الجمـــــهورية الجزائـــرية الديمقراطية الشعبية
جامعـــــــــــة زيـــان عاشور – الجلفة–
كليـة الحقـــــــــــوق والعلـــوم السياسية
السنـــــــــــة أولى ماستـر –قانون أعمال–
المقيـــــــــاس: القانون الجنائي للأعمال

د/محمد بن زريق

محاضرات في القانون الجنائي للأعمال

المحاضـــــــــــــرة الرابـــــعة

المطلب الثالث: جريمة المحاباة في منح الصفقات العمومية

لقد نظم المشرع الجزائري بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بعض جرائم الصفقات العمومية والتي كانت واردة في قانون العقوبات، لمراعاة الطبيعة الخاصة بهذه الجريمة، ومن بين هذه الجرائم نجد جنحة المحاباة. نظم المشرع الجزائري أحكام هذه الجريمة في المادة 1-26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، تحت عنوان الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الأول: فكرة عن التطور التشريعي لجريمة المحاباة في منح الصفقات العمومية:

إن المشرع الجزائي و بهدف الوصول للعقاب على جميع الحالات والوضعيات وسع من نطاق التجريم في الصفقات العمومية ، فمن حيث مظاهر التجريم نجد أن قانون العقوبات قد تضمن النص على أربعة جرائم تمثلت في جريمة المحاباة وجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين و جريمة الرشوة في الصفقات العمومية و كذا جريمة أخذ فوائد بصفة غير

قانونية، وتعتبر جريمة المحاباة في منح الصفقات العمومية هي أخطر هذه الجرائم جريمة المحاباة و جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لم تكن مدرجة ضمن الأمر 156-66 إلا سنة 1975 في حين كان معاقبا عليها في ظل المرحلة من سنة 1966 وإلى غاية سنة 1975 بموجب الأمر 180-66 المتضمن إنشاء مجالس قضائية خاصة بقمع الجرائم الاقتصادية، أمّا جريمة الرشوة في الصفقات العمومية فلم تظهر في قانون العقوبات إلا سنة 1982 وهذا بموجب المادة 02-423 المضافة بمقتضى الأمر 04-82 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، والملاحظ بشأن هذه الجرائم أنها ذات الأفعال التي أعاد المشرع تنظيمها وصياغتها بموجب قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، ومن هنا يبدو جليا أن التشريع الجنائي الجزائري يزخر بصور مختلفة للتجريم في مجال الصفقات العمومية و هذا بخلاف التشريع الفرنسي أين نجد أن المشرع العقابي قد ضيق من نطاق التجريم في هذا مجال فهو يركز فقط على جريمة المحاباة المستحدثة بموجب المادة 14-432 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد ،و يرى أن ما تضمنه هذا الأخير من نصوص كفيل بمواجهة كافة التجاوزات التي لا تشملها هذه الجريمة و التي قد تحصل في مجال الصفقات ، و لكن على الرغم من أن المشرع الجزائري عمد في ظل قانون مكافحة الفساد إلى مواكبة الفكر القانوني الحديث عن طريق التوسع في بعض الجرائم الكلاسيكية لتشمل بعض الحالات التي قد تفلت من العقاب بسبب قصور النصوص القانونية القديمة، حيث نص المشرع في المادة 26 قانون مكافحة الفساد" يعاقب بالحبس من سنتين(02) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة من 200.000دج إلى 1.000.000دج.

كل موظف عمومي يمنح عمدا، للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات".

الفرع الثاني: مفهوم جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

ويقصد بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية هي":الامتيازات التي لا تستند إلى أساس قانوني."

كما يقصد بها كذلك" تلك المتحصل عليها من دون وجه حق نتيجة مخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما في ميدان الصفقات العمومية."

الفرع الثالث: أركان جريمة المحاباة:

أولاً/الركن المفترض في جنحة المحاباة

تتميز جريمة المحاباة عن باقي جرائم الفساد بأنها جريمة خاصة بمجال التعامل في الصفقات العمومية، ويمكن تعريفها على أنها تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة.

كما تعتبر جريمة المحاباة من جرائم ذات الصفة شأنها في ذلك شأن جل جرائم الفساد، إذ أنها لا تقع إلا من موظف عمومي، والذي يشكل الركن الأساسي لقيام هذه الجريمة. ووفقا لنص المادة 26 فقرة 01، فإنه يفترض أن يكون الجاني في هذه الجريمة موظفا عموميا. وهذه الصفة تمثل الركن المفترض لهذه الجريمة. وقد تم تعريف الموظف العمومي من خلال المادة 02 فقرة "ب" من نفس القانون، وهو ذات التعريف الذي جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في فقرتها الثانية. فالموظف العمومي طبقا لنص المادة 02 من نفس القانون هو:

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

- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية

مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

– كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ."

ثانيا/الركن المادي لجنحة المحاباة:

بالرجوع إلى نص المادة 26 فقرة 01 من القانون رقم 01-06، فهو يصف الركن المادي لجريمة المحاباة على أنه منح الموظف العمومي لامتيازات غير مبررة للغير عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية، أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح، والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات. وعليه فالركن المادي لهذه الجريمة يتكون من عناصر محددة، تدور بين الفعل وهو **النشاط الإجرامي** (1)، **والغرض منه** (2)، **والعلاقة السببية** (3).

1 – النشاط الإجرامي :

يتحقق هذا الأخير بقيام الموظف العام بإبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. فالعمليات التي ينصب عليها الركن المادي تتمثل في، العقد، والاتفاقية، والصفقة، والتأشير على العقد، ومراجعته، وأن تكون هذه العمليات مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبدأ حرية الترشح والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات:

إن هذه الأحكام لا تنحصر في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية فقط، بل يقصد بها مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة، وشفافية الإجراءات أيا كان مرجعها، سواء كان قانون مكافحة الفساد، أو الأمر المتعلق بالمنافسة، أو القانون التجاري. وفيما يخص المبادئ الواجب مراعاتها، فهي مبدأ حرية الترشح الذي يعتبر حقا لكل من

تتوفر فيه شروط الترشح، ومبدأ المساواة بين المترشحين، ومثاله اشتراط كفاءات فنية عالية غير متكافئة بالمقارنة مع العمل المطلوب، أو حرمان المترشح من إيداع عرضه قبل انقضاء الأجل المحدد، وأيضا تفضيل مؤسسة لا تتوفر على الشروط المقبولة لترشحها على مؤسسة أخرى يحتمل فوزها بالصفقة، وذلك من أجل الاستفادة من العقد المبرم. وكذا مبدأ شفافية الإجراءات، ويظهر الإخلال فيه خاصة بما تعلق بإجراءات الإعلان وإشهار الصفقة العمومية.

*** العمليات التي ينصب عليها الفعل المادي:**

وهي العمليات التي بمناسبتها يقوم الموظف العمومي بإجراءات منافية للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل من أجل إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، وهي عملية إبرام وتأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق.

- محل الجريمة هو إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق:

إن عملية الإبرام تعني اتخاذ جميع الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المتعلق بالصفقات العمومية، بدء من الإعلان عن الصفقة وتلقي العروض، وفتحها وتقييمها من طرف اللجنة المختصة إلى غاية إرساء الصفقة أو العقد أو الاتفاقية حسب الحالة، ووفقا لمعايير التقييم، والأوضاع القانونية المناسبة له، فالإبرام يكون بإجراء طلب العروض كمبدأ عام، أو إجراء التراضي استثناء. فطلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، وبذلك تضمن الوصول إلى أكبر قدر ممكن من المترشحين، وبالتالي تشكل الوقاية من احتكار الصفقات من طرف متعامل وحيد ووقاية من جرائم المال العام.

أما بالنسبة للعقد، فتطبيقاته في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية يكون في حالة التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة وقد حدد المرسوم سالف

الـذكر الحـالات التـي يمكـن للمصـلحة المتعاقـدة اللجـوء إليهـا لمـا لا يتجـاوز مبلـغ الصـفقة مبلغـا معينـا، مختلفـا بـاختلاف طبيعـة الصـفقة (أشـغال، خـدمات، دراسات، لوازم).

الاتفاقيـــــة، فمثالهـا مـا نصـت عليـه المـادة 33 مـن المرسـوم المتعلـق بالصـفقات العموميـة. ففـي حالـة خـرق الأجـل المحـدد للاتفاقيـة مـثلا، والمحـدد فـي نـص المـادة بخمـس سـنوات، يشـكل هـذا الفعـل السـلوك المـادي المكـون لجريمة المحاباة

أمـا **الصـــفقة** فهـي تلـك التـي تبرمهـا الإدارات والهيئـات والمؤسسـات العموميـة، المنصـوص عليهـا فـي المـادة 06 مـن المرسـوم المتعلـق بالصـفقات العموميـة وتفويضات المرفق العام.

وهـي عبـارة عـن عقـد مكتـوب فـي مفهـوم التشـريع المعمـول بـه تبـرم بمقابـل مـع متعـاملين اقتصـاديين وفـق الشـروط لمنصـوص عليهـا فـي هـذا المرسـوم لتلبيـة حاجـات المصـلحة المتعاقـدة فـي مجـال الأشـغال واللـوازم والخـدمات والدراسات."

بالإضـافة إلـى **الملحـــق** الـذي عرفتـه المـادة 136 مـن المرسـوم المتعلـق بالصـفقات العموميـة وتفويضـات المرفـق العـام، علـى أنـه وثيقـة تعاقديـة تابعـة للصـفقة، ويبـرم فـي جميـع الحـالات إذا كـان هدفـه زيـادة الخـدمات أو تقليلهـا، أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

التأشـــير: يقصـد بالتأشـير موافقـة السـلطة المخولـة قانونـا علـى عمليـة التعاقـد وإجازتهـا، بعـد الـتأكد مـن أن الإجـراءات القانونيـة قـد تـم احترامهـا، وأن الاعتمـادات الماليـة متـوفرة ومرصـودة لـنفس الغـرض محـل التعاقـد. فعمليـة التأشـير التـي تخـتص بهـا اللجـان الرقابيـة القبليـة تتـوج بمقـرر، يـتم بموجبـه تأشـير أو رفـض إعطـاء التأشـيرة، سـواء كـان الـرفض مؤقتـا أو نهائيـا. فهـذه الـتأشيرة تخـص فقـط الصـفقات والملاحـق بمفهـوم المرسـوم الرئاسـي رقـم 15- 247، المتعلـق بالصـفقات العموميـة. أمـا عمليـة التأشـير التـي يخـتص بهـا

المراقب المالي فإنها تتم على جميع وسائل التعاقد سواء كانت في شكل اتفاقية، أو عقد بسيط، أو صفقة عمومية أو ملحق. فالمراقب المالي يقوم بدور مهم في مراقبة الآمر بالصرف، وكيفية تسيير الاعتمادات وعدم تجاوزها حتى لا تقع أضرار بحسن سير مالية الدولة.

2-الغرض من النشاط الإجرامي:

إن جريمة المحاباة لا تقوم بمجرد قيام الموظف أو المكلف بمنح التأشيرة على الصفقة أو الملحق بعمل يعتبر منافيا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات في إبرام الصفقة، أو تفويضات المرفق العام، ولكن لابد أن يترتب على ذلك السلوك المنافي نتيجة تؤدي إلى منح بالفعل امتيازا غير مبرر. كما يمكن أن تتجسد في تزويد أحد المترشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من إعداد عرضه بطريقة تحقق له الفوز بها، هذا الأخير بإمكانه أن يشكل في حد ذاته امتيازا غير مبرر.

ثالثاً / الركن المعنوي لجنحة المحاباة:

تعتبر جريمة المحاباة جريمة قصدية ينبغي أن يتوفر في الجاني القصد العام، الذي يشمل العلم والإرادة ومعناه أن الجاني يعلم بأن القانون يمنع إعطاء امتيازات غير مبررة للغير من خلال مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، ومع ذلك يتعمد فعل ذلك من أجل الوصول إلى أغراض شخصية، وهذا ما يعرف بالقصد الخاص الذي يعتبر شرطا إضافيا في بعض الجرائم حيث لا يكفي القصد العام.

الفرع الثالث: العقوبات المقررة لجريمة لجنحة المحاباة:

<u>أولاً/العقوبات المقررة للشخص الطبيعي:</u>

لقد نص القانون رقم01-06 : المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000دج الى 1.000.000دج.

تشديد العقوبات:

• الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبالنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة إذا كان الجاني:

قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا أو عضوا في الهيئة، أو ضابطا أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط. وهذا ما نصت عليه المادة 48 من قانون مكافحة الفساد.

الإعفاء من العقوبات والتخفيف منها:

حسب المادة 49 من قانون مكافحة الفساد يستفيد من الإعفاء من العقوبات كل شخص ارتكب الجريمة أو شارك فيها لكن قبل مباشرة إجراءات المتابعة قام بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد في التعرف على مرتكبيها.

أما من ناحية تخفيض العقوبة حسب نفس المادة يستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف كل من ارتكب أو شارك في ارتكاب الجريمة وساعد على القبض على كل شخص أو أكثر من الأشخاص المضطلعين في ارتكابها بعد ما تمت إجراءات المتابعة.

2- **<u>العقوبات المقررة للشخص المعنوي</u>** :

حسب المادة **53** من **قانون مكافحة الفساد** والمادة 18 **مكرر من قانون العقوبات** فتتمثل العقوبات فيما يلي:

المادة 53 قانون مكافحة الفساد "إن الشخص الاعتباري يكون مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات"

وحسب المادة **18 مكرر من قانون العقوبات** تتمثل العقوبات التي تبق على الشخص المعنوي في:

• الغرامة تساوي من مرة إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي.

إحـدى العقوبـات التكميليـة حـل الشـخص المعنـوي، غلـق مؤسسـة أو أحـد فروعهـا لمـدة لا تتجـاوز 5 سـنوات، الإقصـاء مـن الصـفقات العموميـة لمـدة لا تتجـاوز 5 سـنوات، المنـع مـن مزاولـة نشـاط مهنـي أو اجتمـاعي، بشـكل مباشـر أو غيـر مباشـر، نهائيـا أو لمـدة لا تتجـاوز 5 سـنوات. غلـق المؤسسـة أو أحـد فروعهـا لمـدة لا تتجـاوز 05 سـنوات، المنـع مـن مزاولـة نشـاط أو عـدة أنشـطة مهنيـة أو اجتماعيـة بشـكل مباشـر أو غيـر مباشـر نهائيـا أو لمـدة لا تتجـاوز 5 سـنوات، إضـافة إلـى نشـر وتعليـق حكـم الإدانـة، والوضـع تحـت الحراسـة القضائية.