الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د . مولاي الطاهر – سعيدة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة

الركن المادي في جريمة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

من إعداد الطالبة :

- نوري نعيمة

تحت إشراف الأستاذ

تبون عبد الكريم

لجنة المناقشة

الاستاذ	قميدي فوزي	رئيسا
الأستاذ	تبون عبد الكريم	مشرفا و مقررا
الأستاذ	بن علي عبد الحميد	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014

مقدمة :

تعتبر ظاهرة الفساد مشكلة داخلية , و مشكل لا يمكن التغلب عليه , لذلك عمل المجتمع الدولي جهودا من اجل مكافحة هذه الظاهرة .

و نظرا لخطورة و انتشار ظاهرة الفساد حول العالم و خاصة في الدول النامية , و ما ينتج عنها من أثار , تزعزع لتنمية و تبدد أموال الخزينة العمومية , مما أدى بالعديد من الباحثين في مختلف دول العالم , و في مختلف المجالات , ان يولوها قدرا كبيرا من الاهتمام , من خلال دراسة أسباب انتشارها و التي يلعب فيها العامل البشري دورا رئيسيا , و سعيا منهم لمحاولة تحديد هذه الظاهرة من جميع الجوانب و مختلف الأوجه التي تكون عليها , ما يسهل و لو بقدر قليل إيجاد هذه الحلول ان لم تقضي على هذه الظاهرة فإنها تساهم و لو بقدر قليل في الإنقاص من درجة استفحالها .

و لعل من أهم أسباب اهتمام الدولة من ظاهرة الفساد , أنها تعتبر انتهاك للقيم و المعايير الأخلاقية و هي مرتبطة بالجريمة المنظمة و بتالي لها أثار سلبية في جميع مجالات الحياة البشرية , و خاصة ما يتعلق منها بجانب التنمية التي ترتبط بالمصلحة العامة للمجتمع .

و الجديد في الظاهرة ان حجمها اخذ يتفاقم الى درجة أصبحت تهدد المجتمعات كثيرة بالانحلال الأخلاقي و الركود الاقتصادي و يختلف حجم هذه الظاهرة حول العالم و شكلها و درجة انتشارها بالاختلاف الزمان و المكان و آليات المكرسة لمكافحتها .

و الملاحظ ان جرائم الفساد يعاقب عليها في مختلف التشريعات العقابية و لو تعددة أشكالها إلا انه و بعد المصادقة على الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد سارعت العديد من الدول و منها

الجزائر الى استبدال التسميات القديمة لجرائم الفساد بأخرى جديدة و خصصت لها قانون مستقل لذلك و تدابير و عقوبات تتماشى و الاتفاقيات الدولية .

و يعتبر قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ثمرة اتفاقية الولايات المتحدة و التي صادقت عليه الجزائر في 2004/04/19 من أهم الخطوات التي قامت بها الجزائر في سبيل الحلول دون انتشار هذه الظاهرة . لان انتشار الجرائم الاقتصادية يعد من اكبر التحديات و العوائق التي تقف في سبيل التطور و الازدهار الاقتصاد الوطني , و تسعى الدولة جاهدة من اجل مكافحة الفساد لما يشكله من اخطار تهدد كافة المؤسسات في مختلف المجالات خاصة الصفقات العمومية .

و بهذا فقد كان قانون العقوبات يحدد ما يعتبر جرائم اقتصادية و من يقع فيها يكون مستحقا للعقاب الذي حدد لكل جريمة .

و تجدر الإشارة أن خطورة الفساد في العصر الحديث و مع حداثة الوسائل و الإمكانيات التي سهلت انتشاره لا تكمن في كونه نشاط يسبب كسبا غير مشروع للبعض فقط , بل تكمن خطورته الحقيقة في كونه أصبح صورة من صور الجريمة المنتظمة و ارتباطه بالمجال لاقتصادي و تعتبر الصفقات العمومية الميدان الرئيسي الذي تنمو فيه هذه الظاهرة بمختلف صورها لصتها المباشرة بالمال العام , و رغبة المشرع في صيانة هذه الأخيرة و حمايتها من الإهدار و التبذير , فانه أولى لها أهمية خاصة ضمن إستراتيجية مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية , حيث خصص لها ثلاثة مواد كاملة ضمن الوقاية من الفساد و مكافحته لمواجهة مختلف الجرائم المتعلقة بها . و من بين هذه الجرائم جريمة منح الامتيازات غير

المبررة في الصفقات العمومية و هو الموضوع الذي سوف أتطرق إليه في هذه المذكرة و تسليط الضوء على الركن المادي في هذه الجريمة .

أسباب اختيار الموضوع :

تعود أسباب اختياري للموضوع في رغبتي و ميولي لدراسة الصفقات العمومية لارتباطها بالمال العام

كما يعود سبب اختياري لحداثة الموضع و قلة الأبحاث القانونية التي تعالجه و بالتالي الرغبة في ان تكون هذه الدراسة و لو مرجع بسيط يكون اعتماد عليه في فهم هذه الجريمة و تحديدها

أهداف الدراسة الموضوع :

يتمثل الهدف الرئيسي في تسليط الضوء على الشروط الواجب توافرها في هاته الجريمة والجزاء او العقوبة المقررة لها

الفصل الأول: جريمة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية و التدابير الوقائية لها و إجراءات شفافية الصفقة

الفصل الأول :

المبحث الأول : مفهوم الصفقة العمومية

-نظرا للأهمية البالغة و الدور الفعال الذي تلعبه الصفقات العمومية باعتبارها الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع الجزائري في أيدي السلطة العامة , لا تجاز العمليات المالية المتعلقة بسير حركة المرافق العامة , و لتنشيط العجلة الاقتصادية .

المطلب الأول : تعريف الصفقات العمومية .

لقد مر قانون الصفقات العمومية , بعدة مراحل , و عرف هذا الأخير الكثير من التطورات مسايرة للتغيرات التي كانت تشهدها البلاد , وصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 10_236 المتضمن الصفقات العمومية .

-وقد اختلفت تعريفا الصفقات العمومية بحسب المعيار المعتمد لتعريفها , و و سنتناول هنا كل من تعريف التشريعي للصفقات العمومية و التعريف للفقهي لها و كذا التعريف القضائي , مع بيان المعايير المعتمدة في هذه لتعريفات .

أولا : التعريف التشريعي :

عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية في المادة 4 من المرسوم لرئاسي 10_236 على أنها الصفقات العمومية عقود متكونة في مفهوم التشريع المعمول به وفق الشروط المنصوص

عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " [1] و من هذا المنطلق نجد المشرع اعتمد عدة معايير في تعريفه "

1 المعيار الشكلي :

بالرجوع إلى تعريف الصفقات العمومية الواردة في المرسوم الرئاسي 10_236 نجد أن المشرع الجزائري اعتمد في المعيار الشكلي على مبدآ واحد و هو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة و لعل سر اشتراط الكتابة و التأكيد عليها بمختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود إلى :

أ - الصفقات العمومية ادات لتنفيذ المخططات التنمية الوطنية و المحلية لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب بالنظر لهذه الزاوية أن تكون في شكل عقود مكتوبة [2]

ب-الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة ,ومبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة عمومية وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة ,لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية في شكل عقود مكتوبة إلا أنها تتضمن شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية والتجارية [3]

-إلا أن الاستثناء الوارد على بعض أحكام هذا المرسوم قد حدده المشرع في قانون الصفقات العمومية 10-236 بقوله "تعفى من تطبيق بعض الأحكام هذا المرسوم ,لا سيما ما يتعلق منها بطريقة لإبرام صفقات لاستزاد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية

[1] المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10_236 المتعلق ينظم الصفقات العمومية .
[2] السايح معمر , مذكرة تخرج بعنوان جرائم الصفقات العمومية في قانون الفساد , سنة 2013/2014 ص 09
[3] السايح معمر المرجع نفسه

السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلب السريع في اسعارها ومدى توفرها وكذا المراسلات التجارية المطبقة عليها"[1]

2-المعيار الموضوعي:

بالرجوع الى قوانين الصفقات العمومية والصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يثبت على طريقة واحدة في وصف من تكون عقد موضوعه هو صفقة عمومية , فتارة تجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية وأحيانا أخرى يضيق من هذا النطاق .[2]

ولما كانت الصفقات العمومية عقودا ادارية محددة تشريعيا من حيث موضوعها ,وجب حينئذ الرجوع للتشريع لمعرفة الصفقة العمومية [3].حيث نجد أن المرسوم الرئاسي 10-236 قد حدد موضوع الصفقة في المادة 04 منه بانجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات , لحساب المصلحة المتعاقدة .

3-المعيار المالي :

لما كانت للصفقات العمومية لها صلة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي ادني لاعتبار العقد عن الصفقة العمومية ,ذلك انه من غير المعقول ألزام جهة الإدارة العمومية على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات وأيا كانت قيمة العقد نظرا لما تمر به الصفقة العمومية من مراحل طويلة ومعقدة

[1]المرسوم الرئاسي 10_236 , المادة 05 فقرة 01
[2]د عمار بوضياف , الصفقات العمومية في الجزائر , دراسة تشريعية و قضائية و فقهية (الجسور , الجزائر ص 56
[3]ا عمار بوضياف المرجع نفسه ص 57

ولقد حدد المرسوم الرئاسي 10-236 من خلال المادة 6المعدلة الحد المالي الأدنى لإبرام الصفقة العمومية بقوله "كل عقد او طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار او نقل عنه لخدمات الأشغال واللوازم ,وأربعة ملايين دينار لخدمات الدراسات أو الخدمات لايقتضي وجوبا إبرام الصفقات في مفهوم هذا المرسوم "[1]

زيادة على تسقيف المعيار المالي في أنواع الصفقات العمومية المحددة سابقا يمكن اعتباره كمعيار مالي وهذا ما أشارت إليه المادة 02من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي أخضعت المؤسسات العمومية ذات الطابع صناعي وتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية إلى تنظيم الصفقات العمومية , في حالة قيامها بانجاز مشاريع استثنائية ممولة بقروض جزئية أو كلية من طرف الدولة .[2]

ثانيا : تعريف القضائي

رغم أن المشرع عرف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات إلى أي القضاء الإداري الجزائري حال فصله في بعض المنازعات قدم تعريف للصفقات العمومية .-ولا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة بالمادة الإدارية إلى إعطاء تعريف لمصطلح قانون ما خاصة أن كانت هذه الجهة تتموقع في قمة هرم القضاء الإداري , وهذا هو الدور الطبيعي لجهة القضاء .[3]

[1] السايح معمر , مذكرة تخرج بعنوان جرائم الصفقات العمومية في قانون الفساد
[2] خرشي النوي تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية , دار الخلدونية للنشر و التوزيع , الجزائر سنة 2011 ص 129
[3] د عمار بوضياف , الصفقات العمومية في الجزائر , دراسة تشريعية , قضائية فقهية , المرجع السابق ص 36

ومن هذا المنطلق لقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17-12-2002 قضية مجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.ا)تحت رقم 6215فهرس 873 إلى القول :

"....وحيث انه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز مشروع أو أداء خدمات....."

حيث حصر مجلس الدولة الصفقات العمومية على أنها رباط عقد يجمع الدولة بأحد الخواص.

ثالثا: التعريف الفقهي

لقد اجمع فقه القانون الإداري أن نظرية العقد الإداري هي نظرية من منشاء قضائي ارسي مبادئها وإحكام القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه.

إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا في كل الدول , وإذا كان العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني بالنظر إلى أن كل منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد أحداث اثر قانوني مترتب على العقد ,إلا أن تمييز العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني يظل واضحا في كثير من الجوانب والأجزاء ,وهو ما تولى الفقه الإداري توضيحه وتحليله.

ولقد عرف الفقه الإداري على انه:"العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام يقصد إدارة مرفق عام ومباشرة تسيره وتظهر نيته في الخد بأسلوب قانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[1]

المطلب الثاني :تعريف جريمة المحاباة

الفرع الأول :التعريف

-هي جريمة لم يأتي بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته , بل ظهرت في مجال ألتجريمي لقانون العقوبات في الأمر 47/75[2] الذي الغي المادة 423 من الأمر 156/66 ونصت على معاقبة إبرام الصفقات بطريقة غير قانونية , والذي عدل ثلاث مرات سنوات (1978-1982-1988) إلى إن الغي بموجب قانون 01/09.[3]

الذي جاء بالمادة 128 مكرر الملغاة بالمادة 26 من قانون 01/06 التي جعلت من جريمة المحاباة جريمة مستقلة في قانون الفساد

-عبر الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون 01/06 على هذه الجريمة ." بإعطاء امتياز غي مبرر" للغير بمناسبة صفقة من صفقات بقصد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بها فالمتمعن في المدلول الذي جاءت به المادة 26 من قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته نجد أنها قد أعطتها مدلولا واسعا يشمل كل امتياز مهما كان نوعه سواء أكان

[1]سايح معمر . مذكرة تخرج بعنوان " الصفقات العمومية سنة 2014/2013 ص12
[2]زوزو زوليخة , مذكرة تخرج بعنوان جرائم الصفقات العمومية و اليات مكافحتها في ضضل القاتن المتعلق بالفساد سنة 2011/ 2012 ,ص 05
[3]زوزو زوليخة المرجع نفسه ص 05

في صورة مادية كالنقود أو أوراق مالية ,أو ذو معنوية كالحصول على ترقية, كما يمكن أن تتجسد في تزويد احد المترشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من أعداد عريضة بطريقة تحقق له الفوز بها , هذا الأخير الذي بإمكانه أن يشكل في حد ذاته الامتياز غير المبرر الذي لم يكن ليمنح للغير لو احترمت أحكام تشريعية والتنظيمية للصفقة .

1/ النطاق الواسع لمنح الامتيازات غير المبررة :

لقد كانت الصياغة السابقة للمادة 26 من قانون 01/06 تجعل من منح المزية غير المستحقة غرضا من الفعل وليس الفعل المجرم ذاته أي انه كان يعتبر قصدا خاص للفعل يدرس ضمن الركن المعنوي للجريمة أما الفعل المجرم فكان الإبرام والتباشير والمراجعة للصفقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المنظمة للصفقات العمومية ,أما الصياغة الحالية فهي تفيد بوضوح أن جوهر المادة 26 هو منح امتيازات غير المبررة للصفقات العمومية وقد اختار المشرع هذه العبارة كتسمية للجنحة , وقد وضحت نفس المادة ان الجريمة تقوم على أساس إفادة الغير بهذه المزية المستحقة وليس الموظف العمومي هو من يجني مباشرة ثمار هذا الجرم , وبتالي سنتعرض أولا إلى تحديد مدلول المزية غير المبررة ثم نحدد مدلول الغير المستفيد منها.

ا/المدلول غير المحددة للامتيازات غير المبررة:

لقد عرفت كلمة "امتياز" على أنها أنعام خاص يعطيه الحاكم رجلا أو جماعة لبيع صنف من البضاعة أو عمل من الإعمال مانعا غيرهم من تعاطيه فلامتياز يقوم على فكرة التفضيل وفرز

عن الغير , ويكون هذا التفضيل غير مبرر إذا لم يرتكز على أي سبب موضوعي أو أساس أو مصلحة شرعية .

أما اصطلاحا فان تحديد مدلول عبارة امتيازات غير مبررة يعتبر مسالة متعلقة بالواقع فقد تكون هذه الامتيازات عبارة عن نقود كما قد تكون أية منفعة أخرى ذات طبيعة غير نقدية فهي ليست بالضرورة ربحا ماديا فيمكن أن تكون مجرد معلومة منحت لأحد المترشحين دون الآخرين حول محتوى وقيمة عملية مستقبلية وهذه هي الصورة الغالبة للامتيازات غير المبررة .

حسب بعض الدارسين [1], هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن أن يشكل الفوز بالصفقة في حد ذاته عنصر الميزة غير المستحقة [2]

وتحديد معنى عبارة "غير المبررة" يفترض وجود معيار رجعي للقول بان الامتياز مبرر أو لا. ففي القانون الاقتصادي الخاص المرجع هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساسا على الحرية المنافسة وبتالي يعتبر امتيازا غير مبرر ذلك الامتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما اعتبرت خلق مزية غير مبررة هو نتيجة أوتوماتيكية لمخالفة القواعد التي تتضمن حرية الترشح والمساواة بين المرشحين [3].

[1] Reis patrice . le debit des arsritisme dans les marche s publics une regulaion penal des pratiques die crimnastires et de certaines pratiques anticancurrentielles petites affi ches 4/07/2003 n 133. P . 6 .

[2]ملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحة في الصفقات العمومية 24_25 افريل 2013 , الجامعة جيلالي الياس _ سيدي بلعباس كلية الحقوق و العلوم السياسية , قسم حقوق ص 74.

[3]المرجع نفسه

أما في القانون العام فان المسالة تبدو أصعب لعدم وجود سوق بمفهوم السوق الخاص لكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من اعتبار النصوص التي تشكل مخالفتها عنصر من

عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة هي نصوص تهدف غالى ضمان حرية الوصول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وهذه الأسس في حد ذاتها تهدف إلى ضمان توفير شروط المنافسة ,فهي ترمي إلى منع المشتري العمومي من منح المزية غير مبررة بأنها تلك المزية التي لم تكن لتوجد لو لم يتم احترام فعلا قواعد المنافسة الحرة في السوق .لكن بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي نجده يعتمد أساسا على معيار مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المنظمة للتعامل في مجال الصفقات العمومية وبهذا الصدد يجدر التساؤل عن طبيعة العلاقة ما بين مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المشار إليها والامتيازات غير المبررة هل هي علاقة تلازم ؟ اي انه كلما خولفت هذه النصوص إلا ووجد منح الامتيازات غير المبررة ام انه يمكن مخالفة النصوص السالفة الذكر دون منح امتياز غير مبرر؟.

يعتبر القضاء الفرنسي إن الامتياز غير المبرر هو ذلك الامتياز الممنوح مخالفة للنصوص القانونية المنظمة دون حاجة لأي اعتبار أخر فان كان الدافع يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مقدار العقوبة فانه لايهم بالنسبة لمدى تبرير الامتياز الممنوح من خلال الرغبة في الاقتصاد والتوفير[1] ولا عن طريق الرغبة في المحافظة على مصالح البلدية من خلال اختيار مؤسسة محلية تعين على مكافحة البطالة .

[1]الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و كافحته في الصفقات العمومية جامعة الياس الجيلالي , سيدي بلعباس , 24 _ 25 افريل 2013 ص 75

إلا أن هذه المقاربة للامتياز غير المبرر في الصفقات العمومية أصبحت اقل تأكيد منذ أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1998 قرار يفسح المجال لمناقشة معيار مخالفة النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية ,ففي القضية التي آلت إلى صدور هذا القرار برأي قضاة الموضوع المتهمين المتابعين بتهمة المحاباة كونهم وقعوا بصفة غير قانونية على صفقات تسوية ذات طابع خيالي واستند حكم البراءة على أساس انه ليس من الثابت حسب ظروف الحال لا سيما مع غياب أية منافسة حقيقية من قبل مؤسسات التي شاركت في الاستشارة ان الإجراءات محل النزاع قد منحت امتيازات غير مبررة للمؤسسة الحاصلة على الصفقة ,اما محكمة النقض الفرنسية فقد اعتبرت انه لا بجوز لقضاة الموضوع أن يعتبروا من جهة ان الصفقة التسوية مخالفة بطبيعتها لقواعد قانون الصفقات العمومية التي هي من نظام العام وفي نفس الوقت ومن جهة أخرى يخلصون إلى غياب منح امتياز غير مبرر وغياب الإرادة الآثمة دون أن يتناقضوا مع أنفسهم طالما أنهم لم يشرحوا موقفهم هذا.[1]

فيفرز عن تحليل موقف محكمة النقض الفرنسية المتمثل في إفساح المجال إمام إمكانية شرح موقف قضاة الموضوع انه يمكن تصور مخالفة القواعد إبرام الصفقات دون ان يترتب عن هذه المخالفة إعطاء امتياز غير مبررة للمؤسسة الفائزة بالصفقة .

فهذا الموقف يجعل القاضي الجنائي هو الذي يقدر في كل حالة اذا كانت الفعل المرتكب مخالفة لقواعد قانونية المذكورة يمنح او لا مزية غير مستحقة للمترشح لكن ماعدا هذا الاجتهاد القضائي الفرنسي الاستثنائي يبقى لدى الفقه الغالب إن إعطاء المزية غير المبررة مفترض

[1] المرجع نفسه ص 75

ويكفي إثبات مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية إجراءات ’ويبدو ان القضاء الجزائري قد حذا حذو القضاء الفرنسي في المسالة اذ ان المحكمة العليا قد قضت بان محكمة الجنايات التي أجابت بنعم على السؤال المتعلق بواقعة إبرام اتفاقيات مخالفة للتشريع ثم أجابت بالنفي على السؤال المتعلق بغرض منح امتيازات غير المبررة خلقت تناقض بين السؤالين فالمحكمة العليا رفضت إمكانية وجود مخالفة للتشريع من جهة وعدم منح مزية غير مبررة .لان قرار المطعون ضده كان قد صدر بالبراءة لعدم ثبوت عنصر منح المزية غير المبررة رغم ثبوت مخالفة النصوص التشريعية وقد ذكرت المحكمة العليا في نفس القرار ان مخالفة التشريع و منح المزية غير المبررة لها عنصرين مختلفين يكونان محل سؤالين منفصلين لكن في ذات الوقت نستخلص من خلال موقفها ان الثاني مفترض لمجرد ثبوت الأول.

- نشير في هذا الأخير إلى وجود اجتهاد قضائي فرنسي اعتبر المزية غير المبررة ليست مرتبطة بمدى شرعيتها فقد تكون أمام مزية مبدئيا غير شرعية لكنها مبررة , فمعيار الأفضلية المحلية المعتبر غير شرعي مبدئيا يمكن أن يصبح مبررا إذا قرب المؤسسة شرط أساسي لحست تنفيذ الصفقة , فهذا الاجتهاد القضائي الأخير يطرح مسالة مدى حرية القاضي الجنائي في تعويض النص القانوني الصامت بتقديره الذاتي المبرر و الغير مبرر , فإذا كان قرار القاضي الجنائي متخذا تطبيقا للعدالة ووفق قناعته الشخصية فان هذا الموقف سيحمله لي إصدار احكما قضائيا غير مؤكدة و غير ثابت مما يهدد ثوابت مبدأ الشرعية الجنائية .

الفرع لثاني : علاقة المحاباة بالصفقات العمومية :

- **استفادة الغير من المزية غير المبررة :**

رغم أن جريمة إعطاء امتيازات الغير المبررة في الصفقات العمومية هي من جرائم الفساد و بالتالي تقوم على أساس حماية نزاهة الوظيفة العمة فان المشرع لم يربط هذه الجريمة باستفادة مرتكبها مزية خاصة لجعل المستفيد من المزية الغير مبررة هو الغير و ذلك خلاف لما جاء في النص الأصلي لمعاقبة إبرام الصفقات العمومية بصفقة غير قانونية الذي كان يشترط أن نكون المخالفة لأغراض شخصية .

و هذا العنصر الأخير هو الذي يميز بالدرجة الأولى جريمة المحاباة عن جرائم الفساد الأخرى التي قد تقع في إطار إبرام الصفقات العمومية فالمستفيد من الميزة غير المبررة ليس هو الموظف مرتكب الفعل كما هو الشأن مثلا في جريمة الرشوة , آو الغدر و إنما هو الغير , و الغير قد يكون هو الفائز بالصفقة أو غيره كان يكون حزبا سياسيا يتلقى مبلغا من المال هو الشخص الذي فاز بالصفقة ' [1] لكن و كما ذهب أليه بعض الفقهاء يصعب تصور منح صفقة عمومية بصفة غير مباشرة .[2]

و قد جرم الشرع بصفة خاصة فعل استفادة الغير من المزية الغير مبررة و ذلك في الفقرة الثانية هو المادة 26 من ق 01/06 إذ بالفعل تضمنت المادة 26 من قانون 06/ 01 أي جانب الفقرة الأولى التي تجرم و تعاقب إعطاء امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية فقرة الثانية تعاقب بنفس العقوبة الفعل كالتاجر , الصانع , أو الحرفي أو مقاول من القطاع الخاص

[1] الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد و مكافحته , جامعة الجيللي اليابس , سيدي بالعباس , كلية الحقوق و العلوم السياسية , قسو حقوق يومي 25/24 ابريل 2013 ص 76

[2] الملتقى الدولة للوقاية من الفساد , المرجع نفسه ص 76

أو بصفة عامة كل شخصية طبيعية أو معنوية يقوم ولو بصفة عصرنه بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو جماعات محلية أو مؤسسات أو هيئات عمومية الخاصة للقانون العام و المؤسسات الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات طابع اصطناعي و تجاري و يستفيد من سلطة أو تشير أعوان الهيئة المذكورة من اجل زيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة او من اجل التعديل في صالحهم و نوعية المواد أو الخدمات أو إيجار التسليم أو التموين

المبحث الثاني : التدابير الوقائية لجريمة المحاباة وشفافية إجراءات الصفقة

من الطبيعي أن يضع المشرع مجموعة من التدابير الوقائية التي تحد من وقوع جرائم الصفقات العمومية التي تشكل خطورة على المجتمع والاقتصاد هذه التدابير نص عليها في قانون الصفقات العمومية من خلال آليات الوقاية على الصفقات ومن بين هذه الجرائم جريمة المحاباة وتتمثل هذه التدابير في:

المطلب الأول: التدابير الوقائية لجريمة المحاباة

الفرع الأول: الرقابة الداخلية

تعرف الرقابة الداخلية بأنها الرقابة الذاتية للإدارة على نفسها لّذلك تعتبر أكثر عمقا في صميم النشاط الإداري وتمارس الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية عن طريق لجان مستحدثة لدى المصلحة المتعاقدة وهي أول رقابة تخضع لها الصفقة العموميةّ ؛ "وترمي هذه الرقابة إلى التحقق من مطابقة الصفقة للقوانين والتنظيمات المعمول بها في مجال الصفقات

العمومية وكذلك موافقتها للنصوص التي تتضمن تنظيم المصالح المتعاقدة وكذا قوانينها الأساسية [1]

وهي في إطار تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة فتح الاظرفة ولجنة تقييم العروض "[2].

لجنة فتح الاظرفة :

تعرف لجنة فتح الاظرفة بأنها لجنة تنحصر مهمتها في في فتح اظرفة المعطاءات المقدمة وفق إجراءات خاصة تمهيدا لقيام لجنة أخرى .وهي لجنة مستحدثة لدى كل مصلحة متعاقدة هدفها الأساسي هو التحقق من نظامية الصفقات وذلك عن طريق التأكد من صحة العروض على سجل خاص كما تقوم بإعداد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها مع توضيح مضمونها ومبالغ المقترحات كما تقوم بإعداد و صف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض ,بالإضافة إلى ذلك تقوم بتحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين وعند الاقتضاء تحرر لجنة فتح الاظرفة محضر بعدم جدوى العملية وهذا المحضر يوقعه الأعضاء [3]ويعتبر دور لجنة فتح الاظرفة دور إعدادي وهو ما يجعل اختصاصها مقيد بصفة عامة إلا أن هذا لا يعني إنها لا تملك اختصاص نهائيا في حالات معينة حيث تملك حق استبعاد العطاء الذي لايكون مقدما بعد ميعاد كما لهل أن تصدر قرار بعدم قبول عطاء أذا كان مقدمه محروما من التقدم في المناقصات العامة .

[1] المادة 016 من المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المعدلة و المتممة بموجب المرسوم رقم 08_338
[2] المادة 01/107 من المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المعدل و المتمم
[3] المادة 108 من المرسوم الرئاسي رقم 02 _ 250 المعدلة و المتممة بموجب المادة 19 من الرسوم الرئاسي رقم 08 _338

الفرع الثاني: الرقابة الخارجية

"بعد خضوع الصفقة العمومية للرقابة الداخلية في أطار لجنتي فتح الاظرفة وتقويم العروض تخضع الصفقة مرة أخرى للرقابة الخارجية وهذه الأخيرة تتمثل غايتها في التحقق من مدى مطابقة الصفقات المعروضة على الدولة وهيئاتها للتشريع والتنظيم المعمول يهما في مجال الصفقات العمومية وكذا تهدف إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة بالعمل المبرمجة بكيفية نظامية "[1]

"حيث تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة تكلف براقبة القبلية الخارجية للصفقات العمومية وبمجرد تعيين أعضائها ينصب رئيسها".[2]

-وقد أورد المشرع حكما خاصا فيما يخص الرقابة الخارجية للصفقات العمومية التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني تحدد تشكيلاتها وصلاحياتها .

-وقد حدد المشرع أربع جهات للرقابة القبلية ,ووزعها حسب الاختصاص وهي :الجنة الوطنية للصفقات العمومية واللجنة الولاية للصفقات العمومية أو اللجنة البلدية للصفقات العمومية .

اللجنتان الوطنيتان للصفقات العمومية :

احدث المشرع لجنتان وطنيتان للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 وهما "اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والخدمات "[1]

[1]المادة 112 من المرسوم الرئاسي قم 02_2050 المعدل و المتمم
[2]المادة 112 من نفس الرسوم

حيث تتوليان الرقابة على الصفقات العمومية ذات الأهمية الوطنية فاختصاصها ليس محصورا فقط على المستوى ألولائي أو البلدي ,وإنما اختصاص وطني لذلك سوف نتعرف على تشكيلة هاتين اللجنتين وكذلك أهم الاختصاصات التي منحها إياها المشرع .

-تشكيلة اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية :

الجديد في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 إن المشرع قد قسمها إلى لجنتين الأولى تختص بالرقابة على صفقات الأشغال ذات الأهمية الوطنية وأطلق عليها تسمية اللجنة الوطنية لصفقات الإشغال أما الثانية فتتولى على صفقات اللوازم والدراسات والخدمات ,وقد راعى المشرع في تشكيلة واحدة منهما ان تكون من ممثل عن كل وزارة.

*** تشكيلة اللجنة الوطنية للأشغال :**

-الوزير المكلف بالمالية او ممثله ,رئيسا

-ممثل الوزير المكلف بالمالية (قسم الصفقات العمومية) ,نائب رئيس

-ممثل عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)

-ممثل وزير الدفاع الوطني

ممثل وزير الشؤون الخارجية

-ممثل وزير الداخلية و الجماعات المحلية

[1]المادة 126 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل و المتمم بموجب المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 338/08

-ممثل وزير الأشغال العمومية

- ممثل وزير النقل

-ممثل وزير الموارد المائية

-ممثل وزير السكن و العمران

-ممثل وزير التجارة

-ممثل وزير الصناعة و ترقية الاستثمارات

ممثل وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية .

ممثل وزير الوصي للمصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه الأخيرة غير ممثلة .

***تشكيلة اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات** :

-الوزير المكلف بالمالية او ممثله رئيسا.

-ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة

-ممثل وزير الدفاع الوطني.

-ممثل وزير الشؤون الخارجية.

-ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية.

-ممثل وزير التجارة.

-ممثل وزير التربية الوطنية.

-ممثل وزير التعليم والبحث العلمي.

-ممثل وزير التعليم والتكوين المهنيين.

-ممثل وزير الصناعة وترقية الاستثمارات.

-ممثل وزير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية .

-ممثل وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات.

-ممثل وزير الوصي للمصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه الأخيرة غير ممثلة في اللجنة.[1]

-ويقوم الوزير المكلف بالمالية بتعيين أعضاء اللجنتين الوطنيتين للصفقات ومستخلفيهم باس ماءهم بناءا على اقتراح الوزير الذي ينتمون أليه ويختارون لذلك نظرا لكفاءتهم ويكون بموجب " قرار وتجدد تشكيلة اللجنتين الوطنيتين بنسبة الثلث 3/1 كل ثلاث سنوات"[2]

***اختصاصات اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية:**

لقد أعطى المشرع اختصاصات واسعة للجنتين الوطنيتين للصفقات حيث أنهما:

-تساهمان في برمجة الطلبات لعمومية وتوجيههما طبقا للسياسة التي تحددها الحكومة " حيث تتولى إصدار أية توصية تسمح باستعمال أحسن للطاقات الوطنية في الإنتاج والخدمات ,مستهدفة بذلك عل الخصوص ترشيد الطلبات العمومية وتوحيد أنماطها ."[1]

[1]المادة 131 من المرسوم الرئاسي 02_250 المعدل و المتمم بموجب المادة 34 من المرسوم رقم 08_250
[2]المادة 132 من الملاسوم الرئاسي 02_ 250 المعدل و المتمم بموجب المادة 34 من المرسوم رقم 08 _ 338

- تساهمان في إعداد تنظيم الصفقات العمومية .

-تراقب صحة إجراءات أبرام الصفقة العمومية ذات الاهمية الوطنية .

-بالاضافة الى هذه الاختصاصات فقد اعطى المشرع اللجنتان الوطنيتان للصفقات في مجال التنظيم حيث:

تقوم باجراء اي اقتراح من شانه ان يحسن ظروف ابرام الصفقات العمومية وتنفيذها .

-تقومان بفحص دفاتر الاعباء العامة ودفاتر الاحكام المشتركة ,ونماذج الصفقات النموذجية الخاصة بالاشغال واللوازم والدراسات والخدمات قبل المصادقة عليها

-تدرسان كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد قبل اي دعوة قضائية حول النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة .

-تقدمان كل راي في مشاريع اعتماد الارقام الاستدلالية الخاصة بالاجور والمواد المستعملة في صيغ مراجعة الاسعار .

-تطلعان على تطبيق الصعوبة الناتجة عن تطبيق هذه الاحكام المتعلقة بالرقابة الخارجية وتسهر على تطبيق القواعد التي ينص عليها المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم تطبيقا موحدا ولهذا الغرض يمكن ان تستشيرها هيئات الر قابة او المصلحة المتعاقدة .كما تعد وتقترح نظاما داخليا نموذجيا يحكم عمل لجان الصفقات العمومية .

[1]المادة 128 من المرسوم الرئاسي 02 _ 250 المعدل و المتمم بموجب المادة 30من المرسوم الرئاسي 08_338

إلى جانب الاختصاصات المذكورة فقد حدد المشرع اختصاص اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال في مجال الرقابة كالتالي:

تفصل في كل صفقة أشغال التي يفوق مبلغها أربع مائة مليون دينار جزائري (400.000.000 دج) بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة .

-أية صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 93من قانون الصفقات العمومية التي يمكن ان يرفع المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المحدد أعلاه واكسر من ذلك.[1]

-"أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية إلى المستوى المحدد أعلاه والى أكثر من ذلك ".

إما اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات فقد حدد المشرع اختصاصها في مجال الرقابة كما يلي:وضع في كل صفقة لوازم يفوق مبلغها مائة مليون دينار جزائري (100.000.000دج)وكل ملحق بالصفقة.

-وضع في كل صفقة دراسات وخدمات يفوق مبلغها ستون مليون دينار جزائري (60.000.000 دح).وكل ملحق بالصفقة.

-اي صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 93 من قانون الصفقات العمومية والتي تنص أن الملحق لا يخضع إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات الالتقية والمالية واجل التعاقد .وكان مبلغه آو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة آو نقصان النسب التالية :

[1]المادة 129 من المرسوم الرئاسي 02_250 المعدل و المتمم بموجب المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 09 _ 338

-من الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة 20بالمائة.

-من الصفقة الأصلية بالنسبة للصفقات التي هي من اختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية 100 بالمائة.

الجدير بالذكر أن المشرع قد أعطى اللجنتين الوطنيتين للصفقات اختصاصات هامة في مجال دراسة الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد مع الإدارة وهذا في حدود المبالغ المحددة أعلاهما مما يؤدي إلى تفعيل الرقابة .

"وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجنتين الوطنيتين للصفقات تأشيرة في غضون ثلاثين يوم على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة "[1] .ويمكن للجنتين إن تمنحا التأشيرة أو ترفضها كما يمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة آو غير موقفة .حيث تكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة .

-وبمجرد رفع التحفظات الموقفة المحتملة المرافقة للتأشيرة من قبل السلطات المختصة يتم تنفيذ الصفقة دون التأشيرة من انجح الطرق الرقابة على الصفقات .

***اللجنة الوزارية للصفقات:**

في إطار الرقابة الخارجية تحدث لجنة الوزارية للصفقات العمومية تختص بدراسة الصفقات التي تبرمها وقد حدد المشرع تشكيلة هذه اللجنة واختصاصاتها.

[1]المادة 134 من المرسوم الرئاسي 02 _ 250 المعدل و المتمم بموجب المادة 37 من المرسوم الرئاسي 09_338

***تشكيلة اللجنة الوزارية للصفقات العمومية :**

تتكون اللجنة الوزارية للصفقات العمومية من الأعضاء الأتي ذكرها:

-الوزير المعني او ممثله.رئيسا.

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة .

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة

"ممثلين مختصين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحتي الميزانية والخزينة".

***اختصاصات اللجنة الوزارية للصفقات العمومية :**

تقوم اللجان الوزارية للصفقات العمومية بدراسة الصفقات المبرمة من طرف الإدارة المركزية وقد كانت تختص من قبل في إطار مرسوم الرئاسي 02-250 بدراسة الصفقات التي تبرمها.

-الإدارة المركزية.

-مؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

-مراكز البحث والتنمية.

-مؤسسات العمومية ذات طابع الصناعي والتجاري.

وقد حدد المشرع اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات كما يلي:

-تختص اللجنة الوزارية للصفقات ضمن الحدود المذكورة في المادة 130 بدراسة الصفقات التي تبرمها الإدارة المركزية .

-والجدير بالذكر انه على المشرع أن يضيف الحدود المرسومة في المادة 130 مكرر المستحدثة بموجب مرسوم الرئاسي رقم 08-338 مدام قد قام بتقسيم اللجنة الوطنية للصفقات إلى لجنتين الأولى تختص بصفقات الأشغال والثانية تختص بصفقات اللوازم والدراسات والخدمات ,حيث تنظم المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدلة والمتممة عمل اللجنة الوطنية للأشغال أما المادة 130 مكرر المستحدثة فتنظم عمل اللجنة الوطنية للوازم والأشغال والدراسات وبالتالي فإحالة المشرع على المادة 130 كانت قبل التعديل الجديد فينبغي أن يحيل المشرع على المادتين 130 و130 مكرر .

وبذلك يكون اختصاص اللجنة الوزارية للصفقات في الحدود الآتية وهي مذكورة في المادتين 130 و 130 مكرر .

-صفقات الأشغال التي يكون مبلغها يفوق أربع مائة مليون دينار جزائري (400.000.000 دج) إلى كل ملحق بهذه الصفقة.

صفقة اللوازم التي يكون مبلغها مائة دينار جزائري (100.000.000 دج).

-صفقات الدراسات والخدمات التي يكون مبلغها يفوق ستين دينار جزائري (60.000.000. دج).

تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة الوزارية للصفقة العمومية بإصدار تأشيرة لتنفيذ الصفقة إذ "لا يمكن تنفيذ أية صفقة دون تأشيرة , لذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلبها إجباريا".[1]

-لجنة صفقات المؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية او المؤسسات العمومية :

احدث المشرع ضمن المرسوم الرئاسي رقم 08-238 لجنة لدراسة الصفقة المؤسسات العمومية ذات طابع علمي وتقني والمؤسسات العمومية ذات طابع صناعي وتجاري ,والمؤسسات العمومية والاقتصادية عندما تكلف هذه المؤسسات بانجاز عملية مملوكة كليا او جزئيا من ميزانية الدولة ,وهذا ضمن حدود المادة 130 من قانون الصفقات العمومية .

-والجدير بالذكر أن جزء كبير من اختصاص هذه اللجنة كانت تختص به اللجنة الوزارية للصفقات وبعد استحداث هذه اللجنة منحها المشرع اختصاص بالنظر في الصفقات هذه المؤسسات العمومية ولعل غرض من ذلك يرجع إلى تخفيف العبء على اللجنة الوزارية للصفقات ومحاولة خلق نوع من التخصص في الرقابة الصفقات حيث تختص اللجنة الوزارية للصفقات فقط بدراسة الصفقة التي تبرمها الإدارة المركزية أما لجنة المؤسسات العمومية فتختص بدراسة صفقات المؤسسات العمومية أيا كانت طبيعتها وحتى المؤسسات العمومية الاقتصادية والتي أضافها المشرع لدائرة اختصاص قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 وهذا عندما تكلف بانجاز عمليات مملوكة كليا أو جزئيا للدولة وهذا

[1] المادة 145_01 من المرسوم الرئاسي رقم 250 المعدل و المتمم

الأمر طبيعي نظرا لكون هذه الأخيرة تستعمل جزء من أموال الدولة وهو مال عام وبالتالي لابد من أن تخضع للرقابة .

أما بالنسبة لتشكيلة هذه اللجنة فهي تتكون من :

-المدير العام أو المدير الهيئة المؤسسة رئيسا .

-ممثل عن وزير الإشغال العمومية .

-ممثل عن وزير الموارد المائية.

-ممثل عن وزير السكن والعمران .-ممثل عن وزير التجارة.

-ممثلين المختصين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحتي الميزانية والخزينة.

اللجنة الولاية للصفقات العمومية :

تتشكل اللجنة الولاية للصفقات العمومية من أعضاء الأتي ذكرهم :

-الوالي أو ممثله رئيسا.

-ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي ألولائي.

-المدير ألولائي للأشغال العمومية .

-المدير ألولائي للري.

-المدير ألولائي للسكن والتجهيزات العمومية .

-مدير التخطيط وتهيئة الإقليم.

-المدير ألولائي للمصلحة التقنية المعنية بالخدمة .

-المدير ألولائي لمنافسة الأسعار .

-أمين خزينة الولاية.

-المراقب المالي .[1]

وقد كانت لجنة الولاية تتكون من : الوالي او ممثله رئيسا ,وثلاثة ممثلين للمجلس الشعبي الولائي ,مدير الأشغال العمومية للولاية, مدير الري للولاية مدير البناء والتعمير للولاية , أمين خزينة الولاية والمراقب المالي .

اختصاصات اللجنة الولاية للصفقات العمومية :

تتمثل اختصاصات اللجنة الولاية للصفقات العمومية في دراسة الصفقات المبرمة من طرف:

-الصفقات التي تبرمها الولاية ,ويساوي مبلغها المستوى المحدد في المادة 130 أو يقل عنه.

-الصفقات التي تبرمها البلدية ومؤسساتها العمومية ذات طابع الإداري والتي يساوي مبلغها خمسين مليون دينار (200.000.000 دج) فيما يخص صفقات الدراسات والخدمات .-

والجدير بالذكر أن اللجنة الولاية للصفقات كانت تختص بدراسة الصفقات التي تكون فيها

[1]المادة 120 المرسوم الرئاسي المعدل و المتممة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 _ 301

المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري للوزارة ذات الاختصاص المحلي والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي طرفا .[1]

ويكون اختصاص اللجنة الولاية للصفقات العمومية في الحدود التالية :

-الأشغال التي يساوي اويقل مبلغها عن أربع مائة دينار جزائري (400.000.000 دج) وكل ما لحق بالصفقة [2]

-اللوازم التي يساوي أو يقل مبلغها عن مائة دينار جزائري (100.000.000 دج) وكل ما لحق بهذه الصفقة .

-الدراسات والخدمات التي يساوي او يقل مبلغها عن ستون مليون دينار جزائري (60.000.000 دج) وكل ملحق بهذه الصفقة.

بالإضافة على الصفقات العمومية التي تبرمها البلدية ومؤسساتها ذات طابع الإداري ,والتي يساوي أو يقل مبلغها عن خمسون مليون دينار جزائري (50.000.000 دج) آو يزيد عنه , فيما يخص صفقات انجاز أشغال واقتناء اللوازم ' وعشرين مليون دينار جزائري (20.000.000 دج). فيما يخص صفقات اللوازم .

[1] المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 02 _252 قبل تعديله
[2] المادة 130 من المرسوم الرئاسي رقم 02_252 المعدلة بموجب المادة 32 من الرسوم رقم 08 _338

اللجنة البلدية للصفقات العمومية :

على غرار الولاية تحدث لجنة للصفقات العمومية تدعى اللجنة البلدية للصفقات العمومية وتتولى هذه اللجنة دراسة الصفقات المبرمة من طرف البلدية وقد كانت هّذه اللجنة تختص بدراسة الصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري الخاضعة للوصاية وهذا قبل تعديل قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338.

تتكون اللجنة البلدية للصفقات العمومية من الأعضاء الآتية:

-رئيس مجلس الشعبي البلدي آو ممثله رئيسا.

-ممثلين منتخبين عن المجلس الشعبي البلدي .

-أمين خزينة البلدية.

-ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.[1]

-ويعين أعضاء اللجنة البلدية ومستخلفيهم من قبل إداراتهم وباس ماءهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ماعدا من عين منهم بحكم وظيفته

ويحضر الاجتماعات الأعضاء الذين يمثلون المصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة من الخدمات بانتظام

[1]المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 02_250 المعدلة و المتممة بموجب المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 08_338

وتبعا لجدول الأعمال ,ويكلف ممثل المصلحة المتعاقدة بتزويد لجنة الصفقات بجميع المعلومات الضرورية لاستيعاب الصفقة التي يتولى تقديمها وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة البلدية للصفقات العمومية بمنح التأشيرة آو رفضها خلال عشرين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كاتبة هذه اللجنة.

ولجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية:

احدث المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 لجنة الصفقات المؤسسات العمومية المحلية المختصة بدراسة الصفقات ضمن الحدود المذكورة في المادة 121

وتتكون هذه اللجنة من :

ممثل عن السلطة الوصية رئيسا

-المدير العام أو مدير المؤسسة .

-ممثل عن مصلحة التقنية المعنية بالخدمة.

-ممثل المنتخب عن المجلس الجماعة المحلية المعنية

-أمين خزينة البلدية.

-وتأتي مبادرة المشرع باستحداث هذه الهيئة من خلال تخفيف العبء على اللجنة البلدية للصفقات .

فبعد استعراض لجان الصفقات العمومية وتحديد دورها في الرقابة من الصفقات المشبوهة وهذا عن طريق فرض رقابة من جميع الصفقات العمومية والتي تكون محل إبرام من قبل المصالح المتعاقدة .

-وبتخصص قانون الصفقات العمومية فيما يتعلق بمنح التأشيرة من قبل لجان الصفقات العمومية .نتوصل إلى أن الكلمة الأخيرة في عملية إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها تعود لسلطات الوصية حيث أن هذه الأخيرة تتجاوز رفض منح التأشيرة وتقوم بتوقيع على الصفقة وبتالي تصبح نهائية وقابلة للتنفيذ.

-ويظهر من خلال المادة 149 من قانون الصفقات العمومية حيث تنص على انه يترتب في حالة رفض لجنة الصفقات العمومية منح التأشيرة ما يلي :

-يمكن لوزير المعني بناءا على تقرير من المصلحة المتعاقدة انه يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم الوزير المكلف بالمالية بذلك.

-يمكن للوالي في حدود صلاحيته وبناءا على تقرير من مصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية .

-يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي , وفي حدود صلاحيته وبناءا على تقرير من المصلحة المتعاقدة ان يتجاوز ذلك بمقرر معلل , ويعلم الوالي المختص بذلك.

وفي جميع الحالات ترسل نسخة من المقرر التجاوز إلى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة ولجنة الصفقات المعنية ومجلس المحاسبة .

فإذا كانت السلطات المحلية والوزارية الوصية يمكن لها أن تمنح تأشيرة في حالة رفضها من قبل اللجان المختصة بمعنى أن هذه السلطات تتجاوز قرار لجان الصفقات العمومية المختصة في منح التأشيرة والذي هو اختصاص أصيل لها ممنوح بمقتضى قانون.

الفرع الثالث : الرقابة المالية والمحاسبة:

يحرص كلا من المراقب المالي والمحاسب العمومي على حماية الأموال العامة , والتأكد من صحة وعدم الأخطاء والمخالفات.

1-الرقابة المالية :

تسمى رقابة المراقب المالي بالرقابة المالية وتدخل ضمن الرقابة القبلية للالتزام بالصفقة ,فعلى مستوى كل ولاية نجد مراقب مالي , يتولى ممارسة مهامه تحت وصاية وزارة مالية , وتتجلى أهمية الرقابة التي يمارسها المراقب المالي في مجال الصفقات المشبوهة في حماية الصفقات العمومية من جميع التلاعبات وبتالي حماية المال العام وهذا من خلال التأكد من عدم وجود تجاوزات ومخالفات للأنظمة والقوانين التي تحكم الصفقات العمومية .

والحقيقة ان رقابة المراقب المالي هي وسيلة لمتابعة استعمال الأموال العامة , والحفاظ عليها من استغلالها لمصالح شخصية ذاتية وكذلك الحفاظ عليها من التبذير .

-وعليه فان المراقب المالي يتولى مهمة رقابة الصفقات العمومية قبل الالتزام بها وذلك من خلال :

-السهر على توظيف النفقات وفقا للتشريع المعمول به.

-التحقيق من وجود اعتمادات المالية وتوافرها.

-تقديم نصائح للأمر بالصرف المجال المالي .

-اعلام وزير المكلف بالمالية شهريا بصحة توظيف النفقات ,أو قيام بتعليل رفض التأشيرة إذا كان ذلك وعليه تعد التأشيرة المراقب المالي بمثابة المصادقة على قبول الإلزام.

باعتبار ان الصفقة العمومية هي نفقة عمومية وبناءا على ذلك فان كل التزام بالنفقة لا يكون قابلا للتنفيذ بدون تأشيرة المراقب المالي [1]

فاذا اثبت بان التزام بالصفقة للمراقب المالي رفض هذا الالتزام ,وهذا الرفض قد يكون مؤقت او نهائيا في كلتا الحالتين يجب تعليله . وتتمثل حالات الرفض المؤقت في وجود اخطاء , او خطاء اقتراح الالتزام او وجود مخالفة يمكن تداركها او انعدام او نقص الوثائق الثبوتية او نسيان بيان مهم [2]

اما حالات الرفض النهائي فتتمثل في عدم مطابقة الاتزام بالقوانين والتنظيمات او عدم توفير الاعتمادات اللازمة , مخالفة او عدم احترام الامر بالصرف للتوجيهات المشار اليها في مذكرة الرفض المؤقت.

وعلى المراقب المالي ان يدلي بقرار قبوله او رفضه في اجال شهر سواء بوضع التاشيرة او اعادة الملف الى الامر بالصرف مع اطلاعه على الاسباب الرفض وقد تكون تاشيرة المراقب ضمنية اذا مضت ثلاثين يوما دون ان يلتقي الامر بالصرف .أي رد

[1] المادتين 05 و 06 من المرسوم التنفيذي 92_ 414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 ,يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي تلتزم بها الجريدة الرسمية سنة 1992

[2] المادة 11 من نفس المرسوم

-وتتجلى رقابة المراقب المالي من ناحيتين ناحية شكلية واخرى موضوعية:

***الرقابة الشكلية:**

يتولى المراقب فحص الصفقة العمومية من الناحية الشكلية اي بحث كل كل الوثائق والمستندات والشروط الشكلية المتطلبة في الصفقة العمومية , حيث يتولى فحص عناصر التالية :

-عروض الصفقة العمومية

-توفير التقرير التحليلي .

-وجود قرار التسجيل.

-وجود البطاقة التحليلية العملية

-محاضر اجتماع كل من لجنة فتح الاظرفة ولجنة الصفقات العمومية المختصة

-توفير رسالة العرض والتصريح والاكتئاب .

-الترخيص بالبرنامج

-توفير الاعتمادات

الرقابة الموضوعية :

في هذه الحالة يقوم المراقب المالي بفحص الصفقة العمومية بشكل معمى , و هذا من الجوانب التالية : -صفقة أطراف الصفقة و توقيعاتها

-تأشيرات المسبقة للصفقة , خاصة تلك المتعلقة بلجان الصفقة العمومية

-مراقب تطابق مبلغ الصفقة مع المبلغ المستحق في الطاقة الالتزام أي المبلغ الإجمالي .

-و " انطلاقا من هذه الرقابة الموضوعية للصفقة العمومية يقود المراقب المالي منحة التأشيرة , باعتبار المراقب المالي عضو في اللجنة الولائية للصفقات العمومية " .[1]

-فضلا عن هذا فانه يخضع لتأشير المراقب المالي كالالتزام مدعم يسند الطلب آو الفاتورة الشكلية عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المحدد لايرم الصفقة العمومية .

<u>رقابة المحاسبة</u> :

يتولى المحاسب العمومي الرقابة المحاسبة و يثمثلة في آمين الخزينة على المستوى الاولائية حيث يتجلى دوره في الرقابة من خلال , مطابقة العملية للقوانين و الأنظمة المعول , أي مراقبة مشروعية الصفقة .

التحقق من صفة الأمر بالصرف أو المعوض له إذ يجب أن يكون الأمر بالصرف معروف لدى المحاسب العمومي و ذلك بتيليغه عند تعيينه في المناصب مع ضرورة إعطاءه نموذجا عن إمضائه [1]

[1]المادة 121 من المرسوم الرئاسي المعدل و المتمم

-التحقق من شرعية عملية التصفية

-التحقق من توفر الاعتمادات

-التأكد من هوية الدائن .

القيام بمراقبة تأشيرات بعمل الهيئات التي نص عليها القانون (تشيع لجان الصفقات العمومية المراقب المالي) .

التأكد من شرعية الطريقة التي تمت بواسطتها المحاسبة ذات أهمية بالغة باعتبارها آخر محطة قبل دفع أية نفقة عمومية و بالتالي في تنفيذ الصفقة العمومية و بالنسبة لطريقة الدفع فتكون إما دفعة واحدة آو في شكل أقساط :

ففي الحالة الأولى :

يتولى المحاسب العمومي التحقق مما يحتويه ملف الصفقة و التأكد من وجود الكافات ووضعية الأشغال بالإضافة إلى التأكد من قيمة المبلغ الواجب دفعه عن طريق فاتورة مؤكدة من طرف المتعاقد و المصلحة المتعاقدة , و تكون مرفقة بتأشيرة الخدمة المعدات و محضر التسليم المؤقت و النهائي للمشروع مع التأكد من أجال و شروط المادة .

أما بالمسبة للحالة الثانية :

فان الأمر يختلف حيث يشترط قيام المحاسب العمومي بالتأكد من وجود الوثائق السالفة الذكر مع محضر تسليم المشروع .

[1]الدكتور حسن الصغير , دروس في المالية و المحاسبة العمومية دار المحمدية الجزائر سنة 2001 ص 130

و في حال وجود تسبيقات فلا بد أن يتأكد المحاسب من وجودها في العقد و تجب الإشارة آن رقابة المحاسب العمومي تشمل كل ما يتبع الصفقة من ملاحقات مثل مراجعة الأسعار و تحديدها و التحقق من إيرادها في العقد , و من هنا يمكن القول أن رقابة المحاسب العمومي بناء على مستندات .

فمن خلال بيان رقابة المحاسب العمومي يكون مسئولا مسؤولية مالية متحضية و مالية عن كافة العمليات الموكلة إليه و دا الخطاء و المخالفات المرتكبة في أثناء تنفيذ الصفقة و يتحمل مسؤولية مالية , إذا لوحظ نقص في الأموال آو القيم , و يلتزم بتعويض النقص من ماله الخاص .

المطلب الثاني : إجراءات الشفافية للصفقة :

-تعتبر شفافية الإجراءات للصفقة من ضمن أهم المبادئ التي تحكم إبرام الصفقات العمومية , ذلك انه بمثابة المبدأ الجامع لمبدأ إي حرية الوصول إلى الطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين كما أن هذا الكبد هو إحدى آليات الحكم الراشد .[1]

و يقصد به وضوح الإجراءات و الإعلام المسبق للمتنافسين بشان معايير الاختيار و ضرورة الإعلان عنا بالطرق المحدودة و تمكين المترشحين بإيصال عروضهم و حضور جلسات فتح الاظرفة و الاطلاع على نتائج التقييم ولاختيار وفتح مجالات الطعن في القرارات المتخذة و الأعمال المتعلقة بالإجراءات الطلبية العمومية .[2]

[1] عمروش حليم مداخله القيت ضمن فعاليات الملتقى الدولي " مكافحة الفساد في الصفقات العمومية " المنظم من قبل جامعة الجيلالي الياس , سيدي بلعباس , كلية الحقوق و العلوم السياسية , يومي 24_25 افريل 2013 ص 30

[2] فرشي النوري , المرجع السابق ص 493

و يقتضي هذا المبدأ أن إجراء إبرام الصفقات العمومية لا يجب أن يكون غامض غير مختلف المراحل و يجب تجنب أي تمييز و يفسح المجال للإعلام و المنافسة الشريفة بين مختلف المترشحين

إن المتمعنة في قانون الصفقات العمومية الجديد يجد أن المشرع الجزائري حاول قدر المستطاع أن يضفي على إجراءات أبرام الصفقة العمومية نوعا من الوضوح و الشفافية من خلال الإطلاع عل سيرورة هذه الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية و تتمثل في :

فرع الاول: الإعلان و الإشهار

و يكون هذا الإعلان أو الإشهار باللغة العربية و باللغة الأجنبية واحدة على الأقل كما يدرج هذا الإعلان في " ن.ر.ص.م.ع"" [1]

وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني ، و ورد إعلان المناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو ما يعرف ب pomop قبل الإعلان في الصحافة ، و هو إن دل على شيء فإنما يدل على توجه المشرع نحو عصرنة ابرام الصفقة العمومية و الإنتقال من الطرق التقليدية لإلى الطرق الحديثة " ابرام الصفقات العمومية الكترونيا "

[1] المادة 49 من المرسوم 10_236 المعدل و المتمم

فرع 02 : تحديد اجل تحضير العروض

يقتضي اجل تحضير العروض ان تاخذ المصلحة المتعاقدةو بعين الاعتبار ما يحتاجه تكوين ملف المناقصة من مدة زمنية معينة و في كا الاحوال ينبغي ان تراعي المصلحة المتعاقدة في اجل تحضير العروض ضرورة يفسح هذا الاخير الاجال الواسع لجلب اكبر عدد من المتنافسين و ذلك بحسب الخدمات المراد تلبيتها

فتحضير العروض في حالة المناقصة الدولية يتطلب وقت اوسع مما هو الحال عليه في المنافسة الوطنية اذ انه في الحالة الاولى يفترض مشاركة المتعاملين الاقتصاديين يقيمون في غير التراب الوطني مما يتطلب وقتا معتبرا .

-و يمكن لمصلحة المتعاقد تحديد اجل تحضير العروض و ينبغي عليها في حالة قيامها بذلك اجبار المترشحين بكل الوسائل [1]

و يتوجب على المصلحة المتعاقدة ان تحدد في اعلان المناقصة اخر يوم ايداع العروض بالإضافة الى تبيان مكان ايداع هذه العروض [2]

فرع 03 : تحديد مكان و يوم فتح الاظرفة و الذي يتم في اخر يوم لتحضير العروض و يتم فتح الاظرفة التقنية و المالية في نفس الجلسة .

و ذلك تطبيقا لأحكام نص المادة 123 من قانون الصفقات العمومية الجديدة و يهدف ذلك الى سد كل ثغرة من شانها السماح بتعديد او تغيير عروض المترشحين .

نشر المنح المؤقت :

[1] المادة 50من المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل و المتمم

[2] المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10_236 المعدل و المتمم .

الفرع 04 : نشر المنح المؤقت :

بعد ان تقوم المصلحة المتعاقدة بالاجراءات القانونية في اختيار المتعاقد معها يتعين عليها ان تخرج على العلن منحها المؤقة , الصفقة العمومية و سمي بالمنح المؤقت ذلك انه الى غاية هذه المرحلة لن يتم المنح النهائي لهذه الصفقة التي يمكن الغاء منحها المؤقت او الغاء جميع اجراءاتها لعدم احترام احكام قانون الصفقات العمومية .

الفصل الثاني: الشروط الواجب توفرها في جريمة المحاباة

الفصل الثاني: الشروط الواجب توفرها في جريمة المحاباة

يستفاد من نص المادة 26 فقرة 1 المتضمنة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ’أن أن الركن المادي لجريمة منح الامتيازات غير المبررة يقوم على عنصرين أساسيين هما: السلوك أو النشاط الإجرامي والغرض من هذا السلوك وهذا ما سنتطرق إليه ضمن مبحثين:

المبحث الأول : السلوك الإجرامي

يتحقق السلوك الإجرامي متى قام الموظف العام بإبرام آو تأشير عقد آو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالف لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات[1]

المطلب الأول : العمليات التي ينصب عليها السلوك الإجرامي لجريمة المحاباة

إن النشاط الإجرامي لجريمة المحاباة يمكن تحليله إلى صور التالية :

1/إبرام عقد آو اتفاقية آو صفقة او ملحق خلافا لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات

2/تأشير عقد او اتفاقية او صفقة او ملحق خلافا لأحكام التشريعية والتنظيمية بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات , وقبل التفصيل في صورتي النشاط الإجرامي لابد من دراسة والتحليل العمليات التي ينصب عليها الركن المادي للجريمة كما يلي :

[1]احسن بوصقيعة الجيز في القانون الجزائي الخاص , جرائم الفساد المالي و الاعمال , جرائم التزوير الجزء الثاني طبعة 11 سنة 2011 , ص 18

الفرع الأول : العقد والاتفاقية

1-العقد:هو توافق ارادتين بين شخصين آو أكثر بغية أحداث أثار قانونية معينة والعقود الإدارية في صنف من الارتباطات والعلاقات القانونية المترتبة على توافق إرادة الإدارة مع إرادة الطرف الأخر حول موضوع يتعلق بمرفق عام مع اللجوء الإدارة إلى استعمال امتيازات السلطة العامة من خلال استخدام وسائل القانون العام [1]

2-الاتفاقية :لا تختلف عن مفهوم العقد , غير أنها عملية تطلق على العقود التي تبرمها الدولة مع شخص معنوي او طبيعي والمتعلقة بانجاز أشغال او خدمات لصالحها عندما لا يرق المبلغ المخصص لها الى مبلغ الصفقة وتتم تقريبا بنفس الإجراءات المعمول بها في الصفقات العمومية الا ما تعلق بطريقة الإبرام , الرقابة والإشهار

-وقد جا في المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المعدل والمتمم للمادة 06 من المرسوم الرئاسي 136/10المتعلق بالصفقات العمومية . [2] ان كل عقد او طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000دج) او يقل عنه لخدمات الأشغال او اللوازم , وأربعة ملايين دينار (4.000.000دج) لخدمات الدراسات او الخدمات لايقتضي وجوبا إبرام الصفقة

وعليه يقصد بالاتفاقية العقود التي تبرمها الدولة او المؤسسات الإدارية التابعة لها,مع شخص أخر سواءا كان شخص طبيعي او معنوي .خاص او عام . والمتعلقة بانجاز اشغال او خدمات

[1]محمد الصغي بعلي العقود الادارية , دار العلوم عنابة , 2005 , ص 05
[2]بوقرين عبد الحليم , مكافحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية , مقال منشور في مجلة العوم القانونية و السياسية , كلية الحقوق و العوم السياسية , العدد 03 سنة 2014 ص 147

لصالحها , وذالك عندما لا يبلغ المخصص لها مبلغ كما هو محدد بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 23/12السابق الذكر.

اما في حالة ما بلغت قيمت العقد (4.000.000 دج)بالنسبة لخدمات الدراسات او الخدمات و (8.000.000 دج) بالنسبة لخدمات الاشغال او اللوازم ففي هذه الحالة تكون الادارة ملزمة باجراء صفقة والتي تتم اما عن طريق المزايدة او المناقصة او الاستشارة او التراضي وتتم الاتفاقية تقريبا بنفس اجراءات الصفقة الا ما تعلق منها بطريقة الابرام او المراقبة الاشهار الصحفي ويتم ابرام الصفقات بدءا بالاعلان عن الصفقة مرورا بتقديم العروض وصولا الى ارساء الصفقة والمصادقة عليها.[1]

اما مفهوم الصفقة كما هو وارد في قانون مكافحة الفساد فيتسع ليشمل كافة العقود التي يبرمها الموظف العمومي حيث يدخل ضمنها صفقات يبرمها موظفو الهيئات المذكورة بالمادة 02منه من قانون مكافحة الفساد كما تضم ايضا العقود التي يبرمها الأشخاص الذين يتولون وظيفة او وكالة في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عمومية ... ومن ذلك ايضا الصفقات التي يبرمها مسؤولو المؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الراس مال المختلط ...., حيث يخضع ابرام مثل هذه الصفقات ومراجعتها وتعديلها للقواعد العامة التي تحكم العقود التجارية والاجراءات المحددة في القواعد الخاصة لهذه المؤسسات .[2]

[1] بوقرين عبد الحليم مكافحة المحاباة في الصفقات العمومية المرجع نفسه ص 147
[2] بوقرين عبد الحليم مكافحة المحاباة في الصفقات العمومية المرجع نفسه ص 148

الفرع الثاني: الصفقة والملحق

1/الصفقة :قد ورد تعريفها فيما سبق

2/الملحق:في مجال الصفقات العمومية قد تطراء بعض الظروف التي يتحتم معها تعديل الالتزامات المتبادلة ..., وهذا يتم عن طريق الملحق والذي يعرف بانه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم بين نفس اطراف الصفقة الاصلية ويكون الهدف منه زيادة الخدمات او تقليلها او تعديل بند او عدة بنود تعاقدية في الصفقة الاصلية , ويمكن ان تغطي الخدمات موضوع ملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الاجمالي بشرط ان لا يعدل موضوع الصفقة جوهريا

-وقد عرفت المادة 103 من قانون الصفقات العمومية كما يلي :

"يشكل الملحق وثيقة تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات اذا كان هدفه زيادة الخدمات او تقليلها او تعديل بندا او عدة بنود تعاقدية في الصفقة ".[1]

ولقيام جنحة منح الامتيازات غير المبررة اقر المشرع ضرورة القيام بأحد السلوكات و العمليات التالية بطريقة مخالفة للقوانين المنظمة لها

[1]بوقرين عبد الحليم المرجع نفسه ص 148

الفرع الثالث: التاشير على العقد ومراجعته

يقصد بالتاشير الموافقة على الصفقة او العقد من قبل الممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة وهو المضاء وقد نصت المادة 08 من قانون الصفقات العمومية انه :"لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية الا اذا وافقت عليها السلطة المختصة ...."[1]

ويقصد بالتاشير ايضا الامضاء او الموافقة او المصادقة الذي يتم من طرف المسؤول عن العقد او الاتفاقية كشرط لاستكمال عنصر الرضا قبل الشروع في التنفيذ ...,حيث تخضع الصفقات للرقابة قبل دخول حيز التنفيذ وبعده ,وتمارس هذه الرقابة في شكل رقابة داخلية عن طريق لجنة فتح الاظرفة لدى المصلحة المتعاقدة وتهدف هذه الرقابة الى التثبت من صحة تسجيل العروض واعداد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها مع توضيح مبالغ المقترحات وتحرير محضر اثناء انعقاد الجلسة , كما ان هناك رقابة اخرى وهي رقابة خارجية , وكذا التحقق من من مطابقة التزام المتعاقد للعمل المبرمج بكيفية نظامية وبالاضافة الى الرقابة الداخلية والخارجية نجد الرقابة الوصائية التي تهدف الى التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لاهداف الفعالية الاقتصادية ....,[2]

اما المراجعة فتتعلق اساسا بمخالفة الاجراءات الاسعار وهذا يقصد منح المتيازات غير المبررة .[3]

[1] السايح معمر , مذكرة تخرج بعنوان جرائم الصفقات العمومية في قانون الفساد , سنة 2013 /2014 , المرجع نفسه ص 46
[2] بوقرين عبد الحميد , مكافحة المحاباة , مقال منشور , المرجع نفسه , ص 149
[3] مذكرة تخرج بعنوان

-الانشطة التي ينصب عليها السلوك الاجرامي :

لقيام جنحة منح المتيازات غير المبررة اقر المشرع ضرورة القيام باحد السلوكات والعمليات التالية بطريقة مخالفة لقوانين المنظمة لها:

1-ابرام عقد او اتفاقية او صفقة او ملحق:

يقصد بالابرام الكيفيات والاشكال والاجراءات التي يتطلبها القانون لاعتماد صفقة او عقد او ملحق او اتفاقية بشكل يرتب عليه القانون اثار وتبرم الصفقات العمومية وفقا لاجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة او وفق اجراء التراضي كاستثناء .[1]

2-تاشير عقد او اتفاقية او ملحق:

يقصد بالتاشير الموافقة على الصفقة او العقد من قبل الممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة ,وهو الامضاء وقد نصت المادة 08 من قانون الصفقات العمومية على انه "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية الا اذا وافقت عليها السلطة المختصة ..."ثم المصادقة من طرف لجنة الصفقات .

مخالفة الاحكام التشريعية والتنظيمية عند ابرام او تاشير العقود والصفقات والاتفاقيات والملاحق :

تقتضي جريمة منح الامتيازات غير المبررة وفقا للمادة 26 فقرة 01من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ان يقوم الموظف العام بالابرام او التاشير على عقد او صفقة او اتفاقية او

[1]المادة 25 من قانون 10_236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

ملحق خلافا لاحكام التشريعية وتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الاجراءات ما يترتب عنها قيام مسؤولية جزائية.[1]

المطلب الثاني : صور الأعمال المخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية

الفرع الأول : الصفقات والعقود التي تخضع وجوبا لقانون الصفقات العمومية

-ويقصد بها الصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية الصادرة بتاريخ 7-10-2010 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تبرمها الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية المنصوص عليها فالمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236عندما تتجاوز قيمة العقد او الطلب مبلغ اربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) بالنسبة لتقديم الخدمات او انجاز الاشغال او اقتناء اللوازم .[2]

ونشير في هذا الصدد الى عدم استقرار قانون الصفقات العمومية حيث عرف القانون الجديد ابع تعديلات في مدة سنتين من تاريخ صدوره في 7-10-2010, الاول في 01-03-2011, بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98 .والثاني في 16-06-2011, بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-98.والثالث في 18-01-2012, بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23, والرابع في 13-01-2013 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03.

[1] السايح معمر , مذكرة تخرج بعنوان جرائم الصفقات العمومية المرجع نفسه ص 46
[2] احسن بوصقيعة جرائم الصفقات العمومية , ص 143

ا/العمليات والمتعاملون المعنيون بالصفقة العمومية :

1-العمليات المعنية بالصفقة العمومية :

ويتعلق الامر طبقا للمادة 13من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بالعمليات الاتية :

-صفقة الاشغال: وهو اتفاق يهدف الى قيام المقاول ببناء او صيانة او تاهيل او ترميم او هدم منشآت او جزء منها ,بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها ,وذلك في ظل احترام بنود العقد التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع [1]

واذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم يتجاوز مبلغها قيمة الأشغال فان الصفقة تكون صفقة اشغال.

صفقة اللوازم : تهدف إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.

صفقة الدراسات : تهدف إلى قيام بدراسات نضج واحتمالا تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط انجازها أو استغلالها.

وتشمل هذه الصفقة عند إبرام صفقة الإشغال مهمات المراقبة التقنية لفائدة صاحب المشروع .

صفقة تقديم الخدمات : هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال واللوازم أو الدراسات.

[1]احسن بوصقيعة المرجع نفسه , ص 144

2-المتعاملون المعنيون بالصفقات العمومية: يستفاد من المادة 02من قانون الصفقات العمومية المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03-2013 أن المشرع يميز بين ثلاث فئات :

الفئة الأولى : وهي الفئة التي تخضع لقانون الصفقات العمومية بصفة أصلية ويتعلق الأمر بالإدارات والمؤسسات التالية :[1]

-الإدارات العمومية كرئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة ,والوزراء

-الهيئات الوطنية المستقلة كالمجلس الدستوري ومجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني والمجلس الإسلامي الأعلى والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي .

-الولايات والبلديات.

-المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري .

ملاحظة : المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 استثنت العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين بنصها على ان هذه العقود لا تخضع للمرسوم المذكور .

الفئة الثانية : هي الفئة التي تخضع لقانون الصفقات العمومية بصفة استثنائية :ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية التالية :

-مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات طابع العلمي والتكنولوجي و المؤسسات ذات طابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني

[1] احسن بوصقيعة , المرجع نفسه , ص 136

مؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري .

مع العلم ان مؤسسات هذه الفئة لا تخضع لقانون الصفقات العمومية الا في حالة ما كلفت المؤسسات بانجاز عملية ممولة بمساهمة من الدولة .

غير أن الفقرة 03 من المادة 02 جاء فيها "يتعين على المؤسسات العمومية غير المؤسسات العمومية ذات طابع الإداري عندما تنجز عملية غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة

-وفي هذه الحالة يتعين على الوزير الوصي أن يضع جهازا للمراقبة الخارجية للصفقات ويوافق عليها "

لا شك في مثل هذه الإجراءات التي تصاغ في شكل أنظمة داخلية خاصة بالمؤسسات المذكورة ليست تنظيما بمفهوم القانون الإداري ومن ثم خرقها لا يشكل مخالفة لأحكام التنظيمية .

-وعليه فان مخالفة تلك الأنظمة لا يترتب عليها أثار جزائية المقررة في المادة 26-فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد مالم يشكل هذا الفعل إخلالا بأحكام تشريعية أو تنظيمية متعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات منصوص عليها في نصوص أخرى غير قانون الصفقات العمومية .

الفئة الثالثة : وهي الفئة التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية وتتمثل في المؤسسات العمومية الاقتصادية .

2-المبادئ الواجب مراعاتها : شددت المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية على وجوب مراعاة الصفقات العمومية ,مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات , وهي نفس المبادئ التي نصت عليها المادة 09 من قانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006. المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.[1]

أ / مبـــدأ حـرية الترشح :

كـل عـون اقتصادي له الحق في المشاركة في أي صفقة و تنظم الإدارات و المؤسسات العمومية ما لم يكن محل القضاء , و هذا ما نصت عليه لمادة 52 منى قانون الصفقات العمومية , التي حددت حالات القضاء , و تتمثل في المتعاملين الاقتصاديين الذين هم في حالة افلاس او تصفية او وقف عن نشاط او تسوية قضائية او صلح , او محل اجراء من الاجراءات المذكورة او لذين لم يصدر عليهم حكم صار نهائيا بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية او الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية .

[1] احسن بوصقيعة , المرجع نفسه , ص146

ب / مبدا المساواة بين المترشحين :

يقتضي مبدا المساواة بين المترشحين بالنسبة للصفقات التي تكون محل وضع في المناقشة , مراعات حملة من القوى اهمها القواعد المتعلقة باعتماد المترشحين و القواعد المتعلقة بايداع العروض و كذا المتعلقة باختيار المستفيد منة الصفقة , وكل مسساس باحدى هذه القواعد يشكل جنحة محاباة .

1/ المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المترشحين :

ومن هذا القبيل المصلحة المتعاقدة التي تريد ابعاد المؤسسات يحتمل فوزها بالصفقة بالصفقة لتخصيصها للمقاولة تريد المصلحة المتعاقدة تفضيلها فتقرر ان المؤسسات المذكورة لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة انجازه او اشتراط اهلية معنية معنية غير ضرورية لتنفيد الصفقة وهي الاهلية المتوفرة لدى المؤسسة المراد تفضيلها دون غيرها .[1]

2/المساس بالقواعد المتعلقة بايداع العروض :

يجب ان يكوم للمترشح الوقت الكافي لاعداد عروضهم وان يكون على دراية تامة و دقيقة بالوقت المخصص لهم من اجل ذلك .

وعدم احترام الاجال المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية يعتبر او يشكل جنحة المحابات و هذا لتمكين المترشحين من تحضير عروضهم .

[1] احسن بوصقيعة المرجع نفسه ص 147

و كذا تحديدي عمدا اجال قصير لايداع العروض في حين ان القانون لا ينص على اجال ادنى من اجل منح الغير امتياز غير مبرر

المساس بالقواعد المتعلقة باختيار المستفيد من الصفقة :

يقتضي مبدأ المساواة بين المترشحين , تخصص الصفقة للمترشح الذي يقدم أفضل عرض و يقترح أفضل الخدمات بأفضل سعر و كل مساس بهذه القاعدة يشكل جنحة المحاباة .

وعليه حسب المادة 56 من قانون الصفقات العمومية فان اختيار المتعامل المتعاقد مذكرو إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة و يجب أن يستند هذا الاختيار على نظام التنقيط مؤسس لا سيما على ضمانات تقنية و المالية ' السعر و النوعية , و آجال التنفيذ .

عموما تشمل القواعد المتعلقة باختيار المترشحين كيفيات إبرام الصفقة و تأهيل المترشحين و إجراءات المنصوص عيها في قانون الصفقات العمومية .

و بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية و الباب الثالث منه تحديدا يجب مراعاة القواعد الآتية عند اختيار المترشحين :

تبرم الصفقات العمومية وفقا لاجراءات المناقصة وتكون هذه الاخيرة وطنية او دولية ويمكن ان تكون المناقصة مفتوحة او محدودة او انتقائية كما يمكن ان تتم على شكل مزايدة او مسابقة.

فيما يخص المزايدة فقد عرفتها المادة 33 من الصفقات العمومية على انها اجراء يضع الصفقة للمتعهد الذي يقدم احسن عرض اقل ثمن

اما المسابقة فقد عرفتها المادة 34 على انها اجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية و جمالية او فنية خاصة .

1-التراضي البسيط:

اذا كان التراضي البسيط استثناءا عن القاعدة العامة في ابرام الصفقات العمومية فان اجراء التراضي البسيط يعد استثناءا على الاستثناء لانه بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بابرام الصفقات العمومية مع متعامل وحيد بمجرد تطابق ارادتين على محلها وفقا لدفتر الشروط معد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة , دون اللجوء الى اي نوع من انواع الاشهار او الدعوى الى المنافسة غير ان هذا الاجراء لا يتم اللجوء اليه في الحالات المتعددة على سبيل الحصر في المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي نلخصها فيما يلي :

ا/حالة احتكار متعامل وحيد لتنفيد الخدمات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة او احتكار الطريقة التكنولوجية التي اخترتها المصلحة المتعاقدة وعليه طالما تثبت ان هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه المواصفات التقنية المطلوبة من جهة الادارة فلماذا يشترط الاعلان او تلزم الادارة بالخضوع لاجراءات المناقصة وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة وهو نفس ما اقرته المادة 61 من الامر 67-90 والمادة 44 من المرسوم 82 - 145 والمادة 40 من المرسوم التنفيدي 91-434 من المرسوم 02-250.

ب/حالة تموين المستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية فكأنما نحن في أمام حالة ميدانية تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ماسة وسريعة أن

تتحرك بغرض ضمان حسن سيرة الاقتصاد الوطني وتوفير حاجة ما أو مادة للسكان فلو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكلفه من نشر وأجال وإجراءات لا يؤثر ذلك سلبا على حسن الاقتصاد , لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط.

ج/-في حالة مشروع ذي أهمية وطنية أي ما يتعلق بالأمر بمشروع ذي أولوية أو ذي أهميةلا وطنية .وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام صفقات الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء

عندما يمنح النص التشريعي أو التنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية

وتعتبر هذه الحالة جديدة يظهر من خلالها آن المشرع أراد أعطاء أولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية هكذا إطلاقا دون تحديد لطبيعتها ومصدر هذه الأولوية هي نص تشريعي أو نص تنظيمي وهو ما أشارت إليه المادة 45 فقرة 05من المرسوم الرئاسي 10-236 .

تأسيسا على ما تقدم نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة لذا وجب التغاضي على الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول ويبقى أنها مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي على سبيل الحصر .

2/ التراضي بعد الاستشارة :

لم يرد في المرسوم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تعريف محدد لاجراء التراضي بعد الاستشارة غير انه يمكن القول بأنه ذلك الإجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة . بعد الاستشارة المسبقة تسمح لها بدراسة وضعية السوق وإمكانية المتعاملين الاقتصاديين المتقدمين لها

ويتم تنظيم هذا الإجراء وفقا لنص الفقرة 02 من المادة 22 بجميع الوسائل المكتوبة في نشر اعلان يعلق على لوحة إعلانات المصلحة المتعاقدة كما يمكن توزيعه على جميع مصالح التي يقصدها المتعاملون المهتمون بالأمر .يتضمن الإعلان :

-طبيعة المشروع وموضوعه .

-طريقة منح الصفقة .

-شروط المطلوب توفرها في المتعاملين .

-مدة إيداع العروض.

-كما قد يتم الأمر عن طريق الاتصال بمجموعة من المتعاملين بموجب رسالة توجه إليهم وتمكينهم من دفتر الشروط لاختيار أحسنهم عرضا واللجوء إلى إجراء التراضي. بعد الاستشارة لا يتم إلا في حالات محددة .

على سبيل الحصر في المادة 38 من المرسوم 02-250 وتتلخص فيما يلي:

1-حالة عدم جدوى الدعوى إلى المنافسة .

2-حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تحدد قائمتها بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني ,والتي تستلزم طبيعتها اللجوء إلى إجراءات المناقصة .

3-حالة العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتمويلات الامتياز وتحويل الديون الى مشاريع تنموية أو هبات عندما تنص اتفاقيات التمويل على ذلك.

وأكثر هذه الحالات شيوعا في الواقع العملي هي الحالة الأولى المتعلقة بعدم جدوى المنافسة وهي لا تثير أي إشكال .فإذا تمت إجراءات الدعوى إلى المنافسة بطريقة قانونية .واتضح انه لم يتقدم أي عارض أو تقدم عارض وحيد مما يقضي على مبدأ المنافسة ,تعلن المناقصة غير مجدية ويلجا إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة .غير أن الأشكال يثور بشان الحالة الثانية لعدم وضوح المقصود من عبارة " التي لا يستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة " فكثيرا ما تلجا المصلحة المتعاقدة إلى إبرام عقود بشان أشكال والخدمات لا تتعدى قيمتها المبلغ المحدد لإبرام الصفقة , استنادا إلى هذه الحالة رغم أن الأمر قد لا يتعلق بالمبلغ وعليه يبقى الإشكال مطروح.

وعليه يخضع تقرير حالة من هذه الحالات لتبرير اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط في إبرام الصفقة إلى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تبرير اختيار أنها عند كل مراقبة تمارسها عليها أية سلطة مختصة , كما انه يعود للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحال يستوجب إبرام الصفقة وفقا لهذا الإجراء أم لا .

ويمكن له أن يتبين ذلك من خلال الملف المطروح أمامه أو من خلال ظروف إبرام الصفقة مع الأخذ بعين الاعتبار انه إجراء استثنائي , كما يؤخذ في الاعتبار أن اختيار هذا الإجراء وبالرغم مما يوفره من حرية المفوضة على التعسف الإدارة في عملية الاختيار أو يؤدي إلى تعطيل مبدأ شفافية والمساواة بين المتعاملين المرشحين .

الفرع الثاني :الحالة الخاصة بالعقود العمومية التي لا تخضع وجوبا لقانون الصفقات العمومية

ويتعلق الأمر بالصفقات آلاتية :

-العقود التي تبرمها الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية التي تخضع لقانون الصفقات العمومية ,عندما لا تتجاوز قيمة العقد أو الطلب المبلغ أربع ملايين دينار (4.000.000دج), بالنسبة لتقديم الخدمات أو انجاز الدراسات , و مبالغ ثمانمائة ملايين دينار (8.000.000) بالنسبة لانجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم.

-العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية غير المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. غير المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري , عندما تكون مكلفة بانجاز الأشغال و اقتناء اللوازم

تكون الإدارات و الهيئات و المؤسسات العمومية المعنية مخيرة في الحالتين بين أمرين , فإما أن تبرم الصفقة أو العقد وفق أحكام قانون الصفقات العمومية التي سبق بينها , لا سيام ما تعلق منها بكيفية إبرام الصفقة , و في هذه الحالة يتعين مراعاة الأحكام السالف ذكرها , و إما عدم التنفيذ بأحكام قانون الصفقات العمومية , لا سيام ما تعلق منها بكيفية إبرام الصفقة , و يتعين عليها في هذه الحالة مراعاة أحكام المادة 6 من قانون الصفقات العمومية .

و بالرجوع إلى المادة 06 المذكورة المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 12_23 نجد أن المشرع فرض على الطلبات التي لا تتجاوز السقف المحدد لإبرام الصفقات العمومية وجوب شرطين أساسيين و هما : أن تكون الطلبات محل الاستشارة بين ثلاثة متعهدين مؤهلين على الأقل . لانتقاء أحسن عرض بين الجودة و السعر .

كما يجب ان تكون هذه الطلبات محل سندات طلب و عقود تحدد حقوق الأطراف وواجباتهم , و يكون العقد وجوبا فيما يخص خدمات الدراسات .

و يجب على المصلحة المتعاقدة إرفاق الالتزام لا نفقة بتقرير تقديمي يبرر فيه الاستشارة و ككيفية اختيار المتعهد الذي رست عليه الاستشارة .

و إذا استحال استشارة ثلاثة متعاملين على الأقل , يجب على المصلحة المتعاقدة توضيح الظروف المبررة لذلك في التقرير التقديمي .

غي انه لا تكون محل استشارة وجوبا , و لا سيام في حالة الاستعجال طالبات الخدمات التي تقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية , عن خمسة مائة دينار (500.00 د ج) في ما يخص الأشغال أو اللوازم , و عن مائتي ألف دينار (200.000 د ج) في ما يخص الدراسات أو الخدمات و يمنع تجزئة الطلبات بهدف تفادي الاستشارة , كما لا تكوم الطلبات بهدف تفادي الاستشارة , كما لا تكون الطلبات بهدف تفادي الاستشارة , كما لا تكون الطلبات المذكورة محل عقد و جوبا في حالة الدراسات .

و من جهة أخرى , نصت المادة 06 على انه إذا تم تحتم على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة , و كانت مبالغها تفوق

السقف المحدد لإبرام صفقة عمومية وجوبا , تبرم حينئذ صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا و تعرض على الهيئة المخصصة بالرقابة الخارجية للصفقات .

و في كل الأحوال يتعين على المصلحة المتعاقدة مراعاة أحكام المادة 09 من قانون مكافحة الفساد التي نصت على جملة من القواعد يجب أن تؤسس عليها الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية , و هي الشفافية و المنافسة الشريفة و معايير موضوعية .

و يجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص : علانية المعلومات و الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء و معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرار و حق الطعن

و كل اخلال بحكم من هذه الاحكام يشكل مساس بمدا المساواة يعرض صاحبه للمساءلة الجزائية من اجل جنحة المحاباة .

ج / الصفقات و العقود التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية :

قلنا فيما سبق أن جنحة المحاباة لا تخص فقط قانون الصفقات العمومية و إنما تعني أيضا أية مخالفة لأحكام تشريعية أو تنظيمية أخرى تتعلق بالحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات

يمكن تقسيم الصفقات و العقود التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية و التي قد تشكل مع ذلك جنحة المحاباة في صورة ما إذا كانت مخالفة لأحكام التشريعية أو التنظيمية و أخرى تتعلق بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات إلى ثلاثة فئات :

-الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية غير المؤسسات ذات الطابع الإداري عندما لا تكون مكلفة بعملية انجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقت أو نهائية من الدولة , أي عندما تكون العملي محل الصفقة ممولة من مالها الخاص .

-الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية .

-الصفقات التي تبرمها المؤسسات ذات رأس مال مختلط و المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية , باعتبار مسئوليها موظفين عموميين بمفهوم المادة 02 ب من قانون مكافحة الفساد .

-الصفقات المؤسسات العمومية غير المبرر : يجب التميز بين حالتين الحالة الاولى :

تمييز ما إذا كانت هذه المؤسسات مكلفة انجاز عملية ممولة من الدولة : هنا تطبق على صفقاته نفس الأحكام المقرر للصفقات العمومية التي سبق بيانها .

الحالة الثانية : تتمثل يما إذا كانت هذه المؤسسات غير مكلفة بانجاز عملية ممولة من الدولة :يستنتج من المادة 02 من قانون الصفقات العمومية أن هذه المؤسسات تكون ملزمة لأحكام قانون الصفقات العمومية من خلال تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم قانون الصفقات العمومية و اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية

صفقات لمؤسسات الاقتصادية :

و هي الصفقات التي لم تعد تخضع لقانون الصفقات العمومية منذ تعديله بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13 / 03 .

و لا يغير في الأمر شيئا ما نصت عليه المادة 02 المعدلة في فقرتها الرابعة باعتبار أن إجراءات الخاصة بإبرام الصفقات تلك المؤسسات لا ترقى مستوى النصوص التنظيمية كما سيأتي بيانه .

أثار تطبيق قانون الصفقات العمومية على المؤسسات العمومية الاقتصادية انتقادات عديدة من منطلق ان المؤسسات المذكورة أصبحت منذ صدور قانون 12 -01-1988 المتضمن قانون التوجيه الاقتصادي ,مؤسسات المستقلة تخضع في تسيرها للقانون التجاري , وتأكد ذلك مع صدور الأمر المؤرخ في 20-08-2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسيرها

خصوصها الذي جاء لتدعيم استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية وتأكد خضوع تسييرها لأحكام القانون التجاري .

أجمالا .مرت مسالة خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية باربع مراحل أساسية وهي :

مرحلة خضوع التام لقانون الصفقات العمومية : قبل تاريخ 29-03-1988 كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية باعتبارها مؤسسات اشتراكية تخضع للتشريع والتنظيم الذين يحكما

الصفقات العمومية ,لاسيما المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

مرحلة عدم خضوع التام لقانون الصفقات العمومية : منذ صدور المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29-03-1988 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04 - 1982 السالف الذكر .تم إبعاد المؤسسات العمومية الاقتصادية من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية . و جاء هذا النص تطبيقا للقانون المتضمن التوجيه الاقتصادي الصادر بتاريخ 12-01-1988 الذي كرس مبدآ استقلالية المؤسسات العمومية .

و قد تأكد عدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 02- 250 المؤرخ في 24-7-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي تزامن صدوره مع صدور أمر 20-08-2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسيرها وخوصصتها .

مرحلة الخضوع النسبي لقانون الصفقات العمومية :منذ تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26-10-2008 أصبحت المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع لقانون الصفقات العمومية عندما تكلف هذه المؤسسات بانجاز عملية ممولة كليا او جزئيا من ميزانية الدولة .

و تأكد ذلك بصدور قانون جديد للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236-المؤرخ في 2010/10/17 حيث نصت المادة 02 منه المعدلة بالمرسوم رقم 12-23 المؤرخ في 18-01-2012 في فقرتها الثانية على آن قانون الصفقات العمومية يطبق على

الصفقات محل النفقات ... المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة .

و يفهم من هذا النص أن المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع لقانون الصفقات العمومية , عندما لا تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أي عندما تكون العملية ممولة من مالها الخاص , غير أن ما نصت عليه نفس المادة من فقرتها الثالثة أضفى على المسالة شيء من الغموض و زادها تعقيدا . حيث جاء فيها : " يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم ... تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية و العمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة " .

و هنا يثار نفس السؤال الذي سبق إثارته بخصوص المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري , حول القيمة القانونية للإجراءات الخاصة للصفقات التي تعدها المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما لا تكوم مكلفة بانجاز عملية ممولة بمساهمة من الدولة .

و هو و هو ما سنتطرق إلى تفسيره في المرحلة التالي :

مرحلة العودة إلى عدم الخضوع لقانون الصفقات العمومية :

تزامنت هذه المرحلة الجديدة مع صدور المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 2013/01/13 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 و بموجب هذا التعديل نصت المادة 02 من قانون الصفقات العمومية في فقرتها الرابعة صراحة على أن " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية " .

غيران نفس الفقرة أضافت : "ومع ذلك يتعين على هذه المؤسسات إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبدأ حرية الاستفادة من طلب المساواة في التعامل مع المرشحين والشفافية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية "

مرة أخرى يطرح التساؤل بخصوص القيمة القانونية لاجرءات إبرام الصفقات التي تعدها المؤسسات العمومية الاقتصادية وتعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية .

فهل ترقى هذه الإجراءات مستوى الأحكام التنظيمية التي تتحدث عنها المادة 26-1 من قانون مكافحة الفساد أم أنها مجرد نصوص داخلية خاصة بالمؤسسة المعنية ينحصر أثرها فيها ولا ينصرف إلى غيرها؟

ملاحظة : لقد سبق الإجابة على هذا السؤال حيث توصلنا إلى القول بان مثل هذه الإجراءات ليست تنظيما بمفهوم القانون الإداري وخرقها لا يشكل مخالفة لأحكام تنظيمية .

وما انتهينا إليه بخصوص المؤسسة العمومية ينطبق على المؤسسات العمومية الاقتصادية .

استنتاج : نستنتج أن إجراءات إبرام الصفقات التي تعدها المؤسسات العمومية الاقتصادية هي مجرد أنظمة داخلية لا ترقى إلى مستوى الأحكام التنظيمية التي تتحدث عنها المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد .

وعليه فان الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية تفلت من المسالة الجزائية بعنوان المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد ما لم يشكل هذا الفعل إخلالا بأحكام تشريعية أو تنظيمية أخرى تتعلق بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات

منصوصا عليها في نصوص تشريعية أو تنظيمية أخرى غير قانون الصفقات العمومية وهي النصوص التي يتعين بيانها .

فلا تقوم عندئذ جنحة المحاباة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 26-01 من قانون مكافحة الفساد إلا إذا ثبت أن المتعامل الاقتصادي خالف حكما تشريعيا أو تنظيميا يتعلق بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

المبحث الثاني : الغاية من السلوك الإجرامي

المطلب الأول : الهدف من السلوك الإجرامي

لا يكفي لقيام الركن المادي لجريمة المحاباة قيام الموظف العمومي بابرام عقد او صفقة او اتفاقية او ملحق أو مراجعتها أو تأشير عليها مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية بل يجب أن يكون الغرض من النشاط هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة ,كما يشترط ان يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط . فإذا استفاد منه الجاني جاز ان يكون الفعل رشوة .

فلا تقوم الجريمة بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية والتي تعد من الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة او السلطة الوصية والتي تتمثل في :

ا/الأعمال المخالفة للتشريع المعمول به في الصفقات العمومية قبل الشروع فالاستشارة :

أخذت جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية الصور التالية :

اللجوء غير المبرر لشراء بالفواتير , أي اللجوء إلى أسلوب التجزئة الصفقات العمومية .حيث نصت المادة 05من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 على انه :" كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين (8.000.000 د ج) أو يقل لخدمات الإشغال واللوازم .أربعة ملايين دينار (4.000.000.د ج) لخدمات الدراسات أو خدمات لا يتلقى وجوبا إبرام الصفقة .

يجب ان تكون الطلبات المذكورة محل استشارة لانتقاء احسم عرض غير انه إذا استلزم على المصلحة المتعاقدة ان تقوم بعدة طلبات لخدمة مماثلة لدى المتعامل خلال السنة المالية الواحدة وكانت مبالغها تفوق المذكور أعلاه تقوم حينئذ صفقة تدرج فيها الصفقات المنفذة وتعرض على الهيئات المختصة بالرقابة الخارجية

" اذا لم تتمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام الصفقة طبقا للفقرة السابقة وعرضها على هيئة الرقابة الخارجية المسبقة خلال السنة المالية المعنية ,بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات من النوع الكثير الاستعمال وذوي الطابع المتكرر , تبرم صفقة تسوية خلال السنة الموالية ".

وانطلاقا من نص المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 تظهر إمكانية تجزئة الصفقات العمومية كذلك ولا يجوز تجزئة العملية على شكل حصص إلا طبقا لدفتر نصوص المناقصة أو هيكل رخصة البرنامج كما هو محدد في قرار التسجيل الذي يحدده الأمر بالصرف المعني .إلا انه يجب التمييز بين التجزئة التي نصت عليها المادة 12 من ذات المرسوم , ففي الحالة الأولى لا يقتضي أمر إبرام الصفقة إذا كان المبلغ لا يتجاوز سقف معين " أما في الحالة الثانية فتكون تجزئة الصفقة وبمبلغ قد يفوق ثمانية ملايين د.ج بالنسبة للصفقات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين لخدمات الدراسات واللوازم.

"وقد منع المشرع تجزئة العقود حال تكاملها لأنها بحسب طبيعتها تؤدي إلى التهرب من الشروط والقواعد والإجراءات الموضوعة لقسمة العقد قبل تجزئته وهذا محضور فلا يجوز

اللجوء التجزئة محل العقود التي يحكمها القانون بقصد تحايل لتفادي الشروط والقواعد والإجراءات غير ذلك من ضمانات وضوابط منصوص عليها فيه "

"وغالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة , بحيث تكون هذه الفواتير من فعل شركات تابعة صديقة للشركات المستفيدة من الصفقة , وتحتوي على بيانات مزورة من حيث المبلغ او تاريخ أو في أداء الخدمة , وذلك من اجل إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب مناقصة لم يتم بلوغه في حين تكون الأشغال المنجزة قد فاقت ذلك ."

ومن أمثلة عن تجزئة الصفقات العمومية ما قام به احد رؤساء البلديات ولاية جيجل , حيث قام بتجزئة مشروع توسيع مقر بلدية إلى سبع مشاريع ومنح كل مشروع إلى مقاول بموجب سند أمر دون إعلان عن المشروع أو طرحه للتنافس بين المقاولين , وقد تم تقسيم المشروع من اجل تفدي إجراءات طرح المشروع للمنافسة بموجب مناقصة ومن هنا تظهر إفادة الغير بامتيازات غير المبررة وهذا كالآتي :

-أمر بالخدمة للمقاول بتاريخ 20-05-1995 بمبلغ 303.576.45 د ج .

-أمر بخدمة لمقاول ثاني بتاريخ 22-07-1995 بمبلغ 244.777.66 د ج و 336.012.50 د ج و 87.010.00 د ج.

-أمر بخدمة لمقاول ثالث بتاريخ 03-08-1996 بمبلغ 341.432.89 د ج و594.255.24 د ج و 659.987.12 د ج و 333.986.41 د ج.

-أمر بالخدمة لمقاول رابع بتاريخ 09-12-1996 بمبلغ 100.216.410 د ج .

تظهر من خلال هذه المبالغ ضخامة مبلغ الصفقة العمومية .

ومن خلال القضايا المعروضة على القضاة يظهر تلازم الصفقات العمومية مع جرائم اخرى كالاختلاس والتزوير وكذلك تبديد الأموال العمومية واستخدامها لأغراض شخصية .

-تسريب معلومات امتيازيه لأحد المعاملين :

وذلك قصد تمكينه من العرض وفقا لما هو مطلوب , مما يؤدي إلى إقصاء بقية المتنافسين وهذا يعتبر إخلال بمبدأ المساواة بين المتعاهدين والذي يعتبر مبدأ من مبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية بالإضافة إلى هذا إخلال بمبدأ المنافسة الشريفة بين المتعاملين مع الإدارة .

ب/ الأعمال المخالفة للتشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد فتح العروض:

بقصد تكريس الشفافية فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية , يمنح التفاوض مع اي من المرشحين , حيث يفترض أن تكون متساوية أمام القانون , إذ يقدمون عروضهم وفقا للمعايير المعان عنها .وتقوم جنحة المحاباة في هذه الحالة التفاوض مع بعض المرشحين بعد فتح العروض بغية تعديل العرض وقد يلجا إلى تعديل موضوع الصفقة أو زيادة الأسعار , بعد إعلان عنها في الجرائد وفي بعض الحالات لا يتم تسجيل بعض المتنافسين في الجل الخاص بالعروض , بغرض إقصاءهم وإتاحة الفرصة لمتنافسين آخرين للفوز بالصفقة .

ج/الأعمال المخالفة للتشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة :

في هذه الحالة قد يتم تنظيم صفقات تصحيحية أو إبرام ملحقات مخالفة للتشريع والتنظيم أو يحتوي على معلومات مخالفة لما هو في الواقع .

الصفقات التصحيحية : تخصص بعد الصفقات بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة .ويتم تسويتها كي تظهر في مظهر الشرعية وذلك بتنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال قد أنجزت.

الملحقات : يتم اللجوء إليها من اجل تخصيص أشغال إضافية لمؤسسة يتم اختيارها بدون اللجوء الى إجراءات جديدة لعرض الصفقة وهي كالإجراءات المطلوبة إذا كان من شان الملحق إن يحدث اضطرابا في السوق , وكثيرا ما يلجا إلى استعمال أسلوب الملاحق لتمرير عدة صفقات مشبوهة , وبموجبه لا تقوم الجريمة إلا إذا كان للمخالفات المرتكبة تأثير على تخصيص الصفقة وعلى قرار الصادر بشأنها .

*وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل احد المتنافسين على غيره فمثلا : تعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لأحد المتنافسين على صفقة غير مستحقة

من هنا تبرز الغاية من تجريم هذا الفعل وهو إرساء مبادئ الشفافية والمساواة والنزاهة بين المرشحين للحصول على الصفقات العمومية وتكريس القواعد الموضوعية في مجال إبرام الصفقات العمومية .

وتبعا لذلك تنتفي الجريمة بانعدام الغرض المتمثل في إفادة الغير بامتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ,ولذلك تشدد المحكمة العليا رقابتها على إبرازه في حكم الإدانة , إذ

نقضت في مناسبات عديدة أحكاما لا لسبب إلا لعدم إبراز الغرض من عدم مراعاة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية .

كما تجدر الإشارة إلى انه على القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهذه الجريمة , وذلك لكشف الإجراء المخالف للقانون وربطه بمن رست عليه الصفقة مبرزا العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفقة لأحد المرشحين.

المطلب الثاني: العقوبة المقررة لجريمة المحاباة

الفرع الأول : العقوبات الأصلية

1-العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي :يعاقب المشرع على جريمة المحاباة في المادة 26 "بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من مائتي ألف إلى مليون د.ج

كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات .

2-العقوبة المقررة للشخص المعنوي :

اقر المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية حيث نص المشرع على مسؤولية الجزائية للشخص المعنوي فالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات رقم 04-4-15 التي تقضي "باستثناء الدولة

والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسئول جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك ".وان المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك .

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

كما نصت غالبية التشريعات التي أقرت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على أن هذا الأخير يكون مسئولا عن الجرائم المرتكبة لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه حسب ما ورد في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات .

والمشرع الجزائري عمم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد بما فيها جريمة المحاباة وذلك بان يكون الشخص الاعتباري مسئولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا لقواعد المقررة في قانون العقوبات .وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة (1) إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد أي غرامة تتراوح مابين (1.000.000دج) و (5.000.000 د ج) .وعليه فلا يحكم

على الأشخاص المعنوية إلا بغرامة مالية ونجد أن المشرع قد لجاء إلى تغليظ 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 الغلبة لعقوبة نصيب الجاني في ذمته المالية .

الفرع الثاني : العقوبة التكميلية

العقوبات التكميلية هي تلك العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إما إجبارية أو اختيارية .

وينص المشرع على انه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون , يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات .

والمشرع يميز في إقراره للعقوبات التكميلية بين العقوبات المقررة للشخص طبيعي والعقوبات المقررة للشخص المعنوي .

1-العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية المقررة للشخص الطبيعي :

يجوز الحكم على الجاني بعقوبة آو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات وهي :

ا-الحجر القانوني :

يتمثل الحجر القانوني في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبات الأصلية , وتتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي .

الحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية": يتمثل هذا الحرمان في :

العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف أو المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة .

الحرمان من حق الانتخاب آو الترشح و من حمل أي وسام .

عدم الأهلية لان يكون مساعدا محلفا أو خبيرا , أو شاهدا على أي عقد آو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

الحرمان من الحق في حمل الأسلحة أو التدريس , و في إدارة مدرسة او الخدمة في مؤسسة التعليم ... أستاذا أو مدرسا أو مراقبا .

عدم الأهلية لان يكون وصيا او قيما .

سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها .

و في حالة الحكم بعقوبة جنائية , يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من الحق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها 10 سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه .

ب-تحديد الإقامة :

أي إلزام المحكوم عليه بان يقيم في منطقة يعينها الحكم و لا يجوز أن تجاوز مدته المدة المقررة قانونا , أي أن يقيم في منطقة يعنها في نطاق إقليمي يعينه الحكم لمدة لا تتجاوز خمس 05 سنوات و يبدأ من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه .

و يعاقب الشخص الذي يخالف احد تحديد الإقامة بالحبس من ثلاثة 03 أشهر إلى ثلاثة 032 سنوات و بغرامة من 25.000 د ج إلى 300.000 د ج

ج-المنع من الإقامة :

هو الحظر على المحكوم عليه أن يوجد في بعض الأماكن , و لا يجوز أن تفوق مدة خمس 05 سنوات في مواد الجنح , كما هو الحال في الجرائم المتعلقة بالنفقات العمومية , و يطبق المنع من يوم انقضاء العقوبة الأصلية آو الإفراج عن المحكوم عليه .

كما يجوز أن يحكم بالمنع من الإقامة في حالة الإدانة لارتكاب جناية أو جنحة , و عندما ينص القانون على عقوبة المنع من الإقامة في التراب الوطني يجوز الحكم بها , أما نهائيا آو لمد 10 سنوات على الأكثر على كل أجنبي مدان لارتكابه جناية آو جنحة , و يترتب على المنع من الإقامة في التراب الوطني اقتياد المحكوم عليه الأجنبي الذي يخالف عقوبة المنع من الإقامة بالتراب الوطني المحكوم بها عليه

بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 25.000 دج إلى 3.000.00 دج .

ر- المنح المؤقت منحة أو نشاط :

يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكاب جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة النشاط , إذا ثبت للجهة القضائية أن الجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولتها , و ان ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما , و يصدر الحكم بالمنع لمدة لا تتجاوز 05 سنوات في حالة الإدانة لارتكابه جنحة .

د- المصادرة :

المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء .

و تعرف المصادرة على أنها عقوبة مادية أو عينية من شان الحكم بها أن ينقل جانب الحكومة ملكية الأشياء التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت أو كان من شانها أن تستعمل فيها .

لكن ليست كل الأموال والأشياء قابلة للمصادرة , فالمشرع استثنى الأشياء التالية :

محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه , إذا كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة وعلى شرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع .

-المداخل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليهم وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالتهم.

ج-الإقصاء من الصفقات العمومي :

هو حرمان من يصدر به حكم نتيجة ارتكابه جريمة من جرائم الصفقات العمومية من دخول المناقصات التي تعلن عنها الإدارة وذلك على سبيل الجزاء وتوقع على صاحب العطاء وذلك لأخطاء ارتكبها الشخص الطبيعي أو المعنوي في تعاقدات سابقة مع الإدارة .

ويترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم من المشاركة في أية صفقة لمدة تزيد عن 5سنوات في حالة الإدانة بجنحة .

تأكيدا من المشرع على ضرورة مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية .أكد المشرع ودون الإخلال بالمتابعات الجزائية على إن كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد عمومي بمنح أو تخصيص .بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان أخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو

ملحق أو التفاوض بشان ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شانه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني , ومن شانه إن يكون سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير أخر, يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية وفسخ الصفقة , كما يتعين على المتعامل المتعاقد اكتتاب التصريح بالنزاهة المنصوص على نموذجه في المادة 51 من هذا المرسوم .

فيمكن القول أن قانون تنظيم الصفقات العمومية الجديد جاء ليكمل دور الذي يلعبه قانون مكافحة الفساد في الحد والقضاء على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

د- الحضر استعمال الشيكات او استعمال بطاقة الدفع :

يترتب على عقوبة الحضر من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع إلزام المحكوم عليه بإرجاع الدفاتر والبطاقات التي بحوزته أو التي عند وكلائه إلى مؤسسة مصرفية المصدرة لها , غير انه لا يطبق هذا الحضر على الشيكات التي تسمح بسحب الأموال من طرف الساحب لدى المسحوب عليه او تلك المضمنة , ولا تتجاوز مدة الحضر خمس سنوات (5سنوات) في حالة الإدانة لارتكاب الجنحة .ويعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس سنوات (05) وبغرامة من (100.000 د ج) إلى (500.000 د ج) كل من اصدر شيكا أو أكثر أو استعمال بطاقة الدفع رغم منعه من ذلك.

ه-تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع منع من استصدار رخصة جديدة :

يجوز للجهة القضائية أن تحكم بتعليق أو سحب رخصة سياقه أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة دون أن تزيد مدة التعليق او السحب عن خمس سنوات (05) من تاريخ صدور الحكم الإدانة كما يبلغ الحكم إلى السلطة الإدارية المختصة

م-سحب جواز السفر :

يجوز للجهة القضائية سحب جواز السفر لمدة تزيد عن خمس سنوات (05) في حالة الإدانة بالجنحة وذلك من تاريخ النطق بالحكم ويبلغ الحكم إلى الوزارة الداخلية

ك-نشر الحكم وتعليقه :

للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها , أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها , وذلك كله على نفقة المحكوم عليه على أن لا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض , وان لا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا , ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر (03) إلى سنتين (02) وبغرامة من 25.000 د ج إلى 200.000 د ج كل من قام بإتلاف أو إخفاء أو تمزيق المعلقات الموضوعة

تطبيقا للفقرة السابقة كليا أو جزئيا , ويأمر الحكم من التجديد بتنفيذ التعليق على نفقة الفاعل .

2-العقوبات التكميلية في ضوء قانون مكافحة الفساد:

لم يكتفي المشرع القانوني بالعقوبات التكميلية الواردة في قانون العقوبات التي يمكن توقيعها على مرتكب جريمة المحاباة , وإنما نص على عقوبات تكميلية أخرى في قانون مكافحة الفساد وذلك في المادة 51 وتتمثل هذه العقوبات في :

1-مصادرة العائدات والأموال غير المشروعة :

حيث تأمر الجهة القضائية عند إدانة الجاني بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة المحاباة مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية .

ويفهم من نص المادة 51 من قانون مكافحة الفساد أن الأمر بالمصادرة إلزاميا حتى وان خلا النص من كلمة "يجب " بخصوص تجميد الأموال وحجزها .

2-الرد:

اقر القانون للجهة القضائية الناظرة في ملف الدعوى المتعلق بجريمة المحاباة أن تأمر الجاني برد ما اختلسه , أما إذا استحال رد المال كما هو فانه يلزم برد قيمة ما حصل عليه من منفعة وربح .

وينطبق هذا الحكم في حالة ما إذا انتقلت الأموال إلى أصول الجاني آو 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 إلزامي حتى وان خلا النص من عبارة "يجب ".

3-إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات :

أجاز قانون المتعلق بالفساد للجهة القضائية التي تنظر في الدعوى العمومية التصريح بالبطلان كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب جرائم الفساد بما فيها جريمة المحاباة وانعدام أثاره.

وهو حكم جديد لم يسبق له مثيل في القانون الجزائي الجزائري والأصل أن يكون إبطال العقود من اختصاص الجهة القضائية التي تبت في المسائل المدنية وليس من اختصاص الجهات القضائية التي تبت في المسائل الجزائية .

3-العقوبات التكميلية الخاصة بالشخص المعنوي :

حدد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي كالأتي :

-حل الشخص المعنوي :

إن عقوبة حل الشخص المعنوي تماثل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي ولا توقع إلا بتوافر احد الحالتين : إن يكون الشخص المعنوي قد وجد بغرض ارتكاب

الجريمة وهذا يعني هناك غرض رئيسي لمؤسسي الشخص المعنوي وهو ارتكاب نشاط غير مشروع , وغرض أخر احتياطي تم بناءا عليه تأسيس الشخص المعنوي من الناحية القانونية , والحالة الثانية تتمثل في خروج الشخص المعنوي عن الغرض الذي إنشاء من اجله بغرض ارتكاب النشاط الإجرامي .

يعتبر الحل من العقوبات التي تمس بالوجود القانوني للشخص المعنوي وهو من أقسى العقوبات لكونها تمثل إعداما للشخص المعنوي كما سبق الإشارة إليه وان المشرع لم يجعلها وجوبي حيث ذكر واحدة أو أكثر من العقوبات .

-غلق مؤسسة أو فرع من فروعها لمدة تتجاوز خمس سنوات :

الغلق يعني وقف الترخيص بمزاولة النشاط لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وخلال هذه المدة المقضي بغلق المؤسسة لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها طوال مدة الغلق.

يترتب على عقوبة الغلق المؤسسة منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته .ويحكم بهذه العقوبة إما بصفة نهائية آو لمدة لا تزيد عن خمس سنوات (05) في حالة الإدانة لارتكاب الجنحة .

-الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات :

بمعنى حرمان الشخص المعنوي من المساهمة في أي صفقة تكون الدولة أو احد مؤسساتها العامة , والقصد من وراء ذلك هو إبقاء الهيبة للمال العام والحفظ على مصالح الوطن .

-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 او دائم كما انه يمكن ان يكون هذا النشاط المحضور هو الذي وقعت الجريمة بسببه أو يعتري المنع أنشطة أخرى

-مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنه :

المصادرة تعني نزع ملكية مال صاحبه جبرا عنه وإضافته إلى ملك الدولة أو الخزينة العامة دون مقابل والمصادرة كعقوبة تمتاز بأنها غير رضائي وإنها دون مقابل وأيضا قضائية .

-تعليق ونشر حكم الإدانة :

نشر الحكم يعني إعلانه بحيث يصل إلى علم عدد كاف من الناس يؤثر عددهم في اعتبار الشخص المعنوي وذلك بأية وسيلة كانت سواء سمعية أو بصرية

- الوضع تحت الحراسة القضائية :

تنصب الحراسة على النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته, ويجب على المحكمة التي تصدر بالوضع تحت الحراسة القضائية أن تحدد وتعين الوكيل القضائي الذي يقوم بهذه الحراسة ويقدم تقرير لقاضي تنفيذ العقوبات.

ثالثا : أحكام أخرى متعلقة بجريمة المحاباة:

بالإضافة إلى العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية التي حددها المشرع في حالة ارتكاب جريمة المحاباة , قرر المشرع أحكام أخرى متعلقة بالشروع والاشتراك والتقادم , بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بتشديد العقوبة والأعذار المخففة والمعفية من العقاب .

1-أحكام الشروع والاشتراك في جريمة المحاباة :

يعاق المشرع على الشروع والاشتراك في جريمة المحاباة , وتطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات .أما الشروع فارتكاب جريمة المحاباة فيعاقب المشرع مرتكبه بمثل العقوبة المقررة للجريمة نفسها .

والشروع هو مرحلة التي تنصرف فيها إرادة الجاني إلى تنفيذ الجريمة فعلا , فيبدأ في تنفيذ الركن المادي , ولكنها لا تتم لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها .

وهو المرحلة التي تلي التفكير والعزم على ارتكاب الجريمة , وهو معاقب عليه بناءا على نص صريح في القانون .

أما الاشتراك فيعاقب الشريك في الجنحة بنفس العقوبة المقررة للجريمة .

2-أحكام التقادم في جريمة المحاباة :

لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة لجريمة المحاباة , في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن , وفي غير ذلك من الحالات ,تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية .

وتتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنح بمضي (03) سنوات ثلاث سنوات من ارتكاب الجريمة , والعقوبة تتقادم بمضي خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح القرار او الحكم نهائي

3-الظروف المشددة في جريمة المحاباة :

تشدد عقوبة الحبس لتصبح عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة ,إذا كان مرتكب جريمة المحاباة قاضيا أو موظف يمارس وظيفة عليا في الدولة ,أو ضابطا أو عون شرطة قضائية ,أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية , أو موظف أمانة الضبط.

4-الأعذار المعفية والمخففة لجريمة المحاباة :

يستفيد مرتكب جريمة المحاباة من الإعفاء أو بالتخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع فالقانون 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 مرتكبيها ومعرفتهم .أو بمعنى أخر قبل تصرف النيابة العامة في ملف التحريات الأولية .

ويستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من أشخاص الضالين في ارتكاب الجريمة , ومرحلة ما بعد مباشرة إجراءات المتابعة تظل مفتوحة إلى أن تستنفذ طرق الطعن , فتظهر المحكمة من وضع المشرع للأعذار المعفية وتخفيض العقوبة انه مرتبط بغايته في تحقيق المصلحة العامة .

الخاتمة

الخاتمة :

في ختام هذا البحث الذي يعالج جريمة من جرائم الفساد التي تهدف إلى استقرار , و امن الشعوب و المجتمعات و التي تمحورت حول مظاهر الأحكام الموضوعية و الجزائية لجرائم الصفقات العمومية في قانون مكافحة الفساد , ألا و هي جريمة منح الامتيازات غير المبرر و بالضبط الركن المادي فيها و قد وصلنا إلى أن المحاباة عن هذه الإشكالية لا تتطلب فقط هذا القدر القليل من صفحات المذكرة , فلو تعمقنا في هذه الدراسة لوجدنا أن كل عنصر من عناصرها يتطلب دراسة مستقلة .و نستطيع إجمال أهم النتائج المتوصل إليها فيما يلي : بالنسبة للفصل الأول : تحديد المشرع لمجموعة المفاهيم و التعريفات للصفقة العمومية التي تضمنت التعريف التشريعي وفقا للمعيار الشكلي و الموضوعي و المالي زيادة على التعريف القضائي و الفقهي للصفقة العمومية .

كما حدد المشرع تعريف جريمة منح الامتيازات غير المبررة وفقا لقانون الوقاية من الفساد و مكافحته كما انه عمد إلى النطاق الواسع لمنح الامتيازات غير المبررة الذي نستخلص منه ان جوهر المادة 26 هو منح الامتيازات غير المبررة للصفقات العمومية , و قد اختار المشرع هذه العبارة كتسمية للجنحة , و أن جريمة منح الامتيازات غير المبررة تقوم على أساس إفادة الغير بهذه المزية المستحقة و ليس المواطن العمومي

وكذلك من خلال النطاق الواضع قمنا بتحديد محلول المزية غير المبررة ثم قمنا بتحديد محلول الغير المستفيد منها

_كما ألزم المشرع بضرورة تطبيق إجراءات إبرام الصفحة من الإعلان إلى فتح الاظرفة إلى تقيم العروض وصولا إلى المنح المؤقت للصفقة .

و بخصوص المنح المؤقت إلزام المشرع جهة الإدارة بضرورة إعلانه مشتملا على بيانات الإرساء المعتمد عليها و قصر ذلك على نتائج تقييم العرض المتعامل الفائز .

و منع المشرع مجموعة من التدابير الوقائية التي تحد من وقوع جرائم الصفقات العمومية التي تشكل خطورة على المجتمع و الاقتصاد , هذه التدابير نص عليها المشرع في قانون الصفقات العمومية من خلال آليات الوقاية من الصفقات و من بين الجرائم جريمة المحاباة و نستنتج أن التدابير الوقائية هذه الجريمة تتمثل في الرقابة الداخلية و التي بدورها لدى مصلحة متعاقدة لجنة فتح الاظرفة و لجنة تقييم العروض و الرقابة الخارجية هدفها الرئيسي التحق من مدى المطابقة الصفقات المعروضة على الدولة و هيئاتها للتشريع و التنظيم المعمول بها في الصفقات العمومية , و كذالك تهدف إلى التحقق من مطابقة شراء المصلحة المتعاقدة بالعمل المبرمجة بكيفية نظامية .

وتحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة تكلف برقابة قبلية الخارجية للصفقات العمومية .وقد حدد المشرع أربع جهات للرقابة ووزعها حسب الاختصاص وتتمثل

في : لجنة الوطنية للصفقات العمومية واللجنة الولائية للصفقات العمومية أو اللجنة البلدية للصفقات العمومية.

أما فيما يخص الرقابة المالية والمحاسبة فقد حرص كل من المراقب المالي والمحاسب العمومي على حماية الأموال العامة والتأكد من صحة وعدم الأخطاء والمخالفات .

أما بالنسبة للفصل الثاني وهو المهم في الموضوع والمتمثل في الركن المادي لجريمة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية فقد توصلت إلى أن الركن المادي لجريمة المحاباة يتطلب شروط تضمنتها المادة 26 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتتمثل هذه الشروط في السلوك الإجرامي وهذا الأخير يعني متى قام موظف عام بإبرام او تأشير عقد أو صفقة أو اتفاقية أو ملحق مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تتعلق بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات

فقد خلصنا إلى تعريف العقد على انه توافق أرادتين بين شخصين بغية إحداث اثر قانوني معين والعقود الإدارية حيث تترتب على توافق إرادة الإدارة مع إرادة الطرف الأخر حول الموضوع يتعلق بمرفق عام حيث تلجا الإدارة غالى استعمال امتيازات السلطة العامة .

أما الاتفاقية :فهي تطلق على العقود التي تبرمها الدولة مع شخص معنوي آو طبيعي والمتعلق بانجاز أشغال أو خدمات لصالحها أما الملحق يعرف بأنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة يبرم بين نفس أطراف الصفقة الأصلية وهدفها زيادة خدمات أو تقليلها أو تعديل بند من بنودها

وفيما يخص التأشير معناه الموافقة على الصفقة أو العقد من قبل ممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة ويعرف بالإمضاء وهذا ما نصت عليه المادة 08 من قانون الصفقات العمومية .والمراجعة تتعلق أساسا بمخالفة الإجراءات الأسعار

كما انه توصلنا إلى أن صور الأعمال المخالفة لتشريع والتنظيم المعمول بهما تتمثل في العقود التي تخضع وجوبا لقانون الصفقات العمومية والتي تتمثل في العمليات والمتعاملون المعنيون بالصفقة .والعقود العمومية التي لا تخضع وجوبا لقانون الصفقات العمومية وهي العقود التي تبرمها الإدارة والهيئات التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية عندما لا تتجاوز قيمة العقد أو الطلب أربع ملايين دينار بالنسبة لتقديم الخدمات . ومبلغ ثمان مائة دينار لانجاز الأشغال

واقتناء اللوازم .والصفقات والعقود التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية

-أما فيما يخص الشرط الثاني فيتمثل في الغاية من هذا السلوك ويتلخص في إرساء مبادئ الشفافية والمساواة والنزاهة بين المرشحين للحصول على الصفقات العمومية وتبعا لذلك تنتفي الجريمة بانعدام الغرض المتمثل في إفادة الغير بامتيازات غير

مبررة في مجال الصفقات العمومية كما فرض المشرع غرامات مرتفعة على مرتكب هذه الجريمة ويظهر إن المشرع قد شدد في العقوبات المالية التي تعد من أهم الجزاءات المطبقة على مرتكبي هاته الجريمة إلا وهي جريمة المحاباة والتي تمس الجاني في ذمته المالية .

وبخصوص تقادم هذه الجريمة فان المشرع على الرغم من ان جرائم الصفقات العمومية تمثل جنحة إلا انه اقر عدم تقادم جريمة المحاباة عندما يتم تحويل عائداتها إلى الخارج وتظهر غاية المشرع من تكريسه للأعذار المعفية والمخففة للجريمة في الصفقات العمومية أن هذه الأخيرة تشكل حافزا لمرتكبي هذه الجريمة من اجل التراجع عن أفعالهم قبل فوات الأوان هذا من جهة , ومن جهة أخرى فان أفعال مرتكبي الجريمة (المحاباة) والتي تجعلهم يستفيدون من التخفيف مثل الإبلاغ عن شركائهم قد تساعد في عمليات المتابعة والتحري للكشف عن باقي الملابسات .

كما شدد المشرع الجزائري في العقوبات المقررة إذا كان ضابط أو الضابط العمومي أو ضابط الشرطة طرفا فيها كما قرر مسؤولية جزائية للشخص المعنوي عن جريمة المحاباة وتنوع العقوبات المقررة كجزاء بين الغرامة والقيام بحله أو غلقه المؤقت آو إقصائه أو منعه من مزاولة أي نشاط

خطة البحث

عنوان المذكرة : الركن المادي للجريمة منح الامتيازات غير المبررة في لصفقات العمومية

- **مقدمة:**
- **الفصل الأول :** جريمة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية و التدابير الوقائية لها و إجراءات شفافية الصفقة .
  - **المبحث الأول :** مفهوم الصفقة العمومية و علاقتها بجريمة المحاباة
    - **المطلب الأول :** تعريف الصفقة العمومية
      - **الفرع 01 :** التعريف التشريعي
      - **الفرع 02 :** التعريف الفقهي
      - **الفرع 03 :** التعريف القضائي
    - **المطلب الثاني :** تعريف جريمة المحاباة و علاقتها بالصفقات العمومية
      - **الفرع 01 :** تعريف جريمة المحاباة
      - **الفرع 02 :** علاقة جريمة المحاباة بالصفقات العمومية
      - **الفرع 02 :** علاقة جريمة المحاباة بالصفقات العمومية .
  - **المبحث الثاني :** التدابير الوقائية لجريمة المحاباة .
    - **الفرع 01 :** الرقابة الداخلية
    - **الفرع 02 :** الرقابة الخارجية
    - **الفرع 03 :** المحاسبة المالية
- **الفصل الثاني :** الشروط الواجب توافرها في جريمة المحاباة
  - **المبحث الأول :** السلوك الجرامي
    - **المطلب الأول :** العمليات التي ينصب عليها الركن المادي لجريمة المحاباة
      - **الفرع 01 :** العقد و الاتفاقية

- **الفرع 02 :** الصفقة و الملحق
- **الفرع 03 :** التأشير على العقد و مراجعته .

▪ **المطلب الثاني :** مخافة التشريعات أو التنظيمات المعمول بها في إبرام هته لعقود .

- **الفرع 01 :** الصفقات ا و العقود لتي تخضع و جوبا لقانون الصفقات العمومية
- **الفرع 02 :** الحالة الخاصة بالعقود التي لا تخضع وجوبا لقانون الصفقات .
- **الفرع 03 :** الصفقات و العقود التي لا تخضع لقانون الصفقات

○ **المبحث الثاني :** الغرض من السلوك الإجرامي و الجزاء المقرر

▪ **المطلب الأول :** الغرض من السلوك الإجرامي

▪ **المطلب الثاني :** الجزاء المقرر لجريمة المحاباة

- **الفرع 01 :** العقوبات المقررة للشخص الطبيعي
- **الفرع 02 :** العقوبات المقررة للشخص المعنوي

- **الخاتمة**

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر :

قانون العقوبات الجزائري

قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته .

المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

المرسوم الرئاسي رقم 02-250 .

المرسوم التنفيذي رقم 02-414 , المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي تلزم بها الجريدة الرسمية .

قائمة المراجع :

الكتب العربية

أحسن بوصقيعة , الوجيز في القانون الجزائي الخاص جرائم الفساد المالي و الأعمال , جرائم التزوير الجزء الثاني ' طبعة 11 سنة 2011

محمد صغير بعلي , العقود الإدارية , و لعلوم , عنابة , سنة 2005 .

خرشي نوري تسيير المشاريع و إطار تنظيم النفقات , دار الخلدونية للنشر و التوزيع .., الجزائر سنة 2011 .

د . حسن الصغير , دروس في المالية و لمحاسبة العمومية , دار المحمدية , الجزائر سنة 2011 .

بوقرين عبد الحليم , مكافحة المحاباة , في مجال الصفقات العمومية , مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية كلية الحقوق و العلوم السياسية , العدد 103 , سنة 2014 .

عمار بوضياف , الصفقات العمومية في الجزائر , دراسة تشريعية و قضائية و فقهية , " الجسور " الجزائر .

كتب فرنسية :

Reis . Patrice . LE defit arstrisme dans les marches publies une regulation penal des pratique die crimastires et de .certaines partiques anticancurrentielles petiote affiches 04/07/2003 n 133 .

مذكرات :

زوزو زوليخة , الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

السايح معمر , جرائم الصفقات العمومية