

ملخص المذكرة

نظرا لصلة الصفقات العمومية الوثيقة بالخرينة العمومية كونها عبارة عن دفع نفقات عمومية موجهة لإشباع حاجات عامة من خلال الطلبات العمومية لإنجاز الأشغال أو توريد السلع أو الخدمات، كان لا بد على المشرع من إخضاع إبرام هذه الصفقات لإطار قانوني صارم يضبط الإنفاق العام و يحقق نجاعة هذه الطلبات. تمثل في : "تنظيم الصفقات العمومية"

إلا أن هذا لم يكن كافية لمواجهة الممارسات الممنوعة في مجال الصفقات العمومية المرتكبة من طرف ذوي النفوس الفاسدة؛ الذين ابتدعو طرقا وحيل تستعمل في تجميل الصفقة العمومية لتبدو في نظر المكلفين بالرقابة بأنها صفقة مشروعة ظاهريا، أي مراعية للتنظيم من حيث الشكل، في حين أنها في الواقع تمت عن طريق الاستفادة المسبقة للمتعامل الفائز بها من معلومات تفضيلية *des informations privilégiées* أو الإستفادة اللاحقة من شروط تنفيذ مميزة *Favorables*. و من ثمة تحتم على المشرع عدم الاكتفاء بالإجراءات الوقائية واللجوء إلى إجراءات ردعية، حيث قام بإقران تنظيم الصفقات العمومية بنصوص تجرم كل التجاوزات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، ولعل أهم وأخص جريمة تتعلق بقانون الصفقات العمومية هي جريمة المحاباة و التي يقوم ركنها المادي على مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية (حرية الترشح، والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات) والتي من شأنها ترتيب امتياز غير مبرر للغير، يسميها المشرع الجزائي باسم الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، نص عليها في المادة 26 فقرة أولى من ق. الفساد رقم 01-06 المعدل و المتمم.

وبالتأمل في نص تجريم المحاباة نجده غير كاف بمفرده لتحديد الركن المادي للجريمة القائم على الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية، إذ نجد هذا النص يحيل

تارة إلى مفاهيم مستمدة من القانون الإداري ومنها مفهوم الموظف العمومي، عقد، اتفاق، صفقة، ملحق، كما يحيل نص التجريم تارة أخرى إلى النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية للكشف عن الإخلال بهذه المبادئ.

فهذه النصوص والمفاهيم المحال عليها تعتبر جزء من القاعدة القانونية الجنائية يتوجب على القاضي الجزائي اللجوء إليها من أجل إثبات السلوك المجرم، مما يجعل مهمته في هذا البحث تبلغ درجة كبيرة من الصعوبة والخطورة.

فالصعوبة تكمن في تحديد النصوص المحال عليها سواء أكانت تشريعية أم تنظيمية فلا يتوفر للقاضي قائمة محددة لهذه النصوص، و حتى لو تم حصر هذه النصوص فإن أحكامها تتعدد وتتنوع مما يزيد في صعوبة البحث؛ ففي تنظيم الصفقات العمومية على سبيل المثال الذي يعتبر من القوانين التقنية التي يصعب الخوض فيها و خاصة على غير المختصين في القانون الإداري.

أما خطورة الإحالة فتظهر في التناقض بين القانون المحيل والقانون المحال عليه. فالمفروض في القانون الجنائي المحيل أن يتميز بالوضوح و الإستقرار من حيث نصوصه، وهذا ما لا يوجد لدى القانون الإداري المحال عليه الذي يتميز باستمراره في التطور وكذا عدم الوضوح كما بينا سابقا، مما يشكل خطورة على المخاطبين به ويرهن حرياتهم العامة.

فصعوبة وخطورة البحث عن الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية وخاصة في مرحلة مهمة كمرحلة انعقاد الصفقة، التي تمثل أول احتكاك بين الإدارة والمتعاملين معها في سبيل تعيين الفائز بالصفقة. تدفعنا إلى إثارة التساؤل التالي:

كيف يتصور قيام الركن المادي لجريمة المحاباة عن طريق الإخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء إبرامها ؟

يبلغ موضوع الدراسة أهمية كبيرة من الناحيتين النظرية و العملية؛ فمن الناحية النظرية تبرز أهميته في فك الغموض الذي ييدر إلى الذهن في مسألة إحالة القانون الجنائي في جريمة المحاباة إلى القانون الإداري الذي يعتبر مختلفا تمام عنه، حيث نقوم في بحثنا بتوضيح الأحكام المختلفة التي يحتوبها تنظيم الصفقات العمومية مركزين على الأحكام المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية والتي تعتبر الموضوع المادي للسلوك الإجرامي في جريمة المحاباة.

أما من الناحية العملية فتبرز في محاولة تصور الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية في مختلف أساليب وإجراءات إبرام الصفقات العمومية (مرحلة الإنعقاد على وجه الخصوص)، ذلك لتقريب وتسهيل فهم الصور عمليا لكل من يراجعها من مسيرين لتفادي الوقوع فيها ورجال القضاء للاستئناس بها.

و قد اتبعنا في دراستنا هذه في الغالب المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية و الأحكام القضائية المتعلقة بالصفقات العمومية للوصول إلى نتائج تتماشى مع العقل والمنطق.

وقد واجهتنا في هذا البحث صعوبات تمثلت خاصة في العثور على المراجع المتخصصة باللغة العربية، ذلك أن جريمة المحاباة غير منصوص عليها في القوانين الجنائية للدول العربية، وكذا النقص المسجل من حيث الدراسات القانونية لهذه الجريمة في الجزائر، وكذا الأحكام القضائية المنشورة عنها، مما حتم علينا الاعتماد على المراجع الفرنسية و التي تتطلب عناء الترجمة قبل الدراسة.

وقد اتبعنا في دراسة موضوعنا الإخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء مرحلة إبرامها كسلوك مجرم في إطار الركن المادي للمحاباة خطة ثنائية

من فصلين: أولاً عناصر الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية كركن مادي للمحابة و ثانياً صور الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية أثناء إبرامها، وقسمنا كل فصل لمبحثين و كل مبحث لمطلبيين.

الفصل الأول: تطرقنا إلى عناصر الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية كركن مادي للمحابة من منطلق أن السلوك الإجرامي لا يقع من فراغ، بل تحف وقوعه ملابسات. ومن هذه الملابسات ما يعتد بها القانون ويلحقها بالسلوك الإجرامي باعتبارها الإطار القانوني الذي يتعين وقوعه فيه، ففي جريمة المحابة و من أجل إعتبار الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية سلوكاً مشكلاً للركن المادي لهذه الجريمة و جب تضافر مجموع من العناصر القانونية لكي تتحقق مقومات الفعل الإجرامي المعتمد به في إطار ركنها المادي.

بحيث قسمنا دراستنا لهذه العناصر الإخلال في هذا الفصل إلى مبحثين: تطرقنا في مبحث أول للعناصر المعتبرة من مفترضات الإخلال أو السابقة لوقوعه، إذ قسمنا هذا المبحث لمطلبيين: فالأول تحدثنا فيه عن الفاعل للسلوك المجرّم وهو الموظف حيث توسع المشرع في مفهومه مقارنة بالمفهوم الوارد في القانون الإداري (فنص في المادة 2 فقرة "ب" من ق. الفساد على طوائف وفئات معينة معتبرا إياها في حكم الموظفين العموميين)، و المطلب الثاني تحدثنا عن محل السلوك المجرّم وهي الصفقات والتي شهدت أيضاً توسع في مجالها (فهي كل الصفقات التي يبرمها الموظف العمومي حسب مفهومه في نص المادة 2 فقرة "ب" من ق. الفساد). و تطرقنا في مبحث ثاني إلى عناصر أخرى تعتبر ضرورية لاستنفاد الركن المادي لجريمة المحابة ألا وهي السلوك المجرّم و النتيجة، وقد فرعنا هذا المبحث لمطلبيين: أولهما الإخلال بمبادئ الصفقات المتأتية عن مخالفة الأحكام التشريعية و/أو التنظيمية بوصفه السلوك المجرّم، و المطلب الثاني منح الامتياز غير المبرر للغير بصفته النتيجة المجرمة،

كما أشرنا في هذا المطلب لعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة (حيث تم الأخذ نظرية تعادل الأسباب).

الفصل الثاني: تطرقنا لصور الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية أثناء إبرامها، معتمدين في توضيح هذه الصور على الأحكام القضائية الصادرة في شأن المخالفات المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية. بحيث قسمنا دراسة هذه الصور لهذه المرحلة إلى مبحثين بالنظر لصيغ إبرام الصفقات العمومية (صفقات بدون شكلية، و صفقات الشكلية): تضمن المبحث الأول الصفقات بدون شكلية، و هي التي لا تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لإجراءات معينة و متبعة في إبرام الصفقة، ومنه يكون الإبرام في هذه الحالة بصيغة التراضي التي نص تنظيم الصفقات العمومية على حالات اللجوء إليها على سبيل الحصر كاستثناء عن الأصل في إبرام الصفقات إذ تتمثل صور الإخلال بمبادئ الصفقات المؤدية لتحقيق الركن المادي للمحابة في اللجوء لصيغة التراضي في غير الحالات المشروعة، حيث فصلنا في هذه الصور بعد شرح هذه الحالات الحصرية المنصوص عليها. ثم تطرقنا في المبحث الثاني للصفقات الشكلية، و هي التي يتم إبرامها بصيغة المناقصة، حيث تخضع هذه الصفقات لإجراءات منصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية يتوجب احترامها و يؤدي الإخلال بها لتحقيق الركن المادي للمحابة، وبهذا فصلنا في صور الإخلال بمبادئ الصفقات الممكنة في صيغة المناقصة بالاعتماد على الأحكام القضائية التي أمكننا الحصول عليها.

خاتمة

و ختاماً نورد ما توصلنا إليه من نتائج عن دراسة الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية أثناء إبرامها في إطار الركن المادي للمحابة و كالتالي:

- تسجيل إتساع مجال البحث عن الجريمة فيما يخص صفة الجاني في الجريمة من خلال التوسع في مفهوم الموظف العمومي، و كذا من حيث الصفقات محل

الجريمة، وهذا شئ محمود لأنه يعتبر من بين أهداف تجريم المحابة و هو الحد من إهدار المال العام و ردع المخالفين، إذ تعتبر الصفقات العمومية وجهتهم المفضلة.

وأیضا - لمسنا سهولة في إثبات تحقق الركن المادي للمحابة، باعتماد نظرية تعادل الأسباب في إثبات رابطة السببية بين سلوك الإخلال بمبادئ الصفقات ونتيجة منح الإمتياز غير المبرر؛ حيث يعتبر حسب هذه النظرية الإمتياز غير المبرر مفترضا للإخلال بمبادئ الصفقات، وعليه لا يكون أمام القاضي الجزائي سوى إثبات الإخلال بمبادئ الصفقات ليتحقق الركن المادي للجريمة. فهذه السهولة في الإثبات تؤثر بشكل سلبي على الحريات العامة للموظفين المتدخلين في إبرام الصفقات العمومية، بحيث يتساوى من حيث تحقق الركن المادي للمحابة كل من الموظف المخطئ بحسن نيته في تطبيق النصوص القانونية عند إبرام الصفقة مع الموظف سيئ النية، مما يجعل من عملية إبرام الصفقات العمومية منطقة خطر جزائي بامتياز بالنسبة للموظفين العموميين.

كما لمسنا - وجود صعوبة في ضبط كل صور المحابة، نظرا لتعددتها وهذا ما يعرض الموظفين المعنيين بجنحة المحابة لخطر حقيقي ومحدق، مما يؤدي لتفشي روح التهاون لدى الموظفين العموميين في المبادرة بإبرام الصفقات الضرورية لتحقيق الحاجات العامة.

وفي نفس الوقت يمكننا الإشارة إلى أن هذه الصور العديدة للمحابة لا يجب حصرها في نصوص قانونية معينة، وإلا سيؤدي هذا لإفلات بعض صور مخالفة النصوص التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقات من التجريم.

فمن أجل التوفيق بين ضرورة حماية المال العام ومبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية و بين تجنّب الموظف العمومي الخطر الجزائي القائم ودفعه نحو المبادرة دون خوف يمكننا اقتراح:

- إضافة "معيار موضوعي" في نص تجريم المحاباة لتحقيق الركن المادي للجريمة. كالإشارة إلى ضرورة اعتبار الإخلال بمبادئ الصفقات جسيما لكي يتحقق الركن المادي. وهذا ما يخفف من خطورة الجريمة تجاه الموظف الذي يقع في خطأ.

ثانيا وأخيرا- زيادة الوعي القانوني لدى الموظفين العموميين المتدخلين في مجال الصفقات العمومية عن الأخطار المحدقة بهم في إطار إبرامهم لهذه الصفقات, من خلال إقامة تربيصات للمتدخلين في مجال الصفقات العمومية لتمكينهم من التحكم في عملية الإبرام , وكذا تكثيف الدراسات القانونية في هذا المجال و التنوير عن الصور الممكنة لجنحة المحاباة.