والوسائل التي تعين المرء على الاستفادة القصوى من وقته في تحقيق أهدافه وخلق التوازن في حياته ما بين الواجبات والرغبات والأهداف. فيجب على الفرد أن يعمل جاهداً في إدارة ذاته ليعبدها عن الشبهات وطريق الحرام محققاً بذلك أهدافه بالحلال ومبتعداً عن طريق الحرام.

(1) صوفي إيمان، قوراري مريم، أخلاقيات العمل كدادة للحد من ظاهرة الفساد الإداري في الدول النامية، الملتقى الوطني حول: حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، مخبر مالية، بنوك وإدارة الأعمال، يومي 06 - 07 ماي 2012.

الإدارة بالمشاركة:

ويقصد بالإدارة بالمشاركة: "المشاركة في القدرات والأداء مع الجميع والاعتماد على الإجماع"، فيجب على كل فرد في المنظمة أن يكون له رأي وصوت مسموع حتى يعتبر نفسه جزء من المنظمة ويتولد في داخله الولاء لها.

إدارة الجودة:

تسعى إدارة الجودة إلى التحسين المستمر، والتحسين المستمر الذي تسعى إليه الجودة لا يقتصر فقط على الخدمة أو السلعة، بل يتعداه ليشمل مستوى الكفاءة في الأداء الوظيفي وتنمية العلاقات المبنية على المصارحة والثقة بين العاملين في المنشأة وهذا الاتجاه ليس بجديد على الفكر الإسلامي، يقول (ﷺ): "إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه". فإذا راعت المنظمة الجودة في أدائها على المستوى الذاتي وعلى مستوى المنظمة ابتعدت عن أحد مسببات الفساد الإداري.

الفرع الثالث

مكافحة الفساد في القطاع الخاص⁽¹⁾ (بالنسبة للصفقات العمومية)

تشير الدراسات أن أكثر أنواع الفساد انتشارا في البلدان العربية هي ظاهرة الوساطة، ورغم توسيع تعريف للفساد فهو لا يكاد يغطي كل أنواع الوساطة التي تعتبر ظاهرة منبثقة من مفهوم الوساطة كوسيلة للتواصل وحل النزاعات في العشائر ومنتقاربة مع أنواع الفساد الأخرى كالمحسوبية والمفاضلة.

وبالأکید تجذرها في المجتمعات العربية أدى إلى تطبيعها وتعميمها في الممارسات اليومية الأمر الذي حولها إلى وسيلة طبيعية وضرورية للتفاعل والانخراط في المجتمع. وهنا يكمن تميزها عن المحسوبية والمفاضلة، فهي ليست الاستثناء بل القاعدة حيث أن لها استعمالات مهمة في المجتمع فيحتاج المرء إلى الوساطة لكي لا يخذع في السوق أو الحصول على وظيفة أو في حل النزاعات والدعاوى القضائية أو التسريع في معاملة رسمية، ويرى البعض أن مفهوم الوساطة يتقاطع مع الكثير من العلاقات الاجتماعية ذات الطابع الإيجابي كالتوسط والتحكيم وتمتية العلاقات العامة ويقسم كايتهنهام وسرايره صاحبها اشمل دراسة الوساطة أكثرها تخصصا هذه الظاهرة إلى نوعين الأول تحكيمي والثاني خدماتي وربوتي⁽²⁾.

من الواضح أن النوعين متشابهان من جوانب عدة ومتفرعان بعضهما عن الآخر كما لا يخفي أن الطابع الإيجابي يغلب عن الأول وان الطابع السلبي يتلازم ومعظم حالات النوع الثاني.

(1) لحسن بونعامه عبد الله، الفساد وأثره على القطاع الخاص، المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، المحور الثالث: البيروقراطية والجريمة المنظمة وعلاقتها بالفساد أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، قسم الندوات واللقاءات العلمية، الرياض 6 - 2003/10/8.

(2) لحسن بونعامه عبد الله، المقال السابق.

كما يرى البعض الآخر من علماء الاجتماع أن الوساطة هي وسيلة اجتماعية تعتمد لإصلاح العلاقات أو لبناء علاقات جديدة وتكون النتيجة المساومة أو التنازل المتبادل لخلق مشروعية للعلاقة بين الطرفين كما تعتمد الوساطة من الأقارب والأصدقاء والزعماء والنافذين السياسيين وأتباعهم ومؤيديهم وحتى معارفهم⁽¹⁾.

أما من بين أهم الإجراءات التي يجب أن تتخذ داخل كيانات القطاع الخاص للحد من ظاهرة الفساد بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة:

- وضع مدونات قواعد السلوك لعمال هذه المؤسسات الخاصة، وذلك من أجل تشجيع النزاهة والأمانة وكذا توليد روح المسؤولية، والذي يضمن بطبيعة الحال الأداء السليم والنزاهة لمهامهم⁽²⁾.
- منع تعارض المصالح، وذلك بفرض قيود ولفترة زمنية معقولة على ممارسة الموظفين العموميين السابقين أنشطة مهنية أو على عمل الموظفين العموميين في القطاع الخاص بعد استقالتهم أو تقاعدتهم، عندما تكون لتلك الأنشطة أو ذلك العمل صلة مباشرة بالوظائف التي تولوها أولئك الموظفين العموميين أو أشرفوا عليها أثناء مدة خدمتهم⁽³⁾.
- إعداد نظام فعال لمراقبة محاسبة الشركات التجارية وباقي كيانات القطاع الخاص، وذلك من خلال التقارير وعمليات التفتيش والكشف على العمليات الحسائية⁽⁴⁾.

(1) نفس المقال.

(2) عميور خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2011/2012، ص: 64.

(3) وهذا ما تبناه المشرع في نص المادة 61 مكرر فقرة 3 والتي أضيفت بالمرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 المؤرخ في 2012/01/18، (ج.ر. 04 بتاريخ 2012/01/26)، المتضمن تعديل الرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: "لا يمكن المصلحة المتعاقدة، ولدة خمس (5) سنوات أن تمنح عقدا بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما."

(4) المادة 72 مكرر، أضيفت بنفس المرسوم الرئاسي.

الفصل الأول

أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية

لتمييز أي جريمة عن الجرائم الأخرى، ومعرفتها من جميع النواحي، يجب أن نقف على أركانها وعناصرها الخاصة والعامة، ولدراسة أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، يتطلب منا دراسة معمقة ومفصلة، لكل من إبرام الصفقة أو العقد، ودراسة أسعار الصفقات العمومية والمواد والخدمات كذلك الآجال والتموين وعلى هذا الأساس سوف نتناولها بصفة سطحية، لأنها تتضمن في محتواها إجراءات عديدة ومفصلة، وموضوع هذه الرسالة ليس بالإطار الحقيقي لدراستها، بل تشكل دراستها تخصصا حقيقيا في مجال القانون الإداري، أما فيما يخص جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، فإنه سوف يتم الرجوع لهذه الإجراءات من أجل البحث عن استفادة المتعامل المتعاقد عن الامتيازات غير مبررة.

ولمعرفة الذاتية الخاصة والمستقلة لهذه الجريمة عن الجرائم الأخرى، سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث كالتالي:

- **المبحث الأول:** الشروط المفترضة في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المبحث الثاني:** الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المبحث الثالث:** الركن المعنوي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

المبحث الأول

الشروط المفترضة في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

الشرط المفترض للجريمة⁽¹⁾، هو النشاط الذي يفترض قيامه، وقت مباشرة الفاعل نشاطه، وهو من الأركان الخاصة للجريمة، ويسبق السلوك المكون لها أو يعاصرها، وتتخلف الجريمة بتخلف هذا الركن.

و الشروط المفترضة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، تتمثل في صفة الجاني، وضرورة وجود تعامل بصفقة عمومية، والاستفادة من نفوذ الأعوان العموميين، ويعد هذا الشرط الأخير مميزا للجريمة حتى صارت تعرف هذه الجريمة به و صار عنوانا لها، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كالتالي:

- **المطلب الأول: صفة الجاني**
- **المطلب الثاني: ركن استغلال نفوذ الأعوان العموميين**
- **المطلب الثالث: ضرورة وجود تعامل بصفقة عمومية**

(1) يقصد بالشرط المفترض في الجريمة: أمر يشترط القانون توافره لكي تقوم الجريمة، ومع ذلك فإنه ليس من أركان الجريمة، فهو ضروري مثل الأركان ولكنه ليس من الأركان، فهو سابق على وجود الجريمة، مثل شرط أن يكون الجاني في جريمة الرشوة موظفا عاما. محمد علي عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 123.

المطلب الأول صفة الجاني

ككل عقد، تنتج الصفقات العمومية عن التقاء إرادتين، إرادة الإدارة العامة متصرفة كسلطة صاحبة المشروع، وتدعى اصطلاحاً "المصلحة المتعاقدة" من جهة، ومتعامل اقتصادي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص (مقاول، مورد، مقدم خدمة أم مكتب دراسات) هذا من جهة ثانية، من أجل تلبية الحاجات المعبر عنها من طرف الأشخاص المعنوية العامة المشار إليها في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المعدل والمتمم⁽¹⁾.

إن كانت جرائم الفساد هي جرائم الموظف العمومي بالدرجة الأولى فإن المشرع قد أدرج بعض الجرائم المرتكبة من قبل أشخاص لا تتوفر فيهم هذه الصفة كما هو الشأن في الجريمة التي نحن بصدد دراستها والمعاقب عليها بالمادة 26 - 2 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، فالفاعل بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في هذه الفقرة قد يكون تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاولاً من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، وعليه سوف نبين في هذا المطلب صفة الجاني كما يلي:

(1) تجدر الإشارة إلى مسألتين هامتين، الأولى: هي أنّ ترتيب الأشخاص المعنوية العامة المشكلة للمعيار العضوي، والوارد في نصّ المادة 2 أعلاه، له دلالتة القانونية ترتيب من الأعلى إلى الأسفل من حيث درجة الأهمية في سلم السلطة والوصاية. والثانية: هي أنّ الأشخاص المعنوية العامة المشكلة للمعيار العضوي، لا تشكل مجموعة متجانسة، إلا من حيث خضوعها لقواعد القانون العام. الترتيب الوارد في نصّ المادة 2 من المرسوم الرئاسي ، حيث بدأ بالإدارات العمومية التي تمثل الدولة على مستوى المركز، ثم الهيئات الوطنية المستقلة قبل الولاية والبلدية إلى أن وصل في الأخير إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية بنوعيتها، وكذلك المادة 49 من القانون المدني، حيث ذكرت الدولة على رأس قائمة الأشخاص الاعتبارية وكذلك المادة 800 من ق.إ.م. رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 - 02 - 2008، (ج.ر. 37 بتاريخ 23 إبريل 2008).

- الفرع الأول: الشخص الطبيعي.
- الفرع الثاني: الشخص المعنوي.
- الفرع الثالث: مسؤولية الشخص المعنوي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

الفرع الأول

الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان العادي المتمتع بالشخصية القانونية، ذكر كان أم أنثى، راشد، يتمتع بكامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية⁽¹⁾، ويحوز على صفة التاجر بتسجيله في المركز الوطني للسجل التجاري⁽²⁾. أمّا من حيث المسؤولية المدنية والجزائية فيتحملها الشخص الطبيعي ذاته صاحب النشاط التجاري.

نظرا للأهمية القانونية التي تترتب على تحديد ماهية الأشخاص المتعاقدة والمشكلة لطرفي الصفقة، وكذلك للغموض الذي يكتنف البعض منها انطلاقا من صعوبة تحديد صفة الجاني المشتربة لقيام جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين كما جاء في النص: " كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية،... " يستفاد من هذا النص عدة ملاحظات أهمها:

- وسع المشرع كثيرا من نطاق تطبيق النص المجرم، حتى لا يفلت أي شخص يكون قد أبرم عقدا أو صفقة مع الدولة أو الجماعات محلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري.

(1) تنص المادة 40 من القانون المدني: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة."

(2) القانون رقم 04 - 08 المؤرخ في 14 - 08 - 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم.

• إن المشرع في قانون الفساد اعتبر كل من أبرم عقداً أو صفقة مع الأشخاص العمومية المذكورين أعلاه، حتى ولو كان شخصاً طبيعياً، ولا يحمل أية صفة قانونية، فهو تاجراً من حيث الموضوع بغض النظر عن الشكل الذي يقتضيه القانون التجاري وهذا ما يستشف من عبارة "ولو بصفة عرضية" المذكورة في الفقرة 2 من المادة 26 المذكورة، تماماً مثل ما فعل مع فكرة الموظف العمومي حيث لم يتقيد المشرع بالتعريف التقليدي المتعارف عليه في المجال الإداري للموظف بل وسع من مفهومه حتى لا يقبل أي دفع بانعدام الصفة، سواء في جريمة المحاباة التي تشترط صفة الموظف العمومي، أو جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين التي تشترط صفة التاجر بالشكل، تماشياً مع مبدأ رفض التعريف غير الجنائية⁽¹⁾.

• تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع اشترط أن يكون الجاني من القطاع الخاص، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً⁽²⁾.

ويشترط في أعوان الهيئات المذكورة أعلاه، أن يكون صاحب سلطة وتأثير في قراراتها، وعليه فالأمر يتعلق إما بوزير أو رئيس مدير عام PDG أو مدير عام أو مدير أو رئيس بلدية أو والي أو رئيس مصلحة مكلف بإعداد مشاريع العقود أو الإشراف على تنفيذها أو رئيس إحدى لجان فتح العروض وتقييمها وحتى

(1) بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، بدون طبعة، الجزائر 2006، ص: 26.

(2) جاء في نص المادة 51 مكرّر من قانون العقوبات ما يلي: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إنّ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مسألة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

أعضاء لهم تأثير⁽¹⁾ على مجريات العملية خاصة في حالة وجود نفس الأشخاص في عضوية هذه اللجان لمدة طويلة، حيث تقوم السلطة الإدارية بمجرد تجديد مقررات عضويتهم مع الاحتفاظ بنفس الأسماء أو القيام بعملية استبدال للأدوار بحيث الذي يكون عضوا في لجنة فتح الأطراف، ينتقل إلى عضوية تقييم العروض وهكذا دواليك، فيصبح لديهم تفاهم وتواطؤ على اقتسام العقود والصفقات بشكل منتظم بحسب مبدأ، "مرة هذا، ومرة ذاك".⁽²⁾

قد يستفيد الجاني من سلطة أو من تأثير بغرض الزيادة في الأسعار أو المواد من أطراف أخرى غير الوارد أسماؤهم في المادة مع علم أنهم يمكن أن يباشر سلطة ونفذ أكثر من الأعوان العموميين وتقصّد بذلك الأحزاب السياسية وجماعات الضغط أو جماعات المصالح⁽³⁾ أو من طرف المنظمات الإجرامية أو ما يعرف بالمانفيا.

-
- (1) مثال ذلك المستشار الفني: يكون على الخصوص مهندسا معماريا أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات معتمد طبقا للتشريع الجزائري، ولقد حددت المادة الخامسة من القرار الوزاري المشترك رقم 17 مؤرخ في 15 ماي 1988 الذي يتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج.ر. 43 بتاريخ 26 - 10 - 1988)، مهام الاستشارة الفنية في مجال البناء، المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك رقم 02 المؤرخ في 4 جويلية 2001، (ج.ر. 45 لسنة 2001) كما أضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يندرج ضمن القيام بهذه المهام أيضا الخدمات الضرورية الأخرى لحسن تنفيذ المشروع والمحدد في عقد الاستشارة الفنية، أنظر آسيا امر الشريف، صفة الاستشارة الفنية في البناء - دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي -، المداخلة الخامسة والثلاثون للملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة ديجي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.
- (2) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص:15.
- (3) هي جماعات منظمة أو شبه منظمة، ومن شاكلة هذه الجماعات النقابات العمالية ومنظمات الشباب، والهيئات الدينية، والجماعات المذهبية، أما الجماعات شبه المنظمة فهي حال رجال الدين وجماعات الطلبة. حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص:213.

أما " المتعامل المتعاقد " عرفته المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236

بأنه: " شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤسسات مشتركين ومتضامنين. و يكون المتعامل وطنيا طبقا للمادتين إذا كان جزائريا أو مؤسسة أجنبية مقرها في الجزائر⁽¹⁾.

(1) نجاة طباع، الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين " الامتيازات والعراقيل " ، المداخلة السابعة والعشرون جامعة د. يحي فارس بالمدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

الفرع الثاني

الشخص المعنوي

الشخص المعنوي أو الاعتباري، هو تجمع أشخاص أو أموال أو هما معا يعطيه القانون الشخصية القانونية، ولقد حددت المادة 49 من القانون المدني الأشخاص المعنوية (الاعتبارية) في: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، وكل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية ولقد نصت المادة 50 من القانون المدني على أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

الأشخاص المعنوية ليست كلها من طبيعة متجانسة، فهناك الأشخاص المعنوية العامة، وهناك الأشخاص المعنوية الخاصة.⁽¹⁾

أ - الأشخاص المعنوية العامة :

الشخص العام، هو الذي يخضع في نشأته وتنظيمه وتسييره إلى قواعد القانون العام مثل الدولة الولاية، والبلدية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وحتى المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

(1) حيث يتولى القانون المدني بوضع القواعد العامة في تنظيم الأشخاص المعنوية، في حين تتولى فروع القانون الأخرى تنظيم الأشخاص المعنوية التي تنتمي إليها، سواء كانت من فروع القانون العام كإداري، أو فروع القانون الخاص كالتجاري، حيث ينظم هذا الأخير الأشخاص المعنوية الخاصة التي تتخذ صورة شركات تجارية وعلى سبيل المثال تنص المادة 548 من القانون التجاري: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري".

ب - الأشخاص المعنوية الخاصة :

الشخص المعنوي الخاص هو الذي يخضع في نشأته وتنظيمه وتسييره لقواعد القانون الخاص، مثل الشركات المدنية والتجارية.

ج - الأشخاص المعنوية التي تحمل صفة التاجر :

من أجل المشاركة في المناقصات وبالتالي احتمال الحصول على صفة المتعامل المتعاقد مع الإدارة، يفرض القانون على أي شخص معنوي سواء كان عام أم خاص أن يكون حائزا على صفة التاجر كما هو معرف في التشريع والتنظيم الوضعي، فالأشخاص المعنوية التي يسمح لها القانون بالحيازة على صفة التاجر قد تكون عامة وقد تكون خاصة، وهي: المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

د - المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري :

المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، تشمل نوعين من المؤسسات.

د.1 - مؤسسات لأشخاص معنوية عامة تجارية منشأة بموجب التشريع والتنظيم الجزائري، ومؤسسات معنوية خاصة تجارية أسسها جزائريون، ومؤسسات لأشخاص طبيعية، وكل ذلك في إطار التشريع والتنظيم الجزائريين أي باعتبار الجنسية⁽¹⁾.

(1) ويقصد بها الحالة السياسية إذ لا يمكن أن تكون للشخص المعنوي حالة عائلية وتتمثل هذه الحالة السياسية في الجنسية، وهي انتساب شخص لدولة معينة وتكتسي الجنسية أهمية بالغة في ضبط القانون الذي يحكم هذه الأشخاص لاسيما في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة وجود المنازعات وتختلف الدول في تحديد جنسية الشخص المعنوي فهناك من تحدد جنسيته تبعا للدولة التي يمارس فيها نشاطه على إقليمها، وهناك من تحده على أساس مركز إدارتها الرئيسي وهذا هو الاتجاه السائد لدى غالبية الدول، ولم يرد في القانون المدني الجزائري نص عام يحكم جنسية الشخص المعنوي ولقد اعتبر، د.علي علي سليمان أن ما ورد في المادة 50 - 2 يمكن أن يستخلص منه أن الشركة التي تمارس نشاطها في الجزائر تكون لها الجنسية الجزائرية ومن ثم يطبق عليها القانون الجزائري. بشوش عائشة، المرجع السابق، ص: 22.

د.2 - مؤسسات لأشخاص طبيعيين أجنب، ومؤسسات لأشخاص معنوية خاصة أسسها أجنب و/أو جزائريين مقيمون وكل ذلك في ظل التشريع الجزائري، ويقع مقرها الاجتماعي في الجزائر أي باعتبار الإقليم الجزائري.

إذن فالمؤسسة تكون خاضعة للقانون الجزائري باعتبار الجنسية الجزائرية للمؤسسين والإطار القانوني والإقليم الجزائريين، أو خاضعة فقط للإطار القانوني والإقليم الجزائريين، تتمتع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون بمزايا تفضيلية في جميع أنواع الصفقات العمومية، حيث يمنح لها هامش أفضلية يقدر بنسبة خمسة وعشرين في المائة 25 % على غرار المنتجات ذات المنشأ الجزائري في صفقات اقتناء اللوازم⁽¹⁾.

هـ - المؤسسات الأجنبية⁽²⁾ :

هي كل مؤسسة بغض النظر إن كانت لشخص طبيعي أو معنوي لجنسية واحدة أو متعددة الجنسيات، منشأة خارج الجزائر وفقا لتشريعات غير جزائرية، حتى ولو كانت مؤسسة من أشخاص يتمتعون بالجنسية الجزائرية.

خ - التجمعات⁽³⁾ :

يمثل التجمع اتحاد أو تحالف ظرفي يجمع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري فيما بينها أو بينها وبين أخرى أجنبية، أو أجنبية فيما بينها، بغرض الدخول في مناقصة، وإذا ظفر هذا التجمع بالصفة يلتزم بتنفيذها.

(1) المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236.

(2) المادة 22 من نفس المرسوم الرئاسي.

(3) المادة 23 فقرة 2 من نفس المرسوم الرئاسي.

الفرع الثالث

مسؤولية الشخص المعنوي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمرا واقعا ومسلما به في مختلف القوانين الوضعية والتي تتجسد في مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو مجموعة من الأموال التي تسمح بقيام ذمة مالية مستقلة تخصص لتحقيق غرض معين يتمتع من أجلها الكيان المعنوي بالشخصية القانونية التي تجعله أهلا لتحمل الالتزامات وأداء الواجبات واكتساب الحقوق فإن الأمر على خلاف ذلك حول إمكانية تحميلها المسؤولية الجنائية باعتبارها شخصا مستقلا عن شخصية الأفراد المكونين لها عما يقع من ممثليها باسمها ولحسابها من تصرفات غير مشروعة يعاقب عليها القانون.

ومن الأمور المسلم بها في فقه القانون الجنائي، أن المسؤولية الجزائية لا ترتبط إلا بمن يملك الإدراك والتمييز، وحرية الإرادة التي تدفعه نحو الفعل الجرمي، ألا وهو الشخص الطبيعي، الذي وحده توجه إليه أحكام قانون العقوبات، لأن بمقدوره وحده فهم وإدراك مضمونها، وتكييف سلوكه وفقا لها⁽¹⁾، فإسناد المسؤولية الجزائية، يتطلب قدرة الشخص على التمييز والاختيار، كما يتطلب قدرته على تقدير أموره، وفقا للبواعث التي يحسها، والغاية التي يهدف إليها، وإذا انعدمت الإرادة والاختيار انتفى الإسناد وامتنع توقيع العقوبة⁽²⁾.

(1) بشوش عائشة، المسؤولية المرجع السابق، ص: 27.

(2) رامي يوسف محمد ناصر، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين 2010، ص: 8.

إلا أن هذه القاعدة يمكن إثباتها في العصر الحديث لكائنات أخرى غير الإنسان، بمجرد صلاحيتها لأن تكون ذات حق واحد، مهما كان هذا الحق بسيطاً، فهي تثبت لمجموعات من بني الإنسان اجتمعوا سويًا لتحقيق غاية مشتركة، أو لمجموعات من الأموال رصدت لتحقيق غرض معين، فأصبحت الأشخاص المعنوية في العصر الحديث، تمثل عصب الحياة الاقتصادية، على الصعيد الوطني والعالمي، لما تؤديه من خدمات ضرورية، تجعل النمو الاقتصادي يتصاعد مستمر، وبما أن القانون يحمي الأشخاص المعنوية المشروعة، التي تقوم بها، فله كل الحق في مؤاخذتها لمخالفتها القانون⁽¹⁾.

لم يكن القانون الجزائري ينص على المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي إلى غاية تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 04 - 15 المؤرخ في 10 - 11 - 2004⁽²⁾ بحيث تم تكريس هذه المسؤولية من خلال إدراج باب جديد في قانون العقوبات وهو الباب الأول مكرر الذي يتضمن العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية، كما أضيفت مادة جديدة في الفصل الخاص بالمسؤولية الجنائية وهي المادة 51 مكرر التي تكرر صراحة مسؤولية الشخص المعنوي، وبهذا التعديل سجل القانون الجزائري تحولاً عن الاتجاه التقليدي الراض للرفض للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وذلك نظراً لتغير النظام الاقتصادي بالانتقال من النظام الاشتراكي إلى نظام الاقتصاد الحر مع ما يصاحب ذلك من تحولات في المجال الاقتصادي لا سيما تحرير المعاملات الاقتصادية وفتح السوق للمنافسة الحرة الوطنية وحتى الأجنبية التي غالباً ما تمارس من قبل شركات تجارية وليس أشخاصاً طبيعيين كما هو الشأن بالنسبة للأشخاص المترشحة للصفقات العمومية، وبالتالي كان من الضروري أن يتدخل المشرع لضمان عدم إفلات الشخص المعنوي من العقوبة الجنائية من خلال هذا التعديل. ومن ضمن شروط معاقبة الشخص المعنوي أن ينص القانون على

(1) نفس المرجع، ص: 9.

(2) قانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 - 11 - 2004، المتضمن المعدل والتمم للأمر رقم 66 - 156 المتعلق بقانون العقوبات، (ج.ر 71 بتاريخ 10 - 11 - 2004).

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بالنسبة للجريمة المرتكبة بصفة خاصة وهذا ما فعله المشرع في القانون 06 - 01 في المادة 53 بحيث جاء فيها أنه: " يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات." وقد حددت المادة 18 مكرر 1 العقوبة الأصلية التي تطبق على الشخص الاعتباري بالغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة هذا وقد وضحت المادة 18 مكرر 2 كيفية احتساب الغرامة عندما لا ينص القانون عليها بالنسبة للأشخاص الطبيعية في الجنايات والجنح أي كيفية استبدال العقوبة السالبة للحرية بالغرامة.

أما نظام المسؤولية في مثل هذه الأشخاص، ينقسم إلى مسؤولية مدنية وأخرى جزائية، فالمسؤولية المدنية يتحملها الشخص المعنوي في حدود ذمته المالية ورأس ماله الاجتماعي. أما المسؤولية الجزائية، فيقع عبؤها على كل من الشخص المعنوي والشخص الطبيعي، هذا الأخير الذي يقوم بدور النائب للشخص المعنوي، أو بمعنى آخر يقوم بمهمة الإدارة، وفق قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، وكذلك القوانين الخاصة على غرار القانون التجاري، الضرائب، المرور، المنافسة، ممارسة الأنشطة التجارية تنقل رؤوس الأموال من وإلى الخارج، وحسب القانون المنظم للنشاط التجاري الذي يزاوله الشخص المعنوي.

المطلب الثاني

ركن استغلال نفوذ الأعوان العموميين

تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية على استفادة الجاني من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، والمعبر عنه باستغلال نفوذ الأعوان العموميين، فهو أساس التجريم ومحوره. لذا وجب التحقق من توافره لذا لا يمكن تصور جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات بدون توفر هذا الأخير.

وسنحاول من خلال هذا المطلب أن نحدد مفهوم النفوذ ومصادره وتمييزه عن غيره من المصطلحات، وهذا حسب التقسيم التالي:

- **الفرع الأول:** مفهوم النفوذ وأنواعه.
- **الفرع الثاني:** مصادر النفوذ (السلطة أو التأثير).
- **الفرع الثالث:** مصطلحات لها صلة بالنفوذ (السلطة أو التأثير).

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

الفرع الأول

مفهوم النفوذ وأنواعه

لم يحدد المشرع المقصود بلفظ الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، والمعبر عنه باستغلال نفوذ الأعوان العموميين، مما يزيد تعقيد هذه الجريمة، وعلى هذا الأساس سوف نعتمد على التعريفات الواردة بشأن النفوذ، وكذلك أنواعه.

أ - تعريف النفوذ:

النفوذ في اللغة: هو من نفذ أي اخترق وتخلل، ويقصد به الأمر النافذ أو المطاع، وورد النفوذ كذلك بمعنى السلطان والقوة⁽¹⁾.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: " أن يكون للشخص من مركزه الاجتماعي أو الوظيفي أو من صلاته، وزن يجعل لتدخله ثقلا للضغط على العاملين في أجهزة الدولة أو على بعضهم لتنفيذ مشيئته، أو ما يكون للشخص من سلطة وتأثير وقوة وإمكانية ووجاهة وتقدير مجتمعة أو منفردة."⁽²⁾

فالنفوذ إذا، هو مجموعة إمكانية وقوة تأثير شخص ما، لدى السلطة صاحبة القرار، من أجل توجيهه واستصداره حسب مشيئته ومبتغاه، والنفوذ يزداد ويتقلص حسب حجم هذه الإمكانية والقوة، فقد يكون نفوذا قويا وكبيرا وقد يكون نفوذا محدودا.⁽³⁾

(1) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ص: 4496.

(2) شياح بوزيد، المرجع السابق، ص: 53.

(3) حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية 1978، ص: 70.

إن النفوذ بالإضافة إلى كونه إمكانية وتقدير، فهو سلطة وتأثير وقوة ووجاهة ومحصلة هذه الأمور أو بعضها تكوّن النفوذ، والذي يتميز بأنه عند الاستخدام يظهر فيه شيء من عامل القهر يحمل الجهة المستخدم لديها على الاستجابة.⁽¹⁾

ب - أنواع النفوذ:

لما كان للنفوذ تأثير، ومكانة ووجاهة لدى الناس بشكل عام، وطلبات صاحبه مستجابة غالباً، لذا غالبية الناس يتمنون أن يتمتعون بنوع من النفوذ، لكن الأمر ليس بالأمر السهل، ولا ينالهما إلا فئة من الناس، لذلك قد يزعم البعض بأن لهم نفوذاً ما، فيتظاهرون أمام الغير، طمعا في التأثير الناتج عنه، لكي يتاجر به، لكن الأمر ليس كذلك في واقع الأمر.⁽²⁾

لذلك فإن أغلبية التشريعات الجنائية، لا تشترط لقيام جريمة النفوذ أن يكون النفوذ حقيقياً، إذ يمكن أن تقوم هذه الجريمة حتى ولو كان النفوذ مزعوماً. أما بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية تتحقق الجريمة سواء استغل الجاني نفوذ العون الحقيقي أو المزعوم.

ب.1 - النفوذ الحقيقي:

هو النفوذ المستمد إما من الوظيفة العامة، أو من الصفة الخاصة، أي كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، أو غير ذلك من الصفات⁽³⁾، أما بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية يشترط المشرع الأعوان الذين لهم سلطة وتأثير على جميع مراحل الصفة العمومية.

(1) شباح بوزيد، المرجع السابق، ص: 53 - 54.

(2) محمد على عزيز الريكاني، المرجع السابق، ص: 125.

(3) نفس المرجع، ص: 126.

ب.2 - النفوذ المزعوم:

يتحقق هذا النوع من النفوذ، بمطلق القول به، ولا يشترط اقترانه بعناصر أو وسائل احتيالية فعندما ينسب شخص نفوذا ما إلى نفسه، كأن يدعى أو يتظاهر بأن له مكانة رياضية أو اجتماعية أو غير ذلك وباستطاعته أن يقضي حاجة الغير لدى السلطة العامة، أي يوهم الناس بوجود نفوذه وفي الواقع ليس الأمر كذلك⁽¹⁾.

ومثال لذلك: أن يدعى أي شخص أو موظف بأن له سلطة وتأثير على جميع مراحل الصفقة أو على مرحلة من مراحلها، ويقوم الجاني أي مستغل نفوذ هذا الشخص أو الموظف الذي يدعى بأن له نفوذ مزعوم (مفترض)، فتقوم الجريمة في حق الجاني مكتملة العناصر، كما لا يمكنه أن يتدرب بأنه استغل نفوذ مزعوم غير حقيقي.

(1) نفس المرجع، ص: 127.

الفرع الثاني

صاحب النفوذ(السلطة أو التأثير)

لن يتحقق الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية ما لم يستفد الجاني (المتعامل المتعاقد) من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات(المصلحة المتعاقدة) والذين شملتهم المادة 26 فقرة 2 بالذكر، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق في هذا الفرع لأعوان الهيئات الذين لهم سلطة أو تأثير على مراحل الصفقة العمومية والذين من شأنهم أن يستغل الجاني(المتعامل المتعاقد) نفوذهم من أجل الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين

أولاً - قبل استحداث المادة 26 فقرة 2:

كان المشرع في كل من المادة 423 والمادة 128 من قانون العقوبات عبر مراحل تعديلها كما سبق معنا في الفصل التمهيدي يحيل استغلال نفوذ أعوان الهيئات إلى المادة 119 والتي بدورها شملها العديد من التعديلات⁽¹⁾ إلى غاية صدور القانون 06 - 01 أين تم إلغاء المادة 119 بموجب المادة 71 منه.

أما من حيث الأعوان الذين شملتهم المادة 119 بالذكر هم: القاضي، الموظف، الضابط العمومي، كل شخص تحت أي تسمية وفي نطاق أي إجراء يتولى

(1) حررت في ظل الأمر 66 - 156 المتعلق بقانون العقوبات، ثم عدلت الفقرة الثانية بالأمر رقم 69 - 74 المؤرخ في 16 - 09 - 1969، (ج.ر.80)، ثم عدلت بموجب الأمر 75 - 47 المؤرخ 17 - 06 - 1975، (ج.ر.53)، ثم عدلت بموجب القانون رقم 88 - 26 المؤرخ 12 - 06 - 1988، (ج.ر.28)، ثم عدلت بموجب القانون رقم 01 - 09، المؤرخ في 26 - 06 - 2001، (ج.ر.34)، وفي الأخير ألغيت بموجب القانون 06 - 01 المؤرخ في 20 - 02 - 2006، (ج.ر.14).

ولو مؤقتاً وظيفية أو وكالة بأجر، أو بدون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام.

ثانياً - بعد استحداث المادة 26 فقرة 2:

بعد إلغاء المادة 119 بموجب المادة 71 من القانون رقم 06 - 01، المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، تم النص على أعوان الهيئات ضمن المادة 26 فقرة 2 كالتالي: والملاحظ أن المشرع لم يحدد صفة خاصة بأعوان الهيئات المذكورة بل نص بعبارة: أعوان الدولة، أو الجماعات المحلية، أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، فلم يقتصر على مسؤول المصلحة المتعاقدة فقط بل كل من له سلطة أو تأثير على جميع مراحل الصفقة أو مرحلة من مراحلها، أما بالرجوع إلى المادة 8 (معدلة) من المرسوم الرئاسي 10 - 236⁽¹⁾ جاءت معلنة أن الصفقات العمومية لا تكون صحيحة إلا إذا وافقت⁽²⁾ عليها السلطة المختصة، وبهذا التوقيع من قبل السلطة المخولة تدخل الصفقة مرحلة جديدة، هي مرحلة التنفيذ فالاعتماد أي الموافقة من قبل السلطة المختصة، يجعل العقد نهائياً⁽³⁾.

وأجازت المادة 8 في الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي للسلطة المخولة بالتعاقد بتفويض جزء من صلاحياتها. غير أنها حصرت مجال التفويض في مجال التحضير والتنفيذ. بما يعني أن النص من خلال ألفاظه ومصطلحاته وصياغته

- (1) عدلت بالمرسوم الرئاسي رقم 13 - 03 المؤرخ في 13 - 01 - 2013 (ج.ر. 02 بتاريخ 13 - 01 - 2013)، المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم، كما استثنى المشرع بموجب المادة 2 طبقاً للمرسوم الرئاسي 13 - 03 المذكور أعلاه المؤسسة العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم.
- (2) تجدر الإشارة إلى أن الأمر رقم 67 - 90 يتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى، تنص المادة 4 منه: "لا تكون الصفقات صحيحة ونهائية إلا بعد مصادقة السلطات المختصة الآتية عليها:...."
- (3) عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 183.

ودلالته اللفظية لم يخول صراحة الوزير أو الوالي أو المدير أو رئيس المجلس الشعبي البلدي تفويض الموافقة على الصفقات أو توقيعها وأن التفويض محدد في مجال التحضير والتنفيذ (أي المتابعة قبل أو بعد تنفيذ الصفقة)⁽¹⁾.

(1) نفس المرجع، ص: 184.

الفرع الثالث

مصطلحات لها صلة بالنفوذ (السلطة أو التأثير)

يهدف الوصول إلى مفهوم دقيق لمصطلح النفوذ والمقصود به (السلطة أو التأثير) نتطرق في هذا الفرع إلى تمييز بين مصطلح النفوذ مع بعض المصطلحات التي لها صلة به.

1 - الضبط والنفوذ:

الضبط هو ممارسة السلطة، ويطلق على وجه واحد من الدور الاجتماعي، أي أنه وجه من وجوه السلوك التي نتوقعها من أناس معينين في أماكن معينة⁽¹⁾.

2 - السلطة والمسؤولية:

تختلف السلطة عن المسؤولية من حيث أن المسؤولية هي التعهد والالتزام، أي التعهد بالقيام بواجبات ومهام وأعمال محددة. ويلاحظ أن عدم أداء الأعمال أو المهام يؤدي بالضرورة إلى عدم تحقيق الأهداف التي خطط العمل في ضوءها ونظم. ومن ثم ارتبطت المسؤولية بتحقيق الأهداف.

3 - السلطة الرسمية والسلطة الشخصية:

فهذه الأخيرة هي التي يتمتع بها الشخص نتيجة لذكائه ومعلوماته ومهاراته وقدراته، أما السلطة الرسمية فهي مرتبطة بمركز رئاسي معين تصبح حقا لكل من يشغل هذا المركز من الأفراد⁽²⁾.

(1) حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص: 74.

(2) نفس المرجع، ص: 77-78.

4 - السلطة والإقناع:

تتفق السلطة مع الإقناع من ناحية وجود عنصر الموافقة أو الرغبة في الطاعة، أما الاختلاف بينهما فيمكن باستخدام الشخص كفاءاته في الاختيار بين الحجج والبراهين والتفكير لكي يصل إلى الهدف المراد له، أما صاحب السلطة فلا يستخدم كفاءاته في الاختيار بين البدائل، بل يستخدم المعيار الرسمي الذي يحمله كأساس للاختيار⁽¹⁾.

5 - السلطة والقوة:

بالرغم من وجود ارتباط عضوي بين لفظة " القوة " ولفظة " السلطة "⁽²⁾، فمن حيث أن اللفظتين تشيران إلى التأثير في سلوك الآخرين، إلا أن السلطة تشير إلى القوة المشروعة على الإشراف والتوجيه والرقابة في المجتمع، أما القوة بمعناها العام هي: " القدرة على فرض الإرادة وحمل الناس على تحقيق رغبة ما، أو تنفيذ سياسة معينة " والبعض يعرف القوة بمعنى: " قدرة الفرد أو الجماعة على مباشرة السلطة والنفوذ إزاء الآخرين، أي الضغط عليهم ومراقبتهم والتحكم فيهم، وضبط سلوكهم، والتأثير في أفعالهم، وتوجيه جهودهم إلى آفاق معينة، بغية تحديد غايات محددة، سواء كان ذلك عن رضا وقناعة، أو جبرا وقسرا. "⁽³⁾

وعليه ترتبط القوة بشخصية الأفراد، أما السلطة ترتبط دائما بالموقع والأدوار الاجتماعية، وعلى ذلك فالقوة علاقة اجتماعية واقعية (أي بحكم الأمر الواقع) والسلطة علاقة شرعية ترتبط دائما بالمنصب، وتستند السلطة وترتبط بالقانون أما النفوذ فيعود إلى الشخص نفسه ومدى قدرته على فرض إرادته دون الاستناد إلى المنصب، وقد يجمع الشخص بين السلطة التي تقوم على المنصب وعلى النفوذ المستمد من شخصيته⁽⁴⁾.

(1) نفس المرجع، ص: 110.

(2) تستخدم كلمة POWER الإنجليزية بمعنى القوة تارة، والسلطة تارة أخرى.

(3) حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص: 220 - 221.

(4) نفس المرجع، ص: 223.

والنفوذ هو العمل على تحقيق أهداف يستخدم فيها وسائل مختلفة بينها الإكراه أو الإرغام، ومنها التراضي أو الإغراء وقد يكون بالاثنتين معا، أي الترهيب والترغيب، وذلك دون استناد إلى حق مخول لذلك من قواعد أو قوانين وغالبا ما يشير النفوذ إلى قوة غير نظامية تؤثر في صانعي القرارات السياسية وتوجيه الرأي العام من أجل تحقيق أهداف معينة، وهو يمارس عادة من جانب العناصر القيادية التي لا تشغل أي مناصب رسمية في المجتمع.

المطلب الثالث

ضرورة وجود تعامل بصفة عمومية

لن تكتمل عناصر جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، ما لم يكن محل الجريمة أي النشاط الإجرامي ينصب على تعامل في عقد أو صفقة أو أعمال ملحقة بها، مبرمة مع الهيئات المذكورة في المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، ذلك أنه بدون وجود هذا الشرط لا يمكن اعتبار هذا الفعل ضمن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، وعليه فاشتراط وجود تعامل بصفة عمومية يفيد في تمييز جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية عن باقي جرائم الفساد الأخرى.⁽¹⁾

وعليه نبين هذه العناصر كما يلي:

- **الفرع الأول:** وجود صفقة عمومية.
- **الفرع الثاني:** وجود عقد.
- **الفرع الثالث:** الأعمال الملحقة بالصفقة العمومية.

(1) علة كريمة، المرجع السابق، ص:220.

الفرع الأول

وجود صفقة عمومية

نتناول في هذا الفرع تعريف الصفقة العمومية، ثم المدلول القانوني، وفي الأخير معايير تحديد الصفقة العمومية.

أولا - تعريف الصفقة :

للوصول إلى مفهوم دقيق للصفقات العمومية، لابد من التطرق إلى معرفة معاني ألفاظ الصفقة العمومية، ذكرت كلمة "الصفقات" بدون اقترانها بلفظ "العمومية" في موضع واحد على الأقل من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، لاسيما المادة 2 منه حيث جاء فيها: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفاذ..."، وهي تعني عقود معينة تبرمها الأشخاص المعنوية العامة التي أتى ذكرها في هذا النص وفق شروط خاضعة لأحكام هذا المرسوم.

كما ذكرت كلمة "الصفقة" في موضع آخر، وهو تعريف الخصوصية، حيث نص المشرع على أنها: " يقصد بالخصوصية كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص..."⁽¹⁾، وهي تعني عقد يتم بموجبه التنازل عن ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى الخواص.

أما كلمة "العمومية": كل ما يتصل بالدولة من مصالح، أموال، أشغال،... إلخ.

(1) المادة 13 من الأمر رقم 01 - 04 المؤرخ في 20 - 08 - 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها. (ج.ر. 47 بتاريخ 22 - 08 - 2001).

أما الكلمة المركبة "الصفقة العمومية" فهي تعني نوعا من أنواع العقود الإدارية الذي يعتبر أهم أطرافه جهة عمومية تستعمل أموالا عامة لغرض مصلحة عامة.

ثانيا - المدلول القانوني للصفقات العمومية :

لقد فشل كل من الفقه والقضاء في تعريف الصفقات العمومية تعريفا دقيقا، نظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا النوع من العقود الإدارية، وكذلك تعقيد المنظومة القانونية التي تخضع لها عملية إعداد، إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وعدم استقرارها، بحيث لا يكاد يمر وقت حتى يبادر المشرع بتعديل وتتميم النصوص المتعلقة بتنظيم هذا العقد، فتتغير بذلك معالم وحدود تطبيق نظام الصفقات العمومية، فيتوسع المعيار العضوي ويضيق أحيانا، أو المعيار الموضوعي، أو المعيار المالي. هكذا يصعب تحديد تعريف دقيق للصفقات العمومية.

بناء على ما سبق، إن أحسن تعريف يمكن اعتماده هو تعريف المشرع عندما يقوم بتنظيم الصفقات العمومية وعلى هذا المنوال صار المشرع الجزائري في نص المادة الرابعة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، حيث جاء فيها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة".

وكذلك المشرع الفرنسي في نص المادة الأولى 01 من تقنين الصفقات العمومية :

"Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services"⁽¹⁾.

(1) Décret n° 2006 - 975 du 01 - 8 - 2006 portant code du marché publics,

أي أن الصفقات العمومية هي العقود المبرمة بين السلطات المتعاقدة المحددة في المادة 06 من جهة، ومتعاملين اقتصاديين عموميين أو خواص من جهة ثانية، من أجل تلبية حاجياتها من اللوازم، والأشغال، والخدمات، وذلك بمقابل نقدي.

ثالثا - معايير تحديد الصفقة العمومية :

لقد اعتمد المشرع الجزائري على عدة معايير لتحديد هذا النطاق، وردت بشكل موزع بين عدة نصوص وهي: المواد 2، 4، 6 من الرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، ويمكن حصر هذه المعايير كما يلي: المعيار العقد، المعيار الشكلي، المعيار المادي أو الغائي، المعيار العضوي، وفي الأخير المعيار المالي.

أ - المعيار العقدي :

يقصد بالمعيار العقدي وهو التقاء إرادتين وفقا للتشريع المعمول به⁽¹⁾، مستبعدا التصرف الانفرادي المتمثل في القرار الإداري، إن إشارة المشرع إلى الإطار التشريعي لهذا النوع من العقود، يدخل الصفقات العمومية، شأنها شأن أي عقد إداري، تحت ظل الأحكام المتعلقة بالعقود الواردة في الشريعة العامة بضرورة توافر أركانها المعروفة المتمثلة في الرضا المحل، والسبب، ولو اختلفت شروط إبرام هذا العقد، إنما ذلك عائد بالأساس إلى الإطار القانوني العام الذي يحكم الأشخاص المعنوية العامة التي تمثل "المصلحة المتعاقدة"، والتي تعتبر الطرف المبادر بالعقد، بغرض تسيير أو تنظيم مرافق عامة خدمة للصالح العام، متصرفة بذلك في أموال عامة، يقتضي صرفها إتباع لإجراءات قانونية محددة وصارمة.

complété et modifié les années de 2007, 2008, 2009, 2010 et la dernière modification été lieu le 05 - 5 - 2011, par le décret n° 2011 - 493.

(1) المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

ب - المعيار الشكلي؛

يتمثل في الكتابة، أي وجوب إفراغ عقود الصفقات العمومية في شكل مستندات مكتوبة تحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وفقا لشكليات محددة⁽¹⁾، بموجب النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية لا سيما المادة 7، 8، 10، 62 منه، ويجب أن تتضمن عقود الصفقات العمومية الإشارة إلى التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل وإلى هذا المرسوم، كما يجب أن تحتوي أيضا على بيانات مثل: التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة، هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفتهم، تحديد موضوع الصفقة تحديد دقيقا، المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري... إلخ.⁽²⁾

ج - المعيار المالي؛

يعتبر المعيار المالي العنصر الحاسم في تحديد مفهوم الصفقة العمومية، وعلى أساسه يمكن تمييز عقود الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى مثل عقد الامتياز، الذي من أهم معالمه أن المتعاقد مع الإدارة هو من ينفق على المشروع من ماله الخاص ويجمع مستحقاته على شكل رسوم من جراء استعمال المرفق العام من طرف المنتفعين، أما الإدارة فإنها هي من يقبض المال، بمناسبة منح عقد امتياز إنشاء وتسيير مرفق عام، بعد إجراء مزايدة لاختيار المتعامل الذي يقدم أعلى عرض مالي، مع مراعاة الجودة طبعا.

أما في الصفقات العمومية، فإن الأمر مختلف، إذ الإدارة هي من ينفق الأموال من أجل إنشاء أو تسيير مرفق عام.

(1) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2007، ص:54.

(2) المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236.

ج - 1 النفقات:

يقتضي هذا العنصر حصول عملية صرف للمال العام، على شكل نفقات تقوم بها الأشخاص المعنوية العامة المعبر عنها بالمصلحة المتعاقدة أو بتعبير فقهي آخر "الإدارة" بغرض إنشاء أو تنظيم أو تسيير مرفق عام، حيث جاء في نص المادة 6 من نفس المرسوم أنه: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات..."

ج - 2 العتبة المالية للصفقات العمومية:

حدد المشرع عتبة مالية إذا نزلت دونها قيمة العقد، لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة وفقاً لمفهوم هذا المرسوم، وعليه، فبموجب مبلغ النفقة، بجميع الرسوم، يتحدد ثلاث صيغ أو أشكال للتعاقد، وهي الصفقة العمومية، العقد، والطلبات أو سندات طلب.

د - المعيار الموضوعي أو المادي:

والمقصود به أن موضوع هذه العقود أو الغرض منها، لا يخرج عن المجالات المحددة في القانون وهي (في حالة التنظيم الساري المفعول) إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، المبينة فيما يلي:

د.1 - إنجاز الأشغال:

المقصود به، قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها، في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وفقاً للمادة 13 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، إذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال.

د.2 - صفقة اللوازم:

تهدف إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد وفقا للمادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي. إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم. يمكن أن تشمل الصفقة المتضمنة اقتناء اللوازم، مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان.

د.3 - صفقة الدراسات:

تهدف صفقة الدراسات طبقا للمادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي إلى القيام بدراسة نضج، واحتمالا تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها و/أو استغلالها. تشمل صفقة الدراسات، عند إبرام صفقة أشغال، مهمة المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع.

د.4 - صفقة تقديم الخدمات:

هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات. وفي هذا الصدد يمكن إدراج الخدمات المتعلقة بالإيواء والإطعام، وتقديم عروض فنية... الخ، وهذا طبقا لنص المادة 13 من نفس المرسوم الرئاسي.

هـ - المعيار العضوي:

ككل عقد، تنتج الصفقات العمومية عن التقاء إرادتين إرادة الإدارة العامة، متصرفة كسلطة صاحبة المشروع، وتدعى اصطلاحا "المصلحة المتعاقدة" من جهة، ومتعامل اقتصادي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص (مقاول، مورد، مقدم خدمة أو مكتب دراسات) هذا من جهة ثانية، من أجل تلبية الحاجات المعبر عنها من طرف الأشخاص المعنوية المشار إليها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الفرع الثاني

وجود عقد

أ - العقد⁽¹⁾ :

وردة عبارة إبرام عقد في كل من الفقرة الثانية والأولى من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ولم

يحدد المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، المقصود بكلمة "عقد" بخلاف المادة 2 من نفس القانون التي حددت مفهوم بعض المصطلحات الواردة في هذا القانون، مثال ذلك تحديد مفهوم الموظف العمومي المادة 2 - ب من نفس القانون، فهل يعني المشرع بالعقود التي تبرمها الإدارة بالمفهوم العام سواء كانت خاضعة للقانون العام أو الخاص؟ أو يقصد العقود التي ذكرتها المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10 - 236: "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم...".

بالرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06 - 01 نجد أن المشرع قد أدرج المادة 26 فقرة 2 ضمن الباب الرابع: التجريم والعقوبات وأساليب التحري تحت العنوان التالي: "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية". وعليه فكلية "العقود" الواردة في المادة 26 بفقرتها الأولى والثانية، هي العقود المذكورة في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم

(1) عندما تتدخل الإدارة بصفتها سلطة عامة صاحبة السيادة والسمو بهدف تنظيم وتسيير المرافق العامة، أو مساعدتها أو استغلالها، فتلجأ إلى قواعد القانون العام لإبرام العقود وهي ما يطلق عليها اصطلاحاً العقود الإدارية. عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري، د.م.ج، الجزائر، ط 5، 2008، ص: 188.

الصفقات العمومية، للإشارة أن المادة 6 من نفس المرسوم الرئاسي حددت طريقة إبرام العقود التي لم يبلغ معيارها المالي المحدد لإبرام الصفقات العمومية⁽¹⁾، وعليه يجب أن لا يكون المعيار المالي معيار محدد لرقابة القاضي الجزائي مهما كان المبلغ.

ب - الطلبية أو سندات طلب:

هي كل عملية تقل مجموع مبالغها بجميع الرسوم خلال نفس السنة المالية، عن 500.000 دج بالنسبة للأشغال واللوازم، و200.000 دج بالنسبة للدراسات والخدمات، وفي هذه الحالة لا تكون الطلبات محل استشارة وجوبا، ولا سيما في حالة الاستعجال، كما لا يكون الاتفاق بشأنها مفرغا في شكل عقد وجوبا، وإنما يكفي أن تمر العملية بشكل طلبيات *Bon de Commande* مرفقة بكشف كمي، إلا في حالة الدراسات.

(1) المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10 - 236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

الفرع الثالث

الأعمال الملحقة بالصفقة العمومية

يعتبر كل من الملحق وصفقات التسوية من بين أهم الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية والتي يمكن أن تشملها الجريمة محل الدراسة.

أولا - الملحق:

يعرف الملحق بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، تبرم في جميع الحالات بهدف زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. كما يمكن أن يتضمن عمليات جديدة، هذا كله على أن لا يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، إلا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.

فمن حيث الأسعار، تحتفظ الخدمات الأصلية التي أدخل عليها التعديل في الكمية بأسعارها التعاقدية، أما بالنسبة للعمليات الجديدة، فمن الطبيعي الاتفاق بشأنها حول أسعارها.

وأما فيما يتعلق بتوقيت إبرام الملحق وخضوعه للرقابة يمكن أن يبرم الملحق وعرضه للفحص على لجان الرقابة الخارجية للصفقات المختصة في حدود آجال التنفيذ التعاقدية فقط غير أنه، يمكن أن يتم ذلك حتى خارج تلك الآجال في حالات:

- عندما يكون الملحق، في مفهوم المادة 103 أعلاه، عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ، إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي،

- إذا كان الغرض من الملحق، بصفة استثنائية، إقفال الصفقة نهائياً.
 - تعرض الملاحق المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 أعلاه، مهما يكن من أمر، على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة.
- وأما عند رقابة الهيئات الخارجية القبلية إذا كان موضوع الملحق إدخال خدمات جديدة، تتجاوز مبالغها النسب المحددة أدناه، فإنه يخضع لرقابة الهيئات الخارجية القبلية.
- أما إذا كان إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغها أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز، زيادة أو نقصاناً، النسب الآتية:
- 20% من المبلغ الأصلي للصفقة، النسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.
 - 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية للصفقات.

ثانياً - صفقة التسوية :

تقوم المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى إبرام صفقة تسوية بصفة استثنائية خلال السنة الموالية، بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات من النوع الكثير الاستعمال وذي الطابع المتكرر، وهذا في حالة عدم تمكنها من إبرام صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقاً ومع نفس المتعامل، وعرضها على الرقابة الخارجية المسبقة خلال نفس السنة المالية.

تجدر الإشارة إلى أن الخدمات واللوازم المعنية بهذا الإجراء، تكون محل ضبط في شكل قائمة، وذلك بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني⁽¹⁾.

(1) المواد 5، 6، 7، 7 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236.

المبحث الثاني

الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

الركن المادي هو المظهر الذي تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجي، ويقصد به إثبات الفعل المجرم والمعاقب عليه، كما أن هذا الأخير يؤخذ بحسب ما هو وارد بنص التجريم الموجود بالضرورة، ذلك أنه بدون وجود هذا الركن لا يمكن اعتبار الفعل أو الترك جريمة تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾.

والركن المادي يقوم أساساً على وجود فعل أو سلوك، يتنوع ويختلف باختلاف الجرائم على تعددها وكثرتها، فقد يكون الفعل إيجابياً أو سلبياً، كما يمكن أن يكون لحظياً أو مستمراً، كما يمكن أن يكون مفاجئاً أو جاء نتيجة الاعتياد على القيام به كما قد يكون مشكلاً من فعل واحد أو من سلسلة من الأفعال... إلخ. ومن ثم فإن الفعل المادي المكون لهذا الركن يختلف حسب تصنيف الجرائم، هذا التصنيف المستمد أساساً من نوع الفعل المادي المكون للجريمة. ومن ثم يمكن القول أن الركن المادي للجريمة هو مادياتها، وكل ما يتصل بها ويدخل في تعريفه القانوني، وتكون له طبيعة مادية⁽²⁾.

بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية حدد المشرع النشاط الإجرامي في نص المادة 26 فقرة 2 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بالزيادة في الأسعار، أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، ونظراً لما يثيره السعر

(1) هنان مليكة، المرجع السابق، ص: 50.

(2) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي،

2011 - 2012، ص: 30.

في الصفقات العمومية من إشكاليات، من حيث التطبيق أو من حيث الزيادة بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة، أفردنا له مطلب خاص لدراسة الزيادة في الأسعار، وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

- **المطلب الأول:** الزيادة في الأسعار.
- **المطلب الثاني:** النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المطلب الثالث:** محل وغرض النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

المطلب الأول الزيادة في الأسعار

لم يتمكن أحد حتى الآن وضع صيغة أو معادلة تكون السعر المناسب لأفضل خدمة، ومن المعروف أن أقل الأسعار ليس بالضرورة السعر المناسب.

ولكن كيف يتم تحديد السعر؟ هل هو انعكاس حقيقي للتكاليف وهامش الربح؟ أو هو السعر الذي تفرضه المراجع الوطنية أو الدولية؟

وعليه مهما يكن فالسعر هو المناقشة المشروعة بين المتعهدين الاقتصاديين الذين يسعون إلى تقديم أفضل الأسعار من أجل أفضل خدمة. ولكن سرعان ما تصبح هذه المعادلة في أغلب الأحيان غير مفهومة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وكذلك بالنسبة للمتعامل الاقتصادي.

ونحن في هذه الرسالة لا نقدم حل لهذه المعادلة ذات المجاهيل العديدة ولكن ما في وسعنا تنوير أولئك الذين يردون أن يعرفوا كيفية التعرف على مواطن وخفايا التلاعب في الأسعار من أجل الزيادة لصالحهم.

وعليه سنتناول دراسة السعر في مجال الصفقات العمومية والجرائم الملحقة به في هذا المطلب حسب الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** مفهوم السعر وتحديد أسعار الصفقات.
- **الفرع الثاني:** تعديلات سعر الصفقة بالنسبة للإطار الاتفاقي.
- **الفرع الثالث:** نماذج لأفعال مؤدية للزيادة في الأسعار.

الفرع الأول

مفهوم السعر وتحديد أسعار الصفقات

أولاً: مفهوم السعر

أ - تعريف السعر⁽¹⁾ :

يعرف السعر على أنه: "المقابل المادي لخدمة معينة"، فسعر الصفقة العمومية هو: "المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها في مقابل الخدمات التي يلتزم بانجازها"⁽²⁾.

(1) تعريف السعر لدى المشرع الفرنسي

1 Le CCAG - Travaux (art.10.1.1) stipule que « les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux, y compris les frais généraux, impôts et taxes, et assurer au titulaire une marge pour risque et bénéfice » 2 Le CCAG - Fournitures courantes et Services (art 10.1.3) stipule que «les prix sont réputés comprendre toutes les charges fiscales ou autres frappant obligatoirement les prestations, les frais afférents au conditionnement, au stockage, à l'emballage, à l'assurance et au transport jusqu'au lieu de livraison, ainsi que toutes les autres dépenses nécessaires à l'exécution des prestations, les marges pour risque et les marges bénéficiaires » 3. Les CCAG - Marchés industriels (art.11.1.3), Technologies de l'information et de la communication (art.10.1.3) et Prestations intellectuelles (art.10.1.3) stipulent que« les prix sont réputés comprendre toutes les charges fiscales ou autres, frappant obligatoirement les prestations, les frais afférents au conditionnement, au stockage, à l'emballage, à l'assurance et au transport jusqu'au lieu de livraison, les frais afférents à l'application de l'article 18.4 pour le CCAG - MI, l'article 17.1.2 pour le CCAG - TIC et l'article 16.4 pour le CCAG - PI ainsi que toutes les autres dépenses nécessaires à l'exécution des prestations, les marges pour risque et les marges bénéficiaires». Direction des Affaires juridiques, le prix dans les marchés publics, guide et recommandations, la formation et la variation des prix dans les marchés publics, Eléments juridiques et modalités pratiques, Avril 2013, Version 1.1,p 8.

(2) أكرم ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة -، كلية الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية 2007 - 2008، ص: 07.

الأصل في الثمن أو السعر في الصفقة العمومية أن يحدد باتفاق الإرادتين، وبدون هذا الاتفاق لا يوجد السعر، إلا أن الطبيعة التنظيمية للصفقة ووجود دفاتر شروط كعناصر مكوناتها تفرض نفسها ولهذا فإن دور إرادة الطرفين في وضع الأسعار في الصفقة العمومية يتناسب وكيفيات إبرام الصفقة⁽¹⁾.

يختلف تعريف السعر حسب وجهة نظر كل من البائع والمشتري، فمن وجهة نظر البائع، السعر هو كمية النقود المنتظرة من بيع وحدة أو أكثر من السلعة أو الخدمة، أما من وجهة نظر المشتري، السعر هو مقدار التكلفة التي يتحملها لقاء حصوله على سلعة أو خدمة، وتتضمن التكلفة الثمن المدفوع للبائع وكذا تكلفة الوصول إلى السوق ومختلف التكاليف المتعلقة بالحصول على المنتج.

إذن السعر هو نقطة التقاء بين البائع ممثلاً برقم الأعمال الوحدوي والمشتري ممثلاً بالتكلفة المتحملة⁽²⁾.

ب - الفرق بين السعر والتكلفة :

سعر التكلفة فهو عبارة عن: " مجموع التكاليف الخاصة بالمواد الأولية ومختلف عوامل الإنتاج الضرورية لإنتاج سلعة أو خدمة"⁽³⁾

إذن السعر = التكلفة + هامش الربح

أما التكلفة = التكاليف المباشرة + التكاليف غير المباشرة + المخاطر (المرتبطة بتنفيذ الصفقة).

وهامش الربح = الربح + نسبة المخاطر المتبقية (غير المستهلكة المرتبطة بتنفيذ الصفقة).

(1) مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، تخصص: إدارة مالية، 2011 - 2012، ص: 11.

(2) عثمان بودحوش، تخفيض التكاليف كمدخل لدعم الميزة التنافسية في المؤسسات الصناعية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية التسيير والعلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، تخصص اقتصاد وتسيير المؤسسات، 2007 - 2008، ص: 61.

(3) عثمان بودحوش، المرجع السابق، ص: 40.

ويتم حساب سعر التكلفة باستعمال العلاقة التالية :

- **بالنسبة لمؤسسة صناعية:** سعر التكلفة = تكلفة إنتاج المنتج النهائي المباع+مصاريف التوزيع
- **بالنسبة لمؤسسة تجارية:** سعر التكلفة = تكلفة شراء السلع المباع+مصاريف التوزيع

ج - مكونات السعر:

تعتبر صفقة الأشغال العمومية الصفقة الوحيدة التي حظي تنظيمها بالاهتمام والوضوح، فتملك دفتر شروط واحد خاص بصفقات الأشغال العمومية والذي يعتبر مرجعا أساسيا لجميع الصفقات الأخرى فدفا تر الشروط - كما يقول الأستاذ بن ناجي شريف - هي نقطة الضعف في قانون الصفقات العمومية الجزائري، وكان إلغاء العمل بالتشريعات الفرنسية سببا في إلغاء نص اعتبر ذو أهمية خاصة ألا وهو قرار أبريل 1960 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المبرمة من طرف المصالح المدنية في الجزائر، ذلك أنه ترك فراغا قانونيا، أي بعد أن استعمل من طرف الإدارات المتعاقدة تم إلغاء دون تحضير البديل، فعلى الرغم من توالي تعديلات قانون الصفقات العمومية وإثارة مسألة غياب دفاتر الشروط إلا أن أيا منها لم يصدر بعد⁽¹⁾.

وهذا ما قضت به المادة 28 الصبغة العامة للأسعار من دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964⁽²⁾: "إن أسعار الصفقة تشمل الربح وكذا جميع الحقوق والضرائب والاداءات والنفقات العامة، النفقات غير الرسمية وبصورة عامة جميع المصروفات الحادثة كنتيجة ضرورية ومباشرة للشغل".

(1) لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية: المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2007، ص2.

(2) قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، (ج.ر. 6 بتاريخ 19 - 01 - 1965).

أصدرت وزارة التهيئة العمرانية والتعمير والبناء قرارا في 15 ديسمبر 1986⁽¹⁾، يتضمن طريقة حساب أسعار أشغال البناء، بحيث يتضمن ثلاث عناصر:

- **العنصر الأول:** النفقات المباشرة أو المصاريف الأساسية.
- **العنصر الثاني:** النفقات غير المباشرة أو مصاريف الورشة.
- **العنصر الثالث:** المصاريف العامة والريح.

العنصر الأول - النفقات المباشرة أو المصاريف الأساسية (غير المعوضة):

هي النفقات التي تلتزم بها المقاوله لاستخدام عوامل الإنتاج الرئيسية المستعملة استعمالا مباشرا في إنجاز وحدات المشاريع. وتحسب النفقات المباشرة لكل وحدة من وحدات العمل الأولية التي يتكون منها المشروع، وتذكر قائمة وحدات العمل الأولية وتعريفها الذي يبين محتواها بدقة في الجدول الوصفي الكمي للمشروع المراد تقويمه، وتشمل هذه النفقات ما يلي:

1 - مصاريف المستخدمين.

2 - التكاليف الاجتماعية⁽²⁾.

3 - مصاريف مواد البناء.

العنصر الثاني - النفقات غير المباشرة أو مصاريف الورشة: وتكون

النفقات غير المباشرة من⁽³⁾:

1 - مصاريف إحضار العتاد والتجهيزات.

(1) قرار مؤرخ في 13 ربيع الثاني 1407، الموافق لـ 15 ديسمبر 1986، يتضمن طريقة حساب أسعار أشغال البناء، (ج.ر. 18 بتاريخ 29 - 05 - 1987).

(2) المادة 81 من القانون 90 - 11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، (ج.ر. 17 بتاريخ 25 - 04 - 1990).

(3) ملحق القرار الوزاري المؤرخ في 15 ديسمبر 1986.

2 - مصاريف تركيب الورشة: تعطي هذه المصاريف المقدرة دون حساب الرسوم جميع الأشغال التي تهم الورشة.

3 - مصاريف اليد العاملة في السياقة والدعم.

4 - مصاريف استعمال العتاد المشترك.

5 - مصاريف سير الورشة: تجمع هذه المصاريف مختلف المواد المستهلكة (الماء، الكهرباء، الورق...) ومختلف تجارب الخرسانة ومواد البناء ومصاريف اللباس ومصاريف تأمين الورشة.

6 - مصاريف تفكيك منشآت الورشة.

7 - مصاريف سحب العتاد والتجهيزات.

العنصر الثالث: المصاريف العامة والريح:

تشمل المصاريف غير المرتبطة بالعمل في الورشة لكنها تتعلق بوجود المقاوله وأدواتها ولسيرها مع جميع المصاريف اللاحقة المرتبطة بها وتتكون أساسًا مما يلي:

1 - مصاريف المقر.

2 - مصاريف الوحدة أو الممثلة الجهوية.

3. المصاريف المالية.

4 - الضرائب والرسوم⁽¹⁾.

5 - مصاريف المراقبة التقنية للبناء.

6 - مصاريف الدراسات⁽²⁾.

(1) الأمر 76 - 102 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الرسم على رقم الأعمال، المعدل والمتمم، (ج.ر. 103 بتاريخ 26 - 12 - 1976).

(2) قرار وزاري مشترك رقم 17 مؤرخ في 15 ماي 1988 يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في =

7 - المصاريف الطارئة.

8 - حدّ الربح⁽¹⁾.

ثانيا - تحديد أسعار الصفقات:

تنص المادة 63⁽²⁾ من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم بالصفقات العمومية المعدل والمتمم: "يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- بالسعر الإجمالي والجزائي،
- بناء على قائمة سعر الوحدة،
- بناء على النفقات المراقبة،
- بسعر مختلط،

يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة لاحترام الأسعار، تفضيل دفع مستحقات

الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي والجزائي

1 - السعر الإجمالي والجزائي: لم يعرف المرسوم الرئاسي 10 - 236

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ولا أيا من القوانين التي سبقته أي تعريف للسعر الجزائي، وهو ما يعني توجه

= ميدان البناء وأجر ذلك، (ج.ر 43 بتاريخ 26 - 10 - 1988) المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك رقم 02 المؤرخ في 4 جويلية 2001، (ج.ر 45 بتاريخ 12 - 08 - 2001).

(1) حد الربح هو الربح التقديري الذي تعتمزم المقاولة تحقيقه عند انتهاء الأشغال يعبر عنه بنسبة مئوية لمبلغ جميع الرسوم.

(2) أول ملاحظة عند قراءة هذه المادة أنها تعدد كيفيات دفع أجر المتعامل المتعاقد Modalités de Rémunération du Cocontractant: والتي قد تؤدي إلى التباس لأن مصطلح الأجر Rémunération واسع جدا وقد يؤدي أيضا إلى الخلط مع كيفيات الدفع المنصوص عليها في القسم الثالث من قانون الصفقات العمومية وحيدا لو استعمل المشرع عبارة: "تحدد أسعار الصفقات العمومية وفقا للكيفيات الآتية.. "أكروم ميريام، المرجع السابق، ص: 35.

المشروع إلى تقديم قانون الصفقات العمومية كنص عام وشامل دون أن يولي الأهمية للتعريفات، تارك ذلك للنصوص التطبيقية، وللقضاء والفقهاء.

ولقد ورد تعريفه في دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964 في المادة الأولى ب - أ: "إن صفقة السعر الإجمالي الشامل هي الصفقة التي حدد فيها على التمام الشغل المطلوب من المقاول والذي يجري تحديد سعره جملة ومسبقاً". يتضمن هذا التعريف استبعاد أي أجرة إضافية للمقاول الذي يلتزم لتنفيذ الصفقة على حسابه مهما كانت الظروف التي ستعترضه⁽¹⁾، وهذا طبقاً لما ورد في المادة 561 من القانون المدني.

يمكن إرجاع الاستعمال المكثف لتقنية السعر الجزائي والإجمالي إلى:

- شهدت سنوات السبعينات استعمالاً واسعاً لتقنية السعر الإجمالي والجزائي في الصفقات العمومية والتي تصادفت مع فترة المخططات الكبرى "المخطط الرباعي الأول 1970 - 1974"، "المخطط الرباعي الثاني 1974 - 1977"، التي تميزت بإنجاز المشاريع الاستثمارية العملاقة والتي ترجمت بإبرام صفقات كبرى⁽²⁾.

(1) إلا أن مواصلة قراءة مواد دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964 يجعلنا ندرك أن هذه الصرامة تخف بتضمنه إمكانية وجود إضافة للسعر أو فسخ العقد. فالمادة 27 - 4 تتضمن إمكانية أن يطلب المقاول زيادة السعر في حالة القوة القاهرة. والمادة 29 تمنح هذه الإمكانية في حالة القيام بالأشغال غير المقررة. وتشتراط المادة 30 أن تكون هذه الأشغال الإضافية ضرورية لحسن تنفيذ الصفقة وأن تصدر عن أمر من المصلحة المتعاقدة، وتنفيذ الأشغال غير المقررة يمكن أن يكون في شكل زيادة في الأشغال أو نقص في جملة الأشغال حسب المادة 31. كما يمكن أيضاً أن يكون السعر الإجمالي والجزائي محل تغيير إذا تم إخضاعه لصيغة المراجعة المحددة في دفتر الشروط الخصوصية طبقاً للمادة 33. ويمكن للسعر الإجمالي والجزائي أن يكون محل تغييرات بمناسبة استعمال الإدارة لسلطاتها وامتيازاتها.

(2) لقد خلص الأستاذ "Blanc.G" في دراسة أعدها عن الجزائر لهذه الفترة أن جميع صفقات إقتناء لوازم للتجهيزات الصناعية المبرمة مع الممولين الأجانب أبرمت بسعر إجمالي وجزائي وهو ما يؤكد توجه الدولة نحو تفضيل هذه التقنية في الممارسة. فمن خلال تحليله لدفاتر الشروط الخصوصية لهذا النوع من =

• ضمان الاستقرار والتأمين المالي ضد التحولات التي قد تطرأ أثناء انجاز الصفقة.

• حماية المال العام.

• تقنية السعر الجزائي والإجمالي سهلة التطبيق مقابل التقنيات الأخرى التي تتطلب معرفة أعمق ونظام رقابة صارمة من

• قبل الإدارات العمومية الجزائرية، والتي لم تكن تملك آنذاك المؤهلات والوسائل لرقابة فعالة تسمح لها باستعمال تقنيات أخرى.

بالرغم أن هذه الطريقة الأنسب والأسهل بالنسبة للمصلحة المتعاقدة لتحديد السعر والمحافظة على المال العام، إلى أنها تحمل مخاطر عديدة:

• نفور العارضين الأجانب خاصة وأنهم مدعومون بمكاتب استشارية وقانونية تؤكد سلبيات هذه الطريقة، مما يؤدي إلى استعمال تقنية الفواتير المزورة، والتقليل من جودة الخدمات ونوعية المواد أو استبدالها بالمواد غير الأصلية أي المقلدة بغرض استدراك الفارق في السعر.

• مجال خصب بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بالنسبة للزيادة في الأسعار في حالة إبرام الصفقات بالتراضي حيث يكون المتعامل المتعاقد في وضعية استثنائية تمكنه من فرض تقديره للأسعار والذي يطلب مبالغ كبيرة مما يؤدي إلى تحمل الإدارة لمبالغ ضخمة، وهنا يجد المتعامل المتعاقد الغطاء القانوني لتنفيذ جريمته هذا من جهة، ومن جهة ثانية استغلال سلطة مسؤول المصلحة المتعاقدة من حيث إبرام الصفقة بصيغة التراضي، والتي تتيح له المجال في تقدير

= الصفقات وجد أن البنود التالية هي التي تكررت: "الأسعار... ثابتة نهائية وغير قابلة للمراجعة طول مدة تنفيذ العقد"، "الأسعار المعروضة ستكون ثابتة ونهائية"، "يؤجر المتعاقد بناء على أسعار ثابتة، إجمالية وجزافية ولا يمكن أن تكون محل تعديل"، أكروم ميريام، المرجع السابق، ص: 39.

مبالغ ضخمة، لأن سلطات التعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في الصفقات بالتراضي سلطات واسعة.

2 - السعر بناء على قائمة سعر الوحدة⁽¹⁾ :

عرفته المادة الأولى ب - ب من دفتر الشروط الإدارية العامة لـ: 1964" إن صفقات أسعار الوحدات هي الصفقات التي يجري تسديدها على أسعار الوحدات وفقا للمقايير المنفذة فعليا ويجوز بصورة خاصة إعداد أسعار الوحدات على الصفقة المعتبرة (الجدول) أو إعدادها على أسعار النشرة المتداولة (المتسلسلة)."

تجدر الإشارة إلى أن صيغ الصفقة بناء على سعر الوحدة تتضمن ثلاث كيفيات وهي:⁽²⁾

1.2 - الصفقة بناء على سلسلة أسعار *Marché sur série de prix* :

في هذا النوع تحدد الأسعار بناء على "أسعار النشرة المتداولة"، بناء على كشف وصفي معد من قبل الإدارة وعروض المتنافسين، خاصة هذا النوع هو غياب تحديد الكمية التي ستنفذ عند إبرام الصفقة والتي يكتفي فيها بتحديد سعر يطبق على كل وحدة متماثلة، وينتج السعر النهائي من تطبيق أسعار الوحدات في سلسلة أسعار على الكميات المنفذة فعلا.

وعلى هذا الأساس يمكن التلاعب في الزيادة في كمية الأشغال المنجزة وهذا

(1) يعتقد بعض الفقهاء أن سعر الوحدة يمس بمبدأ جوهري في العلاقات التعاقدية وهو الالتزام بتحديد السعر بدقة عند إبرام العقد، إذ أنه في صفقة سعر الوحدة لا يكتسب السعر الطابع النهائي أثناء إبرام الصفقة لأنه يتساير مع المقايير المنفذة فعلا فهولن يعرف إلا في نهاية الإنجاز.

(2) حسم مجلس الدولة الفرنسي هذا الأمر من خلال قراراته التي أكد فيها على الطابع الإجمالي والنهائي للأسعار بناء على الوحدة وكذا على الطابع المتغير للسعر النهائي من خلال اقتضاره على الكميات المنفذة فعلا، وأن هاتين الخاصيتين تميزان السعر بناء على الوحدة عن الأسعار الجزافية والأسعار المؤقتة. أكرم ميريام، المرجع السابق، ص: 42.

بغرض الزيادة في السعر النهائي للصفقة، وعليه تتيح هذه الخاصة - الصفقة بناء على سلسلة الأسعار - إمكانية الزيادة في الخدمات وكمية المواد المنجزة فعلا. ويستفيد هذا الأخير من سلطة مسؤول المصلحة المتعاقدة وذلك بالموافقة وختم الفواتير المقدمة من طرف المتعامل المتعاقد.

2.2 - الصفقة بناء على الكشف **Marché sur devis**؛

تعد الإدارة في هذا النوع من الصفقات بنفسها كسفا وصفيا وتوقعيا تحدد فيه الكميات التي ستجز وأسعارها الوجودية، مع إمكانية أن تغير الإدارة من حجم هذه الكميات، تتميز عن الكيفية الأولى من خلال التحديد المسبق للكميات التي ستنفذ، واختيار هذه الطريقة يتطلب معرفة كاملة من الإدارة لشروط إنجاز الصفقة.

إن إمكانية تغير الإدارة من حجم هذه الكميات بالزيادة أو النقصان لا يتم إلى بموافقة المسؤول المباشر للمصلحة المتعاقدة أو من فوض إليه الأمر، وعليه إن لم يتحلى كل من مسؤول المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد بالأخلاق المهنية يمكن أن يكون هذا النوع من الصفقات المشمولة بصيغة السعر بناء على الكشف مجال لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لأن المشرع في هذا المجال ترك مجال كبير للإدارة في تحديد كميات العمل المنجز في نهاية الصفقة وعليه يمكن الموافقة على كميات وهمية مضافة إلى الصفقة بغرض الزيادة في السعر النهائي.

3.2 - الصفقة بناء على قائمة سعر الوحدة **Marché sur bordereau**

:de prix

في هذا النوع تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد كشف يتضمن قائمة الأشغال المراد إنجازها أو اللوازم المراد اقتنائها، وبناء على هذا الكشف يقدم المتنافسون عروضهم لوضع أسعارهم المقترحة للخدمات على الكشوف.

ويمكن أن تسلك المصلحة المتعاقدة أسلوبين استثنائيين في هذا النوع:

• **الأسلوب الأول:** يسمى صفقة الطلبات أو صفقة التوصيات **Le marché à commandes**

• **الأسلوب الثاني:** صفقة العميل **Le marché de clientèle** (1)

الأسلوب الأول: يسمى صفقة الطلبات أو صفقة التوصيات

Le marché à commandes

يستعمل دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964 مصطلح التوصيات في

المادة الأولى ب - ب: "إن صفقة التوصيات و صفقة العميل تشكل حالات خاصة لصفقات أسعار الوحدات.

إن صفقات التوصيات تتضمن:

- المدة القصوى من الوقت
- الحجم الأدنى والأقصى من الأشغال المعبر عنها بالقيمة.

(1) ينص عليها دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال العمومية لـ 1964 في المادة الأولى ب - ب: "ان صفقة التوصيات و صفقة العميل تشكل حالات خاصة لصفقات أسعار الوحدات.... وان صفقة العميل تتضمن تنفيذ بعض الخدمات المطلوبة بحسب الاحتياجات وخلال وقت معين"، ويبدو أنه النص القانوني الوحيد الذي يتناولها مادام المرسوم الرئاسي 10 - 236 لم يذكرها وكذلك قوانين الصفقات العمومية التي سبقتها، وعلى الرغم من هذا الإغفال نحاول تقديم دراسة ولو مختصرة للسعر في صفقات العميل: إن صفقات العميل هي صفقات يلتزم فيها المتعامل المتعاقد بتوريد لوازم أو تقديم خدمات لفترة طويلة محددة في العقد بما يتناسب مع احتياجات الإدارة، وهذه الصفقات المبرمة لأجل طويلة يكون محلها لوازم تكرارية موجهة لاستعمال مكثف من قبل الإدارات العمومية. يكون السعر الكلي فيها غير معلوما عند إبرام الصفقة ولن يعرف إلا في نهاية التوريد والذي يساوي حاصل جداء إجمالي اللوازم أو الخدمات والسعر الوحدوي المتفق عليه، وبسبب آجالها الطويلة تتضمن صفقات العميل بنودا تتعلق بإعادة تحديد الأسعار الوحدوية الأولية، ونظرا لتمتعها بهذه الميزة يطلق عليها بعض الفقه اسم "صفقات بأسعار معادة التحديد" "Marché à prix redéterminable". يمكن تمييز صفقات العميل عن صفقات الطلبات أن الأولى تبرم دون تحديد كميات العملية الكلية في حين تحتوي صفقات الطلبات على الحدود الدنيا والقصوى للوازم والخدمات.

3 - السعر بناء على النفقات المراقبة :

إن السعر بناء على النفقات المراقبة هي كيفية لتحديد الأسعار يكرسها المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم في المادة 63 في الترتيب الثالث، دون أن يقدم لها تعريفاً.

و بالرجوع إلى دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964. فبمقتضى المادة الأولى منه ب - ج: " إن صفقة النفقات المراقبة هي الصفقات التي تكون نفقات المداول فيها حقيقية ومراقبة (اليد العاملة والأدوات والمواد المستهلكة وكراء الآلات والنقل وما إلى ذلك...) والتي تستهدف تنفيذ شغل محدود ويجرى تسديدها إليه مع إضافة زيادة في مقابل النفقات العامة والربح."

يتضح من خلال هذا التعريف أنه في صفقات النفقات المراقبة لا يمكن تحديد السعر مسبقاً قبل الشروع في التنفيذ وإنما يتم بملاحظة ومراقبة النفقات التي تحملها فعلاً المتعامل المتعاقد مضافاً إليها المصاريف العامة وهامش الربح.

يظهر جلياً أن هذه الصفقات لا تتضمن سعراً أولياً، ولن يعرف إلا في نهاية الصفقة وهو بذلك يحمل بعض من الخطورة على النفقات العمومية، مما يجعل أطراف الصفقة العمومية يتلاعبون في تحديد السعر النهائي عن طريق إما الزيادة في سعر التكاليف أو هامش الربح، وهذا ما لا يكفل تحقيق أهداف المشروع الرامية إلى ترشيد الإنفاق العمومي.

4 - السعر المختلط :

نص المشرع على تقنية السعر المختلط لأول مرة في المرسوم الرئاسي 02 - 250⁽¹⁾ المتضمن قانون الصفقات العمومية دون أن يقدم تعريفاً لها، ولم يتناولها بالذكر دفتر الشروط الإدارية لإدارة العامة لـ 1964.

(1) المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم (ج ر 52 بتاريخ 28 - 07 - 2002)، والملغى بالمرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

يجد هذا النوع من الأسعار مجاله الخصب في صفقات أشغال البناء، حيث يطبق السعر الإجمالي والجزائي على المنشآت القاعدية التي يمكن تحديدها مسبقا ويطبق السعر الوحدوي على الأشغال التي لا يمكن تحديدها بدقة.

تجدر الإشارة إلى أن مرسوم 82 - 145⁽¹⁾ المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي كان يتضمن طريقة لتحديد الأسعار وهي "بناء على الكلفة مع أجره الأتعاب" « le prix sur coût plus honoraires »، والتي لم يذكرها المرسوم التنفيذي 91 - 434⁽²⁾ المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

هذه الكيفية تتضمن عنصرين:

- الكلفة.

- أجره الأتعاب.

أي أنها صفقات تقوم على "الكلفة" و"أجره الأتعاب" هي العناصر التي تتضمنها تقنية السعر المؤقت والتي لا يتضمنها قانون الصفقات العمومية الجزائرية⁽³⁾.

(1) المادة 56 من المرسوم رقم 82 - 145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل سنة

1982 ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، (ج ر 15 بتاريخ 13 أبريل 1982).

(2) مرسوم تنفيذي رقم 91 - 434 المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 09 نوفمبر سنة 1991

يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج ر 57 بتاريخ 13 نوفمبر 1991).

(3) تقنية السعر المؤقت يتضمنها قانون الصفقات العمومية الفرنسي الذي يسمح للدولة والهيئات العمومية

بصفة استثنائية بإبرام صفقات بناء على أسعار مؤقتة في حالات مذكورة على سبيل الحصر في صفقات لا

يمكن أن تبرم بإجراء تنافسي. أكرام ميريام، المرجع السابق، ص: 51.

الفرع الثاني

تعديلات سعر الصفقة بالنسبة للإطار الاتفاقي

أولا - كيفية الاختيار بين السعر الثابت والسعر القابل للمراجعة.

أ - السعر الثابت:

1.أ - تعريف السعر الثابت:

مبدأ ثبوت السعر، المأخوذ من القواعد العامة، يقوم على عدة أسس قانونية تتمحور حول فكرة "القوة الإلزامية للعقود" التي كرستها المادة 106 من القانون المدني والتي تعني أن العقد يتضمن في بنوده جميع الحقوق والالتزامات المتبادلة التي اتفق عليها المتعاقدان من خلال اتفاق إرادتهما والتي تتميز بطابعها الإلزامي، وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم: " يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابل للمراجعة...".

وبهذا فإن المشرع يعني بمبدأ ثبوت السعر الأولي أن الشروط المتعلقة بالسعر لا يمكن أن تكون محل تعديل سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو المتعاقد معها أو من طرف القاضي، سدا لأي ذريعة في التلاعب بالمال العام، ولأي محاولة في الزيادة غير المبررة في سعر الصفقة.

من حيث المصلحة المتعاقدة:

- لا يمكن تعديل السعر المتفق عليه عند الإبرام.
- منع اللجوء إلى أي ممارسة من شأنها تعديل السعر مهما كانت الدوافع والأسباب المحيطة بذلك.

- الالتزام المفروض على المصلحة المتعاقدة هو نتيجة القوة الإلزامية للعقد - العقد شريعة المتعاقدين - .

من حيث التعامل المتعاقد:

حماية المال العام، وإلزام المتعاقد بتحمل جميع التزاماته الناتجة عن حرية إرادته، حتى ولو اتضح له أنه ارتكب خطأ في حساب السعر، باستثناء الأخطاء المادية⁽¹⁾.

لا يمكن الاحتجاج بالظروف الاقتصادية إذا كانت الصفقة لا تتضمن بندا للمراجعة، وهذا طبقاً للمادة 67 من نفس المرسوم الرئاسي في فقرتها الأخيرة: "الصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغاً لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة"، والمادة 42 - 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964: "لا يجوز للمقاول فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالمادة 33 من هذا النص التذرع بأية حجة للرجوع عن أسعار الصفقة التي اتفق بذاته عليها"، كما أن التعامل المتعاقد لا يمكنه التذرع بفكرة الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

استثناء يجوز تحيين السعر الأولي للصفقة في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك التعامل المتعاقد، وهذا طبقاً لماورد في المادة 66 من نفس المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في الفقرة الأخيرة: "غير، أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك التعامل المتعاقد. وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقة المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة."

(1) أخطاء القلم المنصوص عليها في المادة 84 من القانون المدني التي تنص انه: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد

الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط."

(2) أكروم ميريام، المرجع السابق، ص: 54.

أ.2 - السعر الثابت قابل للتحيين؛

إنّ الصفقة التي تمر فترة أطول من فترة صلاحية العروض، بين آجال إيداع العروض وآجال تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات والأشغال المتفق عليها، على أن يكون هذا التأخير متوازياً مع حدوث تغيرات في الظروف الاقتصادية، تفتح المجال للمتعاقل المتعاقد أن يطلب إعادة النظر في السعر الذي أبرمت بمقتضاه الصفقة ليتلقى أجره بناء على السعر المحين وليس السعر الأولي الذي حدد سابقاً عندما أبرمت الصفقة.

أ.2.1 - شروط التحيين؛

لكي نكون بصدد تحيين السعر يجب أن يتحقق الشرطين الآتيين:

أ. 1.1.2 - مرور فترة تفوق مدة صلاحية العرض بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة⁽¹⁾؛

وفيما يلي تفصيل هذه العناصر:

أ. 1.1.2.1 - آخر أجل لإيداع العروض؛

لم يحدد المشرع تاريخ أجل إيداع العروض وإنما ترك هذا الأمر لسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وذلك حسب المادة 50 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المعدل والمتمم والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

(1) والذي أكده مجلس الدولة حيث قضى أن: "تحيين الأسعار يمكن قبوله إذا كان الأجل يفوق مدة صلاحية العرض التي تفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العرض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أي الشروع في بداية الأشغال"، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 15/04/2003 قضية ق،ع ضد بلدية متليلي، مجلة مجلس الدولة العدد 4.

أ. 2.1.1.2 - أجل صلاحية العروض: (1)

هي الفترة التي يبقى فيها المتعاملون ملتزمين بعروضهم، لم يحدد المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ولا المراسيم التي سبقته آجال صلاحية العروض (2)، فهي متروكة للسلطة التقديرية للإدارة، ويشترط القانون تحديدها إجبارياً في ملف الدعوة إلى المنافسة، إذ تنص المادة 48 منه: "تحتوي الوثائق المتعلقة بالمناقصة أو، عند الاقتضاء، بالتراضي بعد الاستشارة، التي توضع تحت تصرف المرشحين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة، لاسيما ما يأتي:

- أجل صلاحية العروض،
- آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه،"

أ. 3.1.1.2 - تاريخ تقديم الأمر بالشروع في الخدمة: (3)

إن تاريخ تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات المتفق عليها هو العنصر الذي يحدد اللجوء إلى تحيين السعر الأولي وهذا التاريخ يكون غير معروف عند

(1) بالنسبة للمشرع الفرنسي يبدأ حساب مدة الثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ تعين المرشح السعر في العرض، في حالة عدم ذكر تاريخ تحديد السعر في العرض يعتد بتاريخ التوقيع على الصفقة كمرجع.

L'article 18 - III - 1° du CMP précise que le délai de 3 mois court à compter de « Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ; Décret n° 2006 - 975 du 01 - 8 - 2006 portant code du marché publics, complété et modifié les années de 2007, 2008, 2009, 2010 et la dernière modification été lieu le 05 - 5 - 2011, par le décret n° 2011 - 493.

(2) كان الأمر 67 - 90 يحددها ب 90 يوماً، في المادة 40: "يبقى المرشحون ملتزمين بعروضهم مدة تسعين يوماً"، وتنص المادة 53: "يعتبر المرشحون ملتزمين بعروضهم مدة تسعين يوماً. ويمكن الزيادة في هذه المدة بناءً على رغبة من الإدارة التي يتحتم عليها أن تحدد ذلك في الاعلان عن المنافسة."

(3) أمر الشروع في الخدمة هو الوثيقة الإدارية الانفرادية المكتوبة التي تقوم المصلحة المتعاقدة أو ممثلها بتبليغها للمتعامل المتعاقد والتي تتضمن التعليمات المتعلقة بسير وتنفيذ الصفقة، ويتمتع بالقوة التنفيذية، غير أنه يمكن للمتعامل المتعاقد أن يقدم تحفظاته إذا اعتبر أن متطلبات الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة يتجاوز التزاماته التعاقدية. أكروم ميريام، المرجع السابق، ص: 69.

إبرام الصفقة. أما تاريخ إبرام الصفقة فهو لا يؤثر في طلب التحيين، مثلما أكد على ذلك مجلس الدولة حين قضى أنه: "عندما اعتمد قاضي الدرجة الأولى على تاريخ إبرام الصفقة لرفض الدعوى كان على خطأ لأن المقياس القانوني هو تاريخ صلاحية العروض وتاريخ الأمر بانطلاق الأشغال."⁽¹⁾

أ. 2.1.2 - حدوث تغيير في الظروف الاقتصادية :

لا يكفي أن يكون هناك تأخر في تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات، بل يجب أن تحدث تغييرات وتطورات في المعطيات الاقتصادية المحيطة بإنجاز الصفقة لكي يستطيع المتعامل المتعاقد أن يطلب تحيين السعر. تبقى مسألة الصفقات التي أبرمت بإجراء التراضي، تحسب المدة من التاريخ الفاصل بين تاريخ إمضاء المتعامل المتعاقد الصفقة وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات، وفي هذه الحالة يمكن للمتعاقد أن يستفيد من سلطة أو تأثير مسؤول المصلحة المتعاقدة بتعديل تاريخ إمضاء الصفقة، لكي يتمكن من الاستفادة من تحيين السعر الأولى.

أ. 2.2 - تطبيق صيغة التحيين :

تتضمن المادة 66 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، طريقتين لتحديد مبلغ التحيين:

- طريقة إجمالية وجزافية وباتفاق مشترك :

حيث يتم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على المبلغ المحين الذي يمثل السعر الجديد الذي يطبق على الصفقة.

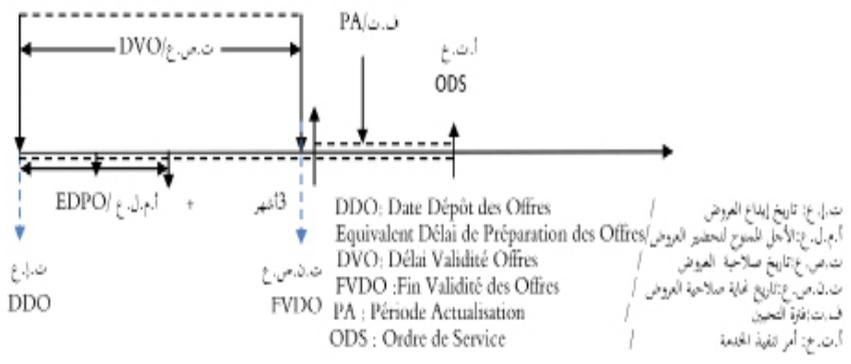
- تطبيق صيغة مراجعة الأسعار التي نصت عليها الصفقة :

إذا تضمنت الصفقة صيغة للمراجعة فإن التحيين يعتمد عليها ولكن بدون جزء ثابت ولا حد استقرار في التغييرات.

(1) قرار مجلس الدولة في 2001/07/09، قضية مقاوله الأشغال العمرانية ضد مدير الري لولاية البليدة.

إذا كانت طبيعة الأشغال تؤدي إلى تجزئة التنفيذ إلى عدة حصص تنطلق
 آجال تنفيذها من تواريخ مختلفة أصلاً يتم تحيين أسعار كل حصة من التاريخ
 الأصلي لتنفيذ الحصة المطابقة.

وفي الأخير نعرض بيان نوضح فيه وقت تطبيق بند التحيين والصيغة
 الحسابية المطبقة⁽¹⁾.



الصيغة الحسابية التي تطبق على السعر المحين

$$Pa_{(m)} = Po_{(m)} \times \frac{I_{(ODS)} / I_{(FVDO)}}{I_{(ODS)} / I_{(FVDO)}}$$

$Po_{(m)}$: السعر المحين
 $Po_{(m)}$: السعر الأولي المقدم في العرض
 $I_{(ODS)}$: الرقم الاستدلالي (تاريخ أمر تنفيذ الخدمة)
 $I_{(FVDO)}$: الرقم الاستدلالي (تاريخ نهاية صلاحية العرض)
 Pa : Prix actualisé
 Po : Prix initial du contrat
 $I_{(ODS)}$: Valeur de l'indice (Date Ordre de Service)
 $I_{(FVDO)}$: Valeur de l'indice (Fin Validité des Offres)

(1) Ahmed Meziani (Inspecteur), La Réglementation des Marchés Publics, Décembre 2010, p: 33.

ب - السعر القابل للمراجعة :

ب.1 - تعريف السعر القابل للمراجعة :

إنّ تطبيق بند المراجعة يهدف إلى تغيير السعر الأولي الموضوع عند انعقاد الصفقة موازاة مع التغيرات الاقتصادية التي تحدث أثناء تنفيذ الخدمات مما يتطلب الاتفاق عليها عند إبرام الصفقة، وكذلك وضع صيغ المراجعة.

وقد أكد المشرع على إلزامية النص على بند المراجعة في المادة 67 المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم: "... الصفقات التي لا يمكن أن تتضمن صيغاً لمراجعة الأسعار هي الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة".

والنص على بند المراجعة هو الذي يؤدي إلى تضمين الصفقة صيغة المراجعة وهذا النص الصريح يأتي لتجنب أي محاولة من المتعاقد لطلب المراجعة، وإذا لم تنص الصفقة على بند المراجعة فهذا يعني أنّ الصفقة أبرمت بسعر ثابت ولا يمكن لأي طرف مهما كانت الظروف أن يطلب مراجعة السعر.

ب.2 - شروط المراجعة الاتفاقية والإلزامية :

ب.2.1 - الحدود الاتفاقية لبند المراجعة :

إنّ مبدأ آلية تطبيق بند المراجعة يمكن أن تكون محل تغيير اتفاقي بالنص على نسبة قصوى لا تتحمل الإدارة أكثر منها التعديلات الحاصلة في السوق، ولهذا تم اللجوء إلى تقنيات استثنائية لحماية الإدارة من "الارتفاعات المبالغ فيها للأسعار" مثل وضع حد أقصى للمراجعة، «La clause de sauvegarde» "le" seuil de révision" هناك حد آخر لمراجعة للسعر في الصفقة العمومية وهي فترة "الاستقرار الأولي" «la neutralisation initiale» والتي كانت معروفة في أمر 67 - 90 ثم تخلى عنها المشرع منذ صدور قانون الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي في 1982 كمحاولة لإضفاء الطابع

الليبرالي على قانون الصفقات العمومية، إذ حاولت السلطات العمومية تقديم دليل على قابلية الإدارات العمومية والمصالح المتعاقدة على التكيف مع المهام الجديدة للإدارة وكذا حماية المتعامل المتعاقد وتحريره من فترات الاستقرار وعدم قابلية الأسعار للمراجعة.

ب.2.2 - القوة الإلزامية لبنود المراجعة :

تفرض صيغة المراجعة نفسها على الأطراف كما اتفق عليها، مما يعني أن كل رفض أو امتناع أحادي الجانب عن تطبيقها يستوجب مسؤولية الطرف الذي رفض تطبيقها، وذلك بسبب عدم إتمامه تنفيذ الالتزامات التعاقدية مما يستوجب تعويضا. وهكذا فإن مبدأ القوة الإلزامية يطبق على بنود المراجعة باستثناء اتفاق جديد في شكل ملحق، وإن لم يتضمن قانون الصفقات العمومية مادة صريحة تنص على الطابع الإلزامي لصيغة المراجعة إلا أن هذا ما يفهم من مختلف الأحكام المتعلقة بالمراجعة وفي إطار التنسيق مع المبدأ العام المطبق في القواعد العامة وهو مبدأ القوة الإلزامية للعقود، لأنّ المراجعة قد كانت محل تراضي واتفاق إرادتين واكتسبت طابعا إلزاميا، فلا يمكن إذن لإرادة منفردة أن تعدلها أو تغيرها.

ب.3 - تركيبة صيغة المراجعة :

ب.1.3.1 - العناصر المكونة لصيغة المراجعة :

تتكون صيغة مراجعة الأسعار من عدة عناصر بعضها ثابتة وبعضها متغيرة تنص المادة 68 المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

ب.1.3.1.1 - العنصر الأول: الجزء الثابت:

تحددت نفس المادة الشرط الأول المتمثل في الجزء الثابت الذي يمثل جزءا من السعر مستقلا عن الظروف الاقتصادية مثل: التكاليف العامة، الفائدة... ويسمح بتقليص "أثار التضخم"، ويتم تطبيقه تحت تأثير عوامل تاريخية سعت إلى حماية مصالح الإدارات العمومية، وهذا الجزء يتحمل تكاليفه المتعامل المتعاقد مع

المصلحة المتعاقدة وحدد القانون هذه النسبة بـ: 15% يتحملها المتعامل المتعاقد مهما كانت التغيرات.

ب. 2.1.3 - العنصر الثاني: حد استقرار التغيير في الأجور:

ونسبته 5% لا تتحملها المصلحة المتعاقدة بل يتحملها المتعامل المتعاقد. (1)

ب. 3.2.3 - العنصر الثالث: الأرقام الإستدلالية "الأجور" و "المواد المطبقة" و "معامل التكاليف الاجتماعية":

حسب ماورد في المادة 69 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ب. 2.3 - وضع وبنية صيغة المراجعة:

تقوم أطراف الصفقة العمومية بتجزئة السعر إلى العناصر الأساسية المكونة له (يد عاملة، مواد، فوائد، تكاليف عامة) ثم تحدد النسبة المئوية لكل عنصر وتوضع النسبة بجانب كل عنصر يمثل برقم استدلالي ثم يختزل الأرقام، الأجور والمواد التي تعبر عن تغييرها.

ولقد أصدرت وزارة التجارة قرارا يتضمن قائمة الأرقام الاستدلالية للمواد المستعملة في مراجعة الأسعار في صفقات الأشغال العمومية والبناء. وهذه الاختصاصات صادرة باللغة الفرنسية تمثل الحروف الأولى لكل مادة (2)، وفي سنة 2013 أصدرت وزارة السكن والعمران قراران، الأول يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد للفصل الثاني من سنة 2012، المستعملة في صيغ تحيين ومراجعة أسعار الصفقات لقطاع البناء والأشغال العمومية والري (3)،

(1) كانت النسبة في ظل أمر 67 - 3.590% ثم ارتفعت إلى 5% منذ صدور قانون صفقات المتعامل العمومي.

(2) قرار مؤرخ في 15 أبريل 1984 يتضمن المصادقة على قائمة الأرقام الاستدلالية للمواد المستعملة في مراجعة الأسعار في صفقات الأشغال العمومية، (ج.ر 22 بتاريخ 29 - 05 - 1984).

(3) قرار مؤرخ في 12 - 11 - 2012، (ج.ر 19 بتاريخ 17 - 04 - 2013).

أما الثاني يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد للفصل الرابع من سنة 2012، المستعملة في صيغ تحيين ومراجعة أسعار الصفقات لقطاع البناء والأشغال العمومية والري⁽¹⁾. كما أضاف في سنة 2014 يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد للفصل الثالث من سنة 2013، المستعملة في صيغ تحيين ومراجعة أسعار الصفقات لقطاع البناء والأشغال العمومية والري⁽²⁾.

ب.3.3 - كيفية تطبيق صيغة المراجعة :

بعد وضع بنود مراجعة الأسعار في الصفقة فإنها تكتسب طابعا آليا أي تطبق على الخدمات المنفذة، ويثور التساؤل حول الوقت الذي يدخل فيه حيز التنفيذ وما هو حدها؟

بتطبيق المادة 67 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: "عندما يكون السعر قابلا للمراجعة فإنه لا يمكن العمل ببند مراجعة السعر في الحالات الآتية:

- في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض.
 - في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.
 - أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر".
- نجد أن تاريخ الشروع في المراجعة يتغير كما يلي:**
- تاريخ نهاية فترة صلاحية العروض إذا لم يكن هناك تحيين الأسعار.
 - منذ تاريخ تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال والخدمات عندما يكون هناك تحيين.

(1) قرار مؤرخ في 25 - 03 - 2013، (ج.ر. 19 بتاريخ 17 - 04 - 2013).

(2) قرار مؤرخ في 04 - 01 - 2014، (ج.ر. 11 بتاريخ 26 - 02 - 2014).

إذا كانت فترة البداية محددة فإن العمل ببند المراجعة يمكن أن يظل كلما كانت هناك تغيرات في الظروف الاقتصادية طول تنفيذ الصفقة، على أن لا يتم ذلك إلا مرة واحدة كل ثلاثة أشهر إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق فترة أقصر.

ب.3.4 - تحديد تغييرات الأرقام الاستدلالية :

إن الثوابت المختارة من طرف المتعاقدين هي "العناصر القاعدية التي يؤدي تعديلها إلى حدوث مراجعة للأسعار"، وهكذا فإنّ المعاملات هي العناصر الثابتة التي تكون صيغة المراجعة وهي متعددة أهمها: معامل التكاليف الاجتماعية، الأجور، المواد. يلجأ المتعامل المتعاقد إذن إلى تحديد قيم الثوابت لكي يقوم بإظهار النسبة المئوية للتعديلات التي يمكن أن يتلقاها السعر الأولي، أي أن الفرق بين "القيمة الأصلية" للرقم الاستدلالي و"القيمة النهائية له" هي التي تسمح بحساب تغييرات المعاملات التي تتضمن نسب المراجعة والسؤال: كيف ومتى تحسب هذه القيم؟

ب.3.4.1 - القيمة الأولية الأصلية :

إنّ قيمة الأرقام الاستدلالية المعمول بها هي الأرقام التي تتم الموافقة عليها وتشر في الجريدة الرسمية، مع استثناء واحد بالنسبة للصفقات المبرمة مع المتعاملين الأجانب حيث تقبل الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد، ويمكن أن تكون هذه الأرقام أرقام بلد المتعامل المتعاقد أو أرقام بلد الخدمات شريطة أن تكون رسمية وأن تستطيع المصلحة المتعاقدة الحصول مباشرة على النشريات التي تتضمنها (دون أن تطلبها من المتعامل المتعاقد) وكذا أن تختار أرقاماً متناسبة مع طبيعة الأشغال، أما المتعاملين الوطنيين فلا يمكنهم الاعتماد كرقم استدلالي سوى ما نشر في الجزائر⁽¹⁾.

(1) ملاحظة: الأرقام الاستدلالية القاعدية المطلوب أخذها بعين الاعتبار طبقاً للمادة 69 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية هي: اختيار أرقام الاستدلالية الأعلى بين أرقام بلد المتعامل المتعاقد أو أرقام بلد الخدمات في حالة ما إذا كان المتعامل المتعاقد أجنبي، أو في حالة تجمع مع جزائري أو التجمع يضم (جزائري - أجنبي) ويتم اختيار الأرقام الاستدلالية الخاصة ببلد الخدمات، نلاحظ =

ب.3.1.4.1 - أرقام الشهر الذي أعطي فيه الأمر بالشروع في الأشغال عندما يكون الأمر بالخدمة قد صدر بعد انقضاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار وهي 3 أشهر.

ب.3.1.4.2 - أرقام الشهر الذي انتهت فيه صلاحية العرض عندما يكون الأمر بالشروع في الأشغال قد أعطي قبل انتهاء فترة صلاحية العرض أو الأسعار.

ب.3.4.2 - القيمة النهائية :

هل هي متروكة لحرية الطرفين؟ العنصر الثاني في تحديد التغيير الذي يلحق بالمعاملات هو "القيمة النهائية"، مما يطرح التساؤل حول إذا ما كانت متروكة لحرية الطرفين المتعاقدين؟

إنّ القيمة النهائية للمعاملات والتي تنتج من الوثائق المرجعية أي من الجريدة الرسمية التي تتضمن الأرقام المعمول بها عند تاريخ إبرام الصفقة والتاريخ الاتفاقي أو الحقيقي الذي تحدث فيه دفعات على الحساب أو تسوية نهاية على رصيد الحساب أي أن تاريخ حساب القيمة النهائية يختلف حسب ثلاث حالات:

ب.3.1.4.3 - الحالة التي تقدر القيمة النهائية للثوابت بناء على الآجل التعاقدى لتنفيذ العمليات التي تؤدي إلى دفع الدفعات أو التسوية على رصيد الحساب.

ب.3.1.4.4 - الحالة التي تقدر فيها القيمة النهائية بناء على التاريخ الحقيقي لتنفيذ العمليات التي تستوجب الدفع شريطة أن تكون هذه المواعيد أقصر.

ب.3.1.4.5 - الحالة التي تقدر فيها القيمة النهائية بناء على التاريخ

= أن المشرع لم يوضح هذه المسألة.

الحقيقي لتنفيذ العمليات التي تستوجب الدّفْع في حالة التأخّر في التنفيذ لكن على شرط أن يكون السّعر المراجع المحسوب على أساس المواعيد الحقيقية أقل من السعر المراجع المحسوب على أساس المواعيد التعاقدية.

أي أنّ تاريخ حساب القيمة النهائية للمعاملات هي تاريخ تنفيذ الأشغال سواء التعاقدية أو الحقيقية، هذه القيم تتضمنها الجريدة الرسمية التي تصدر فيها الأرقام الاستدلالية، ويمكن القول أن تقدير القيم النهائية للمعاملات يتم موازاة مع سير دفع الدفعات على الحساب الموضوعة في العقد، مع مراعاة معاملات الارتباط التي توضح الاندماج بين الفترة القاعدية والفترة النهائية لتغيرات السعر⁽¹⁾، ويجب أن تكون معاملات الارتباط واضحة ومفهومة وإلا أدى ذلك إلى رفض المراجعة.

هناك إشكال قد يطرح وهو إذا كانت العناصر المرجعية للعوامل غير منشورة

عندما يحين وقت الدفعات على الحساب فكيف سوف تتصرف المصلحة المتعاقدة؟

لم يتناول قانون الصفقات العمومية هذه النقطة، إلا أن المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 07 جانفي 1992 يرخّص للمصالح المتعاقدة تطبيق الأرقام الاستدلالية المعروفة للشهر الاخير⁽²⁾، ويبدو من المنطقي تأجيل قراءة القيمة النهائية للمعاملات إلى غاية نهاية الصفقة العمومية حيث ستعرف قيمة الأرقام الاستدلالية.

-
- (1) Circulaire N°2964 du 28 Décembre 1993 relative à la méthode de calcul des coefficients de raccordement des prix, Réglementation des marchés publics, Ministère des finances, 1998, p166.
 - (2) Circulaire interministérielle N°051/MDB/92 du 07/1992/01/, in Réglementation des marchés publics, 1998, p159.

وهناك تساؤل آخر يثور، وهو ألا تؤدي وتيرة تقديم الدفوعات على الحساب إلى تقسيم وتجزئة صيغة المراجعة؟

إن التسوية المالية عن طريق عدة دفعات على الحساب قد يؤدي إلى مراجعات جزئية، ووعيا منه بهذه الإشكاليات التي قد تملئها الممارسة حدد قانون الصفقات العمومية اللجوء إلى تقنية المراجعة مرة كل 3 أشهر ما لم يتفق الطرفين طبعا على فترة أقصر، فقد أصبح منذ صدور المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بإمكان الطرفين أن يتفقا على فترة مراجعة أقصر من ثلاثة أشهر، ولم يكن سابقا بمقدور المتعاقدين أن يتفقا على فترة أقل من ثلاث أشهر، بل يمكنهما فقط أن يتجها إلى تطبيق فترة أطول مثلما نصت المادة 59 من مرسوم 82 - 145 وفي ظل أمر 67.

ب.3.5 - فترة تطبيق بنود المراجعة :

تثير بنود المراجعة فترة تطبيقها أي الامتداد الزمني، من أي تاريخ إلى أي تاريخ تطبق ؟ فهل يمكن أن تغطي التغيرات التي تحدث قبل الشروع في تنفيذ الصفقة وهل يمكن أن تطبق على الفترة التي تمتد بعد نهاية الأجل التعاقدية ؟

هذه الأسئلة التي نطرحها والتي يصطدم بها يوميا المطبقون، لم يتناولها القانون في مجملها، فمن الأساسي تحديد تاريخ الشروع في تطبيق المراجعة، إلا أن المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لا يحدد بصراحة التاريخ لانطلاق حساب المراجعة، بل يكتفي بتحديد الفترات التي لا يمكن أن تطبق فيها المراجعة، فطبقا المادة 67 فإنه يمكن استخلاص تاريخين لبدية تطبيق بند المراجعة هما:

1 - منذ نهاية فترة صلاحية العروض: وهذا لأن أجال صلاحية العروض لا تشملها المراجعة.

2 - ابتداء من تاريخ نهاية الفترة التي يشملها بند التحيين: لأن المادة جاءت صريحة في استبعاد أي إمكانية للمراجعة أثناء فترة التحيين.

وهذه الاشتراطات التي وضعها قانون الصفقات العمومية لا تترك أية حرية للمتعاقدين لتحديد بداية نفاذ بند المراجعة.

ونضيف أن محتوى هذه المادة يقصى صراحة من تطبيق بند المراجعة "الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض" دون أن يحدد تاريخا دقيقا للشروع في تطبيق بند المراجعة، ما يسمح بالقول أنّ هذا التحديد لا يقصى إمكانية تطبيقها على فترة سابقة على الشروع في تنفيذ الأشغال، وهو ما يؤدي إلى الفرضيتين التاليتين:

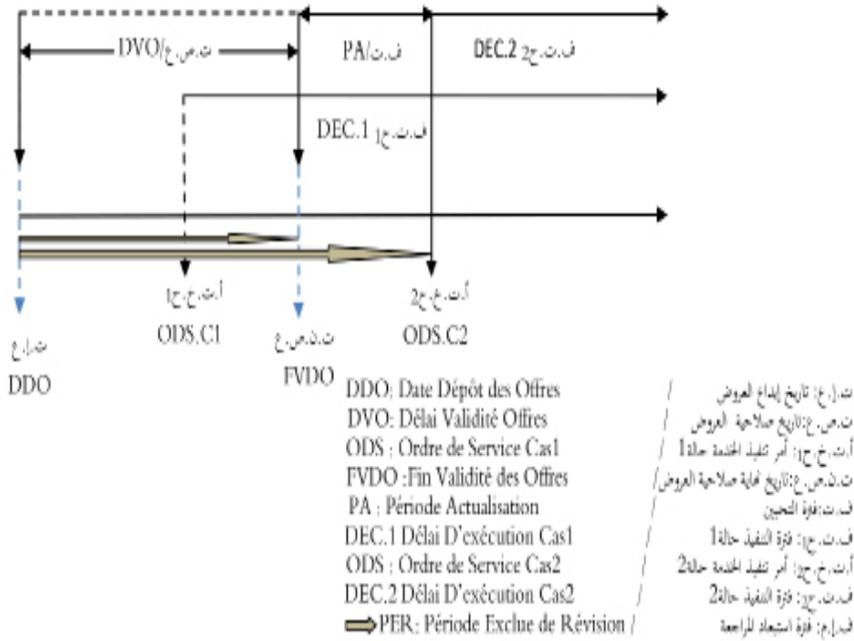
1 - أن تحدث تغيرات أثناء الفترة بين تاريخ نهاية آجال صلاحية العروض وفترة تقديم الأمر بالشروع في تنفيذ الأشغال.

2 - أن يتفق الطرفان المتعاقدان على أن تاريخ تطبيق بند المراجعة يشمل الفترة التي تسبق تنفيذ الأشغال.

كما أن تطبيق بنود المراجعة يصطدم بعدة إشكاليات في الناحية التطبيقية سواء بسبب التعقيدات والصعوبات التي قد ترافق تطبيقاتها التي تتطلب معرفة دقيقة بالصيغ الرياضية والحسابية، وما يزيد الأمر تعقيدا غياب دفاتر الشروط، وغياب اجتهادات القضاء، وكذلك الغموض الذي يحيط بمادة الصفقات العمومية في الجزائر.

يبدو من هذه الصعوبات التي تعترض المراجعة، حافز للمتعاقد المتعامل للاستغلال لارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بغرض الزيادة في الأسعار.

وفي الأخير نعرض نموذج نوضح فيه وقت تطبيق المراجعة⁽¹⁾:



نعرض مثال لكيفية تطبيق صيغة المراجعة المطبقة على أشغال البناء:

من: السعر المرجعي

Pr: Prix révisé

$$a+b+c+d \dots +m=1$$

a,b,c,d ...m: coefficients de pondération des indices

B,C,D...M: sont les valeurs des indices, à date de révisions

Bo,Co,Do...Mo : sont les valeurs des indices de base

Ah : la part de la main d'œuvre dans le prix

(1) Ahmed Meziani, Précité, p:34.

ثانياً: تعديل السعر بالملحق:

يمكن أن تكون الأسعار الأولية للصفحة العمومية محل تعديل اتفاقي ينتج عن اتفاق جديد للإرادتين المتعاقدين، على غرار العقود في القانون المدني ويطلق عليه اسم "الملحق".

يجسد المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن قانون الصفقات العمومية هذه الإمكانية في القسم الخامس منه ضمن المواد 102 - 106 (1).

لكي يكون السعر الأولي محل تعديل من خلال الملحق يجب أن يحترم المتعاقدين مجموعة من الشروط:

1 - أن يكون هناك التزام تعاقدي جديد:

إذ يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابية ومصادقا عليه من قبل السلطة المختصة أي أنه لا يقبل أي طلب من المتعامل المتعاقد لتعديل الأسعار بعد تلقيه وعودا من السلطات غير المؤهلة لذلك.

2 - يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفحة:

فتطبق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعية مسبقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفحة على العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق، فإنهما يحددان أسعارا جديدة (2).

3 - لا يبرم الملحق إلا في حدود الأجل التعاقدية إلا في الحالات الآتية:

- عندما لا يكون للملحق أية آثار مالية على الصفحة الأولية ولا يمس البنود المتعلقة بأجل تنفيذها.

(1) إذ تنص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 10 - 236: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفحة في إطار أحكام هذا المرسوم".

(2) المادة 104 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

• عندما يبرم الملحق في ظل تأخير في الآجال التعاقدية الأصلية بسبب اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد مرده أسباب استثنائية وغير متوقعة.

• إذا أبرم الملحق بصورة استثنائية بفرض الإقفال النهائي للصفقة خاصة إذا كان يهدف إلى تجنب الدعاوى القضائية المضرة لمواصلة تنفيذ الخدمات الموضوع الصفقة.⁽¹⁾

4 - يجب أن يخضع الملحق للرقابة التي تخضع لها الصفقة الأصلية؛

وهذا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، ويعرض الملحق الذي أبرم في ظل تأخير الآجال التعاقدية الأصلية لأسباب غير متوقعة والملحق الذي أبرم بصورة استثنائية وكان الهدف منه إقفال الصفقة نهائيا على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة.

ومع هذا هناك حالات لا يلزم فيها القانون بإخضاع الملحق إلى رقابة هيآت الرقابة الخارجية القبيلة إذا استوفت الشروط التالية:

• إذا كان موضوع الملحق لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجال التعاقد.

• إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز بالزيادة أو بالنقصان النسب التالية:

20 % من الصفقة الأصلية إذا كانت للصفقات من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

10 % من الصفقة الأصلية إذا كانت الصفقات من اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات.

(1) المادة 105 من نفس المرسوم الرئاسي السابق.

الفرع الثالث

نماذج لأفعال مؤدية للزيادة في الأسعار

يعتبر السعر في الوقت نفسه فكرة قانونية واقتصادية، بل هو نقطة الالتقاء بين القانون والاقتصاد اللذان مرت علاقتهما بمراحل متعاقبة حتى وصلت إلى دائرة المصالح المتبادلة فمن زاوية القانون فهو ركن في عمل قانوني ومؤشر عن الوضعيات والعلاقات القانونية التي يتواجد فيها المتعاقدين في الصفقة العمومية، فهو يمثل الالتزام الأساسي للمصلحة المتعاقدة والحق الأساسي للمتعاقد والذي يكون غالبا هو دافعه للتعاقد، أما اقتصاديا السعر هو العنصر الأساسي الذي يعبر عن التوازن في المبادلات لأنه يعبر عن قيمة شيء ما أو خدمة ما، فقيمة التبادل التي تحدد في وقت معين في سوق ذو طابع تنافسي هو سعر متوازن يعرف انطلاقا من التقاء منطقي للعرض والطلب⁽¹⁾.

في أغلب الأحوال يكون دفع هذا المقابل المالي من خلال تسهيل استخدام فواتير احتيالية لأعمال مقاوله من الباطن وفي واقع الأمر فإن هذه الأعمال تحدث وتكون الفواتير مزورة. ويمكن أيضا استخدام عقود استشارية احتيالية لهذا الغرض.

وتورطت بلدان متقدمة مؤخرا في فضائح شراء مماثلة، ففي ألمانيا دفعت الرشاوى للفوز بعقود قيمتها 2.5 بليون مارك ألماني لبناء المحطة الثانية في مطار فرانكفورت، واستنادا إلى المدعى العام، أدى الفساد إلى زيادة في الأسعار تراوحت بين 20 و30 في المائة، وفي محافظة السين ماريتيم الفرنسية، اتهم أناس بالفساد

(1) VINCENT Jiménez ,Le prix dans les contrats internationaux. , thèse pour le doctorat en droit international, université de Nice Sophia - Antipolis, 2000, p 13.

في عقود تتعلق بشراء حواسيب. فقد تلاعب موظفون بالإجراءات العادية المتبعة في الصفقات العمومية، مما أدى إلى خسارة قدرت بمبلغ 50 مليون فرنك فرنسي، استنادا إلى وزارة الداخلية الفرنسية.⁽¹⁾

ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، وهي الدولة التي تصرف على الرعاية الصحية 10.3 % من إجمالي دخلها القومي، برنامجا للرعاية الصحية العامة على مستوى الولايات وهما "ميديكير" و"ميديك إيد" ويقدم البرنامج أن مانسبته 5 - 10 % من ميزانيتها تضيع في زيادة أعباء الدفع المالي، ويشير فريمبونج إلى سلسلة من الفضائح التي اكتنفت الصفقات العمومية لشراء الكتب المدرسية والتي أسفرت عن خسارة قدرها 15 مليون دولار في الولايات الأمريكية المتحدة المتحدة.⁽²⁾

في تنزانيا:

وفي الصفقات العامة الكبيرة، ولا سيما في بناء الطرق والأشغال العمومية تبين من تقييم 24 عقد بناء حدوث تجاوزات كبيرة في التكاليف، فقد ارتفعت

(1) سوزان روز أكرمان، الفساد والاقتصاد العالمي، الفساد ومبادرات تحسين النزاهة في البلدان النامية، مؤتمر دولي عقد في باريس، مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24 - 25 أكتوبر 1997، برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز التنمية في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ص: 25. سوزان روز أكرمان: أستاذة كرسي هنري رلوس بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة ييل، ومشاركة في تنسيق مركز القانون والاقتصاد والسياسة العامة في كلية الحقوق، وتحمل شهادة الدكتوراه في الاقتصاد من جامعة ييل، وحصلت على زمالات من مؤسسة غوغنهايم ولجنة فولبرايت وكانت باحثة زائرة في البنك الدولي وألفت عدة كتب.

(2) آلان دويغ، ستيفن ريلي، الفساد واستراتيجيات مكافحة الفساد: قضايا ودراسات لحالات افرادية من البلدان النامية، مؤتمر دولي عقد في باريس، مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24 - 25 أكتوبر 1997، برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز التنمية في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ص: 52. آلان دويغ، ستيفن ريلي: أستاذ إدارة المرافق العامة في جامعة جون مورس بليفربول، المملكة المتحدة، واختصاصي في التطوير التنظيمي والتخطيط والميزانية لوكالات مكافحة الفساد. وكان خبيرا استشاريا في عدد من المنظمات، بما فيها اللجنة الأوروبية والحكومة البريطانية، حيث عمل في مصر وأوغندا وأوروبا الشرقية على وضع استراتيجيات النزاهة في الوظيفة العمومية والإصلاح التنظيمي. وقد ألف عدة كتب

التكاليف من 97.4 مليون دولار إلى 154.7 مليون دولار، وكان في ذلك ما يوحي بالفساد على حد قول موغاندا⁽¹⁾.

في مجال التعليم⁽²⁾ :

في نيكارجوا فقد أوضحت أن الصيانة السنوية الوهمية للمدارس تكلف وزارة التعليم مليون دولار في العام⁽³⁾.

و للمزيد من الوقاية من الزيادة غير المبررة في الأسعار، استحدثت المشرع المادة 72 مكرر: (جديدة)⁽⁴⁾، الجديد في هذه المادة وهو إلزام حائز الصفقة تقديم كل الوثائق والمعلومات لمراقبة سعر التكلفة وذلك عن طريق بند يدرج في دفتر الشروط أو في الصفقة. كما توضح المادة أن طبيعة الرقابة وهي رقابة إدارية ولم تحدد وقت الرقابة هل هو قبل البدء في تنفيذ الصفقة أو أثناء التنفيذ أو عند نهاية التنفيذ لأنه كما وضحنا في طبيعة الأسعار البعض يوضع قبل التنفيذ والبعض وقت التنفيذ والآخر في آخر التنفيذ.

كما حددت المادة إمكانية تطبيق عقوبات ولم يوضع المشرع طبيعة العقوبة هل هي تخفيض السعر الزائد على اللزوم أو عقوبة مالية أو فسخ أي لم يحدد نوع العقوبة وكيفية تطبيقها، وكذلك أن المادة تعاقب بمجرد رفض الإبلاغ بالمعلومات والوثائق المكونة لسعر التكلفة، هل تتم الرقابة بالنسبة لسعر التكلفة فقط، دون هامش الربح.

(1) نفس المقال، ص:55.

(2) رصدة الجوائز مبلغ 696.810.413.000 دج إعتمادات أولية لسنة المالية 2014 بالنسبة لوزارة التربية الوطنية ومبلغ 270.742.002.000 دج لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي ما يعادل 20.52% من مجموع الإعتمادات المالية لسنة 2014، قانون رقم 13 - 08 مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق لـ 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية 2014، (ج.ر 68 بتاريخ 31 - 12 - 2013).

(3) اللواء.د.محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2007، ص:61.

(4) أضيفت بالمرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 المؤرخ في 2012/01/18 (ج ر 04 ص.15) المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

عدم كفاية الضمانات التي تحمي حائز الصفقة والتي أوردتها المادة، في عدم تسريب معلومات لمنافسيه لأن وضع السعر من ضمن المنافسة الاقتصادية ولها خصوصية لكل حائز على الصفقة لأنه يوجد فرق بين سعر الصفقة وسعر التكلفة وإذا الطلع الغير على سعر التكلفة وكأنه تم الإطلاع على السر المهني لحائز الصفقة وخاصة إذا كان حائز الصفقة شركة من الشركات الكبرى التي تعمل على حماية خصوصياتها. أما الإشكال الأخير منهم المكلفون برقابة سعر التكلفة وإلى أي جهة ينتمون، فالمشرع اكتفى بعنصر أن الأعوان مؤهلون للقيام بالرقابة فهل هم أعوان مجلس المحاسبة أو المفتشية العامة للمحاسبة، مجلس المنافسة⁽¹⁾، كذلك لم تحدد الجهة التي يرفع لها تقرير الرقابة هل إلى الجهة التي عينت هذه الهيئة أو إلى المصلحة المتعاقدة. وعليه تبقى هذه الإشكاليات مطروحة إلى غاية صدور قرار من الوزير المكلف بالمالية لتوضيح هذه الإشكاليات.

إلا أن الإيجابيات التي جاءت بها المادة وهي إمكانية الرقابة بالنسبة لسعر التكلفة وسد الثغرة التي كانت تضخم سعر الصفقة، ونأمل أن يصدر قرار من الوزير المكلف بالمالية لتوضيح الإشكالية المطروحة، خاصة فيما يخص استغلال المتعامل المتعاقد باستغلال سلطة وتأثير أعوان هيئات المصالح المتعاقدة في الزيادة في الأسعار.

(1) لكن يطرح التساؤل إن كان خضوع هذه التصرفات لقانون المنافسة، يجعلها حتما خاضعة لاختصاص مجلس المنافسة، طالما أنه ليست هناك في القانون ما يمنع تدخل هيئات أخرى غير مجلس منافسة، فإذا كان الحل الذي أتمتد في فرنسا، حتى يوضع حد لمشكل الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري فيما يتعلق بالأعمال التي تقوم بها الأشخاص العمومية والتي قد تشجع على خرق قواعد المنافسة، يستند(الحل) على تقنية قانونية تتمثل في نظرية الأعمال المنفصلة، التي اعتمدها القضاء الإداري من قبل حيث أصبح يعترف باختصاص مجلس المنافسة للفصل في المنازعات المتعلقة بكل نشاط اقتصادي يظهر فيه المساس بأحكام المنافسة، متى كان منفصلا عن الأعمال الإدارية(أي كانت طبيعتها قرارا إداريا أو عقدا إداريا) المتعلقة باستعمال وممارسة صلاحيات السلطة العامة أو المرفق العام. نساءل إذا كان بالإمكان تطبيقه عندنا في الجزائر؟ سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، المداخلة الثانية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

المطلب الثاني

النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إن التطور الهائل الذي تشهده المجتمعات المعاصرة ومشاريع النهضة التنموية التي تتعهد بها الدول والحكومات والمنظمات الدولية مثل بناء المدن، تطوير شبكات المواصلات، الصحة، التعليم، صناعة السلاح، تملك التكنولوجيا وغيرها من الخطط التي ترصد لها أموال، فتحة أبوابا واسعة أمام الطامعين ليفسدوا فيها على حساب اكتمال تلك المشروعات. ومن هنا ظهرت أنماطا مستحدثة من الفساد بأساليب جديدة يصعب حصرها واتسعت بذلك صور ومجالات الفساد وتتنوع أساليبه يوما بعد يوم.

وعليه سنبحث الصور المادية المكونة للركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية حسب ما أوردها المشرع في المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، حسب الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** التعديل في نوعية المواد والخدمات.
- **الفرع الثاني:** التعديل في آجال التسليم.
- **الفرع الثالث:** التعديل في التموين.

الفرع الأول

التعديل في نوعية المواد والخدمات

يسعى المشرع من خلال تجريم فعل تعديل في نوعية المواد والخدمات، ضمان الجودة من جهة، وحماية المستهلك -المنتفع من الخدمة - من جهة أخرى.

فمن حيث حماية المستهلك فقد خصص المشرع قانون خاص لحماية المستهلك، أما من حيث ضمان الجودة في مجال الصفقات العمومية فنرى أن المادة 26 فقرة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تكفل ضمان الجودة في تنفيذ الصفقة من حيث تجرم أي فعل من شأنه أن يعدل في نوعية المواد أو الخدمات، مما يؤثر على الجودة المطلوبة، وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، نجد أن المشرع حريص على ضمان الجودة فيما يخص اختيار المتعامل المتعاقد⁽¹⁾ وتنفيذ الصفقة العمومية في كل من المادة 6 و30 و125.

من خلال ما تقدم نتناول في هذا الفرع، مفهوم الجودة، ثم نبين الفرق بين المواد والخدمات، لنختم في الأخير بنماذج من أفعال مؤدية لتعديل في نوعية المواد أو الخدمات بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة.

(1) إن عملية اختيار المتعامل المتعاقد، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، مع المصلحة المتعاقدة، هي من أهم وأقعد مراحل إبرام الصفقات العمومية، كونها المحدد الرئيسي لمصير الصفقة بشكل عام، فإذا نجحت المصلحة المتعاقدة في إتمامها بطريقة صحيحة، مهنية وشرعية، طبقا لتشريع المعمول به، تكون قد ضمنت نسبة كبيرة في إنجازها وبالتالي تحقيق الأهداف المتوخاة منها. وعلى التقيض من ذلك، إذا انحرفت عملية الاختيار عن إطارها القانوني الصحيح قد يؤدي ذلك إلى فشل الصفقة، وما يترتب عن ذلك من آثار سلبية على ضمان الخدمة العمومية من جراء حرمان السكان من إتمام المشروع بالشكل المطلوب هم في حاجة ملحة له وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة التي تبقى هدف وغاية كل صفقة عمومية. بوضوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي الياابس، سيدي بلعباس، يومي: 24/25 أبريل 2013.

أولاً - مفهوم الجودة:

تعد قواعد الشريعة الإسلامي السبّاقة في الاهتمام الواسع في التأكيد على العمل الجاد والمتقن، فمن القرآن الكريم نجد قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾⁽¹⁾، أما السيرة النبوية الشريفة فهي حافلة بالأحاديث التي تعظم العمل وإجادته، فيقول رسول الله ﷺ: "إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه" فضلاً عن أن التربية الإسلامية الصحيحة تغرس في نفس الفرد مبدأ الرقابة الذاتية بحيث يباشر عمله بإخلاص وأمانة دون خوف من أحد أو طمع في منصب وإنما فقط على أساس تقوى الله وخشيته وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽²⁾، ويقول ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات....".

أما بالنسبة لعلماء الاقتصاد والأعمال، يقصد بمصطلح الجودة: "مجموعة الصفات والخصائص للسلعة أو الخدمة التي تؤدي قدرتها على تحقيق الرغبات"⁽³⁾.

وعرفت الجمعية الفرنسية للتقنيين AFNOR ضمن المواصفات القياسية الدولية الإيزو 9000 طبعة 2000 على أنها: "قدرة مجموعة من الخصائص والمميزات الجوهرية على إرضاء المتطلبات المعلنة أو الضمنية لمجموعة من العملاء"⁽⁴⁾.

(1) سورة التوبة، الآية 105.

(2) سورة المدثر، الآية 38.

(3) مزيان عبد القادر، أثر محددات جودة الخدمات على رضا العملاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة إبي بكر بلقايد تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، تخصص تسويق دولي 2011 - 2012، ص: 02.

(4) نفس المرجع، ص: 03.

في هذا المجال فقد حددها جارفين 1991 Garvin كما يلي⁽¹⁾ :

• مدخل التفوق أو المتسامي ويقصد :

بالجودة وفق هذا المدخل بأنها ملائمة المنتج للاستخدام، أي قدرة أداء المنتج للاستخدام وفقا للمواصفات التي تحقق رضا المستهلك من خلال تقديم أداء أفضل وأدق صفات تشبع رغبات المستهلك، وهذا المدخل يتفق مع تعرف فيجنوبوم Feigenbaum للجودة على أنها تحقيق رغبة المستهلك.

• مدخل يعتمد على المنتج :

بموجب هذا المدخل ينظر للجودة على أنها الدقة والقدرة في قياس المفردات، أو الخصائص المطلوبة في المنتج، والتي هي قادرة على تحقيق رغبات المستهلك، هذا المفهوم يتطابق مع مفهوم مبادئ وفلسفة إدارة الجودة الشاملة والتي تؤكد على دقة مطابقة المواصفات الموضوعية.

• مدخل يعتمد على المستخدم :

ويقصد بالجودة وفق هذا المدخل بأنها ملاءمة المنتج للاستخدام، وهذا المدخل يتفق مع ما ذهب إليه الباحث جوران Jauran بأن الجودة ملاءمة المنتج للاستخدام.

• مدخل يعتمد على التصنيع :

تعني الجودة وفق هذا المدخل صنع منتجات خالية من النسب المعيبة، من خلال مطابقتها لمواصفات التصميم المطلوبة وهذا يتفق مع مفاهيم الجودة في اليابان: اعمل الشيء من أول مرة. وكذلك مع المفهوم التلف الصفري الذي نادى به كروسبي، ويمتاز هذا المدخل بتحقيق معايير قياس الجودة المستهدفة بأقل كلفة للجودة المطلوبة.

(1) نفس المرجع، ص: 04.

• **مدخل يعتمد على القيمة :**

يهدف هذا المدخل إلى تحقيق الجودة من خلال تحديد عناصر السعر، أي مدى إدراك المستهلك لقيمة المنتج الذي يرغب في الحصول عليه من خلال مقارنة خصائص المنتج، ومدى ملاءمتها لحاجته مع سعر الشراء، ومتى تحقق ذلك للزبون فإن المنتج يصبح بنظره ذا قيمة عالية، فالجودة يعبر عنها بدرجة التمايز بالسعر المقبول ويحقق السيطرة على متغيراتها بالكلفة المقبولة.

يقصد بنوعية المواد والخدمات الجودة والتي تعرفها المنظمة الدولية للتمهيط "ISO" (باعتبارها أكثر قبولاً في الأوساط العلمية) بأنها: "مدى استعداد المنتج لتلبية حاجات المستهلكين"، والمقصود - بمدى استعداد المنتج - هو مجموعة القيم التي يمكن أن يكتشفها الزبون قبل الشراء أو بعد الاستعمال⁽¹⁾.

ثانياً - الفرق بين المواد والخدمات:

الخدمة نشاط غير مادي، ملكيتها لا تتغير ولا تنتقل، ولا يمكن إعادة بيعها ولا تخزين والإنتاج والإستهلاك متزامنان ولا يمكن نقلها أو تصديرها إلى مكان آخر ولكن نظام تقديم الخدمة يمكن أن ينقل أو يصدر⁽²⁾، وعليه يمكن التفرقة بين المواد(السلع) والخدمة كالتالي:⁽³⁾

الخدمات	المواد (السلع)
غير ملموسة	ملموسة
لا يمكن تخزينها	يمكن تخزينها
عدم التلازم	متلازم (الاستهلاك و الإنتاج)
وحداتها متغيرة	وحداتها متجانسة
صعبة التسعير	سهلة التسعير
لا يمكن تقاسمها	يمكن تقاسمها

(1) عثمان بودحوش، المرجع السابق، ص:61.

(2) مزيان عبد القادر، المرجع السابق، ص:24 - 25.

(3) نفس المرجع، ص:29.

ثالثا - نماذج من أفعال مؤدية لتعديل في نوعية المواد أو الخدمات بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة:

- تتزايد وباستمرار عدد المحاكم التي تتولى النظر في قضايا مؤسسات تقوم بتصميم منتجات أو تقديم خدمات غير جيدة في إنتاجها أو توزيعها لذا فإن كل مؤسسة إنتاجية أو خدمية تكون مسؤولة قانونا عن كل ضرر يصيب العميل من جراء استخدامه لهذه المنتجات.
- القاعدة العامة إذا كان الإنسان لا يقبل بالخدمات الرديئة والمواد المغشوشة بالنسبة لأملكه الخاصة، فيجب على من يمثل المصلحة المتعاقدة هو الآخر أن لا يقبل بهذا الغش في المواد لأنه مسؤول المصلحة المتعاقدة من جهة ويمثل الشعب من جهة أخرى.
- بمناسبة تنفيذ عقد متعلق بضمان خدمات النظافة في مؤسسة عمومية كالمستشفيات مثلا، حيث يلجأ إلى تقليص العمال إلى الحد الأدنى، كما يحدد عدد التدخلات كأن يقوم بالنظافة يوم بيوم بدلا من كل يوم، أو يستعمل مواد تنظيف رخيصة الثمن، أو يكتفي بالنظافة باستعمال الماء فقط، بينما العقد يتضمن في بنوده جميع مستلزمات الخدمة الجيدة التي يتطلبها المرفق الصحي كالمستشفى حيث ينبغي توفير أقصى مستويات النظافة والتعقيم.

- في مجال الصحة⁽¹⁾ :

ينفق العالم سنويا أكثر من ثلاثة (3) تريليونات من الدولارات على الخدمات الصحية يجعل لهذه الأموال هدفا مغريا وعنصرا جذابا لسوء الاستخدام والغش

(1) رصدة الجزائر مبلغ 365.946.753.000 دج إتمادات أولية لسنة المالية 2014 بالنسبة لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات ما يعادل 8 % من مجموع الإتمادات المالية لسنة 2014، قانون رقم 08 - 13، قانون المالية 2014.

والتلاعب. في نيجيريا، تم فيها استبدال الماء بمادة الأدرينالين الخاصة بإنقاذ الحياة بالإضافة لعملية إحلال المكونات النشطة الأخرى بالماء. وهو الأمر الذي يحدث ضعفا ويترك أثرا سلبيا على مقاومة الأدوية الخاصة بمرض الملاريا، مرض السل، وفيروس نقص المناعة البشرية (الإيدز)، وهذه الأفعال من أكبر أسباب الوفاة في العالم، اكتشفت التحقيقات أن هذه الممارسات تمت بناء على علاقات قائمة بين الموردين، ومزودي الرعاية الصحية وصانعي السياسات، وتقف خلفها أحيانا جهات منتظمة أو حلقة من الموظفين الذين يسهمون في عملية تحريف وتشويه في سياسات الصحة العامة⁽¹⁾.

• في مجال الأشغال:

مجرد الشك في فساد أشغال البناء يأمر المشرع بالهدم وإعادة البناء، وهذا ماقضت به المادة 26 من دفتر الشروط الإدارية العامة لـ 1964 تحت عنوان: "الفساد في البناء". إلا أنه في الواقع بالرغم من وجود فساد في أشغال البناء يحصل المداول على رخصة حسن التنفيذ، بدلا من تهديم المنشأة وهذا طبعا نتيجة لاستغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل عدم حصول الهدم أو إعادة البناء.

بالنسبة للمشاريع الكبيرة في البناء والسلع الإنتاجية، فالسلع المستخدمة في الاستهلاك مرشحة بالدرجة الأولى لتكون موضوع رشاوى، ما دام يصعب الكشف فيما بعد عما إذا كانت السلع قد سلمت فعلا أم لا بالكمية والنوعية المطلوبين وعلى سبيل المثال، اكتشف مراجعو الحسابات في ملاوي أن صندوق الصحافة الحكومية قد اشترى ملايين الدولارات من القرطاسية التي لم يعثر لها على أثر ولم يكن للوكالة أي نظام معتمد للمراقبة الخطية للمشتريات المحلية وفي كينيا، خسرت الحكومة ما يقارب 1.5 مليون دولار في صفقات شراء عقاقير قامت بها وزارة الصحة⁽²⁾.

(1) اللواء.د.محمد الأمين البشرى، المرجع السابق، ص: 57 - 59.

(2) سوزان أكرمان، المقال السابق، ص: 27.

فالموظف غير نزيه قادرا على أن يصوغ الصفقة بطريقة تكسب الشركة الفائزة - المتعامل المتعاقد - ربحا يفوق ما قد تحصل عليه في صفقة نزيهة. ويمكن أن يصمم الموظف غير نزيه الصفقة أو العقد بطريقة تحقق أقصى قدر من الأرباح التي يمكن اقتسامها بين الموظفين والشركة. وهو في قيامه بذلك يمكن أن يضحي بالقيم التي كان بالإمكان إدراجها في عقد مبرم بطرق نزيهة. فعلى سبيل المثال، قد يتم تجاهل الأضرار التي قد تلحق بالبيئة أو بالسكان الأصليين، بل قد تكون الجهة الفائزة شركة أشد رغبة في ربط علاقات مبنية على الفساد مع كافة طبقات السلم النظامي للجهاز الإداري لحماية مصالحها وعلى سبيل المثال، إذا كان امتياز قطع الأشجار يتضمن إتاحة تدفع حسب عيار نوع الخشب المقطوع، فإن الشركة قد تستفيد من سلطة تأثير المفتشين لتغيير عيارات الأخشاب. أو للاستفادة من قطع عدد من الأشجار يفوق الحد الذي يسمح به عقد الامتياز. وفي إطار عقد بناء، قد يتوقع استغلال العلاقة المميزة بين الشركات ومفتشي البناء لكي يقرروا بأن العمل مطابق لمعايير السلامة في البلد.⁽¹⁾

(1) سوزان روز أكرمان، المرجع السابق، ص:30.

الفرع الثاني

التعديل في آجال التسليم

قد تكون نهاية الصفقة بإتمام تنفيذها، وهذه هي النهاية الطبيعية، وقد تنتهي قبل الوصول إلى هذه المرحلة، أي إنهاؤها قبل إتمام تنفيذها أو انتهاء المدة، بحيث لا يرتب العقد جميع آثاره تجاه طرفيه، ولذلك تسمى بالنهاية غير الطبيعية للعقد، وهذه الأخيرة تكون عندما ينقضي عقد الأشغال العامة قبل ميعاده الطبيعي، وذلك عن طريق فسخ العقد الذي يأخذ أشكالاً متعددة⁽¹⁾.

ونحن في هذا الفرع سوف نتناول النهاية الطبيعية للصفقة - آجال التسليم وأشكاله -، لتذكير سوف نحصر مجال الدراسة بالنسبة للأشغال العامة، على سبيل المثال لا الحصر.

أولاً - مفهوم آجال التسليم:

بعد أن يكمل المقاول إنجاز الأشغال محل العقد يلتزم بتسليم هذه الأعمال إلى الإدارة لكي يتحرر من التزاماته العقدية ويحصل على ثمن الأشغال التي قام بتنفيذها، ويتم تسليم الأشغال العامة بحضور المقاول والإدارة وتعتبر هذه العملية بمثابة إقرار منها بإنجاز الأشغال من طرف المقاول، حيث تعلن الإدارة قبولها للأشغال متى كانت في حالة تسمح بتسليمها ووضع يدها عليها.⁽²⁾

ويقابل التزام المقاول بتسليم الأشغال التزام الإدارة بتسليمها، وإلا ارتكبت خطأً عقدياً تتحمل مسؤوليته في مواجهة المقاول فالتسليم والاستلام التزام يقع على عاتق الطرفين لا يمكن لأي منهما ولا لكليهما الإخلال به، وتسليم الأشغال ليس مجرد عملية مادية، بل هو تصرف قانوني أيضاً له نظام وأشكال ينبغي التقيد بها.

(1) سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1984، ص: 754.

(2) المادة 46 - 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

والتسليم هو معاينة حضورية للأشغال بعد إنجازها، تقرر من خلالها الإدارة بوفاء المقاول بالتزامه بتنفيذ العمل محل العقد وفقا للشروط والقواعد الفنية المتفق عليها.⁽¹⁾

ثانيا - نظام وأشكال التسليم:

يعتمد المشرع على نظام التسليم الوحيد، ونظام التسليم الثنائي.⁽²⁾

أ - نظام التسليم الثنائي:

يتم فيه تسليم الأشغال على مرحلتين متتاليتين ومتميزتين من حيث آثارهما، وهما مرحلة التسليم المؤقت التي تلي مباشرة إتمام إنجاز الأشغال وتكون آثارها محدودة، ثم تليها مرحلة التسليم النهائي بعد فترة من الزمن والتي يكون من آثارها إنقضاء الرابطة العقدية بين المقاول وصاحب المشروع.

ب - نظام التسليم الوحيد:

يتم بعد إكمال تنفيذ الأشغال في مرحلة واحدة ومن خلال عملية واحدة، وهو قريب من مرحلة التسليم المؤقت من حيث نتائجه القانونية في نظام التسليم الثنائي، إذ أنه لا يؤدي إلى انتهاء الرابطة العقدية الناشئة عن عقد الأشغال العامة.

وعموما وسواء كان النظام المتبع في تسليم الأشغال هو التسليم على مرحلتين

(1) بن شعيان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011 - 2012، ص: 277.

(2) وقد إعتد المشرع الفرنسي نظام التسليم الوحيد هذا في كراسة الشروط الإدارية العامة، وجعله يحل محل التسليم المؤقت وليس التسليم النهائي لأنه مصحوب بضمان الإنجاز الكامل الذي يذكر بمدة الضمان الفاصلة بين التسليم الابتدائي والتسليم النهائي، إلا أن المشرع الفرنسي لم يبلغ نظام التسليم الثنائي، بل أن النظامين يطبقان بالتوازي إذ يمكن اللجوء إلى التسليم الثنائي للأشغال التي لم تشر عقودها صراحة إلى تبني أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة الصادرة في 1976 التي إعتد فيها نظام التسليم الوحيد. أنظر المادة (1/41) من دفتر الشروط الإدارية العامة CCAG الفرنسي 1976. نفس المرجع، ص: 280.

أو التسليم في مرحلة واحدة، فإن التسليم في حد ذاته كعملية قانونية يتخذ أشكالاً متعددة منها:

• **التسليم الصريح:**

وهو الشكل الأصلي والذي يتم وفقاً لإجراءات تتضمنها النصوص المختلفة.

• **التسليم الضمني⁽¹⁾:**

يتم من خلال تصرفات الإدارة صاحبة المشروع، كوضع يدها على المنشأة المنجزة وبدء استخدامها فيما أعدت له، وذلك دون إتباع الخطوات والإجراءات التي تحددها النصوص لعملية التسليم، وهو التصرف الذي يعتبره القضاء الإداري بمثابة التسليم ويرتب عليه نتائج التسليم الصريح، كبداء سريان مدة الضمان العشري، متى كانت الأشغال التي حازتها الإدارة تسمح باستلامها ولم تكن حيازة الإدارة مقرونة بتحفظات عليها، وكذلك اعتبار التسليم النهائي حقا مكتسبا للمقاول بقوة القانون، وذلك بعد انقضاء مدة الضمان.⁽²⁾

• **التسليم الودي والتسليم القضائي:**

حيث يتم بحسب الأصل التسليم ودياً وإن حدث عدم اتفاق بين المقاول والإدارة في هذا الشأن، فإن لكل منهما الحق في اللجوء إلى القضاء لحل النزاع وذلك بتحديد تاريخ نهاية الرابطة العقدية بين الطرفين.

• **التسليم الكلي والتسليم الجزئي:**

ويقصد بذلك تسليم كل الأشغال محل العقد أو تسليم شريحة أو جزء منها فقط، خاصة بالنسبة للأشغال المجزأة والتي قد يتولى تنفيذها أكثر من مقاول،

(1) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: 816.

(2) غير أن أحكام التسليم الضمني ليست موحدة بالنسبة لجميع الحالات، وإنما القضاء يدرس كل حالة بحسب معطياتها، لذلك فإن ما يطبقه على حالة قد لا يعمل على حالة أخرى.

وبالتالي يتم تسليمها بعد الإنجاز من أجل بدء سريان مدة الضمان العشري دون انتظار لحين اكتمال كل أشغال المشروع وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في دفتر الشروط الإدارية العامة⁽¹⁾.

يتضمن التشريع الجزائري حكما مماثلا حسب ما ورد في المادة 46 - 2 من دفتر الشروط العامة لـ 1964: " يجب أن يتم الاستلام المؤقت الجزئي عندما تستعمل الإدارة حق الحيابة المسبقة على بعض الأشغال."

ثالثا - مراحل التسليم وآثاره:

إذن كما أشرنا هناك التسليم الوحيد كنظام والتسليم الثنائي، والتسليم الوحيد هو بمثابة التسليم المؤقت في نظام التسليم المزدوج المراحل، وعليه فسنكتفي بالتطرق لتبيان التسليم المزدوج من حيث مراحل وإجراءاته والنتائج المترتبة عليه.

أ - التسليم المؤقت:

ويسمى أيضا بالتسليم الابتدائي، وهو كما أسلفنا يقابل التسليم الوحيد من حيث آثاره، وعليه فإن ما يقال عن الأول ينطبق على الثاني.

1. أ - مراحل:

- يتم عقب إنهاء المقاول من تنفيذ الأشغال محل العقد مباشرة.
- إخطار صاحب الأشغال⁽²⁾ - أي مكتب الدراسات المكلف بمتابعة تنفيذ الأشغال - لكي يقوم بالاستلام المؤقت للأشغال.
- معاينة الأشغال قبل إعداد وإمضاء محضر التسليم، ويتم ذلك عن طريق تحديد موعد لإجراء المعاينة وإخبار المقاول بذلك.⁽³⁾

(1) المادة 21 - 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976 الفرنسي. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص: 282.

(2) ينص عليه دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري في المادة 46 تحت عنوان "الإستلام المؤقت".

(3) حدد المشرع الفرنسي في المادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسي لسنة 1976 أجل 20 يوم من

- وجوب توقيع محضر المعاينة من قبل طرفي العقد. (1)
- إمكانية تسلم الأشغال من طرف المصلحة المتعاقدة تحت تحفظ إجراء تجارب واختبارات معينة. (2)

أ.2 - آثار التسليم المؤقت:

1. إعفاء المقاول من إصلاح العيوب الظاهرة أثناء التسليم والتي لم تكن محل تحفظ.

تاريخ تلقي إخطار المقاول بإنهاء الأشغال، بينما لم يرد أجل محدد في التشريع الجزائري. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص: 283.

(1) لم يشير المشرع الجزائري إلى عملية المعاينة وما يتخللها، بخلاف المشرع المصري الذي نص في المادة 87 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998: "على المقاول بمجرد إتمام العمل أن يخلي الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهد... وإلا كان لجهة الإدارة تنفيذ ذلك على حسابه، ويخطر عندئذ بالموعد الذي حدد لإجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد إتمام المعاينة...". نفس المرجع، نفس الصفحة.

(2) يلاحظ خلو التشريع الجزائري من هذه الأحكام، خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص على مايلي:
أ. وإذا ثبت من معاينة الأشغال أن جزءا منها تم بشكل غير مطابق لما هو محدد في العقد، أو فيها نقص عما هو متفق عليه، أو نفذت الأشغال ولكن بها عيب معين، غير أن هذه الملاحظات لاتصل الى درجة المساس بسلامة الأشغال أو لا يؤثر على استعمال المنشأة، فصي مثل هذه الحالات يجوز للإدارة صاحبة المشروع أن تقبل بالتسليم مع إقتراح للمقاول بتخفيض ثمنها، فإن لم يوافق على ذلك وجب عليه إصلاح ما بها من عيب أو استكمال ما بها من نقص وإتمامها على الوجه المتفق عليه. المادة 41 - 7 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية لسنة 1979.

ب. أما إذا اتضح من المعاينة بأن الأشغال بها عيب ما، فإنه رغم ذلك يمكن إعلان التسليم تحت تحفظ إصلاح المقاول لهذا العيب في مدة يحددها المسؤول عن المشروع، أو قبل ثلاثة أشهر من انتهاء مدة الضمان، فإذا لم يصلح المقاول العيب المتحفظ بشأنه قامت الإدارة بتنفيذ ذلك على حسابه دون إلغاء التسليم الذي هو حكم التسليم المقرون بتحفظ إجراء التجارب والاختبارات. المادة 42 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية لسنة 1979.

ج. إذا ثبت من المعاينة أن هناك أشغالا معينة مذكورة في العقد، ولم ينفذها المقاول، فإنه قد يتم إعلان التسليم ولكن تحت تحفظ تعهد المقاول بإتمام تنفيذها خلال مدة محددة. المادة 41 - 5 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية لسنة 1979.

د. يتم التسليم تحت التحفظ لحين إجراء معينة على بعض الأشغال بعد فترة من استعمالها مثلا، أو إجراء الاختبارات في فصل معين من فصول السنة، ونتيجة الاختبار هي التي تحدد ما إذا كان التسليم سيتم فعلا متى كانت نتائجه إيجابية أو أنه سيلغى إذا أثبت الاختبار والتجربة أن النتائج غير مرضية. المادة 41 - 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية لسنة 1979. أنظر (أ - ب - ج - د، نفس المرجع، ص: 284 وما بعدها).

2. بدء سريان مدة الضمان التي يلتزم المقاول خلالها بإصلاح العيوب التي أبدت الإدارة بشأنها تحفظات، أو تلك التي تظهر أثناء مدة الضمان⁽¹⁾.

3. انتقال مسؤولية تبعة الهلاك والمخاطر إلى الإدارة صاحبة المشروع ابتداء من تاريخ التسليم المؤقت⁽²⁾.

4. إعداد كشوف الحسابات الختامية والعامية لصالح المقاول من أجل الوفاء له بمستحققاته.

5. حق المقاول في استرداد المبالغ المالية التي دفعها أثناء إبرام الصفقة (ضمان الصفقة، كفالة حسن التنفيذ)⁽³⁾.

ب - التسليم النهائي:

هو إجراء يأتي بعد انتهاء فترة الضمان التي تلي التسليم المؤقت⁽⁴⁾.

ب.1 - آثار التسليم النهائي:

1. انتقال ملكية الأشغال محل العقد إلى ذمة الإدارة، وما يتبع ذلك من نقل تحمل تبعة الهلاك.

2. تحرر المقاول من الالتزام بالصيانة الذي كان على عاتقه أثناء فترة الضمان بعد الاستلام المؤقت.

(1) المادة 2/47 - 3 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري لسنة 1964 مدة الضمان بالنسبة لعقود

الأشغال العامة بستة أشهر إلى سنة بحسب نوع الأشغال والتي تبدأ من تاريخ التسليم "...، وهي ذات المدة التي أقرها المشرع الفرنسي في المادة 41 - 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفرنسية لسنة 1979، والمشرع المصري في المادة 88 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998. نفس المرجع، ص: 286.

(2) لم يشر المشرع الجزائري إلى تبعة الهلاك بينما نص عليها المشرع الفرنسي. نفس المرجع، ص: 287.

(3) أنظر المواد 99-100-101 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(4) المادة 47 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري ل... 1967.

3. حصول المقاول على كافة مستحقاته المالية تجاه الإدارة سواء مقابل ما قام به من أشغال أو ما قدمه من مبالغ على سبيل الكفالة والضمان.

4. انقضاء العلاقة العقدية وبدء مدة سريان مدة الضمان العشري، التي تنطلق من تاريخ التسليم النهائي للإشغال أو من تاريخ حيازة الإدارة الأشغال المنجزة.

رابعا - نماذج لأفعال مؤدية للتعديل في آجال التسليم بفرض الحصول على امتيازات غير مبررة؛

أ - مسؤولية المصلحة المتعاقدة؛

على المتعاقدين وخاصة الإدارة صاحبة الأشغال ونظرا لدورها في تحديد المواعيد المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة عموما، عليها أثناء تحديد تاريخ بدء سريان مدة التنفيذ الأخذ بعين الاعتبار جملة من المعطيات التي يستدعيها البدء في التنفيذ حتى يتمكن المقاول من الانطلاق، إذ لا بد من منحه فرصة إعداد الإمكانيات المادية والبشرية من سلع وتجهيزات وعمال، وإنجاز الأعمال التمهيديّة التي يتطلبها الشروع في التنفيذ، وهذا حرصا على جعل بدء سريان مدة التنفيذ، بدءا فعليا للتنفيذ، لا مجرد إجراء نظر.

فقد جاء في المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة الفقرة الأولى: " يجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري...".

وفي الفقرة الثالثة: "... يتلقى المقاول مجانا من المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصدقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمتعضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة في التنفيذ".

وقبل هذا كانت المادة 02 من ذات الدفتر قد نصت على: " كل أجل يجري تحديده في الصفقة سواء كان للإدارة أو المقاول يبدأ سريانه من غداة اليوم الذي أبرم فيه العقد أو نص عليه فيه لابتداء سريان ذلك الأجل".

ولما كانت مدة التنفيذ لا تبدأ إلا من اليوم الموالي لتاريخ إبلاغ المقاول بالأمر المصلي المتعلق بذلك، فإنه متى تأخرت الإدارة في إصدار هذا الأمر المصلي بالبدء في تنفيذ الأشغال لا يمكنها أن تسأل المقاول عن تنفيذ العقد.

وقد جعل المشرع المصري تاريخ بدء سريان مدة التنفيذ هو تاريخ تسليم الإدارة موقع الأشغال للمقاول وأقر القضاء المصري التزام المقاول بالسعي لدى الإدارة صاحبة المشروع من تمكينه من الشروع في التنفيذ، وألا يكتفي بموقف سلبي ينتظر تصرف الإدارة⁽¹⁾.

وعليه فإنه بعد إتمام التسليم المؤقت ترد للمقاول تلك المبالغ، شرط ألا يكون مدينا بأية مبالغ أو مطالبات من قبل الإدارة أو يرد إليه ما زاد عن قيمة ذلك الدين أو المطالبات، مع الاحتفاظ بقيمة الضمان لحين انتهاء مدته إذا كان ذلك منصوص عليه في العقد، وفي هذا ينص المشرع الجزائري على: " تسترجع كفالة الضمان المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه أو اقتطاعات الضمان المذكورة في المادتين 99 و100 أعلاه، كليا في مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ التسليم النهائي للصفقة."

ويتضح من أحكام المشرع أن اقتضاء الغرامة منوط بتقدير الإدارة، باعتبارها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام، وأيضا عن تنفيذ شروط العقد، فلها أن تعفى المقاول من الغرامة كلها أو بعضها متى قدرت مثلا أن تأخره لن يؤثر على حسن سير المرفق العام ولم ينتج عنه أي ضرر، أو إذا قدرت ظروف المقاول في التنفيذ ومجهوداته، إلى غير ذلك من الأسباب والمبررات التي قد تعتمدها الإدارة⁽²⁾.

ب - أمثلة لتعديل في آجال التسليم:

إن التلاعب في آجال التسليم له عدة أوجه وغايات كلها تهدف إلى الحصول على منفعة مادية لصالح الجاني باستغلاله لسلطة أو تأثير أعوان الهيئة صاحبة

(1) المادة 74 من القانون رقم 89 لسنة 1998 المصري. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص: 289.

(2) حسب المادة 62 من الرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

المشروع، مع فرض أنّ الجاني اقترح أجلا لتسليم المشروع أو السلعة، ولم يتمكن من الوفاء به، أو يعلم مسبقا أنّ الأجل الذي تعهد به قصيرا ولا يمكنه أن يفي به مهما فعل ساعتها يلجأ إلى أحد أعوان الهيئة صاحبة المشروع، مستغلا نفوذه ويطلب منه تعديل آجال التسليم بتمديده، وذلك بموجب ملحق، حتى يتفادى العقوبات الإدارية المتمثلة في غرامات التأخير التي تصل إلى حد نسبة 10 % من قيمة الصفقة، وعموما، تتم عملية تمديد الآجال في إطار التنظيم الجاري به العمل بطريقتين اثنتين:

• **الطريقة الأولى: أن تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام ملحق يكون موضوعه تعديل أجل التسليم:**

ويخضع هذا الإجراء إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية للصفقات وفقا لأحكام التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية الجاري به العمل، عندها تقوم الهيئة التي تقدمت بهذا الملحق بتقديم المبررات الموضوعية لهذا الإجراء حتى تحصل على تأشير لجنة الصفقات المعنية، ويصبح الإجراء قانوني.

• **الطريقة الثانية: بطلب من المقاول، تقوم الهيئة أو المصلحة المتعاقدة بإصدار أمرا بتوقيف الأشغال لمدة معينة:**

وفي نهاية هذه المدة تصدر نفس الهيئة أمرا آخر بإعادة السير في الأشغال، علما أنّ هذا الإجراء لا يخضع لفحص هيئات الرقابة الخارجية للصفقات، وإنما يقع على عاتق المسؤول تقديم التوضيحات والتبريرات اللازمة عند أية رقابة.

وهناك طريقة ثالثة: هذه الطريقة ليس لها أساس قانوني، ولكنها متبعة بشكل واسع في عملية التلاعب بآجال التسليم، التي يلجأ إليها الجاني:

ولا تتم إلا باستغلال نفوذ عون الهيئة المكلف بتنفيذ العقد أو الصفقة، وقد لا يتطلب أن يكون العون بالضرورة مديرا أو رئيسا كما هو الشأن بالنسبة للطريقتين الأولى والثانية، وإنما يكفي أن يكون العون يتمتع ببعض الصلاحيات كالإشراف على متابعة الورشات، حيث يضع في محضر الاستلام المؤقت، ووضعيات الأشغال،

تاريخاً سابقاً ليس حقيقياً، تماشياً مع آجال العقد، وكأن الجاني قام بتسليم المشروع أو التموين في الآجال المتعاقد عليها، ويفلت بذلك من الغرامات التأخيرية، وعقوبات إدارية أخرى، قد تصل إلى حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية.

الفرع الثالث

التعديل في التمويين

يرتبط تنفيذ الصفة العمومية بالجانب المادي والمالي لها فمقابل تنفيذ حائز الصفة للخدمة موضوع الصفة تلتزم المصلحة المتعاقدة بتسديد مقابل ما أداها لها من خدمات، والذي يتمثل عادة في الأجر الذي يعد بيعاً للمنفعة يستحق عند تسليم هذه المنفعة أو الانتهاء من تقديمها.

وعادة ما يجد المتعامل المتعاقد نفسه في حاجة ماسة إلى تمويل مالي للصفة التي هو بصدد تنفيذ موضوعها، بسبب عدم توفر خزينته على المبالغ الكافية لإنجازها، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الأمر الذي يدفع به إلى اللجوء إلى تمويل خزينته خارجياً، إن هذا العجز في تمويل حائزي الصفقات العمومية للخدمات المتعاقد عليها ناتج عن خلل في التوازن المالي بين النفقات والإيرادات خاصة إذا كان حائز الصفة ملتزماً بتنفيذ صفقات أخرى⁽¹⁾.

وتعرف الدولة بأنها تتمتع بالملاءة المالية واشتهرت دائماً بأنها دافع سيئ «Mauvais payeur» فمن جهة تشترط استلامها للخدمات المتعاقد عليها خلال آجال دقيقة، ومن جهة أخرى فإن دفعها لمقابل تنفيذ هذه الخدمات يكون متأخراً بسبب تعقيدات الجهات الوصائية الإدارية والمالية، إن هذه التأخيرات تؤثر سلباً على المقاولات التي هي بحاجة إلى الأموال لتمويل نفسها ونشاطها.

إن وجود تناقضات عديدة بالأمر 67 - 90 المتعلق بالصفقات العمومية أدى إلى صدور المرسوم رقم 82 - 145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ولقد صدر هذا الأخير نتيجة لعدة أسباب منها:

(1) عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة -، كلية الحقوق، فرع قانون الأعمال، 2007 - 2008، ص: 9.

1. الصراع القائم بين الإدارة الصناعية من جهة ووزارة المالية والاقتصاد من جهة أخرى ومالت الكفة في الأخير إلى صالح الإدارات الصناعية، حيث تم التوسع في استخدام القوانين الإدارية لتسيير القطاع الاقتصادي بإخضاع المؤسسات الإدارية والاقتصادية لقانون الصفقات العمومية.

2. تصحيحه لبعض الأخطاء التي كانت واردة في الأمر رقم 67 - 90، خاصة ما تعلق منها بضبط المصطلحات القانونية وتقابلها الصحيح بين اللغتين العربية والفرنسية، فأصبحت كلمة تسليف باللغة العربية تقابلها Avance باللغة الفرنسية وكلمة Acompte تقابلها الدفع على الحساب باللغة العربية.

3. ضرورة إجراء إصلاحات اقتصادية عميقة والتي لا يمكن أن تتم إلا بإصلاح المنظومة القانونية في شتى المجالات خاصة تلك المتعلقة بالإطار المنظم لعقود الصفقات العمومية وتنفيذها.

4. كما نص على النوع الثاني من التسبيقات فهو التسبيق على التموين Avance sur approvisionnement والذي لم ينص عليه من قبل.

أولا - معايير تعريف التسبيق وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم:

بالرجوع إلى نص المادة 74 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 يلاحظ بأنها تناولت تعريف التسبيق على أنه: " هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة".

هذا ما يفسر بأن المشرع عندما كان بصدد إعطاء تعريف للتسبيقات استخدم جملة من المعايير كما استخدمها عند تعريف الصفقات العمومية (معياري موضوعي، معيار مادي، معيار شكلي، ومعياري مالي)، نفس الأمر يمكن تطبيقه على تعريف التسبيقات، إذ يمكن القول أن هذه المعايير تتمثل في:

أ - معيار مالي.

ب - معيار زمني.

ج - معيار مادي.

أ - بالنسبة للمعيار المالي **Crère Financier** :

ويقصد به المبلغ المالي الذي يدفع إلى المتعامل المتعاقد طبقاً لمقتضى المادة 82 من المرسوم الرئاسي 10 - 236⁽¹⁾.

ب - بالنسبة للمعيار الزمني (معيار الزمن) **Crère du temps** :

وهو الوقت المناسب الذي يحق للمتعامل المتعاقد مع الإدارة بالحصول على التسيقات، والذي يكون قبل البدء في التنفيذ الفعلي لموضوع الصفقة المبرمة، فبعد التوقيع على العقد وإتمام كل الإجراءات المتعلقة بذلك يمكن للمتعامل وقبل البدء في أداء الخدمة المتفق عليها أن يتحصل على التسيقات ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (قبل البدء في تنفيذ الخدمة).

ج - المعيار المادي معيار الخدمة المقدمة **Crère Matériel** :

ويقصد به معيار المقابل المادي للأجر المدفوع - أو ما يقابل المعيار المالي - حيث أنه وخلافاً لقاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة يلاحظ أن قانون الصفقات العمومية خالف هذا المبدأ في نص المادة 73 من نفس المرسوم الرئاسي، صراحة (... ودون أي مقابل مادي لها) فلا يمكن الحديث عن التسيقات بعد تأدية الخدمة المتعاقد عليها، هذا ما يدعو للقول بأن المشرع تبنى نظرية " الدفع قبل تأدية الخدمة " **Versement pour un service à faire** أي عبارة عن دفع

(1) إن هذا المبلغ المالي عادة يعبر عن أجر مسبق ولا يمكن تصور أن يكون غير ذلك. كما أن هذا المبلغ المالي لا يمكن أن يتجاوز العتبة المحددة إجمالاً، فالمبلغ الإجمالي للتسيقات في أي حال من الأحوال وفي أي وقت لا يتجاوز نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة في الحالات العادية.

مقابل خدمة ستجيز مستقبلاً، وهو ما يمثل استثناءً للمبدأ الذي يقوم عليه نظام المحاسبة العمومية القاضي بالدفع بعد تأدية الخدمة عن طريق ترخيصه لنظام التسبيقات.

ثانياً - مجال دفع التسبيقات ومدى إلزاميتها :

إن السؤال الذي يمكن طرحه: هل نظام التسبيقات مطبق في جميع أنواع الصفقات ؟ أم أن لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد دور في تحديد مجال تطبيقه ؟ وهذا يفرض تحديد الصفقات والعقود الإدارية المشمولة بالتجريم في مجال التعديل في التموين.

أ - مجال التطبيق :

1. فيما يتعلق بصفقات الأشغال :

تخضع لنظام التسبيقات سواء بالنسبة للمفهوم الضمني للمادة 80 من نفس المرسوم الرئاسي أو وفق للمادة 44 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العمومية الصادر سنة 1964.

2. أما صفقات التوريد :

يمكن القول بأنها تخضع ضمناً لنظام التسبيقات، إن هذا المنطق لا يعد مبدأ عاماً فيمكن أن يرد في دفاتر الشروط ما يخالف ذلك، إذ أنه قد تتضمن دفاتر الشروط شروطاً تقضي بدفع أو عدم دفع التسبيقات، خاصة إذا ما تعلق الأمر بصفقات الدراسات وتقديم الخدمات، وهذا ما يلاحظ فعلياً من الناحية العملية، إذ يمكن القول بأنه في معظم صفقات الدراسات تنص دفاتر البنود الإدارية العامة والخاصة بها على أنها لا تحظى بأي نوع من التسبيقات.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن مجال دفع التسبيقات، هي صفقات الأشغال والتزويد باللوازم، وبهذا التحديد تصبح صفقات الأشغال واللوازم هي المشمولة بالتجريم في حالة التعديل في التموين.

ب - مدى إلزامية دفع التسبيقات:

يقصد بالإلزام هنا هو أنه تصبح المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفع التسبيقات حتى ولو لم ينص عليها في دفتر الشروط، وبذلك فهو بالنسبة للمتعاقد معها حق يمكن له المطالبة به أمام القضاء عند عدم إلتزام المصلحة المتعاقدة بدفعه ويتصفح المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 والمراسيم التي سبقته، يمكن القول بعدم وجود نص يحدد إلزامية أوعدم إلزامية دفع التسبيقات إلى المتعامل المتعاقد، في حين أن دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلق بالأشغال والصادر سنة 1964 أقر بأن التسبيقات الجزافية هي إلزامية الدفع للمتعامل، هذا ما يدفع إلى القول بأنه لا يمكن تصور وجود صفقة أشغال تخلو من نظام التسبيقات، وبذلك فهذا المبدأ يبرر فكرة نشوء البرجوازية في الجزائر، وبالأخص كيفية ظهور وخلق المقاولين الجزائريون ونشأتهم، إذ تعد الصفقات العمومية من بين أكبر الأسباب التي أدت إلى نشأة المقاولين الجزائريين بواسطة الاعتماد على نظام التسبيقات وخلق للبرجوازية الوطنية.

ج - ضمان دفع التسبيقات:

(كفالة رد التسبيقات) لا يمكن أن يتصور أن تقوم الإدارة بدفع مبلغ التسبيقات دون أن يقدم المتعامل المتعاقد معها ضمانات، تتيح لهذا الأخير قبض تسبيقات، ولقد أزم المشرع في المادة 75 (المعدلة) ⁽¹⁾ من المرسوم الرئاسي 10 - 236 للصفقات العمومية المتعامل المتعاقد بتقديم مسبقاً كفالة تسمى "كفالة رد التسبيقات" هذه الكفالة يصدرها: 1. إما بنك جزائري. 2. أو بنك أجنبي معتمد لدى بنك جزائري. 3. أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية.

(1) عدلت بالمرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 المؤرخ في 18 - 01 - 2012 (ج.ر. 04 ص.7).

وتحرر كفالة إرجاع التسبيقات حسب نموذج يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية⁽¹⁾، وحسنا فعل المشرع حين جعل تحرير كفالة إرجاع التسبيقات بموجب قرار من الوزير وبهذا التعديل نضمن:

- توحيد صيغة كفالة رد التسبيقات وبالتالي تصبح ملزمة لجميع الأطراف (المصلحة المتعاقدة، المتعامل المتعاقد، البنك).
- تحقيق مبدأ المساواة بالنسبة لجميع المتعاقدين، لأنه كان في السابق صيغ رد الكفالة تختلف من مصلحة متعاقدة إلى أخرى، منها ما يخدم البنك ومنها ما هو لصالح المصلحة المتعاقدة، والآخر ما كان يسعى المتعامل المتعاقد لتحقيقه بواسطة استغلال سلطة وتأثير أعوان المصلحة المتعاقدة أو أعوان البنك بغرض الزيادة في تمديد أجل دفع الأقساط (حسب رزنامة الدفع المتفق عليها)، أو الإعفاء من فوائد الأقساط، والبعض كان يستفيد حتى من الإعفاء من دفع الأقساط المتبقية. (كل هذا يدخل في التعديل في أجل التسديد بمفهومه الواسع لأن التسليم بمفهومه الواسع يشمل حتى تسديد الأقساط).

ثالثا - أنواع التسبيقات:

حسب المادة 76 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: "تسمى التسبيقات، حسب الحالة، "جزافية" أو على "التموين".، إلا أنه عند قراءة المادة 84 من نفس المرسوم الرئاسي: "يمكن أن يقدم دفع على الحساب لكل من حاز صفقة، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ هذه الصفقة".

(1) قبل تعديل المادة 75 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية كانت كفالة رد التسبيقات: "تحرر حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه".

وعلى الأساس يمكن القول أنه توجد ثلاثة أنواع من التسبيقات يمكن تقسيمها كالآتي:

• **تسبيقات عادية:**

وهي نوعان

1. تسبيق جزائي في Avance Forfaitaire

2. تسبيق على التموين Avance sur Approvisionnement

• **تسبيقات استثنائية:**

1. **التسبيق على الدفع على الحساب Avance sur acompte**

إلا أننا سوف نقتصر الدراسة على النوع الثاني من التقسيم العادي أي التسبيق على التموين Avance sur Approvisionnement لأنها المشمولة ضمن المادة 26 - 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحة.

رابعا - التسبيقات على التموين

les avances sur approvisionnement:

يمكن لأصحاب صفقات الأشغال والتوريد الحصول على التسبيق على التموين، إضافة إلى التسبيق الجزائي، بشرط أن يقدموا ما يثبت ويؤكد وجود المواد والمنتجات (des contrats ou des commandes) الضرورية لتنفيذ الصفقة من عقود أو طلبات ويمكن تسميتها أيضاً بالتسبيقات على المواد والمنتجات⁽¹⁾.

إن التنظيم الحالي لم يورد أي تعريف خاص بهذا النوع من التسبيقات واكتفى فقط بذكر موضوعها (موضوع التسبيق على التموين) وشروط منحها من جهة ثانية.

(1) أنظر المادة 80 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

أ - تنظيم التسبيقات على التموين حسب المرسوم الرئاسي 10 - 236
المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم:

حسب ماورد في المادة 80 من نفس المرسوم الرئاسي والتي تطرقت لهذا النوع من التسبيقات فإنه يمكن الحصول على التسبيق على التموين بالإضافة إلى التسبيق الجزائي من طرف أصحاب صفقات الأشغال أو التزويد باللوازم، ومن هنا يمكن القول بأن هذه المادة استهلت بكلمة "يمكن" ما يفسر أنه وبمفهوم المخالفة يمكن أن لا يتحصل هؤلاء الأشخاص على هذا التسبيق هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذه الفقرة أوردت حكمان أو أمران:

- **الأمر الأول:** وهو أن التسبيق على التموين يكون في مرحلة ثانية بعد الحصول على التسبيق الجزائي (... إضافة إلى التسبيق الجزائي... (فلا يمكن تصور وجود تسبيق على التموين دون وجود تسبيق جزائي أولاً⁽¹⁾.
- **الأمر الثاني:** هو أن الأشخاص المعنيين بالحصول على التسبيق الجزائي محصورين في فئتين فقط هما:

1. أصحاب صفقات الأشغال Marchés de travaux.

2. أصحاب صفقات التوريد باللوازم. Marchés de fournitures.

ما يفسر بأنه لا يمكن لصفقات الخدمات و صفقات الدراسات أن تمول بواسطة دفع تسبيق على التموين

ب - شروط التسبيقات على التموين:

1. أن يبلغ المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة بالأمر بالخدمة، وفور وصول هذا الأخير يلزم حائز الصفقة بتموين الورشة بالموارد والمنتجات الضرورية لتنفيذ الخدمة موضوع الصفقة.

(1) عبد الفني بن زمام، المرجع السابق، ص: 42.

2. أن يكون المتعامل المتعاقد إما صاحب صفقة أشغال أو صفقة التوريد باللوازم.

3. أن يقدم أصحاب صفقات الأشغال أو اللوازم عقوداً أو طلبات (des commandes ou des contrats) تؤكد الموارد أو المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة.

4. أن يقدم أصحاب الصفقات إذا ما طلبت منهم المصلحة المتعاقدة التزاما (Engagement) صريحاً بإيداع المنتوجات المعنية بالتسبيق على التموين في الورشة، أو في مكان التسليم المتفق عليه، وذلك خلال أجل يكون ملائماً للبرنامج التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق على التموين⁽¹⁾.

5. عدم جواز التصرف أو استعمال المواد والمنتجات التي حظيت بالتسبيق على التموين إلا فيما خصصت له وعليه فلا يجوز لكل من⁽²⁾: المتعاملين المتعاقدين، المتعاملون الثانويين، متلقي الطلبات الثانويين، أن يتصرفوا في التموينات التي حظيت بتسبيقات بالنسبة للأشغال أو اللوازم غير تلك المنصوص عليها في الصفقة، كما حددت نفس المادة 81 فقرة 2 اللوازم التي يطبق عليها هذا المنع بعدم التصرف وهي كالتالي⁽³⁾:

(1) إن هذا الشرط المتمثل في إلزامية تقديم الإلتزام يعد بمثابة ضمان في يد المصلحة المتعاقدة، وعند عدم إحترام صاحب الصفقة للإلتزام القاضي بإلزامية إيداع المواد والمنتجات الضرورية لإنجاز الخدمة موضوع الصفقة وجب عليه عندها إعادة وإرجاع مبلغ التسبيق على التموين. عبد الغني بن زمام، المرجع السابق، ص: 43.

(2) أنظر المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، السالف الذكر.

(3) يجب الإشارة إلى أن المشرع استحدث هذا الحكم طبقاً للمرسوم الرئاسي 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في المادة 68 - 2، بخلاف التشريعات التي سبقتة، حيث أن مضمون هذه المادة نص عليه في المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 434 - 91، قضت بعكس ما جاء عليه النص الحالي، حيث كانت تجيز التصرف في هذه التموينات واستعمالها في أشغال أخرى، أو توريدات غير تلك المنصوص عليها في الصفقة، ونفس الحكم يقضي به المرسوم رقم 82 - 145 في المادة 74.

1. اللوازم التي تكون منصوص عليها في الصفقة.
2. أن تكون هذه اللوازم قد أودعت في الورشة أو في مكان التسليم المتفق عليه.
3. وأن هذه اللوازم لم تستعمل في موضوع الصفقة في نهاية تنفيذ الخدمات.
4. وأن تكون المصلحة المتعاقدة قد دفعت ثمنها من قبل.

إن هذا التغير في التوجه يمكن تبريره بأنه جاء نتيجة لتلاعب أصحاب الصفقات، حيث أنهم كانوا يودعون المواد والمنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة في الورشة أو المكان المتفق عليه للتسليم، ليحصلوا بذلك على مبالغ التسيقات على التموين وبعد ذلك يتم نقل هذه المواد والمنتجات إلى ورشة أو مكان آخر، نتيجة لإبرامهم صفقة أخرى ليحصلوا بذلك على تسيقات أخرى على التموين، وهكذا دواليك مما يؤدي إلى خسارة فادحة تهز خزائن المصالح المتعاقدة، هذا ما أدى إلى إعادة صياغة هذه المادة.

وبالموازاة مع التعديل الوارد في المرسوم الرئاسي 02 - 250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الملغى، بموجب المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، فقد عدّل المشرع بموجب القانون 82 - 04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، المادة 423 فقرة 2 من قانون العقوبات، وأدرج فعل التعديل في التموين ضمن الأفعال المجرمة والتي نصت عليها المادة في فقرتها الثانية⁽¹⁾.

(1) أنظر الفصل التمهيدي، المطلب الثاني: موقف التشريعات من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، الفرع الثالث: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريع الجزائري، من المذكرة.

ج - مبلغ التسبيق على التمويل

approvisionnement Le montant de l'avance sur:

وفقاً لنص المادة 77 فإن مبلغ التسبيق الجزائي هو % 15 كحد أقصى من السعر الأولي للصفقة، وتقتضي المادة 82 بأنه لا يجوز أن يتعدى المبلغ الجامع بين التسبيق الجزائي والتسبيق على التمويل % 50، هذا طبعاً في الحالات العادية، إذ يمكن أن يسمح بأن تفوق هذه النسب. وعلى هذا الأساس يمكن القول أن نسبة التسبيق على التمويل تكون:

1 - في الحالة العادية :

كحد أقصى لا يمكن أن يتجاوز مبلغ التسبيق على التمويل نسبة 35% من المبلغ الأولي للصفقة، ومع العلم أن المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية لم ينص على هذه النسبة إذ يمكن استنتاجها من نص المادة 77 والمادة 82 هذا إذا علمنا أن مبلغ التسبيق الجزائي الأقصى هو 15%، وأن المبلغ الإجمالي بين التسبيق الجزائي والتسبيق على التمويل لا يتعدى % 50 فإن = % 15 - 50% : 35 % وهو مبلغ التسبيق على التمويل.

2 - في الحالات الاستثنائية :

ويقصد بذلك الحالة المنصوص عليها في المادة 78 والتي تجيز برفع نسبة مبلغ التسبيق الجزائي إلى أكثر من % 15 مما يؤدي إلى القول بأن النسبة المقدرة بـ 35% الخاصة بالتسبيق على التمويل لا يتم الأخذ بها كحد أقصى في تحديد مبلغ التسبيق الجزائي إذ يمكن أن تكون أقل من هذه النسبة عندما تكون أمام الحالة المنصوص عليها في المادة 78 السالفة الذكر.

خامسا - أحكام مشتركة بين التسبيق على التمويل والتسبيقات الأخرى:

أ - مع التسبيق الجزائي:

بعد دراسة نوعي التسبيقات، الجزافية وعلى التمويل، يجدر التنويه إلى أن
المشروع أورد عدة أحكام مشتركة بينهما، يمكن إيجازها كالآتي:

1. لا يمكن المبلغ الجامع بين التسبيق الجزائي والتسبيق على التمويل ما
نسبته 50 % من المبلغ الإجمالي للصفقة.

2. يلزم صاحب الصفقة بتقديمه كفالة تسبيق بقيمة معادلة لمبلغ التسبيق
تسمى بحسب الحالة:

1.2 - كفالة رد التسبيق الجزائي. Caution de restitution
d'avance forfaitaire

2.2 - كفالة رد التسبيق على التمويل. Caution de restitution
d'avance sur approvisionnement

3. يتم استعادة المبالغ المدفوعة في شكل تسبيقات باقتطاعها من المبالغ
المدفوعة في شكل دفعات على الحساب أو التسوية على رصيد الحساب
ابتداءً من الوضعية الأولى للخدمات موضوع الصفقة.

4. ينتهي تسديد التسبيقات إذا بلغ مجموع المبالغ المدفوعة 80 % من
مبلغ الصفقة.

ب - أحكام مشتركة بين الدفع على الحساب والتسبيق على التمويل:

طبقاً للمادة 84 من الرسوم الرئاسي 10 - 236 فإنه يمكن لحائز صفقة
الأشغال أن يستفيد من الدفع على الحساب على التمويل بالمنتجات المسلمة في
الورشة بشرط:

1. ألا تكون محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين.

2. ألا يتجاوز هذا الدفع على الحساب على التموين ما نسبته 80% من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة خصيصاً للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة.

3. لا يمكن أن يستفيد المتعامل المتعاقد بأي حال من الأحوال من هذا النوع من أنواع الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر.

4. لا يجوز للمتعامل المتعاقد أو المتعامل الثانوي أن يتصرفا في التموينات التي حُضيت بالدفع على الحساب بالنسبة للأشغال أو اللوازم غير تلك المنصوص عليها في الصفقة، والمقصود بهذه اللوازم تلك التي تم إيداعها في الورشة أو في مكان التسليم المتفق عليه، والمنصوص عليها في الصفقة، إذا لم تستعمل في موضوع الصفقة في نهاية تنفيذ الخدمات رغم أن المصلحة المتعاقدة دفعت ثمنها⁽¹⁾.

سادسا - نماذج لأفعال مؤدية للتعديل في التموين: سوف نحاول عرض لبعض الأفعال من شأنها تؤدي للتعديل في التموين

1. الجمع بين مبلغ التسبيق الجزائي والتسبيق على التموين، بالرغم أن مجموع المبلغين يفوق 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

2. الاستفادة من الدفع على الحساب على التموين بالرغم أن المنتوجات كانت محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين وفي هذه الحالة يجمع الجاني (المتعامل المتعاقد) بالاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين بالاستفادة من الدفع على الحساب على التموين، والدفع عن طريق التسبيقات على التموين.

(1) بالرغم أن هذا الشرط الأخير غير وارد في 84 من المرسوم الرئاسي إلا أنه يمكن استخلاصه من المادة 81 من نفس المرسوم الرئاسي، والتي تنظم شروط التسبيقات على التموين.

3. تجاوز مبلغ الدفع على الحساب على التمويل نسبة 80 % وذلك عن طريق تعديل في كميات المعاينة.

4. استفادة المتعامل المتعاقد من التسييق على التموينات بالرغم أن التموينات المقتناة ليست في الجزائر.⁽¹⁾

5. التصرف في التموينات التي حضيت بالدفع على الحساب بالنسبة للأشغال أو اللوازم.

تبقى الحالة الأخير والتي يمكن أن تدرج ضمن التعديل في التمويل وإن كانت مستبعدة وهو ما ورد في المادة 43 (المعدلة)⁽²⁾: " - في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها"

(1) اتفاقية التمويل عبارة عن تحالف مجموعة من المؤسسات التي تركز مشترياتها لتوسيع أفاق التمويل الذي يمنحها قدرة حسنة في التفاوض، تلجأ بعض المؤسسات إلى شراء بعض المنتجات من مؤسسة أو شركة أخرى عن طريق الترخيص، وهي حالة شائعة في المبادلات التجارية وقد تلجأ الشركة الطالبة للترخيص إلى ذلك نظرا لافتقارها للكفاءات العالية الخاصة بالمنتج، أو لارتفاع تكلفة إنتاجها مقارنة بإمكانية شرائها من المصدر الرئيسي أو نظرا للسمعة والشهرة التجارية العالمية المميزة التي يمتاز بها المنتج المنتج من قبل المصدر الرئيسي، ومن الأمثلة التي تجسد ذلك نجد مثلا الإستراتيجية المتبعة من طرف شركة (IBM) عند اختيارها لاتساع التعاون الأفقي للتمويل مع شركة (Startus) التي تمتاز بالكفاءة العالية لبعض أجهزة الكمبيوتر، وهذا لا يعني أن شركة (IBM) غير قادرة على تطوير أجهزتها بنفسها لكنها فضلت اللجوء لاتفاقية التمويل لتحقيق غايتها الأنية. أو شن ليلي، الشراكة الأجنبية والمؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، فرع قانون التعاون الدولي، تاريخ المناقشة 2011/02/22، ص:33.

(2) عدلت بالمرسوم الرئاسي 12 - 23 المؤرخ في 2012/01/18 (ج.ر. 04 ص.9).

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

المطلب الثالث

غرض النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

في هذا المطلب سنتناول غرض النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين وذلك من خلال الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** المدلول غير المحدد للامتيازات غير مبررة.
- **الفرع الثاني:** المفهوم القضائي للامتيازات غير المبررة.
- **الفرع الثالث:** الحصول على امتيازات غير مبررة.

الفرع الأول

المدلول غير المحدد للامتيازات غير مبررة

إن كلمة امتياز مشتقة من كلمة ميز وفعلها ماز بمعنى فرز عن غيره أو فضل الشيء عن سواه وقد عرفت كلمة امتياز على أنها إنعام خاص يعطيه الحاكم رجلا أو جماعة لبيع صنف من البضاعة أو عمل من الأعمال مانعا غيرهم من تعاطيه. فالامتياز يقوم على فكرة التفضيل والفرز عن الغير، ويكون هذا التفضيل غير مبرر إذ لم يركز على أي سبب موضوعي أو أساس أو مصلحة شرعية.⁽¹⁾

أما اصطلاحاً فإن تحديد مدلول عبارة امتيازات غير مبررة يعتبر مسألة متعلقة بالوقائع، فقد تكون هذه الامتيازات عبارة عن نقود كما قد تكون أي منفعة أخرى ذات طبيعة غير نقدية فهي ليست بالضرورة ربها ماديا، فيمكن أن تكون مجرد معلومة منحت لأحد المترشحين دون الآخرين حول محتوى وقيمة عملية مستقبلية وهذه الصورة الغالبة للامتيازات غير المبررة حسب بعض الدارسين، هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن الظن بشكل الفوز بالصفقة في حد ذاته عنصر المزية الغير مستحقة⁽²⁾.

وتحديد معنى عبارة "غير مبررة" يفترض وجود معيار مرجعي للقول بأن الامتياز مبرر أو لا، ففي القانون الاقتصادي الخاص المرجع هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساسا على حرية المنافسة وبالتالي يعتبر امتياز غير مبرر ذلك الامتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما اعتبرت أن خلق مزية غير مبررة هو نتيجة أوتوماتيكية لمخالفة القواعد التي تضمن حرية الترشح والمساواة بين المترشحين.

(1) علة كريمة، المرجع السابق، ص: 228.

(2) نفس المرجع، نفس الصفحة.

أما في القانون العام فإن المسألة تبدو أصعب لعدم وجود سوق بمفوه السوق الخاص لكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من اعتبار أن النصوص التي تشكل مخالفتها عنصر من عناصر الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة هي نصوص تهدف إلى ضمان المساواة بين المترشحين وهذه الأسس في حد ذاتها تهدف إلى ضمان توفير شروط ممارسة المنافسة ومن ثمة يمكن اعتبار المزية غير المبررة بأنها تلك المزية التي لم تكن لتوجد لو تم احترام فعلا قواعد المنافسة الحرة في السوق. لكن بالرجوع إلى المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وإلى الاجتهاد القضائي الفرنسي نجده يعتمد أساسا على معيار مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المنظمة للتعامل في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾.

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، فقد تذهب بعض الشركات العالمية الكبرى إلى الاعتماد إلى أساليب أخرى من أجل منح أو الحصول على الامتيازات غير مبررة، وذلك باللجوء إلى إقامة الولائم وتنظيم الحفلات الساهرة تحت مسميات وهمية مثل، الاحتفال السنوي لتكريم العملاء والأصدقاء، الاحتفال السنوي لتكريم المتميزين من موظفي الشركة، الأعياد السنوية لميلاد الشركة ومؤسسها. وتتم دعوة كبار موظفي الدول الذين ترتبط مصالح الشركة بوظائفهم، وتقدم لهم الهدايا الثمينة ضمن الهدايا التي تقدم لعامة الحضور، بغرض ضمان التمويه على الرشاوي التي تقدم في شكل هدايا للحضور⁽²⁾.

(1) علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي الياباس سيدي بلعباس، يومي: 25/24 أبريل 2013.

(2) لحسن بونعامه عبد الله، نفس المرجع، ص: 40.

الفرع الثاني

المفهوم القضائي للامتيازات غير المبررة

يعتبر القضاء الفرنسي أن الامتياز غير المبرر هو ذلك الامتياز الممنوح مخالفة للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية دون حاجة لأي اعتبار آخر فإن كان الدافع يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مقدار العقوبة فإنه لا يهتم بالنسبة لتقرير مدى تبرير الامتياز فلا يمكن مثلا تبرير الامتياز الممنوح من خلال الرغبة في الاقتصاد والتوفير.⁽¹⁾

ولا يمكن كذلك تبرير الامتياز غير مبرر عن طريق الرغبة في المحافظة على مصالح البلدية من خلال اختيار مؤسسة محلية تعين على مكافحة البطالة.⁽²⁾

إلا أن هذه المقاربة للامتياز غير المبرر في الصفقات العمومية أصبحت أقل تأكيدا منذ أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1998 قرارا يفسح المجال لمناقشة معيار مخالفة النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، ففي القضية التي آلت إلى صدور هذا القرار برأ قضية الموضوع المتهمين المتابعين بتهمة المحاباة كونهم وقعوا بصفة غير قانونية على صفقات تسوية ذات طابع خيالي واستند حكم البراءة على أساس أنه ليس من الثابت حسب ظروف الحال لا سيما مع غياب أية منافسة حقيقية من قبل المؤسسات التي شاركت في الاستشارة أن الإجراءات محل النزاع قد منحت امتيازات غير مبررة للمؤسسة الحاصلة على الصفقة⁽³⁾.

- (1) TGI Rennes, 181998/06/, non publié, cité dans Catherine Prebissy - Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, L.G.D.J, 2002, p:62.
- (2) TGI Rennes, 181998/06/, non publié, cité dans Catherine Prebissy - Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, précité, p.62,
- (3) علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص:231.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد اعتبرت أنه لا يجوز لقضاة الموضوع أن يعتبروا من جهة أن صفقة التسوية مخالفة بطبيعتها لقواعد قانون الصفقات العمومية التي هي من النظام العام، وفي نفس الوقت ومن جهة أخرى يخلصون إلى غياب منح امتياز غير مبرر وغياب الإرادة الآتمة دون أن يتناقضوا مع أنفسهم طالما أنهم لم يشرحوا موقفهم هذا. فيفرز عن تحليل موقف محكمة النقض الفرنسية المتمثل في إفساح المجال أمام إمكانية شرح موقف قضاة الموضوع أنه يمكن تصور مخالفة لقواعد إبرام الصفقات دون أن يترتب عن هذه المخالفة إعطاء امتيازات غير مستحقة للمؤسسة الفائزة بالصفقة. فهذا الموقف يجعل أن القاضي الجنائي هو الذي يقدر في كل حالة إذا كان الفعل المرتكب مخالفاً للقواعد القانونية المذكورة يمنح أو لا مزية غير مستحقة للمترشح، لكن ماعداً هذا الاجتهاد القضائي الفرنسي الاستثنائي يبقى لدى الفقه الغالب أن إعطاء المزية غير المبررة مفترض ويكفي إثبات مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.⁽¹⁾

(1) علة كريمة، المرجع السابق، ص: 231.

الفرع الثالث

الحصول على امتيازات غير مبررة

من خلال ما تقدم في الفرع الأول والثاني، فيما يتعلق بالامتيازات غير المبررة من حيث المدلول والمفهوم، إلا أن الغموض يبقى يكتنف فعل الحصول على الامتيازات غير مبررة، من حيث تحديد هذه الامتيازات هذا من جهة، ومن جهة ثانية من حيث تحديد معيار مرجعي للقول بأن الحصول على الامتياز مبرر أو لا، إلا أنه وبالرجوع إلى المادة 26فقرة 2 من قانون رقم 06 - 01. نجد أن المشرع قد قرن فعل الحصول على الامتيازات غير مبررة، بالمزية التي يستفيد منها الفاعل بفضل سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة.

بخلاف الفقرة الأولى من المادة 26 من نفس القانون المذكور سابقا، نجد أن المشرع لم يحدد الامتيازات غير المبررة، إلا أنه بعد التعديل أصبح معيار تحديد الامتيازات غير المبررة يقوم على عنصرين أولهما منح مزية غير مستحقة للغير عند إبرام أو التأشير على عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق وثانيهما مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

أما في الفقرة الثانية فقد حدد المشرع المزية غير المستحقة، في أربع صور وهي الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد والخدمات أو التعديل في آجال التسليم أو التموين، والملاحظ أن هذه الصور تدخل ضمن معايير اختيار المتعامل التي أوجب القانون ذكرها في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة والتي يتم على أساسها تقييم وتنقيط عرض المؤسسة⁽¹⁾.

(1) نفس المرجع، ص: 237.

فالنسبة للزيادة في الأسعار لصالح المتعاقد فهي تعتبر مخالفة صارخة للنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية، ونظرا لأهمية عنصر السعر فقد خصص له المشرع في المرسوم الرئاسي 10 - 236 القسم الثاني تحت عنوان أسعار الصفقات من المواد 63 - 73 مكرر. ومرجع تقدير السعر الزائد هو السعر الذي يطبقه المتعامل المتعاقد عادة، وبالتالي يقع على عاتق هذا الأخير عبء إثبات الطابع المبرر لرفعه للسعر وإلا اعتبر مرتكبا للجنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

أما التعديل لصالح المتعامل المتعاقد في نوعية المواد والخدمات فمعيار تحديد ذلك معيار موضوعي خاضع لمعايير الجودة المعمول بها في مثل هذه الصفقات، وهي بذلك مسألة تقنية تحتاج إلى خبرة فنية لتقييم نوعية المواد المتفق عليها وإثبات أنها أقل من المستوى المطلوب لا سيما بالنظر إلى السعر الزائد الممنوح للمتعامل المتعاقد.

أما فيما يتعلق بتعديل آجال التسليم أو التموين، فهي مسائل خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي وترتكز أساسا على مقارنة الحاجات الفعلية للإدارة مع آجال التسليم أو التموين المتفق عليها مع المتعامل المتعاقد.⁽¹⁾

لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 نجدها تنص على عدم خضوع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم المذكور وبالتالي لا يمكن أن نتصور أن الفاعل في هذه الجريمة، سواء كان مانح للإمتيازات غير مبررة، أو من يحصل على هذه الامتيازات غير مبررة إدارة عمومية.

(1) نفس المرجع، ص: 238.

المبحث الثالث

الركن المعنوي في جرائم استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية من الجرائم العمدية، التي يشترط لقيامها توافر القصد الجنائي لدى المتعامل المتعاقد، لأن النشاط الإجرامي، وهو الركن المادي للجريمة، لا يكفي لوحده لقيامها، بل يجب أن يلازمه القصد الجنائي، وهو الركن المعنوي.

إلا أن النص الإجرامي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية يثير العديد من الإشكالات، من حيث البحث أو الفهم وحتى من حيث تطبيق النص الجنائي. كما قد تتداخل الزيادة في الأسعار التي يطبقها الجاني، أو التعديل لصالحه في مجال المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، مع مفهوم نظرية فعل الأمير، أو نظرية الظروف الطارئة، فقد تكون النظريتين الأخيرتين غطاء قانوني لكل من مستغل النفوذ - المتعامل المتعاقد - وصاحب السلطة أو التأثير - ممثل المصلحة المتعاقدة -.

و من أجل إيضاح الركن المعنوي للجريمة محل الدراسة نتناول في:

- **المطلب الأول:** صعوبة استخلاص الركن المعنوي.
- **المطلب الثاني:** القصد الجنائي.

المطلب الأول

صعوبات استخلاص الركن المعنوي

أن تفسير النصوص القانونية، بحثاً عن المعنى الحقيقي عندما تكون النصوص غامضة أو تحمل مفاهيم واسعة، يعتبر ضرورة من جهة لأن القاضي في الواقع ملزم بالفصل، ومن جهة أخرى لأن النصوص في بعض الأحيان تفتح المجال للتردد لأسباب متعددة.

أما من جهة أخرى قد يستغل الجناة كل الطرق القانونية الممكنة من أجل تنفيذ النتيجة الإجرامية والمتمثلة في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الزيادة في الأسعار التي يطبقها الجاني، أو التعديل لصالحه في مجال المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، مع مفهوم التعديل الانفرادي، أو نظرية فعل الأمير، أو نظرية الظروف الطارئة، فقد تكون النظريتين الأخيرتين غطاء قانوني لكل من مستغل النفوذ - المتعامل المتعاقد - وصاحب السلطة أو التأثير - ممثل المصلحة المتعاقدة -.

ومن أجل استخلاص هذه الصعوبات والتي تعتري الجريمة محل الدراسة بصفة خاصة فقد خصصنا في:

- **الفرع الأول:** الغموض في عبارات النص.
- **الفرع الثاني:** تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة.
- **الفرع الثالث:** تعديل بنود العقد عن طريق فعل الأمير.
- **الفرع الرابع:** تعديل بنود العقد عن طريق نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول

الغموض في عبارات النص الجنائي

يعتري النص الجنائي في بعض الحالات غموض مما يثير إشكالات عديدة على مستوى البحث أو فهم النصوص ومن حيث تطبيق النص الجنائي وتفسير عباراته ويكون الغموض عادة في حالة غياب تحديد واضح للنص أو في حالة استعمال كلمات أو عبارات لها مدلول واسع يحتمل عدة تأويلات أو تفسيرات، وهنا لا يمكن للقاضي تحجج بالصعوبات التي تواجهه ولا بضرورة التفسير الضيق للنصوص الجزائية لأنه ملزم بالفصل ومن هنا وجب عليه بذل مجهودات للوصول إلى إرادة المشرع بالاستعانة بالأعمال التحضيرية⁽¹⁾ أو بالاعتماد على المبادئ والأصول العامة أو المحيط الاجتماعي العام، وذلك نجد مثل هذه النصوص تفتح المجال واسعاً أمام التفسيرات المختلفة، مما جعل القاضي في أغلب الأحيان تحت غطاء التفسير الضيق يلجأ إلى البراءة⁽²⁾.

ومثال ذلك: ما تناوله القضاء الفرنسي تناول الوجبات الغذائية أو مشروبات مع عدم القدرة على دفع ثمنها والتي رفض القضاء الفرنسي اعتبارها سرقة لعدم توفر عنصر الخلسة، ورفض اعتبارها نصب لعدم توفر الطرق الاحتمالية وكذا عدم اعتبارها خيانة أمانة لعدم وجود عقد من العقود التي يحددها القانون ومن هنا قرر القضاء الفرنسي تبرئة الشخص الذي يتناول وجبة في مطعم مع عدم القدرة على دفع ثمنها باعتبار أن النصوص الجزائية الموجودة لا تحتل هذا المفهوم مما أدى بالمشرع إلى التدخل بإصدار قانون في 26 جويلية 1873 لتجريم هذا السلوك.

(1) غياب المذكرة التوضيحية الخاصة بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

(2) عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، فيفري 2005، ص: 13.

وفي حالة أخرى قرر القضاء الفرنسي عند تفسيره للنص المتعلق بالنصب والاحتيايل على إن النص لا يشمل تقديم خدمة ومن هنا قرر القضاء تبرئة الشخص الذي يتحصل بوسائل احتيالية على خدمة مما أدى بالمشرع إلى تعديل المادة 313 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي بإضافة فقرة خاصة بهذا السلوك والمتعلق بالنصب للحصول على خدمة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس ومن جهة انه من الضروري جعل النصوص القديمة تتماشى وطبيعة ومستلزمات الحياة اليومية، من جهة ثانية يعتبر ضروريا ضبط النصوص مع حاجة السياسة الجنائية انطلاقا من التطور والتقدم التقني.

(1) نفس المرجع، ص: 14.

الفرع الثاني

تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة

إذا كانت المصلحة العامة الجماعية تتغلب على المصلحة الفردية للمتعاقد مع الإدارة، فذلك لا يعني التفاوضي نهائياً عن حسن معاملة المقاول المتعاقد، وإلا لما وجدت الإدارة من يتعاقد معها ويعاونها في تسيير مرافقها، لذلك وجب أن يكون هذا التغليب محكوماً بضوابط تمنع التعسف ومخالفة القانون.

ونحن في هذا الفرع سوف نتناول تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة من حيث شروط التعديل، وصور التعديل لكي نميز بين التعديل بالإرادة المنفردة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين، بهدف توضيح الركن المعنوي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية.

أولاً - شروط التعديل؛ يمكن إجمال هذه الشروط في:⁽¹⁾

1. أن تستجد ظروف تستدعي التعديل.
2. أن يقتصر التعديل فقط على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام.
3. أن يتم التعديل في إطار احترام القواعد العامة للمشروعية.

أ - وجوب ظهور ظروف جديدة؛

فحتى تستطيع الإدارة تعديل شروط تنفيذ العقد، فيذهب الرأي الغالب فقها وقضاءاً سواء في فرنسا أو في البلاد العربية إلى أنه يجب أن تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام الصفقة⁽²⁾. بحيث تصبح غير ملائمة لحسن سير

(1) بن شعبان علي، المرجع السابق، ص: 80.

(2) إبراهيم محمد علي، أثر العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 - 1998، الطبعة الثانية، النهضة =

المرفق العام، وبالتالي لا يتحقق الهدف المرجو منه، لأن ظهور ظروف جديدة، يؤدي إلى عدم تحقيق المصلحة العامة إذا تم التنفيذ كما هو منصوص عليه في الصفقة.

ورغم ذلك فيبقى هذا الشرط يجعل الإدارة أكثر حرصاً على دراسة جميع الاحتمالات بدقة قبل إبرام العقد حتى تتأكد من سلامة وموضوعية شروط التنفيذ التي تضمنها العقد، هذا ما يختلف عن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بحيث قد لا تتغير الظروف عما كانت عليه وقت إبرام الصفقة ويلجأ الطرفين لتعديل بنود العقد لصالح المتعامل المتعاقد.

ب - ضرورة أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصل بالمرفق العام فقط⁽¹⁾ :

وهو أمر متفق عليه، فلا يطال التعديل جميع جوانب العقد، وإنما يقتصر فقط على ما تعلق بشروط تسيير المرفق العام، وهذا نتيجة منطقية لعلاقة العقد بالمرفق، فالعقد هو "نظام" للأشغال العامة، أي أنه أسلوب من أساليب تسييره في بعض نواحيه "الإنجاز والصيانة والإصلاح" ومقتضيات المرفق هي أساس التعديل كما أسلفنا.

ج - وجوب احترام قواعد الشرعية :

تمارس الإدارة المتعاقدة التعديل الانفرادي عن طريق تصرف قانوني، يتمثل في إصدار أمر إداري إلى المفاوض، يتضمن موضوع وإجراءات التعديل الذي قرره. ويعتبر هذا الشرط تصرفاً قانونياً، القصد منه إحداث أثر وهو إدخال تغيير على شروط تنفيذ الصفقة، فينبغي أن يصدر وفق متطلبات وفي حدود مبدأ "المشروعية الشكلية والموضوعية، فلا بد أن يصدر من السلطة المختصة والمخولة قانوناً بإصداره، وطبقاً للأشكال والإجراءات التي تحددها القوانين واللوائح التي تحكم تصرفات الإدارة العامة عموماً، ويجب أن يكون الهدف منها تحقيق الصالح

= العربية، 2003، ص:48.

(1) بن شعبان علي، المرجع السابق، ص:82.

العام، وهو القيد الذي يطبع كافة تصرفات الإدارة، وإلا أعتبر تصرفها، انحرافا في استعمال السلطة. ويضيف بعض الفقهاء شرطا للتعديل، يتمثل في وجوب إفصاح الإدارة عن إرادتها الصريحة في تعديل العقد، أما في حالة استغلال نفوذ الأعوان العموميين نجد أن التعديل لم يتم عن طريق تصرف قانوني ولا يهدف إلى تحقيق الصالح العام.

ثانيا - صور التعديل :

1. التعديل في مقدار التزامات المقاول.

2. التعديل في وسائل وطرق التنفيذ.

3. التعديل في مدة التنفيذ.

أ - بالنسبة لمقدار وحجم التزامات المقاول :

وقد يظهر تنفيذ الأشغال أن الإدارة قد أدرجت في المشروع بعضا من الأجزاء أو الأشغال التي لا يحتاج إليها المشروع أو التي تؤثر سلبا على هدف المشروع فتقرر إسقاطها منه، وبالتالي ينقص حجم الأشغال المطلوب تنفيذها من قبل المقاول عن تلك المتفق عليها في العقد، ففي كلا الحالتين تستطيع الإدارة صاحبة المشروع أن تدخل التعديل المناسب على كمية ومقدار الأشغال موضوع العقد.

مع التأكيد على أن التعديل يتعلق بكمية وحجم الأشغال ولا يتعلق بنوعها. فإذا كان التعديل بالزيادة في مقدار الأشغال فإنها يجب أن تكون من ذات طبيعة الأشغال المنصوص عليها في الصفة، لا كن ما يلاحظ بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، نرصد أن بنود التعديل تتعلق بنوعية الأشغال والخدمات بخلاف الكمية والمقدار

ب - أما عن أوضاع ووسائل التنفيذ فهناك أسباب عديدة قد تستدعي تعديلها :

كحدوث صعوبات مادية، أو ظروف فنية مستجدة أو غيرها أو إذا وجد أن سلامة الأشغال وتنفيذها على الوجه الأفضل، يتطلب تغيير طريقة التنفيذ المنصوص عليها في العقد، فإن له أن يأمر بإتباع الوسيلة أو الطريقة التي يراها الأصح.

وعموما فإن تعديل طريقه أو أسلوب التنفيذ، تمليه في غالب الأحيان مواجهة الظروف المستجدة بالنسبة لجميع جوانب التنفيذ، كظهور مادة جديدة مثلا تستعمل في ذات الأشغال موضوع العقد، أو اكتشاف طريقة علمية جديدة ووسائل حديثة أكثر تطورا، أو أقل ضررا من تلك المستعملة... إلى غير ذلك⁽¹⁾، بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين يلجأ الطرفين إلى تعديل في نوعية المواد أو الآجال دون وجود ظروف مستجدة، أو لا داعي لاكتشاف طريقة علمية جديدة.

ج - وعن التعديل في مدة التنفيذ، وربما أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة إذ كثيرا ما تتدخل الإدارة صاحبة المشروع بتقصير مدة التنفيذ خاصة، أو تمديدها، أو حتى بإنائها وذلك بفسخ العقد دون خطأ من المقاول :

وفي هذا ينص المشرع الجزائري على: "... فيجب على المقاول مباشرة الأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري"⁽²⁾

وأخيرا فإن ممارسة الإدارة صاحبة المشروع لسلطة التعديل، هو حق مسلم به سواء تعلق الأمر بحجم ومقدار الأشغال، أو بوسائل وأوضاع التنفيذ أو بالنسبة لتعديل آجال ومدة التنفيذ والإنجاز.

لأن عبارة التعديل رغم عموميتها يجب أن تفسر في نطاق محل العقد، فيجب أن تستبعد التعديلات الجوهرية التي تمس بأصل المشروع، وتجعلها غريبة عن موضوعه فتجعل من مركز المقاول مغايرا لمركزه الأول أثناء التعاقد.

(1) بن شعبان علي، المرجع السابق، ص:86.

(2) المادة 12 - 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الجزائري.

الفرع الثالث

تعديل بنود العقد عن طريق فعل الأمير

أولا - تعريف نظرية فعل الأمير:

إن ثاني نظرية ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي لمعالجة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري هي نظرية "فعل الأمير".

وبتعريف آخر يطلق "عمل الأمير" على كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو زيادة في الالتزامات التي ينص عليها العقد، بما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية" هذا الإجراء يتمثل في قرار فردي خاص أو يتخذ شكل قواعد تنظيمية عامة كصدور تشريع أو لائحة، أو القيام بأشغال عامة تسبب للمتعاقد صعوبات أثناء تنفيذ العقد.⁽¹⁾

وعليه فإن فعل الأمير قد يتخذ إحدى صورتين:

أ - الصورة الأولى:

أن يصدر عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص بالمقاول المتعاقد مع الإدارة، ونكون أمام هذه الصورة خاصة، عندما تستعمل الإدارة صاحبة المشروع سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة⁽²⁾.

(1) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، 1975، ص:795.

(2) بن شعبان علي، المرجع السابق، ص:195.

وذلك وفق إحدى طريقتين:

1. أ - إما بتعديل شروط تنفيذ العقد كزيادة أو إنقاص كمية الأشغال أو في مدة التنفيذ، الشيء الذي يزيد من أعباء التكاليف التي لم تكن محسوبة وقت إبرام العقد

2. أ - وإما أن يكون تدخل الإدارة ليس في شروط تنفيذ العقد مباشرة، وإنما بالقيام بعمل يؤثر في هذه الشروط، كما لو قامت الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية معينة تؤثر في تنفيذ أشغال المشروع.

ب - الصورة الثانية:

هو أن تقوم الإدارة المتعاقدة باتخاذ إجراء عام لا يشمل موضوع العقد فقط كما لو أصدرت نصوص لائحية أو قوانين ينتج عن تطبيقها زيادة في الأعباء المالية التي يتحملها المفاوض أثناء تنفيذه العقد كالتشريعات المالية والجبائية أو الاجتماعية، وإن كان هناك من يرفض تطبيق النظرية في مثل هذه الخ.

ثانيا - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:⁽¹⁾

أ - أن تكون أمام عقد ذو طبيعة إدارية:

وهو شرط طبيعي لأن الأمر يتعلق بنظرية في نظريات القانون الإداري المتصلة بعقد متميز عن عقود القانون الخاص، وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير على عقود الإدارة المدنية التي لا تظهر فيها بوصفها سلطة عامة.

ب - أن يكون الفعل الضار الإجراء القانوني أو التصرف الإداري صادرا عن

الإدارة المتعاقدة:

وعن صدور الإجراء عن الإدارة المتعاقدة أي الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، وإن كان في بداية ظهور هذه النظرية لم يكن القضاء يشترط هذا

(1) نفس المرجع، ص: 196 وما بعدها.

الشرط، بل يكتفي بصدور الإجراء من سلطة عامة أيا كانت، ثم تطور وأصبح يتطلب لتطبيق نظرية فعل الأمير صدور الإجراء الضار عن الإدارة المتعاقدة، دون سواها من السلطات الأخرى، وهذا الشرط يخالف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين إذ يلجأ الطرفين إلى الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين دون وجود فعل ضار.

ج - أن يكون هذا الفعل مشروعاً؛

أما عن مشروعية الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة الذي أحدث ضرراً للمقاول المتعاقد، فالمقصود به هو أن النظرية تفترض عدم خطأ الإدارة المتعاقدة بقيامها بذلك التصرف أو الإجراء، ذلك أن ثبوت خطأ الإدارة في هذه الحالة يترتب عليه قيام المسؤولية أيضاً ولكن مسؤولية على أساس الخطأ.

د - أن يكون الإجراء غير متوقع؛

لتطبيق النظرية يجب أن يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة إجراء لا يمكن توقعه من طرف الشخص المتبصر لأنه إذا كان بالوسع توقعه، وجب أخذ الحيطة من ذلك ووضعه في الحسبان وإلا كان المقاول مقصراً ويتحمل مسؤوليته في ذلك. يلجأ الطرفين إلى التعديل لصالحهم بالرغم، أن هذا الإجراء متوقع، إلا أن الطرفين وخاصة أعوان الهيئات المتعاقدة يعدون في تقاريرهم كون هذا الإجراء غير متوقع.

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي بالنظر للشخص العادي المتبصر وقت إبرام العقد، ومن ثم فالمسألة متروكة لقاضي الموضوع الذي يقدرها بمراعاة كل الظروف المحيطة بالتعاقد

هـ - أن يترتب على فعل الإدارة ضرراً خاصاً بالمتعاقد معها يخل بالتوازن

المالي للعقد :

يشترط لتطبيق النظرية أن يترتب على تصرف الإدارة ضرراً يلحق بالمتعاقد معها ولكن دون اشتراط درجة معينة من الجسامة فيكون الضرر يتمثل في نقص الأرباح التي كان المقاول قد تعاقد على أساسها أي يعول على تحصيلها، غير أنه يشترط في الضرر أن يكون خاصاً بالمتعاقد يصيبه لوحده أو يصيبه بشكل أشد جسامة من غيره من الأفراد الذين يشملهم. بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، نجد أن تصر الإدارة لم يلحق بالمتعاقد معها ضرراً، يستدعي التعديل في بنود العقد أو الزيادة في الأسعار لصالحهم.

الفرع الرابع

تعديل بنود العقد عن طريق نظرية الظروف الطارئة

أولا - تعريف نظرية الظروف الطارئة

يتلخص مضمون هذه النظرية أنه بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه تطرأ ظروف أو أحداث طبيعية أو اقتصادية أو سياسية من صنع الجهة الإدارية، ولو من غير تلك المتعاقدة أو من عمل الغير، لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ومستقلة عن إرادة كلا المتعاقدين ولم تكن في حسابان المتعاقد المفاوض ولا في وسعه توقعها أثناء إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا ولا علاجاً وتكون هذه الظروف أو الحوادث استثنائية وعامة، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما يجعل تنفيذه أثقل عبئاً وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان، مما يجعل تنفيذه يلحق بالمفاوض خسارة فادحة أكثر من الحد المعقول والمألوف في مثل تلك الحالة⁽¹⁾.

فإن وقع مثل هذا الظرف كنا أمام الظرف الطارئ وأصبح من حق المفاوض المتعاقد أن يطلب من الإدارة مشاركته في تحمل هذه الخسارة وذلك بتعويضه تعويضاً جزئياً طوال قيام هذا الظرف.⁽²⁾

فجاءت نظرية الظروف الطارئة التي فرضتها العدالة المجردة وضرورة استمرار حسن سير المرفق العام والتي انتقلت إلى القانون المدني لما تمثله من عدالة وقد تبناها المشرع الجزائري في القانون المدني.⁽³⁾

(1) بن شعبان علي، نفس المرجع، ص: 196.

(2) محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص: 72.

(3) المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا - ضوابط تطبيق النظرية .

يتعلق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بضوابط خاصة بالظرف الطارئ، تشمل طبيعته، ووقت وقوعه، ومدى إمكانية توقعه وإمكانية دفعة، ومدى علاقته بإرادة المتعاقدين، ثم الأثر المترتب عنه وذلك كما يلي:

أ - طبيعة الظرف الطارئ:

لتطبيق هذه النظرية يشترط في الظرف أن يكون طارئا وأن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة.

غير أن المستقر عليه هو أن نطاق الظرف الطارئ متسع جدا⁽¹⁾ فقد يكون طبيعيا كالزلازل وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأسعار، وقد يكون من فعل الجهة الإدارية غير المتعاقدة.

وباختصار فحتى تطبق النظرية يجب أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا مما يندر وقوعه ولا يمكن توقعه من الشخص العادي، وأن يتصف بالعمومية أي شاملا لطائفة من الأشخاص وليس خاصا بالمتعاقدين، ولا تعني العمومية الشمول بل يكفي أن يصيب عددا كبيرا من الناس، كصدور قوانين مثلا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، كما لو كانت تتعلق بالجانب الاجتماعي كرفع الأجور مثلا، أما بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين فقد يستفيد الطرفين صاحب السلطة والمتعامل المتعاقد من شمولية واتساع مفهوم الظرف الطارئ لكي يون غطاء قانوني للجوء إلى أفعال من شأنها تفيد المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة للحصول على امتيازات غير مبررة.

(1) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة 05، سنة 1991، ص 612.

ب - وقت وقوع الظرف الطارئ:

وهو عنصر مهم للقول بتطبيق النظرية التي لا تشمل إلا الظرف الطارئ الذي يقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه وقبل تمام التنفيذ لأن الحكمة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة تنعدم خارج هذا التوقيت فهي من أجل استمرار التنفيذ وسير المرفق العام بانتظام فإذا وقع الحادث قبل الشروع في التنفيذ فإنه تم العلم به ولم يعد مفاجئاً وإذا وقع بعد تماماً التنفيذ فإننا لا نحتاج إلى الاستمرار في التنفيذ الذي هو منتهي أصلاً.

فإذا وقع الحادث الطارئ بعد إنهاء مدة التنفيذ ولكن دون إنهاء الأشغال فعلاً ووقع تأخير في ذلك بخطأ من المقاول فهنا على المقاول تحمل مسؤولية تأخره في التنفيذ ولا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، إلا أنه في الواقع قد يستفيد المتعامل المتعاقد من التعويض أو الإنقاص من الخدمات مثلاً، بالرغم من انتهاء وقت وقوع الظرف الطارئ دون إنهاء الأشغال ويكون التأخر بخطأ من المتعامل المتعاقد.

ج - مدى إمكانية توقع الظرف الطارئ:

يعتبر شرط عدم توقع الظرف الطارئ من أهم شروط تطبيق النظرية، ومنه استمدت اسمها، نظرية الحوادث الطارئة أو الظروف غير المتوقعة.

وعدم التوقع هو شيء نسبي فلا شيء يمكن استبعاد وقوعه كلياً من حيث المبدأ، ولذلك فإن عدم التوقع يقدر في إطار الظروف المحيطة وقت إبرام العقد.

أما معيار عدم التوقع فهو موضوعياً وليس شخصياً أي أنه لا يكون في إمكان الشخص العادي لو كان محل المتعاقد وقت إبرام العقد توقع وقوع الحادث⁽¹⁾، وعموماً فإن مسألة التوقع مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي الذي يضع في عين الاعتبار الشخص العادي وليس شخص المقاول المتعاقد بالذات.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط نظرية الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981، ص 945 وما بعدها.

ويبقى السؤال هل شرط عدم التوقع المقصود به وقوع الحادث أو الظرف في حد ذاته؟ أم أن الشرط ينصب على آثار هذا الحادث والظرف؟ بمعنى آخر هل مالا يمكن توقعه هو وقوع الحادث أم حجم الصعوبات التي نجمت عنه؟

الجواب عن هذا السؤال بعد أخذ ورد داخل القضاء الإداري استقر الرأي المنطقي في النهاية على تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنظر إلى حجم النتائج الغير المتوقعة التي ترتبت عن الحادث الفجائي.⁽¹⁾

وعليه قد يستغل المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة تحديد تاريخ بداية انطلاق الظرف الطارئ وتاريخ نهايته، أي اللحظة التي بدأ فيها تجاوز الظرف الطبيعي أو الاقتصادي الحالة العادية إلى الحالة الاستثنائية.

كما قد يستفيد من تحديد الخسارة الفعلية التي لحقت بالمقاول المتعاقد في تلك الفترة المحددة بدقة والتي كانت فعلاً بسبب الظرف الطارئ والاستفادة من كل خسارة يكون سببها عامل آخر كخطأ المقاول مثلاً.

(1) بن شعبان علي، المرجع السابق، ص: 199.

المطلب الثاني

القصد الجنائي

لقد اختلف الفقه الجنائي في تعريف القصد الجنائي، فذهب رأي إلى أنه علم الجاني بمخالفته لأوامر المشرع ونواهيته وذهب رأي آخر إلى أنه إرادة ارتكاب الجريمة كما حددها المشرع.

وما استقر عليه من تعريف للقصد الجنائي بأنه توجيه الإرادة نحو السلوك الإجرامي وما يترتب عليه من نتيجة إجرامية مع العلم بذلك.⁽¹⁾

وما يهمننا في هذه الدراسة هو معرفة طبيعة القصد الجنائي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، لاسيما أنه بانتفاء القصد الجنائي لدى الفاعل ينفي وجود جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، لتخلف الركن المعنوي، وفي هذا الصدد نقسم هذا المطلب إلى:

- **الفرع الأول:** عناصر القصد الجنائي.
- **الفرع الثاني:** إثبات وتزامن القصد الجنائي مع الفعل الإجرامي.
- **الفرع الثالث:** أثر الخطأ غير العمدي على الركن المعنوي.

(1) ممدوح أحمد أبو حمادة، شرح قانون العقوبات القسم العام، الأركان العامة للجريمة، دار الكتب القانونية، 38 ش عبد الخالق ثروت - القاهرة - مصر 2013، ص: 145.

Copyright © 2017. All rights reserved. May not be reproduced in any form without permission from the publisher, except fair uses permitted under U.S. or applicable copyright law.

الفرع الأول

عناصر القصد الجنائي

إن كان ينتج عن الطابع العمدي للجريمة أن ركنها المعنوي يتمثل في القصد الجنائي الذي يقوم على عنصرَي العلم والإرادة، فإن الجدير بالدراسة في هذا المجال هو البحث عن العناصر التي ينصب عليها العلم بالنظر إلى المجال الواسع والمعقد للركن المادي المكون للجريمة محل الدراسة، وكذلك باعتبار أن النص التجريמי يحيل على نصوص قانونية غير جنائية وغير محددة.

أولاً - عنصر العلم⁽¹⁾

وهو العلم بكافة الأركان التي يقوم عليها النموذج القانوني للجريمة، وهو أحد عناصر القصد الجنائي وفي جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية ينبغي العلم بعناصر الجريمة، وعناصر الجريمة التي يجب العلم بها قد تكون وقائع، وقد تكون أحكاماً قانونية.

أ - العلم بالوقائع:

يجب لتوافر القصد الجنائي أن يحيط علم الجاني أثناء مباشرته للنشاط الإجرامي بالوقائع الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة، أما الوقائع الثانوية التي لا تدخل في مكونات الجريمة ولا تؤثر في قيامها فلا يلزم أن يحيط علم الجاني بها.⁽²⁾

(1) ممدوح أحمد أبو حمادة، المرجع السابق، ص: 143.

(2) نفس المرجع ونفس الصفحة.

أ.1 - الوقائع التي يتعين إحاطة العلم بها :

وهي الوقائع اللازمة لقيام الجريمة قانونا والتي تتمثل في:

أ.1.1 - مفترضات الجريمة: بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، تتمثل في التعامل بصفقة أو عقد مع المصلحة المتعاقدة، وصفة الجاني.

أ.2.1 - عناصر الركن المادي: ويتكون من السلوك المجرّم أي الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، ونتيجة هذا السلوك وهي الحصول على امتيازات غير مبررة، وذلك عن طريق العلاقة السببية والمتمثلة في الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين.

أ.2 - الوقائع التي لا يتعين إحاطة العلم بها :

وهي الوقائع التي لا تدخل في عناصر ومكونات الجريمة القانونية، فهي تعمل أثرها بغض النظر عن علم الجاني أو جهله بها⁽¹⁾، ومثال هذه الوقائع في الجريمة محل الدراسة، نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، وعليه إذا تمت الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، وفقا لما تقتضيه نظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الأمير، أو بفعل القوة القاهرة، وعليه عند توفر سبب من أسباب النظريتين تنتمي الصفة الإجرامية عن الفعل المكون للجريمة.

ب - العلم بالقانون :

ويجب أن نفرق في هذا الصدد بين العلم بالقواعد الجنائية والعلم بالقواعد غير الجنائية، وقد سبق وأشارنا في دراستنا للركن المادي للجريمة أن هذه النصوص غير الجنائية جزء من التجريم وبالتالي وجب العلم بها.

(1) نفس المرجع، ص: 150.

ثانيا - الإرادة:

وهو اتجاه إرادة الجاني للحصول على امتيازات غير مبررة جراء استفادته من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، وإرادة السلوك التي يعتد بها القانون في هذا الشأن هي تلك الصادرة عن وعي واختيار وبالتالي فمتى ثبت وفقا للقواعد العامة انتفاء أيّ منهما تخلف القصد الجنائي، كما تنتفي إرادته إذا كان واقعا تحت إكراه أو كان معتبرا في حالة الضرورة.⁽¹⁾

(1) سليمان عبد المنعم، القسم الخاص من قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، بدون دار نشر، طبعة 2002، ص: 140.

الفرع الثاني

إثبات وتزامن القصد الجنائي مع الفعل الإجرامي

أولا - إثبات القصد الجنائي:

يفترض وفقا لقرينة البراءة، وهي الأصل المقرر في الإجراءات الجنائية، أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي والقصد الجنائي أمر باطن يضمه الجاني في نفسه، ولهذا يستحيل إثباته بطرق مباشرة، حيث يستدل القاضي عليه من المظاهر الخارجية التي تكشف عنه حسب ظروف الواقعة⁽¹⁾.

ويعتبر إثبات القصد الجنائي لدى مرتكب أي جريمة من المسائل الموضوعية التي يقدرها قضاة الموضوع حسبما يستخلص من ظروف وملابسات كل قضية⁽²⁾، ويكون إثبات القصد الجنائي، في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، وفقا للقواعد العامة في الإثبات في المواد الجنائية، فهو يكون بإقرار الجاني أو بالقرائن الأخرى، أما بالنسبة لعبء الإثبات تتحمله سلطة الادعاء.

فقاضي الموضوع يأخذ بما اطمئن إليه من أدلة تثبت الجريمة وله أن يطرح جانبا ما لا يستقيم واقتناعه وعليه يمكن أن يعمل إقرار المتهم بجريمة الرشوة لأن له مطلق الحرية في تقدير حجيته، لأنه من المبادئ المقررة في الإثبات الجنائي حرية الإثبات واقتناع القاضي بالدليل الجنائي⁽³⁾.

(1) ممدوح أحمد أبوحمادة، المرجع السابق، ص: 143.

(2) سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص: 153.

(3) ابن خليفة سميرة، جرائم الفساد في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،

المركز الجامعي بشار، 2006 - 2007، ص: 107.

ثانيا - تزامن القصد الجنائي مع الفعل الإجرامي:

المفترض في قانون العقوبات أن يتحقق القصد الجنائي ويستمر منذ لحظة بدء النشاط الإجرامي في الجريمة حتى نهايته وبعبارة أخرى يجب أن يتزامن ركن الجريمة المعنوي مع ركنها المادي.

ولا صعوبة في الأمر متى توفر القصد الجنائي أثناء مراحل تحقق عناصر الركن المادي كلها، ولكن من المتصور أن يعاصر القصد الجنائي بعض هذه العناصر دون البعض الآخر وذلك كما في الحالات الآتية:⁽¹⁾

أ - قد يبدأ الفرد سلوكا مشروعاً وبحسن نية، ولكن في المرحلة التالية لبدء السلوك يتحقق القصد الجنائي، وهنا يسأل جنائياً إذا كان السلوك الذي نفذه عقب تحقق القصد الجنائي يرتبط سببياً بالنتيجة⁽²⁾، ومثال ذلك قد يفوز المتعهد بالصفقة بطريقة مشروعة، ولا كنه عند التنفيذ يلجأ إلى الزيادة في الأسعار بفرض الحصول على امتيازات غير مبررة، ويتجلى هذا المثال بوضوح خاصة في عقود البرامج، أو صفقات ذات طلبات كلية أو جزئية⁽³⁾.

ب - قد يبدأ الفرد سلوكاً مقترناً بخطأ غير عمدي، ثم يتداخل القصد الجنائي في مرحلة تالية، فالجريمة تتحول من خطأ غير عمدي إلى جريمة عمدية، ومثال ذلك أن يحدث خطأ في تقدير الأسعار أو في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم ثم يستغل المتعاقد هذا الخطأ لصالحه بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة مستغلاً بذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين.

(1) ممدوح أحمد أبوحمادة، المرجع السابق، ص: 164.

(2) نفس المرجع، نفس الصفحة.

(3) المواد 16 - 17 - 19 - 20، من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

المعدل والمتمم.

الفرع الثالث

أثر الخطأ غير العمدى على الركن المعنوي

أولاً - جوهر الخطأ غير العمدى

الخطأ غير العمدى في جوهره هو غلط يقع فيه الجاني بشأن النتيجة الإجرامية، من الممكن تجنبه عند توخي الحيطة والحذر عند مباشرة أو الامتناع عن مباشرة سلوك معين، ويميز الفقهاء بين نوعين من الخطأ، الخطأ العام وهو نتيجة مخالفة قواعد اجتماعية، الخطأ الخاص وهو نتيجة مخالفة قواعد قانونية مستمدة من القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة.⁽¹⁾ ويلزم حتى يرقى الغلط لمستوى الخطأ أن يتوفر فيه شرطان:

- **الشرط الأول:** أن يقع هذا الغلط على عنصر رئيسي من عناصر الجريمة، ويطلق عليه "الغلط الجوهرى أو المؤثر"، حيث أن الغلط المتعلق بعنصر غير لازم لقيام الجريمة ليس له قيمة قانونية.
- **الشرط الثاني:** أن يكون هذا الغلط من الممكن تجنبه بمراعاة القدر اللازم من الحيطة والحذر، وإمكان تجنب الغلط لا يتحقق إلا إذا كان في إمكان الجاني توقع النتيجة التي ترتبت على سلوكه.

ثانياً - عناصر الخطأ غير العمدى

الخطأ غير العمدى يتكون من عنصرين، عنصر مادي، وعنصر نفسي.⁽²⁾

(1) ممدوح أحمد أبو حمادة، المرجع السابق، ص: 195.

(2) نفس المرجع، ص: 197.

أ - العنصر المادي:

وهو عدم مطابقة سلوك الجاني لمستوى الحيطة والحذر ومصدرها العام هو الخبرة الإنسانية سواء كانت عامة أو فنية، إذ تقرر هذه الخبرة قدراً أدنى من الحذر أو من الأصول الفنية التي يتعين مراعاتها عند مباشرة أو الامتناع عن مباشرة سلوك معين، ومخالفتها ترتب الخطأ العام، وهناك مصدر آخر للالتزامات الحيطة والحذر هو القوانين واللوائح التي ترتب مخالفتها ما يسمى بالخطأ الخاص. ومثال ذلك عدم مراعاة قواعد السلامة والحفظ عند تزويد المصلحة المتعاقدة بالمواد الغذائية، أو عدم التقيد بالشروط الخاصة بالنظافة والتعقيم خاصة في المستشفيات.

ب - العنصر النفسي:

و يتمثل في الرابطة النفسية بين إرادة الجاني والنتيجة الإجرامية التي تحققت بخطئه غير العمدي فالقانون لا يعاقب على الخطأ بمجرد توافر العنصر المادي فيه، أي الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وهذه الرابطة النفسية بين إرادة الجاني والنتيجة الإجرامية تتحقق في حالتين:

ب.1 - الخطأ البسيط:

وفيها لا يتوقع الجاني النتيجة الإجرامية من أنه كان في استطاعته وبإمكانه أو كان واجبا عليه أن يتوقعها⁽¹⁾، ومثال ذلك من ينقل مواد تتطلب السلامة والحفظ بوسائل نقل غير مهيئة لذلك بحجة احترام الآجال القانونية للتسليم، أو التقليل من ساعات التدخلات لصيانة أجهزة الكمبيوتر بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، أو تكليف أعوان عاديين من أجل الصيانة خلافا لمحتوى العقد الذي ينص على أن يقوم بالصيانة مهندس بهدف التقليل من السعر النهائي للصفقة فعليه أو في إمكانه أن يتوقع أن هذا العمل يمكن أن يرتب في حد ذاته مخالفة للقواعد التنظيمية

(1) ممدوح أحمد أبو حمادة، المرجع السابق، ص: 198.

وبنود الصفقة، بالإضافة إلى الأضرار التي تمس المنتفع من الخدمة، وعدم توقعه لهذه النتيجة التي يمكن توقعها يرتب الخطأ في جانبه.

ب.2 - الخطأ الواعي؛

وفيها يتوقع الجاني النتيجة الإجرامية على أنها ممكنة الوقوع ولكنه يأمل في عدم حدوثها ويقدر أنها لن تحدث اعتماداً على اتخاذ وسائل احتياط غير كافية فتقع النتيجة الإجرامية بالفعل⁽¹⁾، ومثال ذلك من يقوم بإنشاء مجموعة كبيرة من البنايات بسرعة كبيرة بهدف استكمال المخطط السنوي، وذلك عن طريق تعديل في المواد الأولية للبناء إلا أنه بعد مدة تحدث تشققات في بعض البنايات وتحدث أضرار للقاطنين بها، وعليه فهو يتوقع أن يؤدي نشاطه إلى هذه النتيجة ولكنه يأمل في عدم حدوثها اعتماداً منه على مهارته دون اتخاذ احتياطات كافية للحيلولة دون حدوثها.

(1) نفس المرجع، ص: 199.

الفصل الثاني

أساليب الوقاية والمكافحة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

أدرك المشرع أن المكافحة الفعالة لجرائم الصفقات العمومية تتطلب ازدواجية في الآليات المرصودة لمكافحتها والحد منها، فهي تتطلب إتباع إستراتيجية وقائية تكون لها فعالية وكفاءة قبل وقوع الجريمة من رقابة ومساءلة، كما تتطلب تدخلا قانونيا عقابيا يقوم على توقيع العقوبات في حال اكتشاف الضالعين في ارتكاب هذه الجرائم، فجاء قانون رقم 06 - 01، ليجسد هذه الإستراتيجية والمتمثلة في الوقاية ثم المكافحة.

ومن هذا المنطلق نعتمد في هذا الفصل نفس الأسلوب والإستراتيجية المنتهجة من طرف المشرع، كما نقتبس نفس التسمية لبحوث هذا الفصل كما أدرجها المشرع في القانون رقم 06 - 01 المذكور أعلاه، وعليه سيحظى كل من المبحثين بدراسة.

- **المبحث الأول:** أساليب الوقاية المقررة لمكافحة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المبحث الثاني:** أساليب المكافحة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

المبحث الأول

أساليب الوقاية المقررة لمكافحة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إنه ليس من الصواب الانتظار حتى تقع الجريمة، بل يجب مكافحة الأسباب والعوامل التي تساعد على وقوعها وذلك بانتهاج منهج وقائي لتفادي وقوع الجريمة، مما دفع ببعض الدول ومن بينها المشرع الجزائري إلى تشريع قوانين خاصة بالوقاية من الفساد، وإلى تشكيل هيئات خاصة بمحاربة الفساد والوقاية منه، بالإضافة إلى إشراك جهات غير حكومية في مواجهة جرائم الفساد واستغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية.

لذا خصصنا هذا المبحث، لأساليب الوقاية المقررة لمكافحة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين كالتالي:

- **المطلب الأول:** دور أجهزة الرقابة في الوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.
- **المطلب الثاني:** رقابة القضاء الإداري الإستعجالي.
- **المطلب الثالث:** الوسائل التقنية لمواجهة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

المطلب الأول

دور أجهزة الرقابة في الوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إن رقابة الصفقات العمومية أمر حتمي تفرضه من جهة المكانة الممتازة لها في تنفيذ المشاريع الحيوية والتنمية الكبرى للدولة ومن جهة أخرى ضخامة الأموال التي تصرف في تمويل هذه الصفقات.

يمكن تعريف الرقابة على الصفقات العمومية على أنها رقابة تنصب على إجراءات الإبرام منذ بدايتها وإلى غاية تنفيذها بغرض منع وقوع اختراق للقواعد القانونية الخاصة بإبرامها من طرف الإدارة أو أي طرف من الأطراف المتعاقدة للحد من كل الجرائم السائدة في هذا المجال والتي تشكل صورا متعددة من الفساد الإداري.⁽¹⁾

إلا أننا في هذا المطلب سوف نقتصر على الرقابة المالية السابقة على تنفيذ الصفقات العمومية، بغرض اكتشاف التلاعبات التي يلجأ إليها المتعامل المتعاقد بغرض الزيادة في الأسعار حسب الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** الرقابة المالية السابقة على تنفيذ الصفقات العمومية.
- **الفرع الثاني:** رقابة الهيئات المتخصصة.
- **الفرع الثالث:** الرقابة التقنية على الصفقات العمومية.

(1) علة كريمة، المرجع السابق، ص: 196.

الفرع الأول

الرقابة المالية السابقة على تنفيذ الصفقات العمومية

لم يشر المرسوم الرئاسي 10 - 236 المعدل والمتمم صراحة إلى الرقابة المالية كقسم خاص بالرقابة على الصفقات كما فعل مع هيئات الرقابة الداخلية والخارجية، لكنه أشار إلى هذه الرقابة انطلاقاً من المادة 166 و المادة 165.

تعتبر مرحلة الرقابة المالية السابقة الأهم في الرقابة المالية، وتعني قيام هيئات الرقابة بمراقبة الأعمال والتصرفات المالية للهيئات الإدارية قبل وقوعها، سواء كانت متعلقة بالنفقات أو التعاقدات والتصرفات المالية على أكبر قدر من الدقة والصحة، أي قبل أن يدخل التصرف المالي حيز التنفيذ، وقبل الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذاً، إذ تواكب عملية التنفيذ وتكون قبل التأشير وإعطاء الإذن بصرف النفقات وتحصيل الإيرادات، وتمارس من طرف المحاسب العمومي والمراقب المالي فهي إذن إجراء وقائي يهدف إلى منع وقوع أي تجاوزات غير مشروعة⁽¹⁾.

وفي هذا الفرع سنتناول الرقابة الممارسة من قبل المراقب المالي، وكذا المحاسب العمومي:

أولاً - المراقب المالي:

أ - مهام المراقب المالي:

المراقب المالي هو موظف سامي تابع لوزارة المالية متواجد على مستوى كل الولايات، يمارس الرقابة المسبقة للنفقات بالإضافة إلى مراقبون ماليون مساعدون.

(1) شيخ عبد الصديق، رقابة الأجهزة والهيئات المالية على الصفقات العمومية، المداخلة السابعة والثلاثون، المنتدى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة ديجي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

بالإضافة إلى رقابة الالتزامات فإن للمراقب المالي صلاحية استشارية فهو الذي يمثل وزير المالية في مختلف الصفقات العمومية التي تكون من اختصاص هذا الأخير، كما يعلم وزير المالية آرائه عن مشاريع القوانين والمراسيم والمناشير ذات الطبيعة المالية، ويقوم المراقب المالي بفحص ودراسة ملفات الالتزام التي يقدمها الأمر بالصرف في أجل 10 أيام، يمكن أن تمتد إلى 20 يوماً عندما يكون الملف معقداً.

1 - منح التأشيرة:

إن تأشيرة المراقب المالي هي الدليل على صحة النفقة محل الصفقة العمومية، بمعنى أنها تصبح قابلة للتنفيذ والتمويل للمحاسب العمومي من أجل صرفها.

2 - رفض التأشيرة ويتنوع الرفض إلى:

1.2 - الرفض المؤقت:

و يكون الرفض المؤقت حسب المادة 11 من المرسوم 92 - 414، في حالات:

- انعدام أو نقصان الوثائق الثبوتية المطلوبة.
- نسيان بيان هام في الوثائق المرفقة.

2.2 - الرفض النهائي:

و يكون الرفض النهائي حسب المادة 12 من المرسوم 92 - 414 في حالات:

- عدم مطابقة اقتراح الالتزام للقوانين والتنظيمات المعمول بها.
- عدم توفر الاعتمادات أو المناصب المالية.
- عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

• وفي كل الحالات يجب أن يطلع الأمر بالصرف على كل أسباب الرفض.

ولقد منح المشرع للأمرين بالصرف وسيلة قانونية لمواجهة الرفض النهائي للمراقب المالي تتمثل في مقرر التفاضلي المنصوص عليه بالمادة 18 من نفس المرسوم الذي يشبه مقرر التجاوز الصادر في مواجهة قرار لجان الصفقات.

و تقتضي حالة التفاضلي أن يكون رفض المراقب المالي نهائياً، لأن الرفض المؤقت قابل للتصحيح، ويعتبر مقرر التفاضلي امتيازاً آخر للأمر بالصرف بالإضافة إلى مقرر التجاوز مما يشكل إضعافاً لعملية الرقابة على الصفقة العمومية ويرسل المراقب المالي نسخة من ملف الالتزام موضوع التفاضلي إلى وزير المالية الذي يرسل نسخة من الملف إلى المؤسسات المختصة بالرقابة ويرسل الأمر بالصرف للالتزام مرفقاً بمقرر التفاضلي إلى المراقب المالي قصد وضع تأشيرة الأخذ بالحسبان التي بموجبها يتبرأ المراقب المالي من أي مسؤولية والتي تقع على عاتق الأمر بالصرف⁽¹⁾.

و لا يجوز أن يتم إصدار مقرر التفاضلي في حالات إذا كان الرفض النهائي بسبب:

- صفة الأمر بالصرف.
- عدم توافر الاعتمادات أو انعدامها.
- انعدام التأشير أو الآراء المسبقة المنصوص عليها في التنظيم المعمول به.
- انعدام الوثائق الثبوتية التي تتعلق بالالتزام.
- التخصيص غير القانوني للالتزام بهدف إخفاء إما تجاوزا الاعتمادات وإما تعديلات لها، أو تجاوزا مساعدات مالية في الميزانية.

(1) أنظر المواد 18، 20 من المرسوم 92-414 المؤرخ في 14-11-1992 يتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها، (ج.ر. 82 بتاريخ 15 نوفمبر 1992).

ب - مسؤولية المراقب المالي :

يعتبر المراقب المالي مسؤولاً عن الأعمال التي يقوم بها، وعن التأشيرات التي يسلمها⁽¹⁾، أما بالنسبة للمراقب المالي المساعد فيكون مسؤولاً عن الأعمال والتصرفات التي يقوم بها، وعن التأشيرات التي يسلمها وهذا في حدود الاختصاصات التي يفوضها إليه المراقب المالي⁽²⁾.

من خلال ما تقدم، نستنتج أن مسؤولية المراقب المالي تقتصر على رقابة المشروعية، دون رقابة ملائمة الالتزام بالنفقات التي يعرضها عليه الأمر بالصرف، وبذلك فهو لا يتحمل مسؤولية أخطاء التسيير التي يقوم بها الأمر بالصرف⁽³⁾، وكذلك عليه الالتزام بالسرم المهني، عند دراسة الملفات والقرارات بمناسبة أدائه لمهامه، على أن توفر له الحماية أثناء ممارستهم لمهامهم من كل ضغط أو تدخل من شأنه أن يضر بأدائه لمهامه⁽⁴⁾.

إلا أن مسؤولية كل من المراقب المالي، والمراقب المالي المساعد تسقط في حالة الرفض النهائي، للالتزامات بالنفقات السابق ذكرها، وهذا بمناسبة تحديد شروط وإجراءات الرقابة، وتنتقل بذلك المسؤولية إلى الأمر بالصرف، في حالة عدم التزامه بمذكرة الرفض، ويتعين عليه في هذه الحالة إعلام الوزير المكلف بالميزانية بموجب مقرر معلل.

ج - تقدير رقابة المراقب المالي :

من دراسة وتحديد مجال وشروط رقابة المراقب المالي، تبين أنها من أنجع أنواع وآليات الرقابة المالية ويمكن أن تساهم بشكل فعال في التسيير الجيد للأموال العامة، وكشف التلاعبات - خاصة في مجال الزيادة في الأسعار - التي يقوم بها

(1) المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 374 - 09.

(2) المادة 32 نفس المرسوم التنفيذي.

(3) المادة 23 نفس المرسوم التنفيذي.

(4) المادة 34 نفس المرسوم التنفيذي.

الأمْر بالصرف مسؤول المصلحة المتعاقدة، مع التعامل المتعاقد، كونها تقوم على مراقبة صرف النفقات بعد الالتزام بها وقبل دفعها، وما توسيع مجال رقابتها ليشمل ميزانية البلديات⁽¹⁾ إلا تأكيد على فعاليتها في ترشيد نفقاتها، وتفاديا للالتزام بنفقات زائدة غير متاحة في الميزانية، والتصدي للانتهاكات الصارخة للمال العام، وما الجريمة التي نحن بصدد دراستها إلا مثالا على ذلك.⁽²⁾

ثانياً: المحاسب العمومي

أ - المحاسب العمومي:

تجد وظيفة المحاسب العمومي أساسها القانوني في القانون 90 - 21 المؤرخ في 15 - 08 - 1990⁽³⁾ حيث تنص المادة الأولى منه على أن: "هذا القانون

(1) إلا أنه وفي المقابل فقد اعتبر عدد كبير من رؤساء المجالس الشعبية البلدية أن توسيع مجال الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها ليشمل ميزانية البلديات، بمثابة تدخل في التسيير المالي لهذه الأخيرة، وخطوة بيروقراطية مقننة، وهم بذلك يتساءلون عن طبيعة دور ومهام المجالس الشعبية المنتخبة في ظل هذا الوضع الجديد. ومن هذا المنظر فإن قرار إلحاق إخضاع ميزانيات البلديات تدريجياً لهذه الرقابة وفقاً لبرنامجها الذي سبق الإشارة إليها، جاء ليضيق الخناق على صلاحيات رؤساء المجالس الشعبية البلدية، قبل صدور قانون البلدية الجديد، وجعلهم بالتالي تحت سلطة المراقبين الماليين، الذين قد لا يكتفون بالحالات المستعجلة والاستثنائية، والتي تتطلب نفقات غير مدرجة في ميزانية البلدية، ورقابة إضافية على كاهلهم، والذين كانوا يطالبون بمزيد من الصلاحيات، وتخفيف الرقابة المركزية الشديدة التي تعاني منها الجماعات المحلية. أنظر شيخ عبد الصديق، المقال السابق.

(2) اقتصر الرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها في بداية تطبيقها، على ميزانية الدولة والمؤسسات العمومية والولايات دون البلديات، حيث استبعدت من مجال تطبيق هذه الرقابة، وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 414 - 92 المؤرخ في 14 - 11 - 1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الملتزم بها. إلا أنه وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 09 - 374 المؤرخ في 16 - 11 - 2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 92 - 414، فقد أصبحت ميزانية البلديات هي كذلك مشمولة بهذه الرقابة، وهذا وفقاً لما نصت عليه المادة الثانية، من المرسوم رقم 09 - 374، وتطبيقاً لذلك ذلك، صدر القرار الوزاري المشترك، مؤرخ في 05 - 09 - 2010 حددت المادة الثانية منه خضوع ميزانيات البلديات للرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها بصفة تدريجية وفقاً للبرنامج التالي:

- ابتداء من السنة المالية 2012 بالنسبة لكافة البلديات.
 - ابتداء من السنة المالية 2011 بالنسبة للبلديات مقر الدوائر، وكذا البلديات مقر المقاطعات الإدارية الخاضعة لسلطة الولاية منتدبين.
 - ابتداء من السنة المالية 2012 بالنسبة لكافة البلديات.
- (3) أنظر ج.ر. 35 لسنة 1990.

يحدد الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية الخاصة بالدولة والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة والميزانيات الملحقة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري".

يعتبر أمين خزينة الولاية المحاسب الرئيسي لميزانية الولاية، كما يمارس مهام أمين الخزينة البلدية⁽¹⁾ محاسب عمومي، وهو محاسب رئيسي بالنسبة لميزانية البلدية حيث يتولى تحصيل الإيرادات وتصفية نفقات البلدية، وبالإضافة إلى ذلك فهو مكلف بمتابعة تحصيل مداخيل، البلدية، وكل المبالغ العائدة لها وصرف النفقات المأمور بصرفها⁽²⁾، وبصفتهم تلك يعد كل منهم حساباً للتسيير عند قفل السنة المالية، يشمل فترة تنفيذ الميزانية التي تمتد حتى 31 مارس من السنة الموالية، ويكلف بالعمليات التالية:

- تحصيل الإيرادات ودفع النفقات⁽³⁾.
- ضمان حراسة الأموال أو السندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها وحفظها.
- تداول الأموال والسندات والقيم والممتلكات والعائدات والمواد.
- حركة حسابات الموجودات⁽⁴⁾.

ويتم تعيين المحاسبين العموميين من قبل الوزير المكلف بالمالية ويخضعون

(1) القانون 10 - 11، تم تغيير تسمية القابض البلدي إلى أمين خزينة.

(2) المادة 205 من القانون رقم 10 - 11.

(3) ترتبط مهمة المحاسب العمومي بمهمة الأمر بالصرف وهذا ما دفع المشرع إلى إعلان تنافي الوظيفة بين الأمر بالصرف والمحاسب العمومي، وزيادة في الحرص منع المشرع أن يكون أزواج الأمرين بالصرف بأي حال محاسبين معينين لديهم وكان من الأفضل أن لا يقصر الأمر على الأزواج بل يشمل كل القرابة، أنظر المواد: 55 و56 من الأمر 90 - 21، المؤرخ في 15 - 06 - 1990، المتضمن قانون المحاسبة العمومية المعدل والمتمم، (ج.ر. 35 بتاريخ 15 غشت 1990).

(4) أنظر المادة 33 من الأمر 90 - 21 المؤرخ في 15 - 08 - 1990 المتضمن قانون المحاسبة العمومية.

أساسا لسلطته حسب المادة 34 من نفس القانون، وقد صدر المرسوم التنفيذي 91 - 311 المؤرخ في 07 - 09 - 1991، يتعلق بتعيين المحاسبين العموميين واعتمادهم والذي يحدد محاسبي الدولة الذين يعينهم وزير المالية في مادته الثالثة، ويكون المحاسبون العموميون إما رئيسيين وهم الذين يكلفون بتنفيذ العمليات المالية التي تجري في إطار المادة 26 من القانون 90 - 21⁽¹⁾، أو ثانويين وهم الذين يتولى بتجميع عملياتهم محاسب رئيسي وقد حددتهم المواد 31، 32 من المرسوم 91 - 313.

عموما فإن الأمر بالصرف يتكفل بكل العمليات الإجرائية القانونية والإدارية لتنفيذ الميزانية، بينما يقوم المحاسب العمومي بالعمليات التقنية المحاسبية مما يحقق أكثر تحكماً في تنفيذ الميزانية، ويمارس المحاسب العمومي مهمة الرقابة على النفقة العمومية محل الصفقة بعد أن تصله من الأمر بالصرف.

ب - مهام المحاسب العمومي في الصفقة العمومية :

- حسب المادة 36 فيجب على المحاسب العمومي قبل قبوله لأي نفقة أن يتأكد من:
- مطابقة العملية مع القوانين والأنظمة المعمول بها، وذلك بالتحقق من كل الوثائق التي تبرر حوالة الدفع مثل الفاتورة⁽²⁾.
 - صفة الأمر بالصرف أو المفوض له، وذلك بالتأكد من صحة توقيع الأمر بالصرف المعتمد لديه، وذلك مثلاً عن طريق نسخة من قرار تعيينه.
 - توفر الاعتمادات، وأن الديون لم تسقط آجالها بعد أو أنها محل معارضة.

(1) أنظر المواد: 09، 10 من المرسوم 91 - 313 المؤرخ في 08 - 09 - 1991 يحدد إجراءات المحاسبة التي

يمسكها الأمر بالصرف، والمحاسبون العموميون وكيفيةها ومحتواها.

(2) يجب أن تكون مطابقة لأحكام المرسوم التنفيذي 95 - 303، تكون من نسخة أصلية، تحتوي على المعلومات

التالية: اسم ولقب المستفيد أو المقاول، موضوع الصفقة، العنوان، رقم الحساب الجاري، الرقم الجبائي، رقم الفاتورة، إمضاء المقاول، المبلغ...

- الطابع الإبرائي للدفع أي عدم وجود أي ديون في ذمة المستفيد سواء كان الدين لمصلحة الضرائب أو الضمان الاجتماعي أو إحدى الإدارات العمومية، أو البنوك، وفي حالة ما إذا كانت النفقة محل معارضة يتم اقتطاع قيمة الدين قبل تسديد مبلغ الصفقة، مما يوفر رقابة مزدوجة من طرف لجان الصفقات والمجلس العمومي للحد من التهرب الضريبي.
- تأشيرات عمليات المراقبة التي نصت عليها القوانين والأنظمة المعمول بها بمعنى تأشيرات لجنة الصفقات المختصة وتأشيرات المراقب المالي.
- الصحة القانونية للمكسب الإبرائي، أي إثبات إنجاز الخدمة بمعنى صحة الدين وذلك عن طريق تبرير الخدمة وتقديم الوثائق والتي تترجم بعبارة: " تصفية بعد خدمة منجزة في إطار صفقة موقعة من طرف الأمر بالصرف "

وينتهي عمل المحاسب العمومي إلى :

1 - دفع النفقة :

بعد التحقق من كل المسائل القانونية السابقة⁽¹⁾.

2 - رفض دفع النفقة :

وهنا يمكن للأمر بالصرف أن يطلب منه كتابيا وتحت مسؤوليته أن يصرف النظر عن هذا الرفض⁽²⁾ ويسمى هذا الإجراء التسخير الذي تم النص عليه في المرسوم 91 - 314 المؤرخ في 07 - 09 - 1991 المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، ويجب أن يتضمن أمر التسخير الأسباب المبررة لذلك، وكذا عبارة: " يطلب من المحاسب أن يدفع "، ويجب على المحاسب العمومي

(1) أنظر المادة 21 من القانون رقم 90 - 21 المتضمن قانون المحاسبة العمومية المعدل والمتمم، (ج.ر. 35 بتاريخ 15 غشت 1990).

(2) أنظر المادة 47 من نفس الأمر.

الذي يمثل لأمر التسخير أن يقدم تقريراً بذلك إلى الوزير المكلف بالمالية خلال 15 يوماً ويذكر في التقرير تفاصيل الأسباب الداعية للرفض، وهنا يمكن لوزير المالية أن يطلب معلومات مكملة من الأمر بالصرف⁽¹⁾، غير أنه يجب على كل محاسب عمومي أن يرفض الامتثال للتسخير إذا كان الرفض معللاً بـ:

- عدم توافر الاعتمادات المالية ما عدا بالنسبة للدولة.
- عدم توفر أموال الخزينة، أو انعدام إثبات أداء الخدمة أو الطابع غير الإبرائي للنفقة أو انعدام تأشيرة مراقبة النفقات الموظفة أو تأشيرات لجنة الصفقات المؤهلة إذا كان ذلك منصوصاً عليه في التنظيم المعمول به⁽²⁾.

(1) أنظر المواد: 01، 02، 03، 04 من المرسوم 91 - 314 المؤرخ في 07 - 09 - 1991 يتعلق بإجراء

تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين.

(2) أنظر المادة 48 من الأمر 90 - 21 المتضمن قانون المحاسبة العمومية.

الفرع الثاني

رقابة الهيئات المتخصصة

إن الامتيازات المقررة للأمر بالصرف أي مسؤول المصلحة المتعاقدة والمتمثلة في (أمر التسخير، مقرر التجاوز ومقرر التفاوض) امتيازات يستطيع بها أن يتجاوز مختلف أطوار الرقابة، ووسيلة ضغط وتأثير يمكن أن تستغل لارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة لصالح المتعامل المتعاقد لذلك سنتناول الرقابة المالية التي تقوم بها هيئات متخصصة للتحقيق من شرعية هذه المقررات وكذا الحرص على حسن الإنفاق العام.

أولا - المفتشية العامة للمالية

أ. أساسها القانوني:

أنشئت هذه الهيئة بموجب المرسوم رقم 80 - 53 المؤرخ في 01 - 03 - 1980⁽¹⁾، وهي هيئة تتمتع بصلاحيات واسعة في مجال المراقبة المالية على كافة المؤسسات، وتباشر كل ذلك تحت السلطة المباشرة لوزير المالية⁽²⁾.

ولقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 08 - 272 المؤرخ في 06 - 09 -

(1) أنظر ج.ر. 10 لسنة 1980.

(2) يرجع وجود المفتشية العامة للمالية، إلى مرسوم رقم 13 - 11 - 1950، باعتبار أن الأمر رقم 62 - 11 المؤرخ في 31 - 12 - 1962، قد أجاز مواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية، باستثناء ما كان يتعارض منها مع السيادة الوطنية أو يشمل قواعد التمييز العنصري عنصري، كما أشارت إليها بعض النصوص التنظيمية المتفرقة، كالمرسوم رقم 63 - 127 المؤرخ في 19 - 04 - 1963 المتضمن تنظيم وزارة المالية، وكذلك المرسوم رقم 71 - 259 المؤرخ في 19 - 10 - 1971 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، إلا أن وجودها كهيئة رقابية مكتملة لم يتحقق، إلا بموجب المرسوم رقم 80 - 53. أنظر شيخ عبد الصديق، المقال السابق.

2008 والمحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية⁽¹⁾ والذي ألغى المرسوم 78/92، وعبر هذا المرسوم في مادته الأولى عن المفتشية العامة للمالية بوصفها الهيئة الرقابية الدائمة وأردف أنها تمارس الرقابة على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية، وكذا الأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبية العمومية بالإضافة إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وكذا هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري، وكل الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة، أو الهيئات العمومية، وكل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها القانوني، وعليه فإن جميع الهيئات المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 معنية بهذه الرقابة⁽²⁾.

ب. مهام المفتشية العامة للمالية في الصفقات العمومية:

فيما يتعلق برقابتها على الصفقات العمومية فتجد مرجعها في المادة 116 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ذلك أنه: تتمثل تدخلات المفتشية العامة للمالية في مهام الرقابة أو التدقيق أو التقييم أو التحقيق أو الخبرة والتي تقوم حسب الحالة خصوصا على ما يأتي:

- سير الرقابة الداخلية وفعالية هياكل التدقيق الداخلي.
- إبرام الصفقات والطلبات وتنفيذها.
- دقة المحاسبات وصدقها وانتظامها
- مستوى الانجازات مقارنة مع الأهداف.

(1) أنظر ج.ر. 50 لسنة 2008.

(2) عدلت المادة 2 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13 - 03 المؤرخ في 13 - 01 - 2013 (ج.ر. 02): "ومن جهة أخرى، ستظل المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة للمراقبة الخارجية المنصوص عليها في القانون بعنوان الصلاحيات المخولة لمحافظي الحسابات ومجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية."

ونلاحظ بذلك أن هذه الاختصاصات لها علاقة بالصفقات العمومية سواء قبل إبرامها وأثناءه، وبعد تنفيذها، كما نسجل تطور في الأداء الرقابي وهذا محاكاة لنظيرتها المفتشية العامة للمالية الفرنسية التي تسعى في كل سنة للانفتاح أكثر نحو العالم وذلك من خلال التعاون مع نظيراتها الأجنبية⁽¹⁾.

وتتبلور مراقبة الصفقات العمومية من ناحيتين:

1. مراقبة الشروط الشكلية للصفقة: عن طريق:

- جمع معلومات عامة عن الصفقة والاستفسار عن الطريقة التي حددت بها الحاجة العمومية.
- البحث في طريقة إبرام الصفقة، فإذا أبرمت الصفقة بالتراضي يجب تطابقها مع الحالات المحددة حصرا في القانون وهذا تجنباً للمحاباة والرشوة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين بهدف الحصول على الامتيازات غير مبررة.
- تحديد الأهداف المرجوة من الصفقة حتى لا ترصد اعتمادات مالية ضخمة لصفقة غير مجدية.
- الإطلاع على دفاتر الشروط لمعرفة تطابقها مع القوانين والتنظيمات سارية المفعول.

(1) ففي إطار رحلة رسمية لوزير الميزانية في الجزائر، قام رئيس المصلحة الفرنسية بدراسة بتوقيع يوم 20 جوان 2009 اتفاق شراكة مع المفتشية العامة للمالية الجزائرية. هذا الملف قد سمح بزيادة عدد المفتشين الماليين الجزائريين الذين يتم استقبالهم في باريس الفرنسية. شويخي سامية زوجة بخشي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة دكتوراه، تخصص تسيير المالية العامة، أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الإسلامي في الرقابة على المال العام، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية 2010 - 2011، ص: 191.

2. مراقبة الشروط الموضوعية للصفقة وذلك بـ:

- التأكد من شرعية التشكيلات المختصة بفتح الأظرفة، وتقييم العروض حسب الشروط المحددة في المرسوم الرئاسي 10 - 236 المعدل والمتمم.
 - التأكد من مراعاة هامش الأفضلية للمنتوج ذي الأصل الجزائري.
 - معاينة محضر لجنة الصفقات المختصة والتأكد من قرار تعيين هذه اللجنة وشرعية اجتماعها.
 - إذا نص بند في الصفقة على مراجعة أو تحيين الأسعار، فيراقب كفاءات تطبيق هذا البند، ومدى مطابقته للشروط القانونية.
 - التأكد من قيمة التسيقات المدفوعة للمتعاقد خاصة إذا كانت مؤسسة أجنبية، ومدى مطابقتها للشروط والقواعد القانونية.
 - مراقبة مختلف عمليات إنجاز الصفقة، ومتابعة ما إذا كان المتعامل قد قبض أكثر مما تم إنجازه مع معاينة عمليات الاستلام النهائي والمؤقت والظروف التي تمت فيها.
- ويجوز بذلك للمفتشية العامة للمالية أن تحصل على أي مستند أو وثيقة تبريرية ضرورية للفحص بما في ذلك التقارير التي تعدها أي هيئة رقابية أو أي خبرة خارجية، وكذا تقديم أي طلب معلومات شفهي أو كتابي والإطلاع على السجلات والمعطيات وصحتها، بالإضافة إلى مراجعة جميع العمليات التي أجزاها المحاسبون العموميون⁽¹⁾.

(1) أنظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي 08 - 272 المؤرخ في: 06 - 09 - 2008 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية. (ج.ر. 50 بتاريخ 07 سبتمبر 2008).

نشير أنه لا يجوز الاحتجاج بالسر المهني أو احترام الطريق السلمي في تقديم المعلومات المطلوبة من المفتشية⁽¹⁾.

وعند انتهاء مهام الرقابة تعد تقرير أساسي يبرز المعايير والتقدير حول التسيير المالي والمحاسبي وكذا فعاليته.

و يتضح لنا أن للمفتشية العامة للمالية هيئة رقابية هامة، وتتمتع بالعديد من الصلاحيات مما يسمح لها بمراقبة الإنفاق العمومي خاصة وأنها تراقب في عين المكان وعلى الوثائق وفجأة فيما يخص الفحوص، ومن الأفضل لو أنه كانت لها صلاحية إخطار النيابة بالتجاوزات أو صلاحية الضبطية.

ج - تقييم رقابة المفتشية العامة للمالية⁽²⁾ :

تعد المفتشية العامة للمالية هيئة رقابية ذات دور بالغ الأهمية ولا يمكن الاستغناء عن المهام التي تؤديها في مجال المراقبة والتقييم الاقتصادي وكذا الدراسات والتحليل، ولكن رغم هذا الدور الذي تلعبه المفتشية والتعدلات التي شهدتها الأحكام التشريعية المتعلقة بتنظيمها ودورها إلا أن هناك الكثير من الحدود والعقبات التي تحد من فعالية عملها ومن بينها:

- هناك الكثير من الهيئات لا تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية إن لم نقل لا تخضع لأي رقابة وهي تتمثل في رئاسة الجمهورية، وزارة الدفاع الوطني، وبعض المؤسسات العمومية الاقتصادية كسوناطراك.
- وما يعاب أيضا عليها أن محققي المفتشية يحققون في تسيير أموال عمومية تقدر بالملايير مقابل أجر لا تتوافق مع أهمية وصعوبة عملهم الرقابي.
- وما يلاحظ أيضا أن المفتشية العامة للمالية ينحصر دورها في الرقابة

(1) أنظر المادة 17 من نفس المرسوم التنفيذي.

(2) شويخي سامية زوجة بخشي، المرجع السابق، ص: 73.

وإعداد التقارير دون أن يكون لها صلاحية البت أو إصدار أي أحكام أو قرارات.

- ومن النقائص أيضا عدم وجود أي تنسيق بين عمل هذه المفتشية وعمل باقي الهيئات الرقابية خاصة مجلس المحاسبة.

ثانيا - رقابة مجلس المحاسبة :

أ - الأساس القانوني لعمل مجلس المحاسبة :

يعد مجلس المحاسبة مؤسسة للرقابة المالية اللاحقة، عرف منذ إنشائه العديد من التعديلات والتغيرات، وهو ما يبين الأهمية الكبيرة التي يحظى بها، والدور الهام الذي يقوم به في مجال حماية المال العام.

أحدث لأول مرة بموجب القانون رقم 80 - 05 المؤرخ في 01 - 03 - 1980 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ثم تمت مراجعته بموجب القانون رقم 90 - 32 المؤرخ في 04 - 12 - 1990 المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، والذي تمت مراجعته هو الآخر، بموجب الأمر رقم 95 - 20 المؤرخ في 17 - 07 - 1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة، قبل أن يتم تعديله هو الآخر بموجب الأمر 10 - 02 المؤرخ في 26 - 08 - 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 95 - 20 المؤرخ في 17 - 07 - 1995 والمتعلق بمجلس المحاسبة.

ولقد أشار الدستور إلى مجلس المحاسبة في الفصل الأول من الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الاستشارية، حيث جاء في المادة 170:

- " يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية.

- يعد مجلس المحاسبة تقريرا سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية⁽¹⁾.

(1) في هذا الصدد لابد من الإشارة إلى أن آخر تقرير تم نشره كان بالجريدة الرسمية الصادرة =

- يحدد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته".

وهو ما يجعل الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات تخضع لرقابة مجلس المحاسبة.

ب - رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية :

مجلس المحاسبة يمارس رقابة خارجية ولاحقة لعمليات الإنفاق الناتجة والمتعلقة بالصفقات العمومية، هذه الرقابة تتم في نفس الوقت على العناصر التي تساعد على تحديد التعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وعلى ظروف تنفيذ الصفقة، حيث أن تدخلات مجلس المحاسبة تهدف أساساً للتأكد من:

- اختيار طريقة إبرام الصفقة، واحترام قواعد المنافسة.
- دراسة العروض حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط والتي تسمح بالتعامل مع المتعهدين بصفة عادلة.

= بتاريخ 28/02/1999 المتضمنة المصادقة على التقرير السنوي 1996 - 1997 ولقد تضمن هذا التقرير رقابة صفقات الأشغال وتسيير تجهيزات ولاية قسنطينة وهذا في الجزء الثاني الخاص بالجماعات الإقليمية.

العيوب التي تم تسجيلها أثناء الرقابة التي قام بالمجلس والتي تدخل ضمن الصفقات العمومية نذكر ما يلي:

- عدم مراعاة إجراءات دراسة العروض
- عدم إجراء استشارة مسبقة
- تقديم عروض مبنية على ملفات غير كاملة
- اللجوء الغير مبرر إلى إجراء التراضي
- تنفيذ أشغال قبل إبرام الصفقة
- انعدام التدابير القهرية
- عدم تطبيق غرامات التأخير. أنظر، فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص:72.

نشير إلى أن هذه النقطة - عدم تطبيق غرامات التأخير - هي المجال الخصب، لجريمة استغلال نفوذ الأعيان العموميين في مجال الصفقات العمومية، وتعد من بين الصور التي يستفيد منها المتعامل المتعاقد بهدف الزيادة في الأسعار، لأنه بهذا النشاط الإجرامي، يستفيد من سلطة وتأثير مسؤول المصلحة المتعاقدة ويستفيد كذلك من:

1. إسقاط الغرامة التأخيرية.
2. الإبقاء على سعر الصفقة كما هو دون نقصان.
3. عدم تنفيذ الصفقة في الأجل المحدد لها.

• السهر على الاستعمال الجيد للأموال العمومية.

تتم رقابة مجلس المحاسبة على ثلاث مراحل وهي كالاتي: رقابة إجراءات الإبرام - رقابة إبرام الصفقة - رقابة تنفيذ الصفقة.

ب.1 - رقابة إجراءات إبرام الصفقة: يتعلق الأمر بالتأكد أساسا من أن:

• الدعوة للمنافسة تتضمن العناصر التي تسمح باحترام دفتر الشروط، وتحدد الشروط التي تيرم وتنفذ فيها الصفقة.

• البيانات الإلزامية المحددة في المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

• أجل إيداع العروض كاف للسماح للمترشحين بتقديم تعهدات تستجيب للحاجيات التي طلبتها المصلحة المتعاقدة.

• لجنة فتح الأظرفة قامت بأعمالها حسب ما هو محدد في المواد 120 - 124 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بالتنظيم الصفقات العمومية.

• لجنة تقييم العروض قامت بمهامها المتمثلة في تحليل العروض محترمة القواعد وأخذة بعين الاعتبار المقاييس والمعايير التقنية والمالية، الضمانات التقنية والمالي، السعر، أجل التنفيذ، النوعية، بما يسمح للمصلحة المتعاقدة اختيار المتعامل المتعاقد عن طريق المحضر المتضمن أعمال هذه اللجنة الذي تحرره عند اختتام أشغالها.

ب.2 - رقابة إبرام الصفقة: من خلال التحقيقات المنجزة في هذه المرحلة، فهي تهدف إلى التأكد من:

• أن المصلحة المتعاقدة محاطة بكل الاحتياطات، حتى تتمكن من خلال تحليل محضر لجنة تقييم العروض اتخاذ القرار المناسب حول المتعهد المقبول.

- أن البنود التعاقدية الإجبارية موجودة في الصفقة المبرمة ويتعلق الأمر ب: تحديد الأطراف المتعاقدة - موضوع الصفقة - مبلغ الصفقة - شروط التسوية - مدة وشروط الإنجاز - تسوية النزاعات - شروط جعل الصفقة سارية المفعول.

بصفة عامة في هذه المرحلة يتم التحقق من أن البنود التعاقدية لا تتضمن أي انتهاكات في التشريع المعمول به، والنصوص التنظيمية، والتي تقيد بوجود جرائم الفساد (منح امتيازات غير مبررة، قبض العمولات، تلقي الهدايا، تعارض المصالح) والمنصوص عليها في قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.

ب.3 - رقابة تنفيذ الصفقة :

إن رقابة مجلس المحاسبة لا تقتصر فقط على إجراءات وإبرام الصفقة، إنما تتعدى ذلك لتقوم برقابة تنفيذ الصفقة وتهدف في هذه المرحلة إلى التأكد أن المصلحة المتعاقدة منظمة بطريقة تجعل من تنفيذ الصفقة في جميع مراحلها موضوع متابعة صارمة من الجانب التقني وحتى المالي، هذه الرقابة تهدف إلى التحقق أساسا من⁽¹⁾:

- احترام شروط وأجال تنفيذ الصفقة.
- شروط وطرق الدفع، لا سيما احترام المواد 73 - 91 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236.
- البنود المتعلقة بمراجعة الأسعار.
- تطبيق غرامات التأخير وتبرير حالات الإعفاء المحتملة.
- الشروط العامة للاستلام المؤقت أو النهائي للأشغال قد تم احترامها.

(1) فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص:80.

بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على الامتيازات غير مبررة، تعد هذه المرحلة الأهم - أي تنفيذ الصفقة - المجال الرحب والواسع لتجسيد قصد ونية المتعامل العمومي (الركن المعنوي) بإتيان السلوك المجرم (الركن المادي) والمعبر عنه بالزيادة في الأسعار بمختلف الطرق، والتعديل في نوعية المواد والخدمات، والتعديل في آجال التسليم والتموين، وعليه وبما لمجلس المحاسبة من سلطة التحري والإطلاع على كل الوثائق المتعلقة بالصفقة العمومية، وسلطة التحري على كافة الوسائل المنجزة، يمكنه كشف التلاعبات التي يلجأ إليها المتعامل المتعاقد عن طريق مسؤول المصلحة المتعاقدة، للزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد والخدمات، وآجال التسليم والتموين.

ج - تقييم رقابة مجلس المحاسبة⁽¹⁾ :

بالرغم من أن رقابة مجلس المحاسبة، ليست بفاعلية الرقابة المالية السابقة، والمتمثلة في رقابة كل من المحاسبة العمومية ورقابة النفقات الملتزم بها، بحيث لا

(1) نقلا عن فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 80 - 81: "ومحاولة منا التعرف على عملية الرقابة في الميدان، انتقلنا إلى مجلس المحاسبة أين اطلعنا على ملف رقابة قامت بها الغرفة السادسة للمجلس على إحدى الهيئات (لم يسمح لنا بذكر اسم الهيئة لسرية الملف وعدم الانتهاء الكلي من التحقيق)، حيث تم إعداد تقرير مبدئي تضمن المخالفات التي لاحظها المجلس على مستوى الهيئة موضوع الرقابة (و.و.ل.س.ت)، وقام مدير الهيئة بالرد على ملاحظات المجلس، وبعد دراستها لم يقتنع المجلس بالإجابة فقام بإعداد تقرير مفصل والذي تضمن مراقبة المجلس لصفقة أبرمتها الهيئة محل الرقابة على أساس التراضي استنادا للمادتين 23 و40 من المرسوم الرئاسي 91 - 434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. حيث ذكر المجلس في تقريره أن منح المشروع بالتراضي ليس له أي أساس قانوني، ذلك أن المادة 23 تتكلم عن تعريف التراضي والمادة 40 تذكر حالات التراضي كما أن مدير الهيئة قام بمنح العديد من المشاريع لنفس المؤسسة، بالإضافة إلى وجود مخالفات تتعلق أساسا بـ:

- الشروع في الأشغال قبل إبرام العقد.
- تضخيم مبلغ العقد بعد إضافة الملحق.
- دفع مبلغ للمؤسسة دون وجه حق.
- رفع اليد على اقتطاع الضمان.

واعتبر مجلس المحاسبة جواب المدير العام للهيئة محل الرقابة غير مبرر وغير مقنع، وعليه قام المجلس بإعطاء الوصف الجزائي لهذه التصرفات وأحيل الملف لوكيل الجمهورية، وفي سؤال وجهته الباحثة (فرقان فاطمة الزهرة) حول المشاكل التي يعاني منها المجلس، تم التأكيد على أن أهم مشكل هو أساسا بشري ويتعلق بنقص القضاة، هذا ما يجعل المجلس غير قادر على رقابة كل الهيئات والمؤسسات التي تخضع لرقابته حسب ما ينص عليه القانون 95 - 20 المتعلق بمجلس المحاسبة."

تتدخل إلا بعد صرف النفقات وتحصيل الإيرادات، إلا أن أهميتها وفعاليتها لا تبرز إلا على المدى البعيد، فهي لا تقتصر على رقابة المشروعية فحسب، وإنما تتعداها لتشمل رقابة الملائمة وشفافية تسير الأملاك العمومية⁽¹⁾، وهي بذلك من شأنها تحسين التسيير المالي للجماعات المحلية، حيث تسمح رقابة مجلس المحاسبة من الاطلاع، على كل الوثائق التي من شأنها تسهيل عملية الرقابة، وتقييم تسيير المصالح والهيئات الخاضعة لرقابته وإجراء كل التحريات الضرورية من أجل الاطلاع على المسائل المنجزة، وذلك بالاتصال مع جميع الإدارات والمؤسسات العمومية التي لها علاقة بعملية الرقابة، وكذلك مراجعة حسابات المحاسبين العموميين، وإصدار أحكامه بشأنها، حيث يدقق في صحة العمليات التي يقوم بها المحاسبين العموميين، ومدى مطابقتها مع الأحكام التشريعية والتنظيمية⁽²⁾.

(1) إن نشر التقرير السنوي في الجريدة الرسمية يساهم في شفافية تسيير الأملاك العمومية، غير أنه في الجزائر لم يتم نشر أي تقرير آخر منذ سنة 1999، فهل يعني هذا أن مجلس المحاسبة لا يقوم بإعداد التقارير، أم أنه يعدها ولكن لا يتم نشرها من طرف رئيس الجمهورية؟ خاصة إذا علمنا أن هذا النشر يعني الشفافية التي تعتبر من مبادئ دولة القانون التي نسعى لتحقيقها. ولكن في إجابة عن هذا التساؤل يؤكد رئيس مجلس المحاسبة أن إعداد التقرير السنوي يعتبر مهمة دستورية، وأن المجلس يقوم كل سنة بإعداده وتسليمه لرئيس الجمهورية، ولا نعلم إن كانت المقترحات التي يقدمها مجلس المحاسبة ضمن هذا التقرير تؤخذ بعين الاعتبار أم لا كل هذا الغموض وعدم الشفافية يتقص من فعالية مجلس المحاسبة ومن هيئته باعتباره مؤسسة رقابية عليا ومستقلة، فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص:73.

(2) نظرا لتمتع المجلس بالاختصاص القضائي فله الحق في إصدار قرارات كالمقوبات المالية وله أن يصدر تقرير (قرار براءة الذمة) وقرار إدانة وإحالة الملف على النيابة العامة، حاحة عبد العالي، آمال يعيش تمام، دور أجهزة الرقابة في مكافحة الفساد في الجزائر بين النظرية والتطبيق، المنتدى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، يومي: 03/02 ديسمبر 2008.

الفرع الثالث

الرقابة التقنية على الصفقات العمومية⁽¹⁾

إن الغرض الأساسي من وراء الصفقة العمومية هو إشباع الحاجة العامة، والحاجة العامة تقتضي تحقيق أحسن الخدمات للمواطنين وذلك لحسن استعمال المال العام، ولا يمكن أن نتحدث عن حسن استعمال المال العام دون الحديث عن تقديم نوعية ممتازة من الخدمات تدوم بديمومة الدولة لأن الحاجات العامة متعددة وإشباعها يتطلب أموالا باهظة من الضروري أن تصرف في مجالات محددة وتحقق جودة تسمح بالنظر إلى آفاق أوسع في سبيل الرقي والتنمية، وتعد النوعية في مجال الصفقات العمومية هي الضابط الأساسي لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم، والمادة 9 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، ذلك أن عهد الإنجاز من أجل الانجاز قد ولى خصوصا مع الكوارث العديدة التي عرفتها البلاد والناجمة أساسا عن سوء نوعية الأشغال والتي أدت إلى خسائر باهظة في الأموال والأرواح.

وبما أن مراقبة النوعية هي عمل فني يخرج عن مفاهيم الرقابة الإدارية والمالية، ويحتاج إلى مهارات خاصة فقد ارتأينا في هذا الفرع أن نتكلم عن الرقابة التقنية في مجال الصفقات العمومية من حيث أساسها القانوني والهيئات المكلفة بها وكيفيات ومراحل ممارسة الرقابة التقنية، ونبرز كذلك مسؤولية المراقب التقني في مجال مراقبة الصفقات العمومية. سنحاول أن نركز على صفقات الأشغال باعتبارها المجال الخصب لممارسة الرقابة التقنية، وكذلك نظرا لأهميتها الكبيرة.

(1) هناك من يعطيها تسمية الوصاية التقنية، فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص:52.

أولاً: الأساس القانوني للرقابة التقنية والهيئات المكلفة بها:

أ - الأساس القانوني للرقابة التقنية في مجال الصفقات العمومية:

تجدر الإشارة إلى أن الهدف المرصود للرقابة التقنية للصفقات العمومية هو التأكد من تحقيق المدروية المطلوبة، بأن يكون المشروع منجزاً كما هو محدد في دفتر الشروط والصفة وذا نوعية جيدة⁽¹⁾. لذا كانت الرقابة التقنية أثناء تنفيذ الصفقة من السلطات الأصلية للإدارة حتى ولو لم يتم النص عليها في الصفقة باعتبار أن الإدارة لها سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف وما يقتضي من وراء ذلك من تدخل عبر كامل مراحل الصفقة وتمارس هذه الصلاحيات سواء ورد بشأنها بند في الصفقة أو لم يرد، من هذا المنطلق نبحت في كل من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ودفتر الشروط، على الأساس القانوني للرقابة التقنية.

1. أ - في المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات

العمومية المعدل والمتمم:

لم يفرد المشرع باباً معيناً للرقابة التقنية مثلما فعل مع الرقابة الإدارية أين خصص لجاناً لذلك وأقساماً هامة من القانون، كما أنه أشار إلى الرقابة المالية في المادة 166، وكذلك الرقابة القضائية في المادتين 114 و115 وعلى هذا فإننا سنحاول أن نستشف ذلك من بعض النصوص.

ف نجد في المادة 116 من الرسوم الرئاسي رقم 10 - 236: "تخضع

الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقيل تنفيذها وبعده" والمقصود بالرقابة "بعد التنفيذ" وهي رقابة حسن الانجاز، ولا يمكن الحديث عن حسن الإنجاز إلا بالرقابة التقنية وعلى هذا الأساس تعد المادة 116 من نفس المرسوم أول أساس قانوني من قانون الصفقات للرقابة التقنية.

(1) نفس المرجع، ص: 52.

إضافة إلى ذلك لدينا المادة 118 من المرسوم المذكور أعلاه، والتي تعد أساسا لكل رقابة حيث جاء فيها أنه: " تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة، دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها" هذه العبارة الأخيرة هي التي تفتح الباب للبحث عن الأحكام الأخرى وفي مجال البناء نجد أن هناك قرارا وزاريا مشتركا مؤرخا في 15 ماي 1988⁽¹⁾ المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك 02 المؤرخ في 07/04/2001⁽²⁾ والذي يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، هذا القرار صدر بين ثلاث وزارات هي: وزارة التهيئة العمرانية والتعمير، وزارة المالية، ووزارة التجارة، وتخص المادة الأولى منه على أن: "هذا القرار يحدد كفاءات ممارسة الاستشارة الفنية في البناء وأجرها لحساب الإدارات التابعة للدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، ويحدد القرار مختلف عمليات الاستشارة الفنية في ميدان البناء ومحتواها والقواعد الخاصة بإبرام العقود المتعلقة بها وتنفيذها"

إن المادة 18 من نفس القرار تنص كذلك على أنه: " يجب على صاحب المشروع أن يبرم اتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء فيما يخص كل البنائيات التي تدخل ضمن اختصاصات هذه الهيئة".

أ.2 - في دفتر الشروط:

أ.2.1 - دفاتر البنود الإدارية العامة (CCAG) يطبق على كل صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات.

أ.2.2 - دفاتر التعليمات المشتركة (CPC) يحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

(1) قرار وزاري مشترك المؤرخ في 28 رمضان عام 1408، الموافق 15 مايو سنة 1988. (ج.ر. 43 لسنة 1988).

(2) ج.ر. 45 لسنة 2001.

أ.3.2 - دفاتر التعليمات الخاصة (CPS) تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة:

- إذا كان دفتر البنود الإدارية العامة ودفتر التعليمات المشتركة يشكلان وثائق للتوجيه والمساعدة ويحددان الإطار القانوني، بما يسمح للمصلحة المتعاقدة التفكير بعمق عند صياغة الشروط التعاقدية لتنفيذ الصفقة، فإن دفتر التعليمات الخاصة الذي يبقى من اختصاص المصلحة المتعاقدة يسجل الشروط الخاصة بكل صفقة والخصوصيات التقنية التي يجب ضمانها من قبل المتعامل المتعاقد.
- فيما يتعلق بدفتر التعليمات الخاصة فإنه يشكل الوثيقة التي تستند عليها مجموع الشروط التقنية للصفقات، والتي انطلاقاً منها يمكن إجراء الرقابة التقنية للصفقات.

ب - الهيئات المكلفة بالرقابة التقنية:

- في إطار تنفيذ الصفقة مهما كانت طبيعة الخدمة، يجب على المصلحة المتعاقدة تقدير نوعية وكذلك مطابقة موضوع الصفقة لما هو مقرر ومحدد في العقد، حيث أنه:
- لا يمكن تخصيص الصفقة إلا للمؤسسة التي يعتقد أنها قادرة على تنفيذها⁽¹⁾.
 - يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية⁽²⁾.
 - التأكد من شهادة التأهيل والتصنيف المقدمة من طرف المتعهد.

(1) المادة 35 من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

(2) المادة 36 من نفس المرسوم.

إضافة إلى هذه الرقابة القبليّة، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة التأكّد من أن عملية الرقابة تتم بطريقة متناسبة مع طريقة تنفيذ الصفقة، من أجل هذا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أجهزة مؤهلة لضمان الرقابة التقنية، حيث يتم تصنيفها إلى أجهزة داخلية وأجهزة خارجية.

ب.1 - الهيئات الداخلية :

تساهم بشكل كبير في عملية الرقابة لاسيما الهيئات التقنية للولاية (DUCH DIE،) أو للبلدية (مختلف القسمات، قسيمة التجهيزات العمومية، قسيمة الري، قسيمة الأشغال العمومية)، حيث تقوم هذه الهيئات برقابة مشاريع الصفقات خاصة منها الجانب التقني، بالإضافة إلى جداول الأسعار الوحدوية، الكشف الكمي والتقييمي على مستوى البلديات عند غياب مكتب الدراسات فإنها هي من تقوم بإعداد تقرير تحليل العروض، هذا بالإضافة إلى الرقابة الميدانية في الورشة بالتأكد أن الصفقة تنفذ وفق ما هو محدد في دفتر الشروط وهذا بالطبع مع المصالح التقنية للمصلحة المتعاقدة. في حالة عدم وجود هذه الأجهزة تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى مكاتب الدراسات أو أجهزة ذات الاختصاص التقني لرقابة ومتابعة التنفيذ في هذا الإطار تبرم المصلحة المتعاقدة عقود أو اتفاقيات الدراسة والمتابعة⁽¹⁾.

ولكن في حالة المشاريع الكبيرة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستعين بمكاتب الدراسات حتى مع وجود الأجهزة المذكورة أعلاه.

ب.2 - الهيئات الخارجية :

هذه الأجهزة موجودة بموجب التنظيم الساري المفعول وتتدخل للرقابة وكذا إعطاء الموافقات الضرورية، من بين هذه الهيئات نجد:

(1) فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص:54.

• هيئة الرقابة التقنية للبناء CTC⁽¹⁾

• المؤسسة الوطنية للاعتماد والرقابة التقنية ENACT

• المخبر المركزي للأشغال العمومية LCTP يقوم بمراقبة مشاريع الأشغال العمومية على المستوى الوطني.

هذه الرقابة إذا تم تطبيقها كما هو محدد في القانون، فإنها بالتأكيد سوف تحقق المدروية بإنجازات تطابق المقاييس المعمول بها لكن الواقع يثبت العكس، فالمشاريع المنفذة سواء في البناء وخاصة في الأشغال العمومية (الطرق) يلاحظ على أنها ذات نوعية سيئة، وهذا راجع لغياب الرقابة التقنية الدائمة والمستمرة خاصة الأجهزة التابعة للمصلحة المتعاقدة، ما يسمح للمقاول بمخالفة مقاييس الإنجاز الواردة في الصفة، بالإضافة إلى دخول ممارسات أخرى (كالرشوة والمحاباة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة التي ندرسها في هذه الرسالة) هذا كله يؤدي إلى عدم تحقيق المدروية.

(1) والمعيار التي تراقبها المصالح التقنية تتمثل على سبيل المثال في:

- مقاومة وطبيعة المعادن المستعملة وحجمها وكيفية ربطها وتشكيلها.
 - ملائمة الأبعاد الهندسية للعناصر البنوية خصوصا ما تعلق منها بالحرارة.
 - النقل على الأرضية وأثر الرياح (قياس متوسط قوة الرياح)، وتوزيع الكتلة.
 - معايير الثبات ومدى وجود مؤشرات لعدم الثبات.
 - المعوقات الفعلية للأرضيات (الجوار، الشبكات، التشققات، الجرف، معدلات التساقط).
 - تركيبة البلاط ومقاومته.
- إلى غير ذلك من المعايير التقنية والتي تتنوع بتنوع الأشغال وحجمها ومكان وجودها.
- كما أن هناك معايير تقنية أخرى أصبح لها أهمية قصوى ابتداء من زلزال 2003 تسمى: القواعد الجزائرية لمقاومة الزلزال 1999 - 2003 ويطلق عليها اصطلاحا RPA99 والصادرة بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 11 - 01 - 2004 وهي عبارة عن دفتر كبير يحوي العديد من القواعد نذكر منها:
- مراقبة الخط الزلزالي ومدى قربته من الأشغال والمنع منعا باتا من البناء فوقه.
 - عدم البناء فوق الأرض الردم Terre Remblai. تحصلنا على هذه المعلومات من خلال زيارتنا، لمصالح الهيئة الوطنية التقنية للبناء جنوب، وكالة بشار.

ثانياً: كفاءات ومراحل ممارسة الرقابة التقنية :

أ - المستشار الفني :

حدد القرار الوزاري (1) 1988 مضمون المهام الموكلة للمستشار الفني بكفاءات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء المتمثلة في:

1 - الرسم المبدئي :

و هو عبارة عن مجسم للمشروع يبين الجانب المعماري المقترح، ويتضمن البيانات المتعلقة بإقامة المبنى ومدخله ومساحاته وظروف الجوار.

2 - المشروع التمهيدي :

و هو الدراسة الموجزة المبنية على أرقام لحل شامل يسمح بإنجاز البرنامج المسطر وتتضمن الدراسة: مخطط التهيئة، مخطط إقامة المشروع، المخطط الكلي، ارتفاعات الواجهات الرئيسية.

3 - المشروع التنفيذي :

وهو الدراسة الوصفية والموضحة والمبررة للأحكام التقنية المقترحة وتتضمن: الملف التقني للمبنى دقاتر المواصفات التقنية، كشف وصفي شامل، مخطط الموقع، المخططات الطبوغرافية للأرضية.

4 - المساعدة في اختيار المقاول :

وذلك بتحضير ملف الاستشارة أو طلب المناقصة، وإعانة رب العمل (المصلحة المتعاقدة) في تحليل العروض وتقييم ذلك، وإعانتته في المفاوضات، وكذا في صياغة والضبط النهائي للصفحة.

(1) أنظر المواد: 06، 07، 08، 09، 10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 - 05 - 1988 يتعلق بكفاءات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء.

5 - متابعة تنفيذ الأشغال ومراقبتها:

وهذه المهمة هي التي تعد رقابة تقنية بأتم معنى الكلمة ذلك أن المستشار الفني يتدخل في:

- فرض احترام المقاول لبنود الصفقة وضمن المتابعة المستمرة لتنفيذ الأشغال وكذا تنسيق كل التدخلات طبقا للمخطط التنفيذي العام مع برمجة اجتماعات الورشة وتنشيطها مع إعداد محاضر بذلك.
- اقتراح تكييفات المشروع على رب العمل عند الضرورة وإرسالها إلى المقاول بعد موافقته.
- تذليل الصعوبات التي تعترض الورشة وتقديم الحلول للمشاكل التي هي من اختصاص المستشار.
- مساعدة رب العمل في الاستلام المؤقت مع الإدلاء بالتحفظات الواجب الإشارة إليها وإدراجها في محضر، وهذه التحفظات تتعلق خاصة بعيوب في العمل وعدم الإتقان وكل نقص آخر ملاحظ وكذلك عدم تنفيذ الخدمات المنصوص عليها في الصفقة.
- السهر على رفع التحفظات، واقتراح الاستلام النهائي على رب العمل على أن يتم ذلك بمحضر يوقعه المقاول والمستشار الفني ورب العمل.

ب - الهيئة الوطنية المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء:

جاء في مضمون المادة الثالثة من المرسوم 86/205⁽¹⁾، أن الهيئة تراقب تقنيا بناء مختلف أنواع العمارات لتتأكد من ثبات بنائها وديمومتها وأسسها، وصلاحيتها كل ما له تأثير في ثباتها، وهيكلها وجداران محيطها وسقفها، بغية

(1) مرسوم رقم 86 - 205 المؤرخ في 19 غشت 1986، يتضمن تغير هيئة المراقبة التقنية للبناء، (ج.ر. 34 بتاريخ 20 غشت 1986).

تقليل أخطار الفوضى في هذا المجال والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز وتتمثل هذه المهمة في دراسة جميع الترتيبات التقنية التي تتضمنها المشاريع دراسة نقدية لاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبط بها للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه، وذلك برقابة تنفيذ الأشغال قصد السهر على احترام المخططات المعقدة وكيفيات التنفيذ، كما تسهر الهيئة على احترام التنظيم التقني المعمول به ولا يمكن لها أن تحل محل صاحب المشروع ومنجز الأعمال والمقاوم لدى قيام كل منهم بواجباتهم. ويمكن إذا اقتضى الأمر أن يمتد عمل الرقابة إلى تسمية مختلف الأعمال التي تكمل مهمتها الأصلية مثل: رقابة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع، والاعتماد التقني لمواد البناء وعناصره، وأعمال ضبط المقاييس والبحث، وأساليب تقنيات الانجاز كما تساهم في تطوير مناهج الرقابة ونظمها.

وفيما يخص مراحل الرقابة فإنها تمر بالمراحل التالية:

- **المرحلة الأولى (رقابة الملف التقني للمشروع أو رقابة المخطط):**

تبدأ هذه المرحلة بطلب تدخل هيئة الرقابة التقنية للبناء مباشرة من طرف المصلحة المتعاقدة عن طريق وصل "Bons de commande"، وإما بطريقة غير مباشرة عن طريق المستشار الفني عبر جدول معلومات، يوضع عند وضع الملف، وتمضي بعد ذلك الاتفاقية مع المصلحة المتعاقدة.

تتم مراقبة المخططات وتحليلها عن طريق قيام المهندس المراقب باستخراج النقاط الضعيفة في الدراسة والتي تحتاج إلى تعديلات قبل البداية في الأشغال، وتهدف رقابة المخططات إلى:

- تقدير المعطيات الأساسية للدراسة (الفرضيات...).
- تحليل وتفسير نتائج الدراسة فيما يخص صلاحية الأرضية بعد زيارة موقع الأشغال.

• مراقبة مدى مراعاة القواعد التقنية في مخططات الهندسة المعمارية أو الهندسة المدنية.

• مدى سهولة قراءة وتطبيق المخطط.

• مطابقة الأبعاد الموجودة على المخطط مع الأبعاد الحقيقية.

إلى غير ذلك من التحاليل التي تجرى على المخططات وتنتهي هذه المرحلة بإجراء تقرير شامل يرسل إلى رب العمل (المصلحة المتعاقدة) يتضمن نتائج الدراسة والتحفظات الواردة عليها، لكن الهيئة لا تقترح الحلول، وبعد رفع التحفظات تمنح الهيئة التأشير على المخطط.

• **المرحلة الثانية (رقابة الورشة):**

إن رقابة الهيئة على الورشات تكون بناء على زيارات مفاجئة، ولا تكون الرقابة في عين المكان بإرسال مهندسين مراقبين إلى مكان الأشغال بشكل دائم إلا استثناء في حالات طلب رب العمل ذلك بمناسبة المشاريع الكبرى، وفي هذه المرحلة الحساسة فإن المهندس المراقب يجمع أكبر عدد ممكن من المعلومات عبر مراقبة الأشغال رفع العينات، إجراء التجارب ويراقب بالخصوص:

• التحقق من ملائمة الأرضية لطبيعة المشروع وحجمه.

• التحقق من الطبيعة الجيولوجية للأرضية والحرص أن لا تكون رديما.

• التحقق من مطابقة طريقة حفر ووضع الأساسات للدراسة.

• التحقق من عدم وجود المياه أو أي خطر.

• التحقق من أفقية وعمودية العناصر البنوية.

• التحقق من مطابقة الأبعاد الموجودة على المخططات واحترام المعايير العمرانية والجمالية.

وتنتهي هذه المرحلة كذلك بتقديم تقرير شامل لرب العمل، كما تحضر الهيئة في التسليم المؤقت للمشروع، وكذا التسليم النهائي وتمنح التأشيرة المطلوبة لدى مؤسسات التأمين الوطنية⁽¹⁾.

للإشارة فإن رقابة الهيئة لا تتدخل في أعمال المقاول ولا تقدم حلولاً ودورها الملاحظة من أجل رفع التقارير لرب العمل فلا تملك صلاحية الهدم إذا كانت الأشغال غير مطابقة، بل صلاحيتها الوحيدة هي منح التأشيرة أو رفض ذلك.

ثالثاً: مسؤولية المراقب التقني.

إن المراقب التقني أثناء تنفيذ الصفة باعتباره شخصاً مهنيًا يمارس عملاً متخصصاً، فإن مسؤوليته هنا ترتقي إلى مستوى ارتقائه بالمعرفة والدراسة وتخصصه في ميدانه، ومسؤوليته ذات طابع خاص حيث أن خطأ الشخص المتخصص يختلف معيار تحديده عن معيار خطأ الشخص العادي، فما من شأنه أن يشكل خطأً يسيراً عند الشخص العادي فهو يشكل خطأً جسيماً عند الشخص المهني، وعلى هذا الأساس فإن المشرع فصل قواعد المسؤولية بالنسبة للمراقب التقني عن القواعد العامة للمسؤولية العقدية والتنصيرية.

أ - مسؤولية المستشار الفني:

جاء في المادة 21 من القرار الوزاري المشترك: "ينفذ المستشار الفني المهام التي يسندها إليه صاحب المشروع طبقاً للشروط التعاقدية وقواعد الفن وأعراف المهنة.

والمستشار الفني هو الضامن لتطابق الإنجاز مع الدراسة التي صممها. ويلعب دور المنشط لتنظيم الورشة والمراقب له".

وعليه فالغاية من إلزام المستشار الفني بالسهر على قيامه بمهامه، هو

(1) أنظر المادة 04 من المرسوم 86 - 205.

تحقيق المصلحة العامة في أن يكون البناء سليماً وألا يتعرض لأي انهيار حماية للأرواح فضلاً عن حماية الأموال إذا فهو ملتزم بنتيجة هي سلامة الأرواح المتأتية من سلامة البناء رغم أن هناك تيار في الفقه الفرنسي يرى أن التزامات المستشار التقني هي التزامات ببذل عناية⁽¹⁾.

كما نصت المادة 22 من نفس القرار الوزاري المشترك: "طبقاً للمادة 554 من القانون المدني، يعد المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن خلال عشر (10) سنوات عن تدهم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزء منها، ولو كان التدهيم ناشئاً عن عيب في الأرض. وتشمل مسؤولية المستشار الفني ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته"، وأردفت المادة 23 في الفقرة الرابعة بتحديد العيوب أين أشارت: "يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتجات، أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد - فوراً أو بعد مدة - استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية".

و بالرجوع إلى المادة 554 من القانون المدني نجد أنها مطابقة للمادة 22 التي تضيف عليها أن مدة العشر سنوات تحسب من وقت تسلم العمل نهائياً، وإضافة إلى المسؤولية العشرية فإن المشرع تشدد أيضاً في المسؤولية المالية للمستشار الفني حيث فرض على المستشار الفني متابعة حقيقية ومستمرة للورشة وإلا فإنه يحق لرب العمل قصر مبلغ الخدمات التي لم تتجز فعلاً أو التي أنجزت على غير المطابقة للقواعد الفنية⁽²⁾، وكذلك إذا تأخر المستشار الفني في إنجاز المشروع إلى أجل يفوق الأجل التعاقدى المنصوص عليه في الصفة فعليه أن يواصل دون أي أجر

(1) بوعبد الله رضوان، المرجع السابق، ص 45.

(2) أنظر المادة 29 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 يتعلق بكيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء: "إذا تأخر تقديم ملفات الرسوم المبدئية" و "المشروع التمهيدي" و "مشروع التنفيذ" وكذلك تقديم ملف الاستشارة أو عرض المناقصة المقررة في مهمة" المساعدة في الاختيار المقاول"، وتطبق عقوبات تأخير تحدد حسب الكيفيات المبينة في عقد الاستشارة الفنية. وتقام هذه العقوبات على مبلغ الأجر المخصص للمرحلة أو المهمة المعينة."

إضافة مهمة المتابعة والمراجعة حتى انتهاء أشغال إنجاز المشروع إلا إذا كان التأخر لا ينسب إليه.

ب - مسؤولية الهيئة الوطنية للرقابة التقنية للبناء :

تجدر الإشارة إلى أن الهيئة الوطنية للرقابة التقنية للبناء تقدم رأياً بناءاً على طلب المصلحة المتعاقدة حول الوضع التقني والمخاطر المتعلقة بصلافة البناء الخاضع للرقابة.

أما فيما يتعلق بمسؤوليتها فلا الأمر 71 - 85 مكرر⁽¹⁾ ولا المراسيم المنشئة لها⁽²⁾، حددت هذه المسؤولية لكن بالرجوع إلى الاتفاقيات النموذجية المبرمة من طرف الهيئة الوطنية للرقابة التقنية للبناء والمصلحة المتعاقدة⁽³⁾، فإن الهيئة في حدود مهمتها في الرقابة التقنية تخضع لقرينة المسؤولية حسب المبادئ المبينة في المواد من 175 إلى 181 والمادة 185 من الأمر 95 - 07 المؤرخ في 25 - 01 - 1995 والمتعلق بالتأمينات⁽⁴⁾، وبالرجوع لهذه المواد نجد أن المادة 175 تنص على وجوب اكتتاب كل مراقب تقني تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها، كما يتضمن عقد التأمين شرطاً يضمن سريان العقد لمدة المسؤولية الملقاة على عاتق الهيئة.

و على المراقب التقني كذلك إثبات أنه اكتتب وقت فتح الورشة لعقد التأمين

(1) ج.ر.04 لسنة 1972.

(2) - الهيئة الوطنية للرقابة التقنية للبناء وسط بموجب المرسوم 205/86.

- الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية جنوب بموجب المرسوم 205/86.

- الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية غرب بموجب المرسوم 207/86.

- الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية شرق بموجب المرسوم 209/86.

- الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية الشلف بموجب المرسوم 210/86

(3) لم نستطع الحصول على نسخة من الإتفاقيات التي تبرمها الهيئة الوطنية للرقابة التقنية للبناء وكالة بشار مع المصالح المتعاقدة.

(4) الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 والمتعلق بالتأمينات. (ج.ر.13 لسنة 1995).

الذي يمتد من فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال، كما يجب أن ترفق وثيقة التأمين مع الاتفاقية⁽¹⁾، إضافة إلى ذلك فإن المادة 178 تلزم المراقب التقني باكتتاب عقد تأمين لتأمين المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني على أن يبدأ هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع وتعرض الهيئة في حالة عدم اكتتاب هذين التأمينين إلى غرامة مالية من 5000 دج إلى 100.000 دج دون الإخلال بالعقوبات الأخرى التي يمكن أن تطبق في شأنها وفقا للتشريع المعمول به⁽²⁾.

وتبقى مسؤولية الهيئة هي مسؤولية مقدم خدمة مناطقها بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، ولا يمكن أن تتحمل مسؤولية أي متدخل في الأشغال، إذا يقع على صاحب المشروع أن يضمن بأن آراء الهيئة التقنية قد تم إتباعها، كما لا يمكن بأي حال أن تمارس الهيئة الرقابة الإدارية التي تمارسها الهيئات المختصة، إذ لا يمكن أن تتدخل وتأمّر بهدم الأشغال ولو كانت غير مطابقة بل إن وظيفتها تنحصر في عدم منح التأشيرة وفي حالات معينة تفسخ الاتفاقية إذا رأت أن الانحرافات كبيرة⁽³⁾.

(1) أنظر المواد 176، 177، 180 من الأمر 07/95 المؤرخ في: 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات.

(2) أنظر المادة 185 من الأمر 07/95 المؤرخ في: 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات.

(3) شروحات قدمت لنا من طرف عمال الهيئة الوطنية للرقابة التقنية للبناء وكالة بشار.

المطلب الثاني

رقابة القضاء الإداري الاستعجالي

في إطار مبدأ المشروعية المكرس دستوريا أخضع المشرع أعمال الإدارة إلى رقابة القضاء الذي يعد إحدى الوسائل الهامة المقررة لحماية هذا المبدأ، وانطلاقاً من هذا المبدأ، فإن كل مواطن يشعر بأنه متضرر من تصرفات الإدارة القانونية أو المادية أن يلجأ الى القضاء الإداري لمخاصمة الإدارة المعنية بموجب دعوى قضائية يطلب فيها إبطال (إلغاء) القرارات الصادرة عنها المتسمة بعدم المشروعية أو يلتمس وقف تنفيذها مؤقتاً لحين الفصل في مدى مشروعيتها أو تعويضه عن الأضرار الناجمة عن أعمال الإدارة.

ويعد الإستعجالي قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية والعقود الإدارية من المسائل التي قنتها المشرع الجزائري لأول مرة في قانون 08 - 09 الصادر في 25 - 02 - 2008. ورغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس الإستعجالي قبل التعاقد منذ 1992 بمقتضى القانونين 92 - 10 الصادر في 1992 - 01 - 04 والقانون 93 - 1416 المؤرخ في 29 - 12 - 1992 إلا أنه يعد اتجاهها محموداً يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية، ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية. إذ تعد هذه الأخيرة الأداة القانونية والاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء، وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى:

- **الفرع الأول:** مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.
- **الفرع الثاني:** شروط الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية.
- **الفرع الثالث:** الحكم في الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الأول

مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية

إن التطرق إلى خصوصية الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية يقتضي بادئ ذي بدء الإحاطة بمفهوم الإستعجالي قبل التعاقد.

رغم نص المشرع الجزائري على الخصائص التي يقوم عليها تعريف القضاء الإستعجالي في المواد 917 و925 و924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه قد أحجم عن وضع تعريف للقضاء الإستعجالي تاركا ذلك للفقهاء والقضاء.

يعرف الاستعجال بأنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرة مواعيده." (1)

وقد عرفه الأستاذ Merignhac بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق". في حين عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى بأنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت." (2)

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه القانون، جامع مولود معمري - تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 23 نوفمبر 2013، ص: 256.

(2) محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن - آلية وقائية لحماية المال العام -، المداخلة السادسة عشر، الملتقى الوطني السادس =

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة." (1)

أسباب التكريس القانوني لاستعجالي قبل التعاقد في الجزائر:

إن المتتبع لحركة التشريع الجزائري يلحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 - 09، ولعل أهم إشكالية تطرح بهذا الصدد هي: ما هي الأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين استعجالي قبل التعاقد في هذه المرحلة بالذات؟ يمكن رد ذلك إلى أسباب عدة نذكر منها ما يلي:

أ - تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض، فالخزينة العمومية باتت بوابة رئيسية لتمويل الصفقات العمومية، إذ تقدر قيمتها بما يفوق ثمانية ملايين دينار جزائري لصفقات الأشغال واللوازم وما يفوق أربعة ملايين دينار جزائري لصفقات الدراسات والخدمات طبقا للمادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية.

ب - الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية، وهو ما اثر سلبا على المناخ الاستثماري بإحجام

= حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

(1) نفس المقال، ص: 4.

المستثمرين عن التقدم بعبءاتهم من جهة ظنا منهم أنها لن تحظى بالقبول سلفا لأن معايير الاختيار تجا في قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن تركز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى⁽¹⁾.

ج - رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي، وذلك فضلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافذة حتى يطلب احد أطرافها إلغاءها أمام قاضي العقد، وهو ما أكده المفوض " روميو " في قضية «Martin» بقوله: " إننا لا نتكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية..."⁽²⁾

د - تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطورا كبيرا في حماية مبادئ المساواة، العلانية، والمنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي.⁽³⁾

(1) سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المداخلة التاسعة عشر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

(2) نفس المقال، ص: 7.

(3) محمد فقير، المقال السابق، ص: 6.

الفرع الثاني

شروط الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية

لرفع الدعوى الإستعجالية لابد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يتطلب القانون توفرها في الدعوى الإستعجالية وشروطا خاصة تنفذ بها الدعوى الإستعجالية في الصفة العمومية.

1 - الشروط العامة لرفع الدعوى الإستعجالية :

1.1 - عنصر الإستعجال :

يعتبر عنصر الإستعجال شرطا أساسيا في كل دعوى إستعجالية إدارية يجب توافره حتى ينعقد إختصاص القاضي الإداري الإستعجالي، ويعرف الفقه الإداري الاستعجال بأنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو انه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد."⁽¹⁾

ويملك القاضي الفاصل في الدعوى سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهرات الأوراق، ومن طبيعة الحق ذاته، ومن الظروف المحيطة بالدعوى. ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام الصفقة وبدء في تنفيذها.

2.1 - عدم المساس بأصل الحق :

يشترط أما قضاء الاستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق، ويقصد بذلك أن قضاء الاستعجال لما يتحرك ضد خطر داهم وسريع التغير فإن تحركه هذا يكون لأجل اتخاذ أمر قضائي وليس إصدار حكم يقضي بإلغاء القرار قصد إيقاف تنفيذه.⁽²⁾

(1) سلوى بومقورة، المقال السابق، ص:8.

(2) تياب نادية، المرجع السابق، ص:257.

إذ يقتصر دور القاضي الاستعجالي على بحث الأمر الظاهر الذي يدل على احتمال وجود الحق أو عدم وجوده من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم، وهو ما اشترطته المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "يأمر القاضي الاستعجالي بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق.....".

3.1 - شرط الجدية:

يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هنالك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي فان لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة. وترتبط جدية الطلب بمسألتين هما:

1.3.1 - وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته:

فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية فإنه لا محل لرفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانوناً.

2.3.1 - يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع ما من شأنه أن يعطي

احتمالاً لوجود هذا الحق:

وهو ما تؤكدته المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب" فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 - الشروط الخاصة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية :

يقتضي بحث الشروط الخاصة بالعودة إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 - 09 التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتجسد الشروط فيما يلي:

1.2 - صفة المدعي :

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوماً أوسع وأشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في القواعد العامة، فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون:

1.1.2 - صفة اكتساب المدعي بحكم المصلحة :

حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة 946 ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد المنافسة بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق.

2.1.2 - اكتساب صفة المدعي بحكم القانون :

يعد مكتسباً لهذه الصفة كل جهة رسمية أعطاها القانون حق رفع الدعوى الاستعجالية حماية لشفافية الصفقة العمومية، وقد خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية حق إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية غير أن نص هذه المادة يطرح العديد من الإشكاليات القانونية.⁽¹⁾

(1) إن كان الوالي حارساً لشفافية الصفقات العمومية المحلية فمن يحرس شفافية الصفقات التي =

2.2 - وجود إخلال بالمبادئ العامة للصفقات العمومية (الإشهار والمنافسة)⁽¹⁾؛

نذكر أمثلة على سبيل المثال لا الحصر فيما يخص انتهاكا للمبادئ العامة في مجال للصفقات العمومية:

- التعديل في نوعية المواد أو الخدمات.
- اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب.
- المواصفات والخصوصيات التقنية.
- عدم التنفيذ الجيد للصفقة.
- الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد.

3.2 - الأجل القانوني لرفع الدعوى؛

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت في

= تبرمها الهيئات المركزية المحددة حصرا في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية ؟ فكأن المشرع الجزائري يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها. كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات العمومية المحلية، في غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفية تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة؟ وهو النقد نفسه الذي يواجهه نظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه الدعوى، نظرا لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية. سلوى بومقورة، المقال السابق، ص: 11.

(1) بالنسبة للمشرع الفرنسي، تم إنشاء على مستوى المحاكم الإدارية نظام قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد *Référé précontractuel* الذي يجيز لغير الذي أصابه ضرر من جراء الإخلال بقواعد المنافسة إخطار قاضي الاستعجال قبل إبرام العقد من أجل فرض إحترام مبادئ الشفافية والنزاهة في إطار المنافسة. بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، يومي: 24/25 أبريل 2013.

فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم، وفي فقرتها الثالثة بأنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد". وهي تشبه إلى حد بعيد صيغة المادتين 1/551 و 2/551 من القانون الفرنسي، إذ تنص المادة الأولى: "على أن رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يثبت قبل إبرام العقد..." أما المادة الثانية فقد نصت على أنه: "لا يمكن للقاضي أن يثبت قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة فيما يلي..."

ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هي: التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟⁽¹⁾

(1) غير أن القاضي الإداري الفرنسي ابتكر اجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 162007 - 07 - في قضية «société tropic travaux signalisation» والتي تتلخص وقائعها في أنه: "على إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ pitre à pointe العرض الذي تقدمت به شركة «Rugoway» فرضت شركة «Tropic» باعتبارها مرشحة للصفقة - دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لـRugoway، قرار إمضاء الصفقة، الصفقة ذاتها. بتاريخ 02 - 03 - 2006 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كليا. استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه: "يمكن للغير، المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية، لحقهم في مخاصمة العقد ذاته" إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة، ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

1. إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات قبل أو بعد إبرام العقد، وهو ما يجعلنا نطالب المشرع الجزائري بتسمية الدعوى بـ: "شبه الاستعجالية في مجال العقود الإدارية" بدلا من الاستعجالية قبل التعاقدية.

2. حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكرا على أطراف العقد وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأسا على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد. محمد فقير، المقال السابق، ص: 13.

الفرع الثالث

الحكم في الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

بعد استثناء شروط الدعوى الاستعجالية يأتي دور القاضي الإستعجالي لممارسة السلطات المخولة له قانونيا.

1 - قواعد الاختصاص القضائي الاستعجالي قبل التعاقد:

يمكن القول بأن التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 - 09 قد حمل في طياته تغييرا تشريعيًا لما كان مكرسا في السابق، فقد نص في المادة 917 على أنه: " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلا الجماعية المنوط بها البحث في دعوى الموضوع." ، ويقصد بذلك أن الهيئة القضائية الفاصلة في دعوى إلغاء القرار المخالف لقواعد العلانية والمنافسة هي نفسها الفاصلة في الدعوى الإستعجالية.

2 - سلطات القاضي:

تمنح المادة 946 للقاضي الإداري السلطات التالية:

- سلطة توجيه أمر للإدارة.
- فرض الغرامة التهديدية.
- وقف إبرام الصفقة.

أ - سلطة القاضي في توجيه أمر للإدارة⁽¹⁾:

يملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها، وكان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري مبدأ

(1) نفس المقال، ص:15.

إجرائي مفاده أن "القاضي يحكم ولا يدير" وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية وهو ما يترتب عليه مسألتين هامتين هما:

- القاضي لا يحل محل الإدارة.
- الإمتناع عن توجيه أوامر إليها: وذلك مهما بلغت درجة وجدية انتهاك الحجية فالقاضي لا يمكنه توجيه أمرا لها بالتنفيذ ولا بطريقة إجراءاته.

ب - سلطة القاضي في فرض الغرامة التهديدية:

الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها: "مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي، بناء على طلب الدائن" فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن التنفيذ بالتزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام، وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد العلانية والمنافسة.

ج - تأجيل إضاء الصفقة لمدة 20 يوم:

منحت الفقرة السادسة من المادة 946 للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً⁽¹⁾، ويعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها، وهي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد، لكن في حال رفع هذه الدعوى بعد إبرام العقد يصبح هذا الأمر دون جدوى.

(1) بالنسبة للمشرع الفرنسي يمنح القاضي إمكانية تأجيل الإضاء على الصفقة إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوم وهو ما يعرف بنظام قاضي الاستعجال بالوقف *Le juge référé sursis de droit commun*، بالإضافة إلى ما سبق أجاز القانون للمترشح المضروب أن يرفق مع طعنه لتجاوز السلطة ضد قرار قابل للانفصال عن العقد طلباً إضافياً بإبطال الصفقة من طرف قاضي العقد، بودالي محمد، المقال السابق.

المطلب الثالث

الوسائل التقنية لمواجهة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

نقصد بالوسائل التقنية في هذا المطلب، وهي الوسائل غير القانونية التي اعتمدها المشرع للوقاية من جرائم الفساد ومكافحته، بما في ذلك الجريمة محل الدراسة، وعلى هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** فاعلية المجتمع المدني.
- **الفرع الثاني:** دور الإعلام في مكافحة الجريمة.
- **الفرع الثالث:** حماية الجنائية للسير الحسن للعدالة وللشهود والمبلغين والخبراء والضحايا.
- **الفرع الرابع:** أساليب مقترحة للوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

الفرع الأول

فاعلية المجتمع المدني

يجب على الأجهزة الحكومية عند إبرام تعاقدات مع بعض الشركات الخاصة لقيامها بأداء الخدمة، فيجب أن تحدد وفقا لشروط التعاقد إدراج رقابة المواطنين والقدرة على محاسبة الشركات من الخدمات التي تقدم له أحيانا بواسطة هذه الشركات والواقع أن الخدمات العامة إذا أرادت أن تحسن من جودتها فإن عليها أن تؤمن بقيمة الديمقراطية، وقدرة المواطنين على محاسبتها، وتمكينهم من ذلك، فجودة الخدمة العامة القائمة على فلسفة وفكر يؤمن بأهمية المحاسبة الجماهيرية والديمقراطية لذلك يحاول المشرع منذ الأزل، إشراك المجتمع المدني في الرقابة والحد من الفساد، بهدف الوصول إلى جودة متميزة بشكل كبير، عن تلك الخدمات التي تعتمد على عملية إدارية بحتة.⁽¹⁾

1 - في الشريعة الإسلامية :

إمتاز النظام الإسلامي بتفعيل الرقابة الشعبية حتى تؤدي دورها في مساعدة السلطة في الدولة الإسلامية لمنع الفساد والحد منه وبهذا يكون الفساد في النظام الإسلامي محاصرا ومراقبا من السلطة ممثلة في ديوان المظالم والرقابة الرئاسية ومراقب أيضا من الشعب⁽²⁾

2 - في الفقه المقارن :

يرى بيتر إيجن⁽³⁾، ضرورة تعبئة المجتمع المدني والتي تعد عاملا حاسما

(1) حسين عبد الحميد أحمد رشوان، المرجع السابق، ص: 184.

(2) معاوية أحمد سيد أحمد، سياسة الإسلام في الوقاية والمنع من الفساد، مقال منشور لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2003. Naif Arab University For Security Sciences.

(3) حقوقى من حيث التخصص. وقد عمل في مجال التنمية الاقتصادية لمدة 25 سنة، لاسيما بصفته مدير برامج =

لتحقيق النجاح. غير أن فلسفتنا ترى أنه لمعالجة مشكل الفساد العارم يكون المجتمع المدني في أفضل وضع للقيام بمهمته في إطار تحالف يقوم على ركائز ثلاث هي: الحكومة والقطاع الخاص والمجتمع المدني. فلا بد من إشراك كل الشركاء الثلاثة في مكافحة الفساد لتكون تلك المكافحة مشروعة وفعالة وقابلة للاستمرار.⁽¹⁾

• بالنسبة للقطاع الخاص:

على المجتمع المدني أن يقنع القطاع الخاص بأن القيام بشيء ما أفضل من اتخاذ موقف المتفرج وأن الفساد ليس شرا لا بد من قبوله، ويمكن للمجتمع المدني أن يساعد القطاع الخاص على أن يفهم أن مصلحته تكمن في الضغط على الحكومة للالتزام بالمزيد من الشفافية. ومن مكامن قوة المجتمع المدني المعول عليها بذل ما يلزم في هذا المقام من جهد للتعبيئة.⁽²⁾

• وتجاه الحكومة:

يتعين على المجتمع المدني أن يقوم بدور النقد والدعوة باسم تلك المصالح غير الممثلة أو الممثلة تمثيلا ناقصا وعندما تخفق الحكومة إما لشدة ضعفها أو لاستحالة حل المشاكل عن طريق التخطيط المركزي أو الأفقي فإن المجتمع المدني يتدخل ويستطيع أن يعبئ الناس ومن اللازم أن يصل إلى أفئدة وعقول عامة المواطنين ممن يتعذر عليهم أن يصدقوا أن حكومتهم تبذل جهدا حقيقيا للتصدي للفساد. ومن الأساسي، فوق ذلك، توعية الجمهور، وتبنيه المجتمع إلى آثار الفساد المدمرة وإفهامه بأن مكافحة هذه الآفة ممكنة⁽³⁾.

= لأفريقيا وأمريكا اللاتينية في البنك الدولي. وتحت رعاية مؤسسة فورد، قدم المساعدة التقنية القانونية لحكومتى بوتسوانا وناميبيا، ودرس الحقوق في جامعتي فرانكفورت وجورجتاون. وعمل من 1998 إلى 1991 مديرا لبعثة البنك الدولي الإقليمية لشرقي أفريقيا. وكان الدكتور إيجن من بين المبادرين إلى إنشاء المنظمة الدولية للشفافية وترأس مجلس إدارة هذه المنظمة العالمية التي تدعو إلى الشفافية والمساءلة في التنمية الدولية.

(1) بيتر إيجن، دور المجتمع المدني، مؤتمر دولي عقد في باريس، مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24 - 25 أكتوبر 1997، برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز التنمية في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ص: 90.

(2) نفس المرجع، ص: 92.

(3) نفس المرجع، ص: 93.

3 - على المستوى الدولي: نعرض ما جاء في إعلان ليما:

نحن، المواطنين الذين يتجاوز عددها 1000 مواطن من 93 بلداً، والقادمين من كل القارات ومن بلدان كبيرة وصغيرة، غنية وفقيرة، ومن مراحل تنمية مختلفة، ومن شتى الخلفيات في الحكومة والقطاع الخاص والمجتمع المدني، وبعد مناقشة متعمقة لوسائل احتواء الفساد بكل مظاهره في آل أنحاء العالم، وتوحيد رؤيتنا لحقبة من التعاون الدولي والوطني في القرن الحادي والعشرين يقضى فيها على آفة الفساد، وإذ نتحد اليوم جميعاً في هذا الإعلان الصادر عن المؤتمر الدولي الثامن لمكافحة الفساد، المعقد في ليما، بيرو، من 7 إلى 11 أيلول/سبتمبر 1997 وإذ نعرب عن اقتناعنا بأن الفساد يضعف النسيج الأخلاقي لكل مجتمع؛ وينتهك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للفقراء والضعفاء؛ ويقوض الديمقراطية؛ ويهدد أركان سيادة القانون التي يقوم عليها كل مجتمع متحضر؛ ويؤخر التنمية؛ ويحرم المجتمعات، ولا سيما الفقيرة منها، من منافع التنافس الحر والمفتوح؛ وإذ نعتقد أن مكافحة الفساد قضية كل واحد في كل مجتمع؛ وأن مكافحة تستلزم الدفاع عن القيم الأخلاقية وتعزيزها في كل المجتمعات؛ وأنه من الأساسي تشكيل ائتلافات بين الحكومة، والمجتمع المدني والقطاع الخاص؛ وأن الاستعداد للمشاركة في ائتلاف من هذا القبيل دليل حقيقي على التزام الحكومة بالقضاء على الفساد؛ وأن دور المجتمع المدني يكتسي أهمية خاصة في التغلب على مقاومة من لهم مصلحة في إبقاء الوضع القائم كما يكتسي ذات الأهمية في تعبئة الناس عامة من أجل إصلاحات هادفة.

الفرع الثاني

دور الإعلام في مكافحة الجريمة⁽¹⁾

من المعلوم بان الصحافة وصفت علي أنها السلطة الرابعة (إلي جانب السلطة التشريعية - السلطة التنفيذية - السلطة القضائية) نظرا لأن المعلومات الدقيقة حول الأمور المتعلقة بالمصلحة العامة هي الوسيلة التي تمكن الجمهور من مراقبة عمل الحكومات والمؤسسات والمنظمات وكل من بيدهم السلطة علي أي مستوى، ومع ذلك فان القائمين علي السلطة كثيرا ما يعملون علي إخفاء ما لا يودون نشره أو ما يحتمل أن يثير الرأي العام ضدهم، ومن هنا يأتي إنكار حق الوصول للمعلومات ومحاولات التضليل المتعمدة من قبل المتحدثين الرسميين وبعض الصحفيين المضللين للحقيقة.⁽²⁾

أبرز ظهور صحافة مستقلة وجريئة الدور الذي يمكن أن تقوم به وسائل الإعلام في فضح الفساد وتعبئة الرأي العام ويمكن أن تكون النتيجة المباشرة لذلك إضفاء الطابع المؤسسي على الإرادة السياسية، ولا سيما إذا كانت الصحافة تعمل بصورة مستقلة عن الرقابة الحكومية ويتزعمها صحفيون أكفاء. وإذا كانت الجماعات المعارضة والحركات المناهضة بالنزاهة توفر أدوات لفضح الفساد في الحكومة وحزبها الحاكم، فإن بإمكان وسائل الإعلام أن تفضح المحسوبة والاستغلال في كل قطاعات المجتمع.

ففي تنزانيا وأوغندا، مثلا، أجرى معهد التنمية الاقتصادية التابع للبنك الدولي تدريبا إعلاميا في إطار برنامج الرامي إلى المساعدة على بناء نظام وطني للنزاهة وتعمل حلقات العمل هذه على زيادة المهارات ومستوى الثقة لدى

(1) المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به..... أن يرفع طعنا..... أو في الصحافة...."

(2) موساوي عبد الحليم، الآليات القانونية لتفعيل دور الاعلام في مكافحة الفساد، المنتدى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة يومي: 03/02 ديسمبر 2008، ص:7.

الصحفيين وتربي شعورا بالالتزام بمجتمع قائم على المبادئ، وأنشأ الصحفيون في حلقة عمل تتزانيا صندوقا استثماريا لتطوير وسائل الإعلام ويرمي هذا الصندوق الاستثماري إلى تشجيع التغطية المتزايدة لمسائل الفساد في وسائل الإعلام المكتوبة والمذاعة وإنشاء معهد للصحافة لتحسين المهارات وتوفير مورد تمويل لإتاحة المعدات والمعلومات المتعلقة بالتكنولوجيا المتقدمة⁽¹⁾.

وفي هذا السياق ظلت فضائح اختلاس الأموال والفساد خلال الفترة الأخيرة تسيطر على صفحات الصحف عموما والجزائر خصوصا بعد أن أخلت لها الأخبار الأمنية المكان، وتفجرت قضايا اختلاس البنوك، أهمها فضيحة البنك الوطني الجزائري التي عرفت بقضية "3200 مليار سنتيم" والتي كان بطلها عاشور عبد الرحمن، إضافة إلى قضية البنك الصناعي والتجاري الجزائري "البيسيا"، إضافة إلى قضية بنك التنمية المحلية، وبنك الفلاحة والتنمية الريفية. كما عرف قطاع الفلاحة قضية فساد كبيرة تتعلق بإهدار الملايير في محافظة السهوب مازالت تقاضيها في التحقيق ويتوقع أن تقطع رؤوس عدد من كبار المسؤولين، كما لم تسلم وكالات ومراكز البريد من الاختلاس أهمها قضية اختلاس مركز بريد الطارف والجلفة ومركز بريد تيبازة ب: 4 مليارات ومركز بريد الشارقة ب: 7 مليارات كما عرف قطاع الخدمات الجامعية واحدة من أكبر قضايا الفساد والمتعلقة بصفحة الأفرشة التي كان بطلها المدير العام السابق لديوان الخدمات الجامعية وعدد من كبار موظفيه، كما لم يسلم قطاع العدالة نفسه من قضايا الرشوة والفساد بعد تورط عدد من القضاة⁽²⁾.

(1) صهر ج. كيوندي، الإدارة السياسية في مكافحة الفساد، مؤتمر دولي عقد في باريس، مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24 - 25 أكتوبر 1997 برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز التنمية في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ص: 110. صهر ج. كيوندي: خبير استشاري له خبرة في قضايا مكافحة الفساد، ولا يزال خبيرا استشاريا لدى معهد التنمية الاقتصادية في البنك الدولي، ولدى وكالة الولايات المتحدة للتنمية الدولية، وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، وعدة شركات تجاري.

(2) موساوي عبد الحليم، نفس المقال، ص: 9.

الفرع الثالث

حماية الجنائية للسير الحسن للعدالة وللشهود والمبلغين والخبراء والضحايا

من أجل تفعيل النظام القانوني لمكافحة الفساد⁽¹⁾، وفي إطار السياسية الرّدية، وسع المشرّع من دائرة التجريم في قانون مكافحة الفساد ليشمل كل من يمس بالسير الحسن للعدالة، والتأثير على الشهود والخبراء والمبلغين والضحايا.

1 - إعاقة السير الحسن للعدالة :

نظرا لكون جرائم الصفقات العمومية تدور في الدوائر الحكومية، وأنّ الجاني عادة ما يكون شخصا ذي نفوذ قد يستعمله لعرقلة سير إجراءات البحث والتحري عن الجرائم المتخذة في هذا الشأن من قبل المصالح المختصة، ولقد رصد المشرّع الجزائي في أحكام القانون رقم 06 - 01 المعدل والمتمم، جزاءات عقابية بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات والغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج⁽²⁾

- كل شخص استخدم القوّة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزية غير مستحقّة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو منع الإدلاء بالشهادة أو تقديم الأدلّة في إجراء يتعلّق بارتكاب أفعال مجرّمة وفقا لقانون الفساد المشار إليه أعلاه،
- كل شخص استخدم القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب لعرقلة سير التحريّات الجارية بشأن الأفعال المجرّمة وفقا لهذا القانون،

(1) أنظر التعليمية الرئاسية رقم 03، المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد، الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 2009.

(2) المادة 44 من القانون رقم 06 - 01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

- كل شخص رفض التعاون مع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، سواء بعدم تزويدها بالوثائق الضرورية تحت أيّ ذريعة كانت (إلا إذا كان هناك مبرر قانوني) أو تضليلها بإعطائها وثائق مزورة غير الوثائق التعاقدية الحقيقية.

2 - حماية الشهود والخبراء والمبلغين والضحايا :

لا تقوم الدعوى العمومية ولا يمكن أن تتحرك تلقائياً من دون وصول العلم لدى النيابة العامة، وفي هذا الصدد يلعب المبلغ والضحية دوراً أساسياً في محاربة ظاهرة الفساد بالطرق القانونية، هذا من جهة، وحتى تحقق الدعوى العمومية النتيجة المرجوة منها وهي الوصول إلى الحقيقة القضائية وإصدار الحكم بالبات، وردع الجناة، لا بد من تظافر وسائل الإثبات التي تساعد قاضي الحكم على الاقتناع، ومن بين هذه الوسائل الإثبات بشهادة الشهود، التي تعتبر من أقدم وسائل الإثبات سواء في الدعوى المدنية أو الجنائية بالإضافة إلى تقارير الخبراء، هذا من جهة أخرى.

وعلى هذا الأساس، تظنّ المشرع في سنه لقواعد مكافحة الفساد إلى إسبغ الحماية الجنائية لكل من الشاهد، الخبير، المبلغ وحتى الضحية أو أفراد عائلاتهم وسائر الأشخاص الذين لهم صلة وثيقة بهم، الذين يمكن أن يطالهم الانتقام أو التهيب أو التهديد بأيّة وسيلة كانت أو بأيّ شكل من الأشكال قصد منعهم من أداء دورهم، وذلك من قبل كل شخص له مصلحة في عرقلة سير العدالة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر ذلك تحت طائلة العقوبات الجزائية بالحبس من ستة أشهر(6) إلى خمس (5) سنوات والغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج.

أما من حيث الضمانات، فلا توجد ضمانات واضحة وعملية للذي يقوم بالتبليغ، لا بل المتمعن في نص المادة 46 التي نصّت على البلاغ الكيدي جعلت العقوبة نفسها لمن لا يقوم بالتبليغ عن وقوع الجريمة، ومن حيث الترتيب وقعت قبل النص المتعلق بعدم التبليغ مما يستشف أنّ من يريد أن يبلغ عن وقوع جريمة عليه أنّ يقوم هو بإجراءات تحري ويمسك الدليل القوي ومن ثمّ يقدم على التبليغ وإلاّ وقع في جرم البلاغ الكيدي.

وهكذا لا يفكر أيّ أحد في القيام بهذه المجازفة، ناهيك عن ما يمكن أن يتعرّض له الموظف الذي يقوم بالتبليغ من إجراءات انتقامية من طرف المسؤول السلمي الذي ما هو في واقع الحال إلاّ الشخص المبلغ ضدّه على اعتبار أنّ الكثير من الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد لا تقع إلاّ بمعرفة الشخص المسؤول عن إبرام العقود، وإصدار القرارات أو الأذونات أو التراخيص.

الفرع الرابع

أساليب مقترحة للوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

رغم تضافر جهود الحكومات والدول والمجتمع الدولي، لتصدي لظاهرة الفساد، بغيت مكافحته أو التقليل منه عن طريق الوقاية منه، إلا أن هذه الجهود لم تصل إلى الغرض المنشود لها، ويرجع سبب ذلك إلى كون ظاهرة الفساد بصفة عامة مصدرها الأخلاق⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار اتجه التفكير والتركيز إلى الاعتماد على أساليب غير قانونية أو الأساليب التقليدية الأخرى، فظهر مفهوم المسؤولية الاجتماعية خاصة في المجال الاقتصادي، ونحن في هذه الرسالة نشاطر المجتمع الدولي في ذلك، إذ نخصص هذا الفرع لتعريف بالمسؤولية الاجتماعية ودورها في الوقاية من الفساد ومكافحته.

1 - مفهوم المسؤولية الاجتماعية :

يعتبر مفهوم المسؤولية الاجتماعية من المفاهيم التي كثر تداولها في المجال الاقتصادي الدولي في الوقت الحاضر، إذ اتسع دور المؤسسات من تركيزها على الجانب الاقتصادي ليشمل جوانب التنمية الاجتماعية، ففي الدول الصناعية الكبرى ظهر تعاون وتناسق وتكامل في مهام ثلاثة أطراف أساسية هي الدولة ورجال الأعمال والمجتمع فأصبحت كل من الحكومة والمؤسسات الاقتصادية تسخر جهودها لجعل القطاع الثالث وهو المجتمع يستفيد من هذا التعاون.

(1) Aanas Talbi, la moralization des marches publics (Approche criminologique) colloque international (les mécanismes de protection et le lutte contre la corruption dans les marchés publics - université Djilali Liabes Sidi Bel Abbés, 24 - 25 Avril 2013.

ترتكز المسؤولية الاجتماعية على مفهوم الالتزام تجاه مجموعة من الأطراف في الداخل وخارج المؤسسة وهم: المساهمون الموظفون، العملاء، الموردون، المجتمع (البيئة)، وغالبا ما يتم التركيز على الأثر على المجتمع، إذ على المؤسسة أن تمتلك أسس وقيم أخلاقية راسخة تنعكس في خططها وإستراتيجيتها إيجابا على المجتمع الذي توجد فيه.

وقد يعتقد الكثيرون أن مفهوم المسؤولية الاجتماعية مقيد ومرتبط بالعمل الخيري والتطوعي فقط ولا ينظر إليه بنظرة إستراتيجية تعود بالفائدة على جميع الأطراف، فالعرف السائد هو أن المانح لا يستفيد شيئا كما يستفيد المتلقي هو مفهوم غير دقيق، إذ أن كلا من المانح والمتلقي مستفيدان بشكل متساوي فهما شريكان مستثمران في نفس المصلحة والمشروع يستفيدان معا في الأجل القصير، ويتم تحقيق التنمية المستدامة في الأجل الطويل⁽¹⁾.

2 - تعريف المسؤولية الاجتماعية:

هناك تعريفا مختلفة للمسؤولية الاجتماعية للمؤسسات من أهمها.

المسؤولية الاجتماعية للمؤسسات:

"هي طريقة عمل المؤسسة والتي من خلالها تدمج الإهتمامات والقضايا الاجتماعية والبيئية والاقتصادية في صنع القرار واستراتيجيات وسياسات وقيم وثقافة والعمليات والأنشطة داخل الشركة بشفافية ومحاسبة ليتم تطبيق أحسن الممارسات، وتستخدم هذه المشاريع تسويقيا لتحسين صورة الشركة من خلال إضفاء الصبغة الأخلاقية عليها وزيادة مصداقيتها مما يؤدي إلى زيادة الإقبال عليها وعلى منتجاتها وبالتالي زيادة الدخل والأرباح".

وكخطوة هامة ومنظمة، أصبحت بعض المؤسسات الملتزمة أخلاقيا

(1) بابا عبد القادر، وهيبة مقدم، مقال، المسؤولية الاجتماعية ميزة إستراتيجية خالقة للقيمة (دراسة حالة شركة سونطراك)، جامعة مستغانم، ص: 1.

واجتماعيا تنقيد بإعداد التقارير حسب المواصفات التي تتعلق بالإدارة البيئية "ايزو 14000" والمعايير العالمية للمساءلة الاجتماعية "AS 0008" ومواصفات المحاسبة والمساءلة "AA00013" و"الدليل الاسترشادي لكتابة التقارير المستدامة".⁽¹⁾

وعرف البنك الدولي المسؤولية الاجتماعية لمنشآت القطاع الخاص بأنها: "إلتزام بالمساهمين في التنمية المستدامة من خلال العمل مع موظفيها والمجتمع المحلي والمجتمع ككل لتحسين مستوى معيشة الناس بأسلوب يخدم التجارة والتنمية في آن واحد".⁽²⁾

3 - أمثلة عن المكاسب المحققة من الإلتزام الاجتماعي للمؤسسات:

خلال 10 أعوام ما بين 1989 إلى 1999 في بريطانيا وحدها ارتفع الادخار في أسهم الشركات التي تدرج في إطار المؤسسات الملتزمة اجتماعيا من مائتي مليون جنية استرليني إلى ما يزيد على 2 بليون جنية استرليني⁽³⁾.

(1) نفس المقال، ص: 7.

(2) صالح السحيباني، المسؤولية الاجتماعية ودورها في مشاركة القطاع الخاص في التنمية: حالة تطبيقية على المملكة العربية السعودية، المؤتمر الدولي حول "القطاع الخاص في التنمية، تقييم واستشراف"، 23 - 25 مارس، المعهد العربي للتخطيط، بيروت الجمهورية العربية اللبنانية.

(3) أصدرت هيئة الأمم المتحدة من خلال مكتبها المعني بالمخدرات والجريمة المنظمة مجموعة مؤشرات تبين مدى انتشار الفساد وانتشاره على نطاق واسع من الدول في العالم من تلك المؤشرات.

1 - أكثر من تريليون دولار أمريكي (1000 مليون دولار أمريكي) من الرشاوي تدفع سنويا في الدول المتقدمة والنامية على السواء.

2 - خلال العقد الأخير من القرن الماضي أسهم الفساد في تهريب 400 مليار دولار أمريكي من افريقيا الى دول أخرى.

3 - يكلف الاقتصاد الافريقي ما يصبو عن 148 مليار دولار أمريكي سنويا ما يسبب ارتفاعا في الأسعار بمعدل 20 %.

وفي نفس السياق نشرت وكالة الأنباء الجزائرية (APS) على موقعها الالكتروني بتاريخ الجمعة 23 سبتمبر 2011، تصريحاً للسيد مختار لخداري، مدير القضايا الجزائية والعضو بوزارة العدل، أن المحاكم الجزائرية فصلت في 948 قضية مرتبطة بالفساد، جاءت جرائم اختلاس الأموال العمومية في =

تكفل ضمان احترام الجانب الاقتصادي والمتمثلة في الالتزام بالأنظمة والقوانين في ممارسة العملية الاقتصادية واحترام الجانب الأخلاقي.⁽¹⁾

أما من حيث الجانب القانوني: تعمل على مراعاة القوانين العالمية والدولية، والشفافية في الأنظمة والقوانين.⁽²⁾

= الصدارة بمجموع 475 قضية متنوعة بجرائم استغلال النفوذ ب: 107 قضية، ثم رشوة الموظفين العموميين ب: 95 قضية، ثم جرائم منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ب 79 قضية، وأضاف المتحدث، حسب الإحصائيات الجزائية، تأتي الجماعات المحلية على رأس القطاعات التي مستها الجرائم المرتبطة بالرشوة ب: 146 قضية، متبوع بقطاع البريد ب: 133 قضية، ثم البنوك ب: 78 قضية. <http://www.aps.dz>

(1) صالح السحيباني، المقال السابق.

(2) نفس المقال.

المبحث الثاني

أساليب مكافحة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

قد لا تجدي أساليب الوقاية للحد من جرائم الفساد، خاصة في مجال الصفقات العمومية، نظرا للخطورة التي تشكلها جرائم الصفقات العمومية فهي تهدد وتمس بأمن واستقرار الدولة الاقتصادي، لذا كان لزاما على المشرع القانوني أن يتصدى لهذه الجرائم، بوضع مجموعة من النصوص القانونية التي تهدف للحد من هذه الجرائم ومعاقبة مرتكبيها.

وبهدف التعرف على الأساليب المتبعة من طرف المشرع لمكافحة جرائم الفساد بصفة عامة وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بصفة خاصة، قسمنا هذا المبحث إلى المطالب التالية:

- **المطلب الأول:** الجهات القضائية الجزائية المختصة في جرائم الفساد.
- **المطلب الثاني:** أساليب التحري الخاصة.
- **المطلب الثالث:** العقوبة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

المطلب الأول

الجهات القضائية الجزائرية المختصة في جرائم الفساد

كقاعدة عامة ينعقد الاختصاص الإقليمي في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية لوكيل الجمهورية لدى المحكمة التي تم ارتكاب الجريمة دائرة اختصاصها أو مكان إقامة المتهم أو مكان القبض عليه، أما الوضع بالنسبة لجرائم الصفقات العمومية فإن الأمر قد اختلف منذ صدور الأمر رقم 10 - 05 المؤرخ في 26 - 08 - 2010 الذي تمم القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أصبحت جرائم الفساد من اختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لقانون الإجراءات الجزائية وهو ما يعرف بالأقطاب الجزائية المتخصصة.

وعليه نعتد في هذا المطلب على الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع (الأقطاب الجزائية).
- **الفرع الثاني:** الهيئات الخاصة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.
- **الفرع الثالث:** دور الشرطة القضائية في الكشف عن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

الفرع الأول

الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع (الأقطاب الجزائية)

مرت محاكمة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية بمراحل ثلاثة، يمكن تلخيصها كما يلي:

• **المرحلة الأولى:** ما قبل صدور القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث كانت توصف بعض هذه الجرائم بجنايات، تقتضي المحاكمة أمام محكمة الجنايات.

• **المرحلة الثانية:** بعد صدور القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أعطى المشرع لجرائم الفساد عامّة ومنها جرائم الصفقات العمومية وصف جنح، بما يعني أنّ المحاكمة تؤوّل إلى اختصاص محاكم الجنح والمخالفات.

• **المرحلة الثالثة:** بدأت في سنة 2010 على إثر تعديل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بموجب الأمر رقم 10 - 05 المؤرخ في 26 - 08 - 2010 لاسيما المادة 24 مكررا 1 منه التي جاء فيها: "تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع هي ما بات يطلق عليها الأقطاب القضائية الجزائية المتخصصة.

كقاعدة عامّة ينعقد الاختصاص الإقليمي في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية لوكيل الجمهورية لدى المحكمة التي تم ارتكاب الجريمة دائرة اختصاصها أو مكان إقامة المتهم أو مكان القبض عليه، أما الوضع بالنسبة لجرائم الصفقات

العمومية فإن الأمر قد اختلف منذ صدور الأمر رقم 10 - 05 المؤرخ في 26 - 08 - 2010 الذي تمّ القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أصبحت جرائم الفساد من اختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لقانون الإجراءات الجزائية وهو ما يعرف بالأقطاب الجزائية المتخصصة.

تجد الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع أساسها القانوني في نصّ المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث تم إدخال هذا النظام بموجب التعديل الذي أدخل على ق.إ.ج في سنة 2004 بموجب القانون رقم 04 - 14 المؤرخ 10 - 11 - 2004 الذي عدل وتمم القانون رقم 66 - 155 المؤرخ في 08 - 06 - 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

ولقد تم تجسيد هذا التوجه في الواقع العملي بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 06 - 348⁽¹⁾ المؤرخ في 05 - 10 - 2006 المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق.

تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الأقطاب لا تمثل جهات قضائية قائمة بذاتها داخلية في هيكل النظام القضائي الجزائري كما كان يأمل المشرع عندما وضع مشروع القانون العضوي رقم 11 - 05 المتعلق بالنظام القضائي، حيث أدرج الأقطاب كجهة قضائية قائمة بذاتها على غرار المحاكم والمجالس القضائية، إلا أنّ المجلس الدستوري وبعد إحالة القانون العضوي المشار إليه عليه من قبل رئيس الجمهورية، أصدر رأياً بعدم مطابقة هذا الإجراء لأحكام الدستور.⁽²⁾

وعلى إثر ذلك اتخذ المشرع إجراء آخر وهو جعل الأقطاب عبارة عن

(1) ج.ر.عد 63 بتاريخ 08 - 10 - 2006.

(2) رأي رقم 01 /رق.ع/م.د/05 مؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي، للدستور بقرارشوش محمد، المرجع السابق، ص: 162.

اختصاص موسع لبعض المحاكم وذلك بتمديد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية وقاضي التحقيق فيها، بمناسبة التصدي لبعض الجرائم.

وبناء عليه، وعلى ضوء المواد 37 و40 و329 من ق.إ.ج المعدل والمتمم ينحصر الاختصاص النوعي للمحاكم ذات الاختصاص الموسّع (الأقطاب الجزائية) في متابعة أو بمعنى أدق القيام بإجراءات البحث والتحري عن الجرائم وكشف مرتكبيها وضبطهم والتحقيق معهم ومحاكمتهم، بخصوص الجرائم التالية: جرائم المخدرات، الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال، جرائم الإرهاب، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

فهي ستة (06) جرائم، تجمع بينها درجة الخطورة، ونطاق انتشارها الواسع، وأثرها المدمر على الاقتصاد الوطني والأمن والاستقرار، وكذلك خطورة واحترافية مقترفيها.

ولقد أضاف المشرع جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية من بينها جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة إلى الأنواع الستة من الجرائم المذكورة آنفا ليصبح مجموعها سبعة أنواع من الجرائم.

الفرع الثاني

الهيئات الخاصة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

أولاً - الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته :

أ - أساسها القانوني :

تم إنشاء هذه الهيئة، قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد⁽¹⁾، كما تعتبر هذه الهيئة بأنها سلطة إدارية مستقلة⁽²⁾، منحها قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الشخصية المعنوية والاستقلال المالي مقرها لدى رئيس الجمهورية ويحدد التنظيم تشكيبتها وكيفية سيرها⁽³⁾

وفي سبيل قيام الهيئة باختصاصها الأصيل المتعلق بالوقاية من مختلف أشكال الفساد، زودها المشرع بوسائل قانونية فخصها بأحكام مستقلة، كما منحها وبسلطات. غايته في ذلك وهو التحكم في سياسة الوقاية من الفساد، وسد الثغرات القانونية التي أفرزتها مؤسسات الرقابة التقليدية، وأخيراً مسايرة المجتمع الدولي الذي أصبح يناهز بتفعيل سياسات الحكم الرشيد.

ب - مهام الهيئة الوطنية المكلفة بها وهي كالتالي⁽⁴⁾ :

1 - اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الرشوة وتجسيد مبادئ دولة القانون

- (1) المادة 17 من القانون رقم 06 - 01. المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم.
- (2) المادة 18 من نفس القانون.
- (3) تم تعيين أعضائها بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 07 - 11 - 2010، يتضمن تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر. 69 بتاريخ 14 - 11 - 2010)، حيث أدى أعضاء الهيئة اليمين القانونية بمقر المحكمة العليا في يوم 03 - 01 - 2011 والمتشكلة من الأعضاء التالية أسمائهم: إبراهيم بوزيوجن رئيساً، والأعضاء وهم: عبد الكريم غريب، عبد القادر بن يونس، أحمد غاي، مسعود عابد، والسيدة صابرينة تامكيت زوجة (بوقادوم)، وتم تنصيب الهيئة في 04 - 01 - 2011.
- (4) المادة 20، من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

التي تعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

2 - تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد لكل شخص أو هيئة عمومية.

3 - إعداد برامج نوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد، بما فيها جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، وخاصة في مجال التعديل في نوعية المواد والخدمات.

4 - جمع واستغلال كل المعلومات التي تكشف الأفعال المادية والمتعلقة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

5 - يمكن لها الاستعانة بالنيابة العامة فيما يخص جمع الأدلة والتحري.

أجازت المادة 21 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في ظل ممارستها للمهام أن تطلب الإدارات والمؤسسات والهيئات سواء التابعة للقطاع العام أو الخاص أو من أي شخص طبيعي كان أو معنوي أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في عملية الكشف أو البحث عن أفعال الفساد، وكل رفض متعمد وغير مبررة يعتبر جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة المنصوص عليها في المادة 44 من نفس القانون، وفي حالة الوصول إلى وقائع التي تشكل جريمة تحليل الملف إلى وزير العدل الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء، وترفع تقريراً سنوياً بموجب القانون لرئيس الجمهورية يتضمن النشاطات والنقائص والتوصيات المقترحة.

ثانيا - الديوان الوطني لمكافحة الفساد :

أ - أساسه القانوني :

بموجب المادة 24 مكرر المحدثه بموجب الأمر رقم 10 - 05 المؤرخ في 26 - 08 - 2010 الذي تمم القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد

ومكافحته أحدث المشرّع جهازا جديدا أسماه "الديوان المركزي لقمع الفساد"، ولم يدخل بعد مجال العمل في انتظار استكمال إجراءات تنظيمه، حيث ترك المشرّع أمر تشكيلته وتنظيمه وكيفية سيره لمجال التنظيم.

ب - الاختصاص النوعي للديوان المركزي لقمع الفساد :

لا يتمتع الديوان بولاية عامّة في مجال الضبط القضائي، وإنما تنحصر مهمته في البحث والتحري عن جرائم الفساد الوارد ذكرها في القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ضمن الباب الرابع تحت عنوان التجريم والعقاب وأساليب التحري، المنصوص عليها في المواد 25 إلى 43.

وعليه هناك عدد تسعة عشر (19) جريمة تتدخل ضمن الاختصاص النوعي للديوان المركزي لقمع الفساد، التي من بينها الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وهي على الخصوص: الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، حيث يدخل تحت هذا العنوان جريمتين وهما جنحة (المحاباة)، (وجنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من قبل التجار والمقاولين والحرفيين من القطاع الخاص...الخ).

ج - الاختصاص المحلي للديوان المركزي لقمع الفساد⁽¹⁾ :

حدد المشرّع نطاق تدخل ضباط الشرطة القضائية التابعين للديوان في جرائم الفساد والجرائم المرتبطة بها بحدود الإقليم الوطني⁽²⁾، تحت الإشراف المباشر دائما للجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع المختصة إقليميا تطبيقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية وقانون مكافحة الفساد⁽³⁾.

(1) المادة 24 مكرر 1 - 3 من قانون رقم 06 - 01.

(2) شنة زواوي، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية جنحة المحاباة نموذجا - الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، يومي 24/25 أبريل 2013.

(3) المادة 24 مكرر 1/1 و2 من قانون رقم 06 - 01.

الفرع الثالث

دور الشرطة القضائية في الكشف عن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

تعتبر الضبطية القضائية صاحبة الاختصاص الأصيل في الكشف أو في التحري عن الجرائم عموماً، وتعتبر مرحلة التحري أول خطوة في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية، حيث يقصد بالتحري في مجال الضبط القضائي، البحث عن الجرائم المرتكبة والتحقق من صحة الوقائع المبلغه لضباط الشرطة القضائية، وجمع القرائن التي تفيد في حصول الواقعة أو نفي وقوعها فوظيفة التحريات لا تقتصر على مجرد تجميع القرائن والأدلة التي تفيد وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها، بل يجب كذلك البحث عن المعلومات التي تفيد موقف وموقع المشتبه فيه.

لذلك فإن الضبطية القضائية إذا أخطروا بجريمة⁽¹⁾ من الجرائم فإنهم يقومون بالإجراءات الأولية وهذه الإجراءات مرتبطة بالبحث والتحري والذي تعد كمرحلة تمهيدية للدعوى⁽²⁾.

(1) ورد في المادة 51 من ق.إ.ج ذكر سبع (07) مجموعات ممن يتصفون بصفة ضباط الشرطة القضائية ويتمتعون باختصاص عام، مكلفون بالبحث والتحري في الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكمل له، وفترة واحدة (01) تتمتع باختصاص محدد، تشكل المجموعة الثامنة (08)، مكلفة بالبحث والتحري فقط عن الجرائم المنصوص عليها في قوانين خاصة على غرار قانون الجمارك، الغابات، المياه، وأخيراً قانون مكافحة الفساد.

(2) أمانة أمحمدي بوزينة، أساليب الكشف عن جرائم الصفقات العمومية في ظل القانون 01/06، المدخلة الثامنة، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د.يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

أ - الاختصاص الإقليمي:

حسب المادة 16 من ق.إ.ج، تحدّد نطاق الحدود التي يباشرون فيها وظائفهم العديدة، هذا من حيث الأصل، استثناء، وفي حالة الاستعجال، يمكن لضباط الشرطة القضائية أن يتوسع مجال تدخلهم ليشمل حدود دائرة اختصاص المجلس القضائي.

أمّا بخصوص الاختصاص الإقليمي لضباط الشرطة القضائية التابعين للديوان المركزي لقمع الفساد المشار إليه أعلاه، فإنّه يمتد إلى كامل الإقليم الوطني في جرائم الفساد والجرائم المرتبطة بها، ومن جرائم الفساد جرائم الصّفقات العمومية، طبقاً لنص المادة 24 مكرر 1 فقرة 3 من القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، إلّا أنّه لم يتم العمل بهذا النظام بعد، في انتظار صدور التنظيم الذي يحدد تشكيلة الديوان وتنظيمه وكيفيات سيره طبقاً للمادة 34 مكرر فقرة 2 من نفس القانون أعلاه.

كما أنّه، وطبقاً لنص المادة 24 مكرر 1 فقرة 1 من نفس القانون، تخضع جرائم الفساد ومنها جرائم الصّفقات العمومية لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقاً لأحكام ق.إ.ج، في إطار ما بات يعرف بالأقطاب القضائية المتخصصة.

ب - الاختصاص النوعي لضباط الشرطة القضائية:

وردت اختصاصات ضباط الشرطة القضائية في المواد 12، 13 و17 و18 من قانون ق.إ.ج وفقاً للقواعد العامة المنظمة لسلطة ضباط الشرطة القضائية في حالة الجريمة المتلبس بها، وكتطبيق لهذه القواعد الإجرائية في حالة جرائم الصّفقات العمومية، فإنّه يمكن تطبيق هذه القواعد على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين المتلبس بها كإجراء من إجراءات إثبات الجريمة، حيث يمكن تلخيصها في ما يلي:

في حالة وجود دلائل قوية تشير إلى وجود وقائع كالتعديل في نوعية المواد أو الزيادة في الأسعار مثلاً، أثناء تنفيذ صفقة أو عقد، فيلجأ المبلّغ إلى أحد ضباط الشرطة القضائية أو وكيل الجمهورية المختص يعلمه بهذه الوضعية، فيقوم وكيل الجمهورية بتكليف أحد ضباط الشرطة القضائية بترتيب إجراءات التحقيق والمراقبة، حتى تتم عملية القبض على الجاني وهو متلبس بالجريمة.

المطلب الثاني

أساليب التحري الخاصة

المقصود بأساليب التحري هي تلك الإجراءات التي بواسطتها يتم جمع التحريات من مصادرها، ويعبر عنها بالحدود الشكلية لها، وهي تلك الحدود التي يجب مراعاتها عند إجراء التحريات حتى تحقق آثارها إزاء تفاعلها مع الحدود الموضوعية وتتأى عن كل بطلان، أما أساليب التحري الخاصة فلا نجد لها تعريفا محددًا، فالاتفاقيات الدولية نصت على استخدامها كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة واتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الفساد تضمنت دعوة الدول الأعضاء في الاتفاقية إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير على ضوء نظامها الداخلي لاستخدام ما تراه مناسبًا من أساليب تحري خاصة واكتفت بتعريف أسلوب التسليم المراقب بالنظر إلى طابعه الدولي، وتركت مسألة تقدير وتعريف بقية الأساليب إلى كل دولة وفقا للتشريع الجنائي والمبادئ الأساسية لنظامها الداخلي⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص على إمكانية اللجوء إلى هذه الأساليب في المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ذاكرا بعضا منها على سبيل الذكر لا الحصر كالتسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني والاختراق⁽²⁾.

(1) بكرارشوش محمد، المرجع السابق، ص: 180.

(2) أما من حيث المشروعية، فلقد أثارت أساليب التحري الخاصة في مرحلة البحث التمهيدي عن الجريمة جدلا كبيرا حول ما مدى مشروعيتها بالنظر إلى الاعتبارات الفنية والأخلاقية والقانونية. فمن الناحية الفنية: الوسائل التقنية المستعملة في البحث والتحري ليست مضمونة كلية، كونها لا تثقل الوقائع كما حدثت في الحقيقة بالنظر إلى إمكانية التعديل من حذف ونقل على شريط التسجيل عن طريق التركيب خاصة مع ما تشهده تكنولوجيا الإعلام الآلي في هذا المجال من تقدم مثل تقنية الفوتوشوب photoshops في معالجة الصور الفوتوغرافية، هذا من جهة، مع وجود تشابه في الأصوات من جهة أخرى. أما من الناحية الأخلاقية، فإن استخدام مثل هذه الوسائل يتعارض مع مبادئ الحرية الأساسية التي كفلتها المواثيق =

أما بالنسبة للأدلة المتوصل إليها عن طريق إتباع أساليب التحري الخاصة وفقاً للإجراءات القانونية ويأذن من السلطة القضائية، وكيل الجمهورية في مرحلة البحث والتحري وجمع الاستدلالات، والجريمة المتلبس بها وقاضي التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي أو الإنابة القضائية، تكتسي هذه الأدلة بطابع الشرعية والحجية القانونية أمام الجهات القضائية.

وعلى هذا الأساس نتطرق في هذا المطلب إلى الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** التسليم المراقب.
- **الفرع الثاني:** اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور أو التردد الإلكتروني.
- **الفرع الثالث:** التسرب أو الاختراق.

= الدولية والدستور الذي يضمن حق الفرد في خصوصيات حياته. أما من الناحية القانونية فإن وسائل التحري الخاصة تباشر بشكل خفي دون علم من تباشر عليه، بحيث لا يكون حراً في التعبير عن إرادته لأنه لو كان على علم بمباشرتها لما أفصح عما في تفكيره أو في مكنون نفسه أو ضميره، ومن جهة أخرى فإن استخدام هذه الوسائل خلسة مبني على حيلة تنطوي على الغش والتدليس إلى أن يوقع المشتبه فيه في الغلط، فيعيب إرادته، طالما كانت الإرادة معيبة وقت إجراء هذه الوسائل فإن ما يبني عليها يكون باطل. نفس المرجع، ص: 180. أما البعض الآخر يرى أن حدود الحق في الخصوصية تنتهي عند حد الاعتداء على الغير، ولاسيما إذا كان هذا الاعتداء يشكل جريمة من جرائم الفساد وجرائم الأمن العام أي تكون الدولة هي الضحية شعباً وحكومة فهنا في مثل هذه الجرائم لا مجال للحديث عن ما يسمى الحق في الخصوصية لأن حق الدولة يدهمه خطر جسيم وهو حق أعلى من حق الفرد أنظر، مقني بن عمار، بوراس عبد القادر، التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كألية للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 02 - 03/12/2008.

الفرع الأول التسليم المراقب

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع لم يتطرق إلى أسلوب المراقبة في فصل مستقل، كما عمل بالنسبة للتسرب واعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، وإنما تطرق إليه في سياق تعديله للمادة (1) 16 من ق.إ.ج التي تضمنت تمديد الاختصاص الإقليمي لضباط الشرطة القضائية عبر كافة التراب الوطني في الجرائم الخطيرة.

تعتمد عملية البحث والتحري على استخدام أسلوب المراقبة كوسيلة لاستخلاص المعلومات وكشف المشتبه فيهم وتدخل ضمن العمل الشرطي الميداني والوظائف المعتادة التي يمارسها ضباط الشرطة القضائية في دائرة اختصاصهم الإقليمي دون أن يكون لها إطار قانوني يضمن شرعيتها، لكن وبعد أن تمّ إضافة المادة 16 مكرر (2) إلى ق.إ.ج أصبح لضباط الشرطة القضائية وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية الحق في القيام بهذه العملية على امتداد التراب الوطني وفق شروط إجرائية دقيقة، الأمر الذي أصبغ عملية المراقبة الطابع الخاص.

ونحن بصدد دراسة هذا الأسلوب وعلاقته بجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين نرى من جانبنا أن السماح لمواد أو تموين من بنك إلى بنك بصدد الحصول على مزية غير مبررة أو إجراء أي مفاوضات لإبرام صفقات عمومية أو عقد يمكن السلطات من مراقبة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين بغية التحري والقبض على أطراف الجريمة.

(1) عدلت بموجب القانون رقم 06 - 22 المؤرخ في 20 - 12 - 2006، (ج.ر. 84 بتاريخ 20 - 12 - 2006).

(2) أضيفت بموجب القانون رقم 06 - 22.

الفرع الثاني

اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور أو التردد الإلكتروني

في ظل التطور المذهل في المجال الإلكتروني، خاصة تكنولوجيا المعلوماتية والاتصالات مما أحدث أنواعا جديدة من التحديات الأمنية وأنتج أشكالاً أخرى من الجرائم لم تكن معروفة كجرائم القرصنة المعلوماتية واختراق المواقع الإلكترونية الحساسة، والمتصلة بالمصارف مما يؤدي إلى تحويل الأرصدة... الخ.

ومن نتائج هذا التطور، حدثت ثورة في عالم القواعد الجنائية الموضوعية كالتجريم، والإجرائية كوسائل التحري والإثبات، حيث لم تعد تلك الوسائل التقليدية المتمثلة في السماع المجرد، التفتيش، التتبع... تجدي نفعاً لمواجهة هذا التطور مما حتم اللجوء إلى وسائل غير تقليدية أي وسائل تقنية حديثة في مجال التحريات الجنائية⁽¹⁾، أما التحدي الجديد في استعمال مثل هذه التقنية هو كيفية مراعاة الحريات الأساسية للمواطن في حرمة حياته الخاصة. لقد أحدث المشرع إطاراً قانونياً لاستخدام أساليب التحري بالاعتماد على التقنية الحديثة في معرض تنميته لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 06 - 22 المشار إليه أعلاه لاسيما المادة 65 مكرر 5 إلى المادة 65 مكرر 10 ضمن الفصل الرابع بعنوان "في اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور".

نظراً لخطورة وسائل التحري الخاصة خاصة ما يتعلق في اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور"، فإن المشرع قيدها بشروط وضوابط تهدف إلى توفير أكبر قدر من الضمانات ضد أي تعسف أو إفراط في استعمالها⁽²⁾.

(1) بكارشوش محمد، المرجع السابق، ص: 184.

(2) تياب نادية، المرجع السابق، ص: 338 - 343.

سوف نتطرق إلى هذه الضوابط دون الخوض في شرحها وتحليلها.

أولاً - الضوابط الشكلية :

- الحصول على إذن من وكيل الجمهورية.
- تحرير محضر عن العملية.

ثانياً - الضوابط الموضوعية :

- أن يكون الإجراء من أجل التحري والكشف عن جرائم الفساد.
- غاية المراقبة وضرورتها.
- الجهة المكلفة بهذه العملية: (نظرا لخطورة هذه الإجراءات جعلها المشرع من اختصاص ضباط الشرطة القضائية).

ثالثاً - ضوابط التنفيذ :

تتمثل في كفاءات المراقبة وبنائنها والأدلة الناجمة عنها طبقا للمادة 65
مكرر فقرة 4 ق.إ.ج

الفرع الثالث

التسرب أو الاختراق

التسرب وسيلة من وسائل التحري الخاصة، استحدثه المشرع بالنص عليه وتنظيمه في المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من ق.إ.ج والمادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. (1)

الضوابط التي تحكم التسرب أو الاختراق:

أولاً - الضوابط الشكلية (2):

- تحرير التقرير.
- الحصول على إذن بالتسرب.
- ألا تتجاوز مدة التسرب أربعة أشهر.
- السرية.

(1) ورد التسرب كأسلوب خاص للتحري بمصطلح آخر "الاختراق" بينما يقابله باللغة الفرنسية "Infiltration"

"وقد تطرقت عدة تشريعات جزائية إلى هذه التقنية في التحري فنص عليه ق.إ.ج الفرنسي في (07) مواد بدء من المادة 81 إلى المادة 87، كما عرف منذ زمن وقد تطور دوره عبر التاريخ، إذ صرح وزير الداخلية الفرنسي الأسبق "روجي فراي" أمام الجمعية الفرنسية أنه بدون الاستعانة بالمرشدين لن تكون هناك شرطة ولن تكون هناك عدالة قادرة على تنفيذ القانون العقابي." كان المرشد آنذاك من المواطنين وبالتالي ليس موظفاً، أما التسرب في الوقت الحاضر فيستعمل لأغراض قانونية للكشف عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية نقلاً عن تياب نادية المرجع السابق، ص:343.

(2) لمزيد من التفصيل: أنظر فليغة نور الدين، كحول وليد، "أحكام التسرب في قانون العقوبات ومدى فعاليتها في

مكافحة الفساد"، الملتقى الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 - 19 أبريل 2010.

ثانيا - الضوابط الموضوعية :

- أن يكون التسرب من أجل التحري والكشف عن جرائم الفساد.
 - تحديد الغرض من التسرب.
- بالرغم من أهمية التسرب في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها، غير أن المشرع لم يتطرق لجوانب هامة تخص العملية، مما يؤدي إلى ظهور إشكالات عملية وقانونية يمكن ذكر أهمها:
- عدم توضيح المشرع فيما إذا كان يجوز للمتسرب ارتكاب أفعال غير مشروعة أثناء المهلة الإضافية المرخصة له عند انقضاء المهلة وعجزه عن الانسحاب في ظروف تضمن أمنه.
 - فسكوت المشرع عن معالجة هذه المسألة يجعلنا نتساءل هل ارتكابه لأفعال غير مشروعة يرتب مسؤوليته الجزائية؟
 - قد تتطلب عملية التسرب في بعض الأحيان عقد تصرفات مدنية أو تجارية أو حتى عقود تمس الحالة الشخصية للمتسرب نفسه كعقد الزواج إذا استدع الأمر ذلك فما هو الحل في هذه المسألة.⁽¹⁾

(1) تياب نادية، المرجع السابق، ص:349.

المطلب الثالث

العقوبة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

يطبق القضاء في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية تماما وفقا للقواعد العامة في قانون العقوبات، مع مراعاة الظروف المشددة والظروف المخففة أو حالات الإعفاء من العقوبة، إلا أنه قد وردت تدابير أخرى في القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، تخص مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة بموجب المادة 51 من هذا القانون، وكذلك إمكانية إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات والتراخيص وذلك بموجب المادة 55 من نفس القانون، وتوضيح هذا المطلب أكثر فقد قسمناه إلى الفروع التالية:

- **الفرع الأول:** العقوبات الأصلية.
- **الفرع الثاني:** العقوبات التكميلية.
- **الفرع الثالث:** أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

الفرع الأول

العقوبات الأصلية

رصد المشرع في نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عقوبة جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في حالة الإدانة، بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج⁽¹⁾.

1 - بالنسبة للشخص الطبيعي:

1.1 - العقوبة السالبة للحرية:

تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته جزاءات تصيب مرتكب الجريمة في ذاته أو شخصه فتصيب بدنه لتسلب حريته⁽²⁾، وقد تدرج التجريم في مجال الصفقات العمومية في بداية ظهوره بشدة وقسوة جزاءاته وذلك ليؤمن جشع المنحرفين ضد الأفعال التي من شأنها المساس بالثروة الوطنية وتعرض مصالح الخزينة العامة والاقتصاد للخطر ويدخل في هذا الإطار جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة، ثم ليتراجع عن حدة وقسوة العقوبة في إطار أحكام قانون رقم 01 - 09 المعدل والمتمم للأمر رقم 66 - 156.

(1) المادة 26 من قانون 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

(2) لا تزال النظم الجنائية المعاصرة تتوعد بالعقوبات السالبة للحرية في محاولتها للحد من مخالفة الأحكام التي تتضمنها، ويصف الدكتور محمود مصطفى أحد الباحثين في المجال الجزائي أن هذا الأسلوب طبيعي، فحسب إعتقاده: " لا بد في مرحلة تكوين القانون الاقتصادي التدرج بجزاءات جنائية شديدة حتى يدرك الجمهور أهمية هذه القوانين على التنمية الاقتصادية هذه القوانين على التنمية الاقتصادية ولما يجاوز القانون الاقتصادي هذه المرحلة ويألف الناس مراعاة أحكامه يمكن عندها إعادة النظر في العقوبات الجنائية بإلغاء بعضها أو تخفيفها على غرار ما حدث في الدول التي استقرت قوانينها الاقتصادية"، تياب نادية، المرجع السابق، ص: 387.

2.1 - الغرامة المالية⁽¹⁾ :

الغرامة عقوبة أصلية في مواد الجرح والمخالفات، ويقصد بها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة مبلغا من المال مقدر في الحكم.⁽²⁾

و للحكم بالغرامة مزايا عديدة فهي لا تصيب المحكوم عليه في جسده ولا تمثل قيادا على حريته وهي عقوبة مؤثرة وفعالة خاصة بالنسبة للجرائم التي ترتكب بدافع الطمع، لأنها تقتطع جزء من الذمة المالية، وهي عقوبة يمكن التراجع فيها إذا ما تبين حدوث خطأ في توقيعها، إذ يكفي أن ترجع الخزينة العامة المبلغ المتحصل للمحكوم عليه.

وقد حدد المشرع في المادة 26: "... وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج" مقدار الغرامة المالية بين حد أدنى وحد أقصى، تاركا للقاضي سلطة تقديرية حسب ملاسبات كل قضية.

2 - بالنسبة للشخص المعنوي:⁽³⁾

أقر المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية، حيث نص المشرع على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون رقم 04 - 15، المعدل والمتمم لقانون العقوبات في المادة 51 مكرر التي تقضي: " باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام،

(1) تعتبر الغرامة من أقدم العقوبات السائدة في الشرائع القديمة ويرجع أصلها إلى نظام الدية، الذي يختلط فيه العقاب بالتعويض، وظلت كذلك إلى أن تطورت وأصبحت خالية من معنى التعويض لتستقر على معنى العقوبة، نفس المرجع، ص: 379.

(2) أيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2006، ص: 174.

(3) المادة 53 من قانون رقم 06 - 01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم: " يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات."

يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزئياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

استناداً إلى النص المذكور نجد أنها حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من القانون الخاص، حيث استثنت منها الدولة والجماعات والمحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، ويقصد بعبارة "لحسابه" أن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الأفعال التي يتم تحقيقها لمصلحته أو لفائدته مثال ذلك تقديم رشوة لحصول مؤسسة اقتصادية على صفقة، وبالمقابل لا يسأل الشخص المعنوي على الأعمال المنجزة لحساب المدير أو أي شخص آخر.⁽¹⁾

ويقصد بأجهزة الشخص المعنوي ممثليه القانونيين كالرئيس والمدير العام والمسير، وكذا مجلس الإدارة والجمعية العامة للشركاء أو لأعضاء، ويقصد بممثلي الشخص المعنوي، الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف باسم الشخص المعنوي، سواء كانت السلطة قانونية أو بحكم قانون المؤسسة، لذلك لا بد أن يكون مرتكب الجريمة، الرئيس المدير العام، أو المسير أو رئيس مجلس الإدارة، أو المدير العام، وقد يكون أيضاً المصفي في حالة حل الشركة.⁽²⁾

يبلغ الحد الأقصى للغرامة في مواد المخالفات خمسة أضعاف الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي عن نفس الجريمة⁽³⁾ ويضاعف هذا الحد الأقصى في حالة العود، بمعنى أن يصير عشرة أضعاف الحد الأقصى للغرامة المقررة لنفس الجريمة إذا ارتكبها الشخص الطبيعي.

(1) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 210.

(2) نفس المرجع، ص: 211.

(3) أنظر المواد 18 مكرر، 18 مكرر 1، 18 مكرر 2، 18 مكرر 3، قانون العقوبات.

فلا يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالغرامة المالية ونجد أن المشرع قد لجأ لتغليظ الغرامات المالية والتي تعتبر من أهم العقوبات بالنسبة للجرائم التي تهدف إلى إثراء الذمة المالية بدون سبب مشروع، ويرجع ذلك إلى أن غالبية هذه الجرائم ترتكب بدافع الطمع والربح غير المشروع فمن المناسب أن تكون الغلظة لعقوبة تصيب الجاني في ذمته المالية.⁽¹⁾

(1) زوزو زولخية، المرجع السابق، ص:72.

الفرع الثاني

العقوبات التكميلية

نتناول في هذا الفرع العقوبات التكميلية، بالنسبة للشخص الطبيعي والمعنوي ثم نتطرق للعقوبات التكميلية الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

لقد نصت المادة 50 من القانون 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على أنه: " في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في القانون، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات."

وقد نصت المواد من 9 إلى 18 من قانون العقوبات على العقوبات التكميلية واستحدثت المادة 9 المعدلة⁽¹⁾ عقوبات تكميلية جديدة وهي الإقصاء من الصفقات العمومية والحظر من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع وأخيرا تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها أو المنع من استصدار رخصة جديدة هذا. مع بقاء العقوبات التكميلية السابقة المتمثلة في تحديد الإقامة والمنع منها وكذلك المصادرة الجزئية للأموال وحل الشخص الاعتباري ونشر الحكم.

1 - بالنسبة للشخص الطبيعي:

- الحجز القانوني.
- الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلي.
- تحديد الإقامة.
- المنع من الإقامة.

(1) عدلت بالقانون رقم 06 - 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. (ج.ر. 84)

- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط: يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكابه جنائية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، إذا ثبت للجهة القضائية أن للجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولتها، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما، ويصدر الحكم بالمنع لمدة لا تتجاوز (05) سنوات في حالة الإدانة لارتكابه جنحة.⁽¹⁾

• المصادرة:

عرفها المشرع في المادة 15 فقرة 1 من قانون العقوبات هي: " الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء ".⁽²⁾، كما عرفها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 2 فقرة ط: " المصادرة ": التجريد الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية.

• الإقصاء من الصفقات العمومية:

ويترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية إما نهائيا أو لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات في حالة الإدانة بجنحة⁽³⁾ استغلال نفوذ الأعوان العموميين أو أي جريمة من جرائم الفساد.

- الحظر من استعمال الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع.

- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

(1) المادة 16 من الأمر رقم 66 - 156، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب المادة 08 من القانون رقم 06 - 23.

(2) عدلت بالقانون رقم 06 - 23.

(3) المادة 16 مكرر 2 من الأمر رقم 66 - 156، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب المادة 06 من القانون رقم 06 - 23.

• سحب جواز السفر.

• نشر الحكم وتعليقه.

2 - بالنسبة للشخص المعنوي:

• حل الشخص المعنوي:

إن عقوبة حل الشخص المعنوي تماثل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي ولا توقع إلا بتوافر إحدى الحالتين إن يكون الشخص المعنوي قد وجد بغرض ارتكاب الجريمة وهذا يعني هناك غرضاً رئيسياً لمؤسسي الشخص المعنوي هو ارتكاب النشاط غير مشروع، وغرض آخر احتياطي تم بناءً عليه تأسيس الشخص المعنوي من الناحية القانونية، والحالة الثانية تتمثل في خروج الشخص المعنوي عن الغرض الذي أنشأ من أجله بغرض ارتكاب النشاط الإجرامي.⁽¹⁾

• غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات:

يترتب على عقوبة غلق المؤسسة منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه، ويحكم بهذه العقوبة إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة.⁽²⁾

• الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات:

بمعنى حرمان الشخص المعنوي من المساهمة في أي صفقة تكون الدولة أو أحد مؤسساتها العامة أحد أطرافها، والقصد من وراء ذلك كله هو إبقاء الهيئة للمال العام والحفاظ على مصالح الوطن.⁽³⁾

(1) زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 79.

(2) المادة 16 مكرر 01 من الأمر رقم 66 - 156 معدل ومتمم بموجب المادة 08 من القانون رقم 06 - 23.

(3) زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص: 80.

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

هذه العقوبة مفادها أن يكون المنع من مزاولة النشاط بشكل مؤقت أو دائم كما أنه يمكن أن يكون هذا النشاط المحضور هو الذي وقعت الجريمة بسببه أو يعتري المنع أنشطة أخرى.

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- تعليق ونشر حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية.

3 - العقوبات التكميلية الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

لم يكتفي المشرع بالعقوبات التكميلية الواردة في قانون العقوبات التي يمكن توقيعها على مرتكب جرائم الفساد وإنما نص على عقوبات تكميلية أخرى في قانون الوقاية من الفساد ومكافحة ذلك في المادة 51.

- مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة:

أقر المشرع بعقوبة مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة كجزاء مستقل عن المصادرة، وذلك برد الجاني قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ولو انتقلت إلى أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة ولو تم تحويلها إلى مكاسب أخرى.⁽¹⁾

(1) استرداد الكسب غير المشروعة جزاء جنائي يختلف عن التعويض الذي يحكم به للمتضرر من جريمة وهذا ما جاء في توصية مؤتمر روما: "... ألا يستخدم في تعويض المجني عليه"، فصفا الجزاء فيه تقوم على دفع الكسب غير المشروع للخزينة العامة لقاء الضرر العام الذي تسبب من مخالفته للقوانين، أما عن طبيعته القانونية فقد اختلفت الآراء حول كونه عقوبة أو تدبير أمن وإن ساد الاتجاه إلى وجوب الحكم به ولو برئ المتهم لأسباب شخصية فيستقيم الرأي عندها على اعتباره تدبير أمن عيني لكونه بمثابة مصادرة لأشياء غير مباحة وغير مضبوطة. تياب نادية، المرجع السابق، ص: 386.

• الرد:

أقر القانون للجهة القضائية النازرة في ملف الدعوى المتعلق بجريمة المحاباة أن تأمر الجاني برد ما اختلسه أما إذ استحال رد المال كما هو فانه يلزم برد قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، وينطبق هذا الحكم في حالة ما إذا انتقلت الأموال إلى أصول الجاني أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره، ويستوي في ذلك إن بقيت الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى، ويفهم من ذلك أن الحكم بالرد إلزامي حتى وان خلا النص من عبارة الإلزام.

• إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات:

تناول المشرع هذا الجزاء في نص المادة 55 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، تحت عنوان " آثار الفساد"، فالجزاء الذي قرره المشرع هو بطلان الصفقة وانعدام أثرها، غير أن المشرع لم يحدد الجهة التي تحكم ببطلان الصفقة، مما يفهم منه أن ذلك يتم إما أما القضاء الإداري باعتباره قضاء الإلغاء التصرفات المخالفة لمبدأ المشروعية، فالمستقر لدى مجلس الدولة الفرنسي أن إلغاء القرار الإداري المنفصل سببا مباشرا في إبطال العقد الإداري حتى ولو لم يتمسك الأطراف بالبطلان، أو من طرف المحكمة الجنائية الفاصلة في الدعوى العمومية فتحكم بهذا الجزاء كتدبير، فضلا عن العقوبات الأخرى ذات طابع شخصي أو مالي، وذلك لتوسع مجال تدخل القضاء رغبة من المشرع في التصدي للفساد وقمع أشكاله في أكبر وأهم مجال تصرف فيه الأموال العمومية وهو مجال الصفقات العمومية.⁽¹⁾

ونظرا لأهمية الجزاء يعيد المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 ويؤكد على الجزاء ذاته، وذلك في نص المادة 61 منه التي جاءت في إطار القسم السادس بعنوان "مكافحة الفساد".

(1) نفس المرجع، ص: 393.

الفرع الثالث

أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين

إضافة إلى العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية التي حددها المشرع في حالة ارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، قرر المشرع أحكام أخرى متعلقة بالشروع والاشتراك والتقدم، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتشديد العقاب والأعدار المخففة والمعفية من العقاب.

1 - أحكام الشروع والاشتراك في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

يعاقب المشرع الجزائي على الشروع والاشتراك في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، وتطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات⁽¹⁾، أما الشروع في ارتكاب جريمة المحاباة فيعاقب المشرع مرتكبه بمثل العقوبة المقررة للجريمة نفسها.

والشروع هو المرحلة التي تتصرف فيها إرادة الجاني إلى تنفيذ الجريمة فعلا، فيبدأ في تنفيذ الركن المادي، ولكنها لا تتم لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها⁽²⁾، وهو المرحلة التي تلي التفكير والعزم على ارتكاب الجريمة، وهو معاقب عليه بناء على نص صريح في القانون.⁽³⁾

أما الاشتراك فيعاقب الشريك في الجنحة بنفس العقوبة المقررة للجريمة.⁽⁴⁾

(1) المادة 52 فقرة 1 من نفس القانون: "تطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات على

الجرائم المنصوص عليها في هذا قانون."

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع سابق، ص: 94.

(3) المادة 30 من قانون العقوبات.

(4) المادة 42 من قانون العقوبات.

2 - أحكام التقادم:

لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة لجرائم الفساد بما في ذلك جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وفي غير ذلك من الحالات، تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.⁽¹⁾

وتتقادم الدعوى العمومية في مواد الجرح بمضي (03) ثلاث سنوات من ارتكاب الجريمة والعقوبة تتقادم بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح القرار أو الحكم نهائي.⁽²⁾

3 - الأعدار المعفية والمخفضة:

يستفيد مرتكب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من الإعفاء أو بتخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد، حيث يستفيد من العذر المعفي من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية كمصالح الشرطة القضائية، عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبها ومعرفتهم، ويشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية، أو بمعنى آخر قبل تصرف النيابة العامة في ملف التحريات الأولية⁽³⁾ ويستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد، بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكاب الجريمة ومرحلة ما بعد مباشرة إجراءات المتابعة تظل مفتوحة إلى أن تستنفذ طرق الطعن، فتظهر الحكمة من وضع المشرع للأعدار المعفية وتخفيض العقوبة، أنه مرتبط بغايته في تحقيق المصلحة العامة.⁽⁴⁾

(1) المادة 54 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفاسد ومكافحته المعدل والمتمم.

(2) المادة 08 من الأمر رقم 66 - 155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(3) المادة 49 فقرة 1 من قانون رقم 06 - 01.

(4) المادة 49 فقرة 2 من قانون رقم 06 - 01.

الخاتمة

في ختام هذا البحث أحمد الله وأشكره على أن وفقني ويسر لي إتمامه وأسأله سبحانه وتعالى أن يوفقنا إلى ما فيه خير لنا ولوطننا، وأن يجعله بدرة نواة لبحوث ودراسات أخرى مستقبلا.

و أود أن أوضح أن هذا البحث جهد متواضع لا يخلو من الأخطاء والنقص، ومن تم أرجوا أن يتجاوز عن قصوره ممن قد يفتقدون فيه بعض التفاصيل.

فقد عملت والأستاذ المشرف في هذا البحث على أن يخرج القارئ الطالب أو الباحث، بفكرة واضحة ومفصلة عن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة، وبقدر درجة خطورتها والآثار التي يمكن أن تحدثها. وأن نوضح شيء مهم، وهو طبيعة مثل هذه الجرائم يصعب من مهمة اكتشافها أو الوصول إلى مرتكبيها، الأمر الذي يجعل من العمل على الوقاية منها أمر ضروري وحتمي.

كما عملنا على تفصيل أركانها، وتميزها عن غيرها من الجرائم المشابهة لها، كما عرفنا النفوذ، وقمنا بتحليل وشرح مختلف صور السلوك المادي للجريمة، والمتمثل في الزيادة في الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، لنخرج بعد ذلك إلى السبل الكفيلة للوقاية منها وإلى كيفية مواجهتها حسب ما ورد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

أولا - من حيث دراستنا للجريمة وإطارها العام نستخلص النقاط التالية :

1) إن كان الربح شيء مستحب يسعى إليه كل إنسان بصفة عامة والمتعامل المتعاقد بصفة خاصة، ويقدره المجتمع مادام كان مشروعاً، ولكن متى تم استخدام أساليب غير مشروعة للحصول على امتيازات غير مبررة أو منافع غير مستحقة تحققت جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، لأنه عند استغلال سلطة أو تأثير الأعوان العموميين على أمل تحقيق مكاسبهم غير المشروعة ومصالحهم الضيقة. مما يجعل القرارات والمزايا الممنوحة من طرف أصحاب السلطة أو التأثير في مراحل الصفقة العمومية أو العقود الإدارية بصفة عامة لا تكون على أساس شروط موضوعية، وإنما على أساس المصلحة.

2) إن عدم وجود الأحكام الصادرة في هذه الجريمة لا يعني عدم وقوعها، ولكن طبيعتها التي تستلزم في الغالب استغلال سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، وكذلك لارتباطها بأصحاب النفوذ، تجعل هناك صعوبة في وصول يد العدالة إليها. ولأن لمثل هذه الجريمة وما تشكله من إرهابات ومشكلات، فقد عمل المشرع الجزائي على تجريمها ووضع آليات للوقاية منها ومكافحتها.

3) إن المشرع ومن خلال النصوص السابقة والنص الجديد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أخذ بثنائية الجريمة والتي يعبر عنها الفقه بازدواجية الجريمة، والتي تعني استقلال جريمة مانح الامتياز غير المبرر على مستغل النفوذ أي من يحصل على الامتياز غير المبرر. وذلك من خلال النص على النموذج القانوني لكل جريمة على حده. وهذا ما يؤكد أن المشرع لا يشترط اتحاد إرادة كل من مانح الامتياز غير المبرر والذي يحصل على الامتياز غير المبرر لقيام جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، وبالتالي يمكن تصور وقوع

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين تامة من أحد الأطراف دون وقوعها من الطرف الآخر، وتقع كل جريمة منفصلة عن الأخرى، فمناح الامتيازات غير مبررة في "جريمة المحاباة" يعتبر فاعلا أصليا ويعاقب على هذا الأساس، ومستغل نفوذ الأعوان العموميين أي من يحصل على الامتياز غير المبرر يعتبر فاعلا أصليا ويعاقب على هذا الأساس، ومن ثم يمكن أن يقع الشروع أو الاشتراك في إحدى الجريمتين دون الأخرى.

ثانيا - من حيث النتائج والتوصيات المقترحة :

باعتبارنا كدارسين لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية بهدف الحصول على امتيازات غير مبررة نرى.

أ - بالنسبة للإطار العام للجريمة :

1. أ - إن كان القانون يفرض عقوبات على مرتكبي جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، فإنها تبقى عقوبات لا تكفي لوحدها، ما لم تكن هناك إمكانية لكشف الجريمة، فالعقوبة لا يمكن أن تؤدي دورها إلا بالكشف عن الجاني، وبالتالي فإن وجود احتمال قوي لكشف الجريمة من شأنه أن يردع الجاني، حتى ولو كان حجم العقوبة قليل نسبيا، وبدون وجود هذا الاحتمال فلن تؤدي العقوبة إلى ردع الجاني، وهذا أمر صعب في مثل هذه الجرائم، لأنها تقتصر في الغالب على الأطراف الفاسدة المشاركة فقط، وتعتمد إمكانية الكشف عنها على مدى رغبة أحد الأطراف في التبليغ عنها.

2. أ - إن الفساد واستغلال النفوذ، كالداء يتولد حيثما تسمح له المؤسسات أو الإدارات بذلك. ويتوفر المناخ الملائم لقيامه، فمن خلال إعطاء المسؤولين سلطة تخولهم حرية التصرف في تعديل بنود العقد،

وإصدار القرارات دون إخضاعها للمساءلة والمراقبة، يوفر فرصا للتصرف بشكل فاسد وإلى استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

كما أن إبداء أسباب مكتوبة لكل القرارات المهمة وتبريرها، وزيادة المشاركة في صنع القرار، مع فتح الباب أما الأفراد للطعن فيها من أجل تعديلها أو إلغائها من شأنه أن يقلل من الجريمة ويقلل من فرص الفساد بشكل عام.

فلا يكفي صياغة قوانين جديدة، وإنما يجب أن تكون هذه القوانين ذات نصوص دقيقة وواضحة من جهة، ومن جهة أخرى لا بد من السهر على تطبيقها ووضعها حيز التنفيذ، ففوة القانون من تطبيقه.

أ.3 - الدعوة إلى نشر التقارير السنوية لمجلس المحاسبة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

أ.4 - من أجل ضمان فاعلية أجهزة الرقابة الإدارية سواء الداخلية أو الخارجية نوصي بتمكينها بقدر من الاستقلالية المادية والبشرية حتى تتمكن من ممارستها لمهامها بكل صرامة.

أ.5 - ضرورة اهتمام الجامعة بتكوين متخصصين في الصفقات العمومية، في الجانب التنظيمي، ثم الجانب الجزائي.

أ.6 - ضرورة التكوين الدائم والمتخصص للقضاة في مجال الصفقات العمومية.

ب - بالنسبة للصياغة الفنية للجريمة :

بالنسبة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، وبحكم ارتباط نصها الجنائي بنصوص غير جنائية، نجد أن الثغرات القانونية وتعديلاتها، سواء على مستوى المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية،

والقوانين الأخرى المرتبطة بتنظيم الأسعار والمنافسة، تعد من مسببات الجريمة وعليه نقترح.

ب.1 - من ناحية الصياغة الفنية للجريمة، كان من الأفضل لو أن المشرع فصل بين الجريمتين بنصين مختلفين.

ب.2 - بالنسبة لكيفيات لتحديد السعر كرس المشرع أربع كيفيات، وهي الكيفيات المعروفة في القانون المقارن إلا أن القانون اكتفى بذكرها دون أن يقدم أية تعريفات أو إيضاحات، مما يتطلب بالضرورة التعجيل بإصدار دفاتر الشروط للإجابة على كثير من التساؤلات التي يطرحها المتعاقدون.

تجدر الإشارة إلى أن القانون لا يولي لصيغ المراجعة الأهمية الكبيرة التي تستحقها، فالبنود المتعلقة بها تعاني من نقص في الوضوح وأحيانا غير كافية، فالمرسوم يحدد الأرقام الاستدلالية القاعدية دون أن يحدد الأرقام الاستدلالية النهائية وتاريخ دخولها حيز التنفيذ. إذ تحصر المادة 70 على صفقات الأشغال العمومية مقصيا صفقات اللوازم والدراسات والتي تتعد في ظل غياب دفاتر الشروط، وفي ظل غياب اجتهاد القضاء، وفي ظل كل الغموض الذي يحيط بمادة الصفقات العمومية في الجزائر.

ب.3 - بالنسبة لتطبيق بنود المراجعة يصطدم بعدة إشكاليات في الناحية التطبيقية سواء بسبب التعقيدات والصعوبات التي قد ترافق تطبيقاتها التي تتطلب معرفة دقيقة بالصيغ الرياضية والحسابية، بالإضافة إلى الفراغات القانونية العديدة سواء في المرسوم الرئاسي 10 - 236 المتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ومن جهة ثانية غياب دفاتر الشروط الإدارية العامة الخاصة للصفقات التوريد والخدمات والدراسات، فيبقى دفتر الشروط الإدارية العامة

لسنة 1964 رغم ما يتضمنه من نصوص وتوضيحات بحاجة إلى إعادة نظر، خاصة وأنه أعد في فترة الاقتصاد الاشتراكي والموجه، والذي تبدو عباراته ومصطلحاته غير قادرة على استيعاب التحولات والتغيرات التي عرفت الجزائر سياسيا واقتصاديا والتي ألفت بظلالها على الصفقات العمومية.

ب.4 - بالنسبة للتكريس التشريعي غير المسبوق في الجزائر للاستعجالي قبل التعاقد، وهو ما من شأنه تفعيل المنظومة القانونية بسد الفراغ الذي كان سائدا في هذا المجال ورأب الصدع الذي تعرفه الصفقات العمومية من تجاوزات أثرت على الاقتصاد الوطني.

ب.5 - رغم تصيب الوالي كحارس لمشروعية الصفقات المحلية، إلا أننا نسجل غياب الأطر القانونية التي تضمن علم الوالي بالانتهاكات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية المحلية.

ب.6 - ينبغي أن تجمع الاستراتيجيات، قدر الإمكان، بين ثلاثة عناصر في العمل: تطبيق القانون، والوقاية عن طريق الإصلاحات المؤسسية، وتعبئة السكان.

ب.7 - التحسينات المؤسسية، من شأن تعزيز الروح المهنية، وضمان الاستقلال وشحن المهارات التقنية أن تعزز القدرة في مجالات الرئيسية (القانون، المحاسبة/المساءلة وصحافة التحقيق).

ب.8 - تهيئة وتوعية مجتمع رجال الأعمال والجهات المرتبطة بهم، بأخطار ما يرتكبه من أعمال إجرامية، وخطورتها على الإقتصاد الوطني، في إطار تخليق ميدان المال والأعمال.

ب.9 - إتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية الكفيلة بتجنب مسببات الجرائم لسد الثغرات التنظيمية والإدارية والمالية وإحكام الرقابة على مستوى الأجهزة والهيكل الإقتصادية.

ب.10 - تعزيز آليات المراقبة الحكومية مع إشراك المنظمات غير الحكومية ومؤسسات المجتمع المدني في جهود مكافحة هذه الجرائم.

ج - بالنسبة لجرائم الفساد بصفة عامة :

باعتبار جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، ضمن جرائم الفساد المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نرى.

ج.1 - وفي ختام هذا البحث المتواضع نضم أصواتنا إلى ما ذهب إليه الأساتذة⁽¹⁾، في اعتبار أن سياسة التجريم والعقاب التي انتهجها المشرع الجزائري لمواجهة ظاهرة الفساد أنها سياسة ساهمت في تضخيم تشريعي، كما نطرح نفس الإشكال الذي طرحه الأساتذة لعله يكون بادرة تحفيز لمزيد من البحوث المعمقة لتصدي لهذه الظاهرة الخطيرة، هل تجريم مثل هذه التصرفات كفيلا بوضع حد لهذه الظاهرة؟ هل فعلا الإشكال كان مرتبط بوجود قانون خاص بالفساد أم إن مشكلة الفساد تتعدى النصوص القانونية؟

ج.2 - وأخيرا يرى الباحثون، في الندوة العلمية الصادرة عن الندوة العلمية حول جرائم رجال الأعمال⁽²⁾، أن أساس القضاء على هذه الظاهرة هو في خلق الإنسان القويم السوي الذي يتمتع بالأخلاق والقيم الدينية، وأن ذلك يتطلب العمل على تطوير الأنظمة كافة.

(1) فائزة ميموني، خليفة موارد، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة ظاهرة الفساد، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الجتهاد القضائي، العدد الخامس.

(2) جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، الندوة العلمية، حول جرائم رجال الأعمال، بيروت 2-4 /جويلية/2012، الموافق 12 - 14 شعبان 1433 هـ.

ج.3 - يرى جون سوليفان⁽¹⁾ إن الفساد أشبه ما يكون بالطقس على حد وصف "مارك توين" وقد اقترح السيد جون سوليفان بعض التوصيات من شأنها أن تساعد في الحد من ظاهرة الفساد نوجزها فيما يلي⁽²⁾:

ج.1.3 - الإصلاح والتبسيط القانوني أحد النواحي الرئيسية لإزالة المعوقات التي تواجه منشآت الأعمال، ومن بين ما تطرق له في هذه الفكرة.

ج.1.1.3 - استخدام شبكة الانترنت لتشجيع الالتزام بالإجراءات المناهضة للفساد.

ج.2.1.3 طلب قيام طرف ثالث بمراقبة التوريدات الضخمة الممولة من بنوك التنمية أو غيرها من أدوات المعونة الأجنبية ويتطلب هذا بشكل أساسي موافقة الحكومات المتلقية للمعونة على ترشيح منشآت كطرف ثالث للمراقبة وتقديم تقارير عن بناء السدود، وتوريدات السلع والخدمات، وغير ذلك من البنود الضخمة المسجلة ولن تقتصر مراقبة الطرف الثالث على القيام بمراجعات للتحقق من عدم وجود أي مدفوعات مشكوك فيها، ولكن المراقبة تتضمن أيضا مواد البناء ونوعية الخدمات والسلع، وغير ذلك من الالتزامات لضمان كافة التوريدات واستلامها طبقا للقانون ويقوم الكونجرس بالولايات المتحدة حاليا بالنظر في تشريع يحقق هذا الغرض.

ج.2.3 - الاقتصادات الانتقالية لديها اقتصاد غير رسمي ضخم، ويرجع السبب في وجود هذا النوع من الأنشطة إلى الأعداد الكبيرة من

(1) المدير التنفيذي لمركز المشروعات الدولية الخاصة (CPIE)

(2) جون د.سوليفان، أدوات سياسة مكافحة الفساد، مركز المشروعات الدولية الخاصة (CPIE)، خبرات عالمية العدد 13، مقال متاح على موقع www.cipe-arabia.org/pdfhelp.asp، تاريخ زيارة الموقع 2013/09/24.

القوانين واللوائح المتعارضة والتي تجعل من المستحيل حتى بالنسبة لأفضل الشركات أن تلتزم بالقانون، بينما لا يمكن ببساطة للشركات ذات الحجم الصغير أو المتوسطة تحمل تطبيقه. ومن بين الخطوات الفورية التي يمكن اتخاذها هي القيام بعملية مراجعة قضائية، يتم بمقتضاها تعيين لجان مستقلة من القضاة لها سلطة توفيق أو إلغاء الجوانب غير المتناسقة في القوانين وقد بدأت الإكوادور في إتباع هذا النظام.

وجود أجهزة إعلام مستقلة وتدريب الصحافة الاقتصادية أحد العناصر الرئيسية في ردع الفساد.

وفي الختام فإن أكثر الشروط الأساسية لوضع استراتيجيات مناهضة للفساد، هو وجود العزيمة القوية التي لا تعرف حدودا في هذا الصدد، وهذه العزيمة يمكن توليدها عن طريق إظهار النتائج الهامة للفساد وإذا ما وجدت مثل هذه العزيمة، فإن الحكومة يجب أن ترسل إشارة واضحة لا لبس فيها إلى كافة الأطراف المعنية بشأن التزامها بمناهضة الفساد لأن الكلمات لا تكون كافية لخلق المصادقية تجاه الحكومة فيجب أن تتبع الكلمات أفعال وإنجازات في ميدان السياسة والإصلاح المؤسسي وكذلك العمل في مجال التتبع الجنائي.

المراجع

- القرآن الكريم.

أولا - النصوص القانونية

- الدستور الجزائري

1 - دستور 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96 - 483 مؤرخ في 07 فيفري 1996 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه باستفتاء 28 نوفمبر جريدة رسمية عدد 09 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996 معدل ومتمم.

- المعاهدات الدولية

1 - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 2003/10/31، المصادق عليها، بالمرسوم رئاسي رقم، 04 - 128 مؤرخ في 19 أبريل 2004 المتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة في 2003/10/31 وتحتفظ (ج.ر. 26 مؤرخة في 25 أبريل 2004).

• قوانين

- 1 - قانون رقم 78 - 03 المؤرخ في 11 فبراير سنة 1978 (ج ر 7 بتاريخ 14 فبراير 1978) المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.
- 2 - بالقانون رقم 82 - 04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، (ج.ر 7 بتاريخ 16 فبراير 1982)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.
- 3 - قانون رقم 88 - 01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية (ج.ر 2 بتاريخ 13 يناير 1988).
- 4 - بالقانون رقم 88 - 26 المؤرخ في 12 يوليو 1988، (ج.ر 28 بتاريخ 13 يوليو 1988)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.
- 5 - القانون رقم 90 - 11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، (ج.ر 17 بتاريخ 25 - 04 - 1990).
- 6 - القانون رقم 95 - 20 المتعلق بمجلس المحاسبة.
- 7 - قانون رقم 98 - 11، المؤرخ في 22 - 8 - 1998، والمتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998 - 2002، (ج.ر 62 بتاريخ 24 غشت 1998).
- 8 - القانون رقم 99 - 05، المؤرخ في 04 - 04 - 1999، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي، المعدل والمتمم (ج.ر رقم 24 بتاريخ 7 أبريل 1999).

9 - قانون رقم 90 - 21، المؤرخ في 15 - 06 - 1990، المتضمن قانون المحاسبة العمومية المعدل والمتمم، (ج.ر 35 بتاريخ 15 غشت 1990).

10 - بالقانون رقم 01 - 09 المؤرخ في 26 يونيو 2001. (ج.ر 34 بتاريخ 27 يونيو 2001)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.

11 - القانون رقم 04 - 08 المؤرخ في 14 - 08 - 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم، (ج.ر 52 بتاريخ 18 غشت 2004).

12 - القانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، (ج.ر 71 بتاريخ 10 - 11 - 2004)، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.

13 - قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، المؤرخ في 20 فبراير 2006 (ج.ر 14، بتاريخ 08 مارس 2006).

14 - القانون رقم 06 - 22 المؤرخ في 20 - 12 - 2006، المتضمن تعديل ق.إ.ج، (ج.ر 84 بتاريخ 20 - 12 - 2006)

15 - قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 - 02 - 2008، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر 21 بتاريخ 23 إبريل 2008).

16 - قانون رقم 11 - 10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية (ج.ر 37 المؤرخ 3 يوليو 2011).

17 - القانون رقم 11 - 15 مؤرخ في 2 غشت 2011، يعدل ويتمم

القانون رقم 06 - 01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر. رقم 44 بتاريخ 10 غشت 2011).

18 - القانون رقم 12 - 07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية (ج.ر. 12 المؤرخة 29 فبراير 2012).

19 - قانون رقم 13 - 08 مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق لـ 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية 2014 (ج.ر. 68 بتاريخ 31 - 12 - 2013).

• الأوامر

1 - الأمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (ج.ر. رقم 49 بتاريخ 11 يونيو 1966).

2 - الأمر رقم 75 - 47 المؤرخ في 17 يونيو 1975، (ج.ر. 53 بتاريخ 04 يوليو 1975)، المتضمن تعديل الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في، 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات.

3 - أمر رقم 76 - 57 مؤرخ في 5 يوليو سنة 1976، يتضمن نشر الميثاق الوطني، (ج.ر. 61 بتاريخ 30 يوليو 1976).

4 - الأمر 76 - 102 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الرسم على رقم الأعمال، المعدل والمتمم، (ج.ر. 103 بتاريخ 26 - 12 - 1976).

5 - أمر رقم 95 - 20، بتاريخ 17 يوليو 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، (ج.ر. 39 بتاريخ 23 يوليو 1995).

6 - الأمر رقم 01 - 04 المؤرخ في 20 - 08 - 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها. (ج.ر 47 بتاريخ 22 - 08 - 2001).

■ مراسيم رئاسية

1 - المرسوم رقم 82 - 145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل سنة 1982 ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، (ج ر 15 بتاريخ 13 أبريل 1982).

2 - مرسوم رقم 86 - 205 المؤرخ في 19 غشت 1986، يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، (ج.ر 34 بتاريخ 20 غشت 1986).

3 - المرسوم الرئاسي رقم 01 - 197، المؤرخ في 22 - 07 - 2001، المتضمن تحديد صلاحيات مصالح رئاسة الجمهورية وتنظيمها، (ج.ر 40 بتاريخ في 25 - 07 - 2001).

4 - المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم (ج ر 52 بتاريخ 28 - 07 - 2002).

5 - المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، (ج.ر 58 مؤرخة 7 أكتوبر 2010)، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

6 - المرسوم رئاسي مؤرخ في 07 - 11 - 2010، يتضمن تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته (ج.ر 69 بتاريخ 14 - 11 - 2010).

7 - المرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 المؤرخ في 18/01/2012، (ج.ر.

04 بتاريخ 26 - 01 - 2012) يعدل ويتم الرسوم الرئاسي رقم
10 - 236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

8 - المرسوم الرئاسي رقم 13 - 03 المؤرخ في 13 - 01 - 2013 (ج.ر.
02 بتاريخ 13 - 01 - 2013)، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي
رقم 10 - 236 المتعلق بالصفقات العمومية.

■ مراسيم تنفيذية

1 - المرسوم تنفيذي رقم 91 - 434 المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام
1412 الموافق 09 نوفمبر سنة 1991 يتضمن تنظيم الصفقات
العمومية، (ج ر 57 بتاريخ 13 نوفمبر 1991).

2 - مرسوم تنفيذي رقم، 91 - 313 المؤرخ في 08 - 09 - 1991
يحدد إجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون
العموميون وكيفياتها ومحتواها، (ج.ر 43 بتاريخ 18 سبتمبر
1991).

3 - مرسوم تنفيذي رقم، 92 - 414 المؤرخ في 14 - 11 - 1992
يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، (ج.ر 82، بتاريخ
15 نوفمبر 1992).

4 - المرسوم التنفيذي رقم 99 - 256، المؤرخ في 16 - 11 - 1999،
الذي يحدد كيفيات إنشاء المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي
والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها (ج.ر عدد 82 بتاريخ 1999).

5 - المرسوم التنفيذي رقم 06 - 348، المؤرخ في 05 - 10 - 2006
المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية
وقضاة التحقيق، (ج.ر 63 بتاريخ 08 - 10 - 2006).

6 - المرسوم التنفيذي رقم 08 - 272 المؤرخ في، 06 - 09 - 2008
يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، (ج.ر 50 بتاريخ 07
سبتمبر 2008).

7 - المرسوم تنفيذي رقم 10 - 204 مؤرخ في 09 - 09 - 2010،
يتضمن إنشاء مركز جامعي بالبيض، (ج.ر 52 بتاريخ 12 سبتمبر
2010).

8 - المرسوم التنفيذي رقم 10 - 230 المؤرخ في 02 - 10 - 2010،
الذي يحدد الأحكام المتعلقة بتنظيم الثانوية وسيورها (ج.ر 57
بتاريخ 03 - 10 - 2010).

9 - المرسوم التنفيذي رقم 11 - 240 مؤرخ في 10 - 07 - 2011،
يتضمن إعادة تنظيم المدرسة الوطنية لكتابة الضبط وتسييرها،
(ج.ر 39، المؤرخة 13 - 07 - 2011).

■ القرارات

1 - قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط
الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد
البناء والأشغال العمومية والنقل، (ج.ر 6 بتاريخ 19 - 01 -
1965).

2 - قرار مؤرخ في 15 أبريل 1984 يتضمن المصادقة على قائمة الأرقام
الاستدلالية للمواد المستعملة في مراجعة الأسعار في صفقات الأشغال
العمومية، (ج.ر 22 بتاريخ 29 - 05 - 1984).

3 - قرار مؤرخ في 13 ربيع الثاني 1407، الموافق لـ 15 ديسمبر 1986،
يتضمن طريقة حساب أسعار أشغال البناء، (ج.ر 18 بتاريخ 29 -
05 - 1987).

4 - القرار الوزاري المشترك رقم 17 مؤرخ في 15 ماي 1988 الذي يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، (ج.ر 43 بتاريخ 26 - 10 - 1988).

5 - القرار الوزاري المشترك رقم 02 المؤرخ في 4 جويلية 2001، يعدل ويتم القرار الوزاري المشترك رقم 17 مؤرخ في 15 ماي 1988، (ج.ر 45 بتاريخ 12 - 08 - 2001).

6 - قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011 يحدد نماذج رسالة العرض والتصريح بالاككتاب والتصريح بالنزاهة.

7 - قرار مؤرخ في 12 - 11 - 2012، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد للفصل الثاني من سنة 2012، المستعملة في صيغ تحيين ومراجعة أسعار الصفقات لقطاع البناء والأشغال العمومية والري (ج.ر 19 بتاريخ 17 - 04 - 2013).

8 - قرار مؤرخ في 25 - 03 - 2013، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد للفصل الرابع من سنة 2012، المستعملة في صيغ تحيين ومراجعة أسعار الصفقات لقطاع البناء والأشغال العمومية والري (ج.ر 19 بتاريخ 17 - 04 - 2013).

9 - قرار مؤرخ في 04 - 01 - 2014، يتضمن المصادقة على الأرقام الاستدلالية للأجور والمواد للفصل الثالث من سنة 2013، المستعملة في صيغ تحيين ومراجعة أسعار الصفقات لقطاع البناء والأشغال العمومية والري (ج.ر 11 بتاريخ 26 - 02 - 2014).

■ اللوائح والأنظمة

• التعليمات

1 - التعليمات الرئاسية رقم 03، المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد، الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 2009.

2 - Circulaire interministérielle N°051/MDB/92 du 07/1992/01/, in Réglementation des marchés publics, 1998.

3 - Circulaire N°2964 du 28 Décembre 1993 relative à la méthode de calcul des coefficients de raccordement des prix, Réglementation des marchés publics, Ministère des finances, 1998.

ثانيا - المراجع العربية

• معاجم وقواميس

1 - الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، المجلد الخامس.

• الكتب

1 - 89
1998، الطبعة الثانية، النهضة العربية، 2003.

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة عشر، منقحة ومتممة 2013/2012.

- 3 - حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية 1978.
- 4 - حسين عبد الحميد أحمد رشوان، في القوة والسلطة والنفوذ، مركز الاسكندرية للكتاب، 64 ش د. مصطفى مشرفة - الأزاريطة - مصر، 2006 - 2007.
- 5 - سليمان عبد المنعم، القسم الخاص من قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، بدون دار نشر، طبعة 2002.
- 6 - سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1984.
- 7 - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة 05، سنة 1991.
- 8 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط نظرية الالتزام، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981.
- 9 - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له جسور للنشر والتوزيع، ط3، أكتوبر 2011.
- 10 - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2007.
- 11 - عمار عوابدي، القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري، د.م.ج، الجزائر، ط5، 2008.
- 12 - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.

- 13 - اللواء.د.محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.
- 14 - محمد علي عزيز الريكاني، جريمة استغلال النفوذ ووسائل مكافحتها على الصعيدين الدولي والوطني دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014.
- 15 - محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، 1975.
- 16 - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 17 - محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
- 18 - ممدوح أحمد أبو حمادة، شرح قانون العقوبات القسم العام، الأركان العامة للجريمة، دار الكتب القانونية، 38 ش عبد الخالق ثروت - القاهرة - مصر 2013.
- 19 - نادية قاسم بيضون، الرشوة وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- 20 - هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة والاختلاس وتكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر 2010.

■ الأطروحات والرسائل الجامعية

أ - رسائل الدكتوراه

- 1 - بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011 - 2012.
- 2 - تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه القانون، جامعو مولود معمري - تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 23 نوفمبر 2013.
- 3 - علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، جامعة الجزائر - 01 -، كلية الحقوق، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، 2012 - 2013.
- 4 - علي قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" في الأصول النظرية وآليات الممارسة مع التطبيق على الوضع في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2004 - 2005.
- 5 - فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإدارية، الرياض، 1431 - 2010.

ب - مذكرات الماجستير

- 1 - ابن خليفة سميرة، جرائم الفساد في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار، 2006 - 2007.
- 2 - أكروم ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة -، كلية الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية 2007 - 2008.
- 3 - أوثن ليلي، الشراكة الأجنبية والمؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، فرع قانون التعاون الدولي، تاريخ المناقشة 2011/02/22.
- 4 - أيت مولود سامية، خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2006.
- 5 - بشوش عائشة، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2001 - 2002.
- 6 - بكرارشوش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة وهران 2011/2012.
- 7 - رامي يوسف محمد ناصر، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، رسالة ماجستير في القانون العام كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين 2010.

8 - زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي، 2011 - 2012.

9 - سعودي زهير، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر 01 - 04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2005.

10 - شباح بوزيد، جريمة استغلال النفوذ آليات الوقاية والمكافحة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر - 01 - كلية الحقوق بن عكنون، 2012 - 2013.

11 - شويخي سامية زوجة بخشي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة دكتوراه، تخصص تسيير المالية العامة، أهمية الاستفادة من الآليات الحديثة والمنظور الإسلامي في الرقابة على المال العام، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية 2010 - 2011.

12 - عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة - كلية الحقوق، فرع قانون الأعمال، 2007 - 2008.

13 - عثمان بودحوش، تخفيض التكاليف كمدخل لدعم الميزة التنافسية في المؤسسات الصناعية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية التسيير والعلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، تخصص اقتصاد وتسيير المؤسسات، 2007 - 2008.

14 - عميور خديجة، جرائم الفساد في القطاع الخاص في ظل التشريع الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2011/2012.

15 - فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق بن عكنون، 2006 - 2007.

16 - لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية: المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر 2007.

17 - مراد زوايد، النظام القانوني للوفاء بالمقابل المالي بقانون الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، تخصص: إدارة مالية، 2011 - 2012.

18 - مزيان عبد القادر، أثر محددات جودة الخدمات على رضا العملاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة إبي بكر بلقايد تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، تخصص تسويق دولي 2011 - 2012.

■ رسائل المدرسة العليا للقضاء

1 - بوعبد الله رضوان، الرقابة الإدارية، المالية، التقنية والقضائية، على الصفقات العمومية، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، المدرسة العليا للقضاء، الدورة السابعة عشر، 2006 - 2009.

ج - البحوث العلمية والمقالات

• 7 البحوث العلمية

- 1 - بوريس بيغوفيتش، أراء في الفساد.. الأسباب والنتائج، مركز المشرعات الدولية الخاصة (CPIE)، خبرات عالمية العدد 13، مقال متاح على موقع www.cipe-arabia.org/pdfhelp.asp، تاريخ زيارة الموقع 2013/09/24.
- 2 - جون د.سوليفان، أدوات سياسة مكافحة الفساد، مركز المشرعات الدولية الخاصة (CPIE)، خبرات عالمية العدد 13، مقال متاح على موقع www.cipe-arabia.org/pdfhelp.asp، تاريخ زيارة الموقع 2013/09/24.

• المقالات

- 1 - أحسن بوسقيعة، مخالفة قانون الصفقات العمومية، مسيرو المؤسسات العمومية الاقتصادية بين سندان القانون ومطرقة القاضي، مقال (غير منشور).
- 2 - هديل رزق القزاز، تعارض المصالح والمحابة، مقال (غير منشور).

د - الدوريات والمجلات

- 1 - زياد عربية بن علي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية للفساد في الدول النامية، مجلة الأمن والقانون 2002، العدد 1.
- 2 - عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، فيفري 2005.
- 3 - معاوية أحمد سيد أحمد، سياسة الإسلام في الوقاية والمنع من

الفساد، مقال منشور لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة
Naif Arab University For Security .2003
.Sciences

هـ - الندوات والمؤتمرات والملتقيات والأيام الدراسية

• الملتقيات الدولية

- 1 - آلان دويغ، ستيفن ريلي، الفساد واستراتيجيات مكافحة الفساد:
قضايا ودراسات لحالات افرادية من البلدان النامية، مؤتمر دولي
عقد في باريس، مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24
- 25 أكتوبر 1997، برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز
التنمية في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.
- 2 - بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات
العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في
الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس،
يومي: 24/25 أبريل 2013.
- 3 - بوصوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية،
الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات
العمومية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي: 24/25
أبريل 2013.
- 4 - بيتر إيجن، دور المجتمع المدني، مؤتمر دولي عقد في باريس، مقر
منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24 - 25 أكتوبر
1997، برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز التنمية في
منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.
- 5 - سوزان روز أكرمان، الفساد والاقتصاد العالمي، الفساد ومبادرات

تحسين النزاهة في البلدان النامية، مؤتمر دولي عقد في باريس،
مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24 - 25 أكتوبر
1997، برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز التنمية في
منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.

6 - شنة زاوي، الوقاية من الفساد ومكافحته في اطار الصفقات
العمومية جنحة المحاسبة نموذجاً - الملتقى الدولي حول الوقاية من
الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس
سيدي بلعباس، يومي 25/24 أبريل 2013.

7 - صالح السحيباني، المسؤولية الاجتماعية ودورها في مشاركة القطاع
الخاص في التنمية: حالة تطبيقية على المملكة العربية السعودية،
المؤتمر الدولي حول "القطاع الخاص في التنمية، تقييم واستشراف"،
23 - 25 مارس، المعهد العربي للتخطيط، بيروت الجمهورية
العربية اللبنانية.

8 - صهر ج. كبوندي، الإرادة السياسية في مكافحة الفساد، مؤتمر دولي
عقد في باريس، مقر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية باريس، 24
- 25 أكتوبر 1997 برعاية برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ومركز
التنمية في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.

9 - علة كريمة، الركن المادي لجريمة المحاسبة في مرحلة إبرام الصفقة،
الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات
العمومية، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، يومي: 25/24
أبريل 2013.

10 - لحسن بونعامة عبد الله، الفساد وأثره على القطاع الخاص،
المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، المحور الثالث: البيروقراطية

والجريمة المنظمة وعلاقتها بالفساد أكاديمية نايف العربية للعلوم
الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، قسم الندوات واللقاءات العلمية،
الرياض 6 - 2003/10/8.

• الملتقيات الوطنية

1 - آسيا امير الشريف، صفة الاستشارة الفنية في البناء - دراسة مقارنة
بين التشريع الجزائري والفرنسي -، المداخلة الخامسة والثلاثون
الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في
حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم
20 ماي 2013.

2 - أمنة أمحمدي بوزينة، أساليب الكشف عن جرائم الصفقات العمومية
في ظل القانون 01/06، المداخلة الثامنة، الملتقى الوطني السادس
حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة
د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

3 - بابا عبد القادر، وهيبة مقدم، مقال، المسؤولية الاجتماعية ميزة
إستراتيجية خالقة للقيمة (دراسة حالة شركة سونطراك) جامعة
مستغانم.

4 - بوعزة نضيرة، جريمة الرشوة في ظل القانون 06 - 01 المتعلق بالوقاية
من الفساد ومكافحته، الملتقى الوطني حول: حوكمة الشركات كآلية
للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية
العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، مخبر مالية، بنوك
وإدارة الأعمال، يومي 06 - 07 ماي 2012.

5 - حاحة عبد العالي، أمال يعيش تمام، دور أجهزة الرقابة في مكافحة
الفساد في الجزائر بين النظرية والتطبيق، الملتقى الوطني حول

الآليات القانونية لمكافحة الفساد، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،
يومي: 03/02 ديسمبر 2008.

6 - سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال
الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المداخلة التاسعة عشر،
الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية
المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي
2013.

7 - سهيلة دباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات
العمومية، المداخلة الثانية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون
الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس
بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

8 - شيخ عبد الصديق، رقابة الأجهزة والهيئات المالية على الصفقات
العمومية، المداخلة السابعة والثلاثون، الملتقى الوطني السادس حول
دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي
فارس بالمدينة، كلية الحقوق يوم 20 ماي 2013.

9 - صوفي إيمان، قوراري مريم، أخلاقيات العمل كاداة للحد من ظاهرة
الفساد الإداري في الدول النامية، الملتقى الوطني حول: حوكمة
الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد
خيزر بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير،
مخبر مالية، بنوك وإدارة الأعمال، يومي 06 - 07 ماي 2012.

10 - فليغة نور الدين، كحول وليد، " أحكام التسرب في قانون العقوبات
ومدى فعاليتها في مكافحة الفساد"، الملتقى الخامس حول الفساد
الإداري، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي

18 - 19 أبريل 2010.

11 - محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن - آلية وقائية لحماية المال العام -، المداخلة السادسة عشر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

12 - مقني بن عمار، بوراس عبد القادر، التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 02 - 03/12/2008.

13 - موساوي عبد الحليم، الآليات القانونية لتفعيل دور الاعلام في مكافحة الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة يومي: 02/03 ديسمبر 2008.

14 - نجات طباع، الحماية القانونية للمال العام من جانب اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية بين "الامتيازات والعراقل"، المداخلة السابعة والعشرون جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

A. Les Lois

1. Décret n° 2006 - 975 du 01 - 8 - 2006 portant code du marché publics, complété et modifié les années de 2007, 2008, 2009, 2010 et la dernière modification été lieu le 05 - 5 - 2011, par le décret n° 2011 - 493.

B. Ouvrages:

1. 1 André MAURIN, Droit Administratif, Dalloz, 6 éme édition, 2007.
2. Catherine Prebissy - Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics.

C. Thèses et Mémoires

- Thèses

1. VINCENT Jiménez ,Le prix dans les contrats internationaux, thèse pour le doctorat en droit international, université de Nice Sophia - Antipolis, 2000.

- Mémoires

1. Elise Mignard, Un cas de rétroactivité in mitius: délit de favoritisme et droit des marchés publics, mémoire de master de droit public économique, sous la direction du Professeur Roland Vandermeeren,

Université Panthéon - Sorbonne Paris I, année universitaire 2005 - 2006

2. ZHOPE Henri , Le piratage des marchés publics par le crime organisé, D'une pratique locale à un phénomène mondial, Mémoire pour le Diplôme d'Université 3ème cycle, Analyse des Menaces Criminelles Contemporaines, Université Paris II Pantheon - Assas, Juin 2005.

D. Etudes, Articles et Rapportes:

1. Ahmed Meziani(Inspecteur), La Réglementation des Marches Publics, Décembre 2010.

2. Anas Talbi, la moralisation des marchés publics (Approche criminologique) colloque internationale, les mécanismes de protection et lutte contre la corruption dans les marchés publics, université DJILALI LIABES, Sidi Bel Abbes, 2425/ avril 2013.

3. Laurent GAMET, regard sur le délit de corruption en droit pénal français, colloque internationale, les mécanismes de protection et lutte contre la corruption dans les marchés publics, université DJILALI LIABES, Sidi Bel Abbes, 2425/ avril 2013.

4. Direction des Affaires juridiques, le prix dans les marches publics, guide et recommandations, la

formation et la variation des prix dans les marchés publics, Eléments juridiques et modalités pratiques, Avril 2013, Version 1.1.

رابعاً - المراجع الإلكترونية

1 - إدريس ولد القابلة، الفساد والشفافية، مقال منشور في الموقع، WWW.nashiri.net، نشر إلكترونياً في يوليو/تموز 2004.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
7	إهداء
9	تشكرات
11	المقدمة
23	الفصل التمهيدي: خصوصية جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية
25	المبحث الأول: مفهوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
27	المطلب الأول: تعريف جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
29	الفرع الأول: التعريف اللغوي
32	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي
34	الفرع الثالث: أساس وعلة التجريم
41	المطلب الثاني: موقف التشريعات من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
43	الفرع الأول: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في الشريعة الإسلامية
47	الفرع الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريعات المقارنة
53	الفرع الثالث: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في التشريع الجزائري

الصفحة	الموضوع
65	المطلب الثالث: تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن الجرائم المشابهة لها.....
67	الفرع الأول: تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة المحاباة.....
70	الفرع الثاني: تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة استغلال النفوذ.....
74	الفرع الثالث: تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة الرشوة.....
77	الفرع الرابع: تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جنایات وجنح متعهدي تموين الجيش.....
83	الفرع الخامس: تميز جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين عن جريمة الاختلاس.....
87	المبحث الثاني: الإطار القانوني لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
89	المطلب الأول: طبيعة نص تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
91	الفرع الأول: الإحالة الضمنية على القانون الإداري.....
96	الفرع الثاني: تجزئة نص التجريم.....
99	الفرع الثالث: تحديد مفهوم أعوان الهيئات المذكورة.....
109	المطلب الثاني: المصلحة المحمية والأهداف المرجوة من خلال تجريم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....
111	الفرع الأول: حماية المبادئ العامة للصفقات العمومية.....
115	الفرع الثاني: علاج الفساد الإداري من منظور الإدارات الحديثة.....
117	الفرع الثالث: محاربة الفساد في القطاع الخاص (بالنسبة للصفقات العمومية).....
119	الفصل الأول: أركان جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية.....
121	المبحث الأول: الشروط المفترضة في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
123	المطلب الأول: صفة الجاني.....
125	الفرع الأول: الشخص الطبيعي.....
129	الفرع الثاني: الشخص المعنوي.....

132	الفرع الثالث: مسؤولية الشخص المعنوي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
135	المطلب الثاني: ركن استغلال نفوذ الأعوان العموميين
137	الفرع الأول: مفهوم النفوذ وأنواعه
140	الفرع الثاني: صاحب النفوذ (السلطة أو التأثير)
143	الفرع الثالث: مصطلحات لها صلة بالنفوذ (السلطة أو التأثير)
147	المطلب الثالث: ضرورة وجود تعامل بصفقة عمومية
149	الفرع الأول: وجود صفقة عمومية
155	الفرع الثاني: وجود عقد
157	الفرع الثالث: الأعمال الملحقة بالصفقة العمومية
159	المبحث الثاني: الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
161	المطلب الأول: الزيادة في الأسعار
163	الفرع الأول: مفهوم السعر وتحديد أسعار الصفقات
176	الفرع الثاني: تعديلات سعر الصفقة بالنسبة للإطار الاتفاقي
194	الفرع الثالث: نماذج لأفعال مؤدية للزيادة في الأسعار
199	المطلب الثاني: النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
201	الفرع الأول: التعديل في نوعية المواد والخدمات
208	الفرع الثاني: التعديل في آجال التسليم
218	الفرع الثالث: التعديل في التموين
233	المطلب الثالث: غرض النشاط الإجرامي في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
235	الفرع الأول: المدلول غير المحدد للامتيازات غير مبررة
237	الفرع الثاني: المفهوم القضائي للامتيازات غير المبررة
239	الفرع الثالث: الحصول على امتيازات غير مبررة
241	المبحث الثالث: الركن المعنوي في جرائم استغلال نفوذ الأعوان العموميين
243	المطلب الأول: صعوبات استخلاص الركن المعنوي
245	الفرع الأول: الغموض في عبارات النص الجنائي
247	الفرع الثاني: تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة
251	الفرع الثالث: تعديل بنود العقد عن طريق فعل الأمير

الصفحة	الموضوع
255	الفرع الرابع: تعديل بنود العقد عن طريق نظرية الظروف الطارئة....
259	المطلب الثاني: القصد الجنائي.....
261	الفرع الأول: عناصر القصد الجنائي.....
264	الفرع الثاني: إثبات وتزامن القصد الجنائي مع الفعل الإجرامي....
266	الفرع الثالث: أثر الخطأ غير العمدي على الركن المعنوي.....
269	الفصل الثاني: أساليب الوقاية والمكافحة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
271	المبحث الأول: أساليب الوقاية المقررة لمكافحة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....
273	المطلب الأول: دور أجهزة الرقابة في الوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....
275	الفرع الأول: الرقابة المالية السابقة على تنفيذ الصفقات العمومية....
284	الفرع الثاني: رقابة الهيئات المتخصصة.....
295	الفرع الثالث: الرقابة التقنية على الصفقات العمومية.....
309	المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري الاستعجالي.....
311	الفرع الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.....
314	الفرع الثاني: شروط الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية .
319	الفرع الثالث: الحكم في الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية
321	المطلب الثالث: الوسائل التقنية لمواجهة جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....
323	الفرع الأول: فاعلية المجتمع المدني.....
326	الفرع الثاني: دور الإعلام في مكافحة الجريمة.....
328	الفرع الثالث: حماية الجنائية للسير الحسن للعدالة وللشهود والمبلغين والخبراء والضحايا.....
331	الفرع الرابع: أساليب مقترحة للوقاية من جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....
335	المبحث الثاني: أساليب المكافحة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....

الصفحة	الموضوع
337	المطلب الأول: الجهات القضائية الجزائية المختصة في جرائم الفساد
339	الفرع الأول: الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع (الأقطاب الجزائية)
342	الفرع الثاني: الهيئات الخاصة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته
345	الفرع الثالث: دور الشرطة القضائية في الكشف عن جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
349	المطلب الثاني: أساليب التحري الخاصة
351	الفرع الأول: التسليم المراقب
352	الفرع الثاني: اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور أو الترخيص الإلكتروني
354	الفرع الثالث: التسرب أو الاختراق
357	المطلب الثالث: العقوبة المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
359	الفرع الأول: العقوبات الأصلية
363	الفرع الثاني: العقوبات التكميلية
368	الفرع الثالث: أحكام أخرى متعلقة بجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين
371	الخاتمة
381	المراجع
405	فهرس الموضوعات