

الرقم التسلسلي:

جامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه علوم

التخصص: حقوق

الفرع: قانون عام

من طرف:

بوبرقيق عبد الرحيم

عنوان الأطروحة:

جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري



أطروحة مناقشة بتاريخ: 16 نوفمبر 2023 أمام لجنة المناقشة المشكلة من:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	طيطوس فتحي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	رئيسا
02	عثماني عبد الرحمن	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	مشرفا
03	تبون عبد الكريم	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة سعيدة - د مولاي الطاهر	مشرفا مساعدا
04	يحياوي سعاد	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة معسكر - م. اسطمبولي	ممتحنا
05	حميلي سيدي محمد	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة معسكر - م. اسطمبولي	ممتحنا
06	ونوغي نبيل	أستاذ محاضر قسم "أ"	المركز الجامعي بركة-سي حواس	ممتحنا

"جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري"

الملخص:

تُعتبر الصفقات العمومية من أكثر نشاطات الإدارة العمومية عرضة للفساد. لهذا خصّ القانون الجزائري بحماية جزائية من خلال أربعة جرائم نصّ عليها القانون رقم 01-06 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي ستركز عليها هذه الدراسة التي تنقسم إلى بابين. يتناول الباب الأوّل مُكوّنات هذه الجرائم. أما الباب الثاني فيتطرق إلى أحكامها القانونية المتعلقة بالمسؤوليّة الجزائيّة، والعقوبة، والدّعويان العموميّة والمدنيّة أمام القضاء الجزائي. وسيتبين منها أنّ النصوص الجزائيّة المتعلقة بهذه الجرائم غير واضحة، وغير دقيقة، وناقصة، وبالتالي مُخالفة لمبدأ الشرعيّة الجنائيّة. كما أنّها تقليديّة. السّيء الذي يقتضي إما إلغاء بعض هذه الجرائم عملاً بمبدأ التجزيم بقدر الضّرورة، أو إصلاح تلك الأحكام لكي تتطابق مع مبدأ الشرعيّة الجنائيّة المُنتهك مع تحديثها بالإستزاد بخصائص هذه الجرائم، كالريج والخفاء.

الكلمات المفتاحية: الفساد؛ الصفقات العمومية؛ الموظف العمومي؛ الرشوة واستغلال النفوذ؛ المحاباة؛ المبادئ الأساسية للصفقات العمومية؛ المال العام؛ النزاهة؛ الحياد.

« Les infractions de corruption propres aux marchés publics en droit algérien »

Résumé :

Les marchés publics constituent le terrain de prédilection des pratiques corruptrice et frauduleuse commises par les agents publics et les cocontractants de l'administration publique. C'est pourquoi, la loi algérienne n° 06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption prévoit toute une série d'infractions, qui sont apparemment propres à ces contrats. L'étude de ces infractions démontre que sa définition ainsi que les dispositions pénales qui leur sont applicables sont à la fois obscures et imparfaites ce qui les rend non conforme au principe de légalité criminelle. Elles sont, en outre, classiques. En conséquence, le législateur algérien est exhorté à abroger une partie de ces infractions-là sur le fondement du principe de nécessité d'incrimination. Dans le contraire, une réforme en profondeur s'impose au législateur algérien qui doit prendre en considération la conformité obligatoire des règles pénales au principe de légalité criminelle d'une part et les caractéristiques spéciales de ces infractions de l'autre.

Mots clés : Corruption ; marchés publics ; agent public ; corruption et trafic d'influence ; favoritisme ; principes fondamentaux des marchés publics ; deniers publics ; probité ; impartialité.

“Corruption Offences Particular to Public Procurements in Algerian Law”

Abstract:

Public procurements is one of administrative activities most exposed to corruption. It is the reason why the Algerian Law no. 06-01 relative to Prevention and Fight against Corruption provides for offences that are apparently particular to these sort of public contracts. The study of these group of offences shows that its legal definition as well as the penal provisions applicable to them are both unclear and incomplete, which makes them incompatible with the fundamental principle of criminal legality. Additionally, they are traditional. Consequently, this study urges the Algerian legislator to abrogate part of these offences on the basis of the principle of the need for incrimination. Variously, an in-depth legislative reform of the Algerian law is necessary, which must take into consideration the mandatory conformity of legal texts to the principle of criminal legality on the one hand and the special characteristics of these offences on the other.

Key words: Corruption; Public Procurements; Public Official; Bribery and Trading in Influence; Favouritism; Fundamental Principles of Public Procurements; Public Funds; Probity; Impartiality.

قال الله تعالى
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِثْمٍ وَتُدْخِلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ
لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾

سورة البقرة، الآية 188، من القرآن الكريم

التقدير والإعتراف

أشكر الله تعالى عز وجل، قبل أي شيء، على فضله وتوفيقه لإتمام هذه الأطروحة. وأتقدم ثانيا بالشكر والاحترام وكامل التقدير إلى الأستاذ الدكتور عثماني عبد الرحمن على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة، وعلى وقته الثمين الذي استثمره فيها، وعلى جهده الكبير في متابعة سيرها وتقديمها من أول يوم، وعلى نصائحه وتوجيهاته النفيسة التي بذلها -جميعا- بلا ادخار طوال مدة إعدادها. ولا زلتُ إلى يوم كتابة هذه الكلمات أستحضر ما قاله لي الأستاذ الدكتور عثماني عبد الرحمن منذ البدايات الأولى أنَّ يده ستكون دائما ممدودة لمساعدتي. وحقا كانت كذلك بالفعل.

كما أشكر الأستاذ تبون عبد الكريم على قبوله المساعدة في الإشراف على هذه الأطروحة. فللأستاذ تبون عبد الكريم وافر الاحترام وكامل التقدير على جهده ووقته. وأشكر أيضا أعضاء لجنة المناقشة المُتكوِّنة من الأساتذة المحترمين الآتية أسماءهم: طيطوس فتحي، يحيوي سعاد، حميلي سيدي محمد، وونوغي نبيل الذين تشرفوا بقبول فحص هذه الأطروحة وتأهيلها للمناقشة، برغم المشقة الكبيرة المصاحبة لذلك، والوقت الكبير الذي تتطلبه هذه المهمة النبيلة.

كذلك أتقدم بالشكر والاحترام والتقدير لكل موظفي وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، وكذا موظفي وعمال رئاسة الجامعة بجامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة، بلا إستثناء، لحضورهم ومساندتهم ومرافقتهم الدائمة للطلبة وللعلم.

وأتقدم أخيرا بالشكر والاحترام والتقدير الكامل إلى عمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بجامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة، بلا إستثناء أو تمييز، الذين لم يدخروا في يوم واحد جهدا لمساعدتي بكل ما تزرع به مكتبة الكلية من مراجع ومصادر أقول أنه قلَّ نظيرها في مكتبات أخرى، لإعداد هذه الأطروحة، وأيضا على صبرهم الجميل معي طوال مدة تحضيرها.

عبد الرحيم بوبرقيق

قائمة الاختصارات

أولاً: الاختصارات في النصّ العربي

ب.ت.	بدون تاريخ نشر معلوم
ت.ص.ع.	المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
ج	جزء من مرجع معين
ج.ر.	الجريدة الرّسميّة للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
د.م.ج.	ديوان المطبوعات الجامعية
دج	دينار جزائري (وهذا الاختصار رسمي نصت عليه المادة 1 من الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، المعدّل والمُتمّم، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. رقم 52 مؤرخ في 27 غشت سنة 2003، ص3)
ص	صفحة أو صفحات من مصدر أو مرجع معين
ع	عدد من مجلة علمية معينة
ق.إ.ج.	الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المعدّل والمُتمّم، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية
ق.ع.	أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المعدّل والمُتمّم، يتضمن قانون العقوبات
مج	مجلد

ثانياً: الاختصارات في النصّ باللغة الأجنبية

§ / §§	Paragraphe(s)
A.J.C.T.	Actualité juridique collectivités territoriales
A.J.D.A.	Actualité juridique Droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique Droit pénal
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation française
C.A.	Cour d'appel
C.E.	Conseil d'État français
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
Cass. crim.	Arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation française
cf.	Confer
chron.	Chronique de jurisprudence
comment.	Commentaire d'arrêts
concl.	Conclusions
CP-ACCP	L'Actualité de la Commande et des Contrats Publics
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous-direction d'un ouvrage
e.a.	et autres
ibid.	Ibidem (au même endroit)

J.O.	Journal officiel de la République algérienne
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n ^{o(s)}	numéro(s)
obs.	Observations sur un arrêt
p. / pp.	Page / Pages
P.U.F.	Presse universitaire de France
préc.	Ouvrage précité
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.L.C.T.	Revue Lamy collectivités territoriales
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RASJEP	Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques
RD imm.	Revue de droit immobilier
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
req.	Requête
RTD com.	Revue trimestriale de droit commercial
sq.	et suivant(s)/ suivante(s)
T.C.	Tribunal des conflits
T.G.I.	Tribunal de grande instance
V.	Voir

مُقدِّمة

أحاط القانون الجزائري الصّفقات العموميّة، بدافع الحرص على نزاهتها وشفافيّتها، بمجموعة من الضّمانات، كتوفير احترام المساواة بين المرشّحين والمنافسة الشريفة والشفافيّة أثناء إبرامها¹ وتنفيذها، وإنشاء أجهزة إدارية خاصّة لمراقبتها مُقسّمة وفق التّرتيب الأفقيّ للإدارة العموميّة Situation horizontale de l'administration²، كلجان: الصّفقات العموميّة الجهويّة، والصّفقات العموميّة القطاعية، والصّفقات العموميّة الولائيّة، والصّفقات العموميّة البلديّة، والصّفقات العموميّة التابعة للمؤسّسات العموميّة والهيكلي غير المركز للمؤسّسة العموميّة ذات الطّابع الإداري، وتُنقّس هذه الأخيرة إلى: وطنيّة ومحليّة³. وجعل إجراءات صارمة رامية لإبرام عقود الإدارة العموميّة التي تنظمها القوانين الوطنيّة⁴، والتي تهدف بصفة رئيسيّة إلى تفادي الإسراف في الإنفاق من المال العمومي، ومكافحة الفساد الصادر عن الموظف العمومي⁵، والذي تُعدّ الصّفقات العموميّة مجاله المفضل⁶. زيادة على ذلك تمارس جهات قضائيّة - غير جنائيّة- عديدة ومختلفة رقابة جديّة على إبرام الصّفقات العموميّة وتنفيذها، كالجهة القضائيّة الإدارية بواسطة دَعوى إلغاء القرارات القابلة للإنفصال عن العقد⁷، ودَعوى الإستعجال الإداري⁸، ودَعوى القضاء الكامل التي يدور موضوعها أساسًا حول بطلان العقد والتعويض⁹، ومجلس المنافسة، لأنّ قانون المنافسة يُطبّق على الصّفقات العموميّة أيضًا¹⁰، وغرفة الإنضباط في مجال تسيير الميزانيّة والماليّة التي تتبع لمجلس المحاسبة¹¹.

¹ - يراجع: المادّة 9 من القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، المُعدّل والمُتمّم، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. رقم 14 مؤرخ في 8 مارس 2006، ص4؛ المادّة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام، ج.ر. رقم 50 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015، ص3، بدأ سريانه بعد 3 أشهر من تاريخ نشره، طبقا للمادّة 219 منه.

² - إذ يوجد في أعلى سلّم هذا التّرتيب الإدارات المركزية Administrations centrales كالوزارات، تُمّ تليها الإدارات غير المركزية كبلديات. يراجع: P. SERRAND, *Droit administratif*, t. I, France, P.U.F., 2015, p. 100 § 85 et pp. 103-108 §§ 89-92.

³ - يراجع: ت.ص.ع.، المواد 171 إلى 175، و179 إلى 190.

⁴ - الصّفقات العموميّة تخضع كذلك لتنظيم قانوني عبر وطني، وأبرز مثال عنه توجيهات الاتحاد الأوروبي. ويتمثّل هدفه، بعكس التّظيم القانوني الوطني، في توفير حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين. L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, France, Dalloz, 2010, p. 5 § 8.

⁵ - L. MARCUS, préc., p. 5 § 8.

⁶ - V. J.-P. BUEB, La lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics, dans Forum mondial de l'OCDE sur la gouvernance : partager les enseignements de la promotion de la bonne gouvernance et de l'intégrité dans les marchés publics, 30 novembre à 1^{er} décembre 2006, <https://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/37953863.pdf> (17/03/2023), p. 2 ; N. PONS, « Corruption, mode d'emploi », *Revue Géoéconomie*, 2013, n° 66, p. 217.

⁷ - يراجع: ع. عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، د.م.ج.، 1998، ص450-454.

⁸ - يراجع: المادّتان 946 و947 المتعلّقة بالاستعجال في مادّة إبرام العقود والصفقات من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المُعدّل والمُتمّم، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. رقم 21 مؤرخ في 23 أبريل سنة 2008، ص2.

⁹ - يراجع: ع. بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط. 4، الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، 2011، ص332-333.

¹⁰ - يراجع: المادّة 2 من الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، المُعدّل والمُتمّم، يتعلق بالمنافسة، ج.ر. رقم 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003، ص25. أدرج المُشرّع الصفقات العموميّة ضمن مجال تطبيق هذا الأمر بموجب القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر. رقم 36 مؤرخ 2 يوليو 2008، ص11. ولقد نصت المادّة 6 من هذا الأمر على الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العموميّة.

¹¹ - يراجع حول رقابة هذه الغرفة: المواد من 87 إلى 101 من الأمر رقم 95-20 مؤرخ في 17 يوليو سنة 1995، المُعدّل والمُتمّم، يتعلّق بمجلس المحاسبة، ج.ر. رقم 39 مؤرخ 23 يوليو سنة 1995، ص3.

كذلك تجد حماية الصّفقات العموميّة من الممارسات الفاسدة بقواعد غير جنائيّة أساسها في عناصر تكوين العقد، من خلال الاستعانة بمفهوم السّبب في العقد. ويمكن تعريفه بأنّه: "الهدف من العمليّة العقدية، الباعث إليها، وما التزم الأطراف بسببه، بعكس المحل في العقد الذي يشير إلى محتوى الالتزام"¹. حيث إنّ السّبب في العقد يستند، كالانحراف في استعمال السّلطة في دعوى تجاوز السّلطة (فكلاهما يعتد بالهدف من العمليّة، ويقرّر جزاء لعدم مشروعيتها)²، إلى اعتبارات أخلاقية في قانون العقود الإدارية³. ويتربّ عن عدم مشروعيتها جزاء قانوني -مديني⁴- يتمثّل في بطلان العقد⁵. ويبدو أنّ المشرّع الجزائري قد تفتن لأهميّة السّبب في العقد في محاربة الفساد في مجال الصّفقات العموميّة. إذ نصّ دستور سنة 2020⁶ في المادّة 24 (الفقرة 1) على أنّه: "يحظر استحداث أي منصب عمومي أو القيام بأي طلب عمومي لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة". والطلب العمومي الذي أشار إليه النصّ السّابق يعني العقود التي تلجأ فيها الإدارة العموميّة إلى مؤسّسة خاصّة لضمان مرفق عمومي⁷، وأهمها الصّفقات العموميّة واتفاقيات تفويض المرفق العمومي⁸. أما المصلحة العامّة التي اشترطها الدّستور كهدف للطلب العمومي، فإنّها تشكل في نظريّة العقد سبب الالتزام Cause de l'obligation⁹ المحمية بالسّبب في العقد Cause du contrat¹⁰ وهذا، لأنّها تعتبر الهدف الدائم من النّشاط العمومي¹¹.

أيضا تتعدد ضمانات حماية المال العام في إطار الصّفقات العموميّة -وينقسم هذا المال بحسب مالكه إلى المال العام للدولة وللولاية وللبلديّة وللمؤسّسات العموميّة، إلا أنّ تسييره يكون مشتركا¹²- والذي يحظى بأهميّة وحماية قانونيّة خاصّة، وتتجلى هذه الحماية من خلال مبدئين. يستهدف المبدأ الأوّل الحفاظ على المال العام كما هو،

¹- S. DE LA ROSA, D. HOUTCIEFF, D. MAZEAUD, Cause du contrat ou contrepartie convenue, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019, p. 66.

²- S. DE LA ROSA, D. HOUTCIEFF, D. MAZEAUD, préc., p. 67.

³- V. L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, 10^e éd., France, L.G.D.J., 2016, p. 162 § 290 : « La notion de cause illicite fait appel à des considérations d'ordre morale, de la même manière que celle de détournement de pouvoir dans le recours pour excès de pouvoir. [...] ».

⁴- استعملنا لفظ المديني لوصف ذلك الجزاء من أجل تمييزه عن الجزاء الجنائي.

⁵- V. L. RICHER, F. LICHERE, préc., p. 162 § 290.

⁶- ج.ر. رقم 82 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، ص4.

⁷- J. ALFONSI, « La notion de marché public », *Revue du Conseil d'Etat (algérien)*, 2003, n° 3, p. 59 : « [...] elle recouvre l'ensemble des contrats par lesquels les administrations font appel à des entreprises pour assurer ou leur permettre d'assurer le service public. [...] ».

⁸- V. J. ALFONSI, préc., p. 59.

⁹- V. S. DE LA ROSA, D. HOUTCIEFF, D. MAZEAUD, préc., p. 71.

¹⁰- S. DE LA ROSA, D. HOUTCIEFF, D. MAZEAUD, préc., p. 74.

ويبدو أنّ هناك فرقا بين السّبب في العقد والسّبب في الالتزام في نظرية العقد. فالسّبب في الالتزام يعني الهدف المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول اليه. بعكس السّبب في العقد الذي يشير إلى الهدف البعيد الذي يرغب المتعاقدان في تحقيقه. وبعبارة أخرى إلى المشروع العقدي 'Projet contractuel' وليس إلى الالتزامات التعاقدية. يراجع حول ذلك:

F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, France, L.G.D.J., 2008, pp.24-25 §24, p.27 §27, p.103 §114.

¹¹- V. F. LOMBARD, préc., p. 113 § 114.

¹²- A. BISSAAD, *Droit de la comptabilité publique*, Algérie, Houma, 2004, pp. 78-79.

وحمايته من النقص، ومن نتائجه شَرَط الاعتماد السابق على الصَّرْف¹. فقد يحاول الأشخاص الحصول عليه من خلال المشاركة في الصَّفقات العمومية بطرق غير مشروعة من أخطرها ارتكاب الجريمة، ويرتكز اهتمامهم بهذا العقد نظرا لجدية الضمانات القانونية المتعلقة بالوفاء بتمنه من طرف الإدارة العمومية. ففي الصَّفقات العمومية يعتبر حصول المتعاقد مع الإدارة العمومية على حقّه الماليّ أمرا مضمونا دائما بعكس عقود أخرى تبرمها الإدارة العمومية كاتفاقيات تفويض المرفق العموميّ أين يتوقف ذلك الحق على مؤهلات المتعاقد في استغلال النشاط الذي فُوض إليه². والمبدأ الثاني يشترط الأداء مقابل الإنفاق من المال العام. ومن نتائجه حظر الإدارة العمومية من التصرّف بالتبرع Libéralité، وعدم جواز الحكم عليها بدفع أكثر مما يلزم، وبخاصّة في منازعات التعويض عن زوال العقود الإدارية بطريقة غير عادية كالتعويض عن بطلان العقد مثلا³. ويُطبّق هذان المبدأان أثناء تكوين العقد وتنفيذه. فعند التكوين لا يجوز للإدارة العمومية أن تلتزم بالصَّفقة العمومية قبل الحصول مُقدّما على الاعتماد الماليّ الذي يثبت ملاءمتها المالية. وهذا الاعتماد شَرَط لازم لإبرام العقد الأصلي، ومُلَحَقه Avenant⁴. كذلك، قد تتخلى الإدارة العمومية أثناء مرحلة التنفيذ عن تطبيق شَرَط جزائيّ Clause pénale - طابعه الجزائيّ لا علاقة له بالقانون الجنائيّ - وُضِع في الصَّفقة العمومية بسبب إخلال المتعاقد معها بالتزاماته بشكل مُتَكَرِّر، فيعتبر بمثابة تبرع -محظور- صادر عنها يتحصل محله في قيمة ما كانت تستطيع الإدارة العمومية الحصول عليه من المتعاقد المُقَصِّر، إذا هي طبقته عليه⁵.

إذن أحاط القانون الجزائري الصَّفقات العمومية بضمانات تشريعية، وقضائية، وإدارية، وأخضعها لمبادئ قانونية هامة بقصد حمايتها وحماية المال العام أثناء مرحلة تكوينها وتنفيذها. لكن الضمانات السابقة لم تكفي برغم ذلك⁶. لهذا لجأ المُشرّع الجزائري إلى القانون الجنائيّ الذي يُسْتَعْدَم عندما تعجز القواعد القانونية غير الجنائية عن منع مخالفة القانون⁷. وتطبيق القانون الجنائيّ على العقود الإدارية مثل الصَّفقات العمومية قاد بعض فقهاء القانون الإداري إلى الحديث عن خصوصية نظرية العقد الإداري، بمعنى تطبيق قواعد من القانون الخاص على العقد الإداري⁸. وإن كان القانون الجنائيّ يعتبر بطبيعته فرعاً من القانون العام، حسب جانب من الفقهاء⁹. مع الملاحظة أنّ فكرة

¹ - يراجع: ع. البارودي، القانون التجاري: القطاع العام وفقا للقانون 97 لسنة 1983 المنشأة التجارية، مصر، منشأة المعارف، 1986، ص22 الفقرة 9. والظاهر أنّه يلزم حينما وجد المال العام، وتعين الإنفاق منه، ولا يقتصر على الصَّفقات العمومية فقط.

² - R. ZOUAÏMIA, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Algérie, Maison d'édition Belkeise, sans date, p. 73.

³ - J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », A.J.C.T., 2012, n° 5, p. 243 sq.

⁴ - H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, France, L.G.D.J., 2009, p. 310 § 520.

⁵ - F. LINDITCH, *Marché public, troc et don. Variations sur la jurisprudence Decaux*, dans *Le don en droit public*, JACQUINOT Nathalie (dir.), France, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, <https://books.openedition.org/putc/648?lang=en> (19/03/2023), p. 85 sq. ; J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », préc., p. 243 sq.

⁶ - V. H. HOEPFFNER, préc., p. 467 § 786.

⁷ - أ. مجحودة، أزمة الوضوح في الإنتم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 1، ط. 3، الجزائر، دار هوم، 2017، ص602.

⁸ - F. BRETNET, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », A.J.D.A., 2003, n° 18, p. 919 sq.

⁹ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22^e éd., France, Dalloz, 2011, p. 25 § 31.

عدم كفاية الضمانات غير الجنائية تجدد مصدرها - لا بل حدودها- في المبدأ الجنائي التالي: مبدأ التجريم بقدر الضرورة *Principe de nécessité de l'incrimination*. ويسمح هذا المبدأ، الذي ينتج عن مبدأ الشرعية الجنائية¹، والذي يجد بالتالي مجالا للتطبيق في القانون الجنائي الجزائري الذي يقوم على مبدأ الشرعية الجنائية أيضا، باستبعاد نص تجريمي على أساس عدم ضرورته²، وإلغاء أي جريمة جديدة من وضع المشرع من طرف الجهة المختصة بذلك (المجلس الدستوري مثلا)³، بخاصة إذا لم تكن هناك أي علاقة بين الجريمة الجديدة والمصلحة التي يراد لها أن تحميها، وبينها وبين الأهداف من تجريم السلوك المعني⁴. فإذا كانت السلطات التي تملكها الجهات الإدارية والجهات القضائية غير الجنائية كفيلة بمواجهة الانحرافات بجزائها غير الجنائية، فبسن نص جنائي في مثل هذا مجال، سيخالف المشرع حتما ذلك المبدأ⁵. مما يعني أن تدخل القانون الجنائي في نشاط إنساني معين مقيد بشروط. لأن المبدأ السابق يُضيق من نطاق تطبيق القانون الجنائي⁶.

فالتعاقد بدون اعتماد مالي مُسبق، برغم خطورته على المال العام، لا يؤدي إلى بطلان العقد⁷ (حتى البطلان لا يرقى إلى درجة الجزاء المناسب، لأنه يقع عادة بعد تنفيذ العقد⁸، كما أنه يعتبر جزاء مدنيا وليس جنائيا⁹)، بل يقتصر جزاءه في جواز امتناع الإدارة العمومية عن الوفاء بسعر الصفقة العمومية¹⁰. وهذا الجزاء فعال، لأنه منع الانفاق من المال العام. لكن الفعل قد ينطوي على نية سيئة تستحق جزاء أشد لا يملك القاضي الإداري تطبيقه ضد المخالف، لأنه لا يهتم بالسلوك الخاطئ إنما يقرّر جزاء للتصرف القانوني غير المشروع الذي لا يرتب أية نتائج مباشرة ضد المخالف، بعكس القاضي الجزائي الذي هو قاضي الأشخاص¹¹ الذي يحرص -أكثر من القاضي الإداري- على البحث عن تلك النية ومعاقبة صاحبها¹².

أضف إلى ذلك أن بعض التجاوزات الخطيرة التي تطل قانون الصفقات العمومية -إذ إن هذه الرقابة فُرضت

على أن هناك جانبا آخر من الفقهاء حاول وضع القانون الجنائي ضمن تقسيم مصطنع -لا هو بقانون عام ولا هو بقانون خاص- يدعى بالقانون المختلط. يراجع: ع. فيلاي، مقدمة في القانون، الجزائر، موفم للنشر، 2010، ص 123-124.

¹- F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », R.S.C., 2015, n° 2, p. 259.

على أن القانون الفرنسي قرّر المبدأ السابق بصراحة في المادتين 5 و 8 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن. يراجع: نفس المرجع، ص 261.

²- V. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », préc., p. 259.

³- F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », préc., p. 261.

⁴- V. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », préc., p. 264.

⁵- وهذا بالتحديد ما قرّره المجلس الدستوري الفرنسي بشأن مكافحة الإرهاب. يراجع:

V. SIZAI, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », La revue du droit de l'homme, mars 2017, §§ 7, 8, <https://journals.openedition.org/revdh/3038> (16/03/2023).

⁶- M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier I, France, 2009, p. 101 § 219. V. aussi F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », préc., p. 259.

⁷- V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 155 § 269 ; J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, France, Dalloz, 2009, pp. 222-223 § 222.

⁸- V. H. HOEPFFNER, préc., p. 467 § 786.

⁹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 27 § 32.

¹⁰- L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 155 § 269.

¹¹- C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, France, L.G.D.J., 2002, p. 482.

¹²- F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, 6^e éd., France, Dalloz, 2015, p. 14.

لوجود قواعد قانونية يجب احترامها¹ - لا تشملها الرقابة التي تمارسها تلك الأجهزة والهيئات². فلا جدال حول ارتفاع خطر الفساد -المتميز بسهولة ارتكابه وصعوبة اكتشافه³ - في مجال الصفقات العمومية مقارنة مع مجالات أخرى⁴. فهذه العقود تعتبر ميدانا مفضلا للفساد، نظرا للعائد المالي الذي يتأتى منها⁵، وحيث إن الشركات الخاصة تحتاجها للاستمرار في النشاط الأمر الذي يدفعها إلى استعمال كل الطرق والوسائل للحصول على تلك العقود⁶. لا جدال أيضا حول كيف أن ضعف الضمانات القانونية -غير الجنائية- المرصودة لحماية الصفقات العمومية سمح بانتشار الفساد بجميع أشكاله فيها⁷.

لهذا تُسند في العادة مهمة حماية الصفقات العمومية إلى القانون الجنائي⁸، هذا القانون الخطير على الحقوق الفردية والحريات العامة⁹، الذي تتمثل وظيفته الطبيعية في المعاقبة¹⁰، والذي يتوفر على أدوات زجر فعالة كنطاق تطبيقه العام حيث إنه يشمل ما يخرج عن مجال غيره¹¹، وسلطات التحقيق الممنوحة للقاضي الجنائي¹²، وسرعة الإجراءات الجزائية¹³، والأثر النفسي الذي تخلفه لدى المجرم كالشعور بالعار مثلا Déshonneur¹⁴. بالإضافة إلى جزاءاته القاسية جدا، لكنها فعالة أكثر من غيرها¹⁵. كما أنه يتوفر على مجموعة من الجرائم التي يمكن أن تُطبق على الصفقات العمومية كالرشوة، واستغلال النفوذ، وأخذ فائدة بصفة غير قانونية¹⁶. على أن عملية التجريم -

¹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 29.

²- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 29.

³- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 4.

⁴- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », Revue Lamy droit des affaires, 2015, supplément au n° 105, p. 18. V. aussi C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 4.

⁵- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 3.

⁶- V. Parlement européen, Direction Générale des Études, *Mesures de Prévention de la Corruption dans les États Membres de l'UE*, Annexe : *Lutte contre la corruption et marchés publics*, 1998, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/101/default2_fr.htm (19/03/2023).

⁷- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 241.

وانتشار الفساد بكثرة في الإدارة العمومية له تبعات اقتصادية على أطراف الرشوة. حيث يؤدي إلى انخفاض تكلفة الرشوة، لأن الراشي سيجد موظفا مرشيا آخر يقبل عرضه، إذا رفضه غيره. يراجع:

E. LAVALLEE e.a., « Ce qui engendre la corruption : une analyse microéconomique sur données africaines », Revue d'économie du développement, 2010, n° 3, vol. 10, p. 14.

⁸- يمكن تعريف القانون الجنائي بأنه: "فرع من فروع القانون يتمثل غرضه في دراسة التجريم والمعاقبة الممارسان من طرف الدولة والواقعان على السلوكيات التي من شأنها إحداث اضطراب بداخل المجتمع" B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 32.

⁹- حيث إن التشريع -الجنائي- وحده من يستطيع تقييد حرية الأفراد بمنع ارتكاب بعض الأفعال تحت عرصة العقوبة.

G. STEFANI, G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 9^e éd., France, Dalloz, 1976, pp. 130-131 § 103.

مما يعني أن أغراض التجريم والمعاقبة تقتضي التقييد من تلك الحرية.

¹⁰- J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », A.J.D.A., 1995, n° hors-série, p. 76 sq.

¹¹- فمثلا بينما لا يستطيع القاضي الإداري تقرير جزاء على المخالفات غير النزيهة المتعلقة بالتعامل التانوي، فإن القاضي الجزائي يستطيع، بواسطة جريمة المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي التي تقابلها المادة 26-1 من القانون رقم 06-01، معاقبتها.

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 119.

¹²- Y. PICOD, « Nullité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2013, § 5.

¹³- Y. PICOD, préc., § 5.

¹⁴- V. J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », préc., p. 76 sq.

¹⁵- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5^e éd., France, P.U.F., 2001, p. 51.

¹⁶- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 7.

ويقصد بالتَّجْرِيم: "إضفاء المُشْرِع على سُلوِك معيِن الطَّابَع الإِجْرَامِي"¹، ويعتبر "جزء من نظرية أعم وأشمل هي نظرية التأثيم"² القانوني³ - تتوقف على جسامَة الوقائع La gravité des faits التي تجعل تَجْرِيمها ضروريا، بحيث يتعين قصر التَّجْرِيم في الوقائع الجسيمة لا غير⁴.

وتعتبر الصَّفَقَات العُمُومِيَّة مُنَاسِبَة للفساد الإداري والمالي، لأنَّ المُؤَسَّسات الاقتصادية والشركات تتواصل مع الإدارة العُمُومِيَّة بسبب تلك العقود. فالفرد يتعرض، كما لاحظ علماء الاقتصاد (الذين، برغم حداثة اهتمامهم بهذه الظاهرة⁵، توصلوا من خلال أبحاثهم إلى تفسيرات مقنعة لظاهرة الرشوة قد تساعد المُشْرِع وفقهاء القانون في فهمها أكثر ومكافحتها بفعالية)، إلى الممارسات الفاسدة كلما وقع بينه وبين الإدارة العُمُومِيَّة اتصال⁶. وبما أنَّ هذا الاتصال لازم في مجال الصَّفَقَات العُمُومِيَّة، بسبب أنَّ أحد أطرافها الأصليَّة يتمثَّل في إدارة عُمُومِيَّة دائمة، فإنَّ نِسْبَة الفساد فيها ستكون معتبرة. مع الملاحظة أنَّ الرشوة -وقياسا عليه أفعال الفساد الأخرى المشابهة لها، ومنه جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفَقَات العُمُومِيَّة- طبقا للتحليل الاقتصادي الجزئي، تتطلب وجود ثلاثة أطراف هي: الطرف الأصلي ويتمثَّل في: الأصيل Principal ويجسد الإدارة العُمُومِيَّة، والعون Agent وهو الموظف العُمُومي، وأخيرا الراشي Corrupteur حيث تجمع بين الأصيل والعون علاقة بموجبها يزود الأصيل هذا الأخير بتنفيذ مهمة معينة، يسمى بعقد التفويض Contrat de delegation في علم الاقتصاد، وبناءً على هذا العقد، ونظرا لعدة عوامل كتأثير المهمة الموكول إلى العون بتنفيذها على العوائد الماليَّة للفرد أو الشركة، يُبرم العون مع الراشي عقد الرشوة Contrat de corruption⁷، والمعروف في القانون الجنائي باتِّفاق الرشوة Pacte de corruption. والذي يلعب فيه الجانب الماليّ دَوْر الباعث الدافع إلى إبرامه بالنسبة إلى العون (المرتشي) والراشي معا⁸. فيلاحظ منه الدَوْر الذي تلعبه الإدارة العُمُومِيَّة في ارتكاب الفساد، حيث تعتبر طرفا فيه.

وإذا كانت تلك الجرائم -التقليدية، كما وصفتها Prebissy-Schnall⁹، والتي تنتمي إلى ما يُعرَف بالجرائم ضد النزاهة Probité في القانون الفرنسي¹⁰ - تنطبق بحكم ميدانها العام على الصَّفَقَات العُمُومِيَّة أيضا، فإنَّ القانون الجزائري قد ذهب إلى أبعد من ذلك. فقد حرص، منذ استقلال الدولة¹¹، على جعل جرائم يدور نطاق تطبيقها

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., France, Cujas., 2014, p. 255 § 289 : « [...] le fait pour le législateur de rendre un comportement criminel ».

²- نقلا عن: ر. بھنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، ط. 3، مصر، منشأة المعارف، 1996، ص 7 الفقرة 1.

³- ر. بھنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، المرجع السابق، ص 9 الفقرة 1.

⁴- J. PRADEL, « Le principe de proportionnalité en droit pénal », D., 2019, n° 9, p. 490 sq. § 6.

⁵- V. N. PONS, préc., p. 208.

⁶- E. LAVALLÉE e.a., préc., p. 7 : « [...] un individu ne peut être victime de pratiques corruptives que s'il est en contact avec l'administration. ».

⁷- V. E. LAVALLÉE e.a., préc., p. 9.

⁸- V. E. LAVALLÉE e.a., préc., pp. 10, 14.

⁹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 129.

¹⁰- V. M. WAGNER, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », R.S.C., 2011, n° 1, p. 37 sq.

¹¹- ربما دعت إليها حداثة عهد جهات الرقابة بالانحرافات الممكنة في الصَّفَقَات العُمُومِيَّة، بسبب حداثة استقلال الدولة وعدم وجود الامكانيات الضَّروية لمواجهة ذلك.

الخاصّ حول الصّفقات العموميّة¹، والتي لا زالت قائمة إلى غاية الآن ولو بصورة مُعدّلة. وتتجسد أساسا في الجرائم المحدّدة بالمادّتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المتعلقة على التوالي بالامتيازات غير المُبرّرة والرشوة في مجال الصّفقات العموميّة كما جاء في عنوانهما القانوني². ويطلق تعبير الفساد في هذا القانون على مجموعة من الجرائم نصّ عليها في المواد من 25 إلى 47³. وهو التعريف الذي تأخذ به هذه الدّراسة.

علما أنّ القانون المذكور أعلاه صدر امتثالا لأحكام إتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد، بناءً على قرار الجمعية العامّة لهيئة الأمم المتّحدة رقم 58-4 الصادر في 31 أكتوبر 2003⁴ التي صادقت عليها الجزائر⁵ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128. وكلّ جرائم الفساد التي تعتبر في هذه الدّراسة خاصّة بالصّفقات العموميّة - بالتحديد الجرائم المنصوص عليها في المواد 26، 27، و 35 من القانون رقم 06-01 - غير موجودة في تلك الإتفاقية. مما قد يجعلها إستثناءً جزائري خالص. هذه الميزة تسمح - ابتداء من هذه اللحظة - باستبعاد الأحكام الجزائية لتلك الإتفاقية، وأعمالها التحضيرية أيضا، كمصدر لتفسير الجرائم السابقة، خاصّة وأنّنا "لا نستطيع تفسير نصّ التجرّيم على ضوء إتفاقية دولية بدون أن نمس بمبدأ الشرعية"⁶. كما أنّ تلك الإتفاقية، وإن حدّدت تعريف جرائم الفساد، ولنفرض أنّ ضمنها الجرائم المدروسة هنا، فإنّها خالية بالعكس من تحديد العقوبات المرصودة لها. والقاضي الجنائي عندما لا يجد عقوبات لجريمة ما في التشريع - ومن باب القياس في الإتفاقيات الدوليّة المُلزّمة - ولو كان ملزما بتطبيق هذه الإتفاقيات⁷ يجب عليه عدم معاقبة الجناة بأيّ عقوبة - سواء كانت محدّدة بالقسم العام أو من اختراعه - على أساس هذه الجريمة⁸. ومن ثمّ فإنّ الإتفاقية السابقة تفقد كامل أثرها في القانون الداخلي الجزائري.

وعندما يتدخّل القانون الجنائي في مجال ما لاحقا لزجر المخالفات لنصوص قانونيّة تنتمي إلى فرع قانونيّ مختلف عنه الذي لم يستطع بوسائله الخاصّة فرض احترامها، إنّما يتدخّل بوصفه قانونًا جزائيًا Droit sanctionnateur،

¹ - يراجع: الأمر رقم 66-186 مؤرخ في 21 يونيو سنة 1966 يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية، ج. ر. رقم 54 مؤرّخ في 24 يونيو سنة 1966، ص 830، المادّتان 3 و 4. والذي يعتبر من جهة تشريعا شديد القسوة، ومن جهة أخرى تشريعا استثنائيا، والجهة القضائية التي أنشأها استثنائية أيضا. يراجع:

A. ZAALANI, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise en Algérie », RASJEP, 2000, n° 4, p. 326.

² - يراجع حول ذلك: ك. علة، جرائم الفساد في مجال الصّفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر 1، 2013/2012، http://193.194.83.98/jspui/bitstream/123456789/12396/1/ALLA_KARIMA.pdf (11/04/2021)، ص 43-44.

³ - القانون رقم 06-01، المادّة 2-أ.

⁴ - يراجع نصّ الإتفاقية باللّغة العربيّة: Treaty series, vol. 2349, United Nations, New York, 2007, p. 100.

⁵ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، الجزائر، دار هومه، 2013/2012، ص 9، 203 (وقد ناقش بوسقيعة في هذا الموضوع مسألة سن تشريع خاص لمكافحة الفساد بعد المصادقة على تلك الإتفاقية مما يدلّ على الصّلّة الوثيقة بينهما).

⁶ - E. DREYER, « L'occasion manquée d'une classification des règles applicables à la corruption d'agent public étranger », comment. sur C.E., 6 avril 2018, req. n° 417192, D., 2018, n° 27, p. 1543 sq.

⁷ - فالدستور الجزائري لسنة 2020 في مادّته 171 يلزم القاضي بوجه عام بتطبيق الإتفاقيات الدوليّة.

⁸ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 140 § 164.

وبالتالي قانونا مُكمِّلا Subsidaire أو مساعدا Auxiliaire¹، وليس كقانون منشئ للالتزامات - بمعنى مقرر لقاعدة ما Normatif - تجاهلتها فروع القانون الأخرى². وأبرز مثال عن الصفة الجزائية للقانون الجنائي في هذه الدراسة هي جريمة المادة 26-1 من القانون رقم 06-01 التي تحظر مخالفة نصوص قانونية معينة بذاتها. حيث إنَّها لا تهدف إلى المُعاقبة على جميع المخالفات لقانون الصِّفقات العمومية³. فالمُشرِّع عندما يتدخل، بواسطة التَّجريم، في مجال ما، وبخاصة مجال العقود، بوصفه قانونا جزائيا، لا يتدخل للمُعاقبة إلا على سلوكيات معينة: فعلى سبيل المثال إنَّ الجرائم المتعلقة بالاستهلاك لا تجرم جميع التَّعسُّفات العقدية Abus contractuels، وإنما تعاقب منها التَّعسُّفات الخطيرة فقط⁴. وخيار المعاقبة على مخالفة نصوص قانونية محدَّدة، كما هو الحال في جريمة المادة 26-1، فيبرز في الحقيقة الأهمية الشديدة التي يوليها المُشرِّع لاحترام تلك النصوص⁵. ومدى خطورة مخالفتها، لأنَّ القانون الجنائي يتدخل للمُعاقبة على أخطر المخالفات، أما المخالفات الأخرى فالجزاءات المدنية كفيلة بردها⁶. ومنه تجب الملاحظة أنَّ عدم كفاية الضَّمانات من فروع القانون الأخرى لا تقتصر على قانون الصِّفقات العمومية فحسب، وإنما تتعلَّق بمجالات أخرى كالعقود المدنية.

غير أنَّ أسباب تدخل القانون الجنائي في مجال ما لا تقتصر على عدم كفاية الضَّمانات القانونية فيه. بل تخضع لاعتبارات أخرى. فعلى صعيد الصِّفقات العمومية، قيل بأنَّ من مُبررات إنشاء جرائم جديدة ضعف فعالية جرائم الفساد التقليدية (الرَّشوة، واستغلال النَّفوذ، الخ) في مكافحة الأفعال غير النزيهة، بسبب الصعوبات التي تواجه تطبيقها على تلك العقود⁷. وفي هذا الصدد، يقصد بفعالية القانون L'efficacité de la loi: "قدرة القانون على بلوغ الهدف الذي قصَّده المُشرِّع منه"⁸. اذن حتى الضَّمانات الجنائية الموجودة مُسَبَّقا لا تكفي أحيانا لمواجهة الفساد. هذا، دون أن ننسى أيضا أنَّ المُشرِّع كثيرا ما ينزع نحو إنشاء جرائم جديدة، وتشديد العقوبات أيضا، لإرضاء الرأي العام وبعض مجموعات الضغط⁹. فإعلام الرأي العام بقضايا الفساد الإداري والسِّياسي المكتشفة عادة ما يعيد لديه الاهتمام ببحث دَوْر القانون الجنائي في التصدي لمثل هذه السلوكيات¹⁰.

كذلك يكلِّف الدُّستور الجزائري لسنة 2020 المُشرِّع بالمُعاقبة على الفساد - بوجه عام - بما يعرف بالالتزام الدُّستوري بالمُعاقبة Obligation constitutionnelle de punir¹¹. حيث جاء في المادة 25 منه: "يعاقب القانون

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 69 § 72.

²- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 70 § 74.

³- يراجع: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

⁴- W. JEANDIDIER, « Infractions économiques », *Rép. pén.*, octobre 2016, § 185.

⁵- V. C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, France, Hachette, 1994, p. 14.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 69 § 73.

⁷- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 7.

⁸- التعريف مقتبس عن:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 120 § 134 : « [...] l'efficacité d'une loi est sa propension à atteindre le but visé par son auteur, le législateur selon la doctrine dominante. ».

⁹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 100 § 115.

¹⁰- Rapprocher : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 31.

¹¹- التعبير مقتبس عن:

M. LACAZE, préc., p. 76 § 153 et p. 77, b. La controverse sur l'obligation constitutionnelle de punir.

على استغلال النفوذ والتعسف في استعمال السلطة¹. وهذه الأفعال يُجرّمها القانون الجزائري بمناسبة النشاط العمومي بوجه عام، والصفقات العمومية بوجه أخص². بل ويحظر الثراء الشخصي من الوظيفة العمومية والعهدات الانتخابية. حيث جاء في المادة 24 (الفقرة 2) منه: "لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة". وبرغم أهمية هذه النصوص الدستورية، فإن تأشير القانون رقم 01-06 جاء خالية منها³. بل وتنص الفقرة 1 من تلك المادة على أنه: "يحظر استحداث أي منصب عمومي أو القيام بأي طلب عمومي لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة". وتلزم المادة 9 من مؤسسات الدولة التي اختارها الشعب بـ "ضمان الشفافية في تسيير الشؤون العمومية".

لكن، إن جرائم الفساد التي توصف بأنها خاصة بالصفقات العمومية - لسبب أو لآخر - ليست في واقع الأمر إلا جرائم فساد تهم جميع أنشطة القطاع العمومي قام المشرع بتكييفها مع مجال الصفقات العمومية. فالمشرع يستطيع إنشاء جرائم جديدة مشتقة عن جرائم أخرى من القانون المشترك بتكييف مجال تطبيقها مع ظروف وحالات خاصة يرتكب فيها النشاط الإجرامي الجديد⁴ كالقيام بعمليات قانونية معينة⁵. حتى جريمة المادة 26-1 - وتعتبر في القانون الفرنسي الجريمة الأساسية لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية⁶ - تتطابق مع جريمة إساءة استعمال السلطة (المادة 33 من القانون رقم 01-06) التي جرمها القانون الجزائري أسوة بما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. إضافة إلى جريمة المادة 27 التي تتعلق بالرشوة كما يدلّ عنوانها، وجريمة المادة 26-2 التي تشترك مع جريمة استغلال النفوذ في بعض عناصر تكوينها أيضا.

كما أنّ اللجوء إلى التجريم بالاشتقاق أو التكييف يؤكد التضخم التشريعي الذي يعرفه القانون الجنائي، والذي يعد أمرا غير مرغوب فيه⁷. ويقصد بالتضخم التشريعي والتنظيمي "الزيادة غير المراقبة في عدد القواعد المكتوبة ذات القوة الملزمة"⁸. فإذا كان من الطبيعي أن يستند المشرع إلى القانون الجنائي لضمان احترام الأحكام القانونية التي تهتم بمجال معين، فهذا لا يحق إلا عند الضرورة فحسب، وليس باعتباره وسيلة سهلة تعفيه من استعمال وسائل أخرى قد تفي بمفردها بالغرض؛ زد على ذلك فإنّ التجريم المفرط قد يشكل خطرا على النظام العام، حيث يؤدي إلى عدم الامتثال للنهي الجنائي بل واستحالة ذلك على المخاطبين بالتجريم⁹. ويبدو من جهة أنّ مبدأ التجريم بقدر

¹ - يقارن: المادة 24 من الدستور الجزائري لسنة 2016، ج.ر. رقم 14 مؤرخ في 7 مارس سنة 2016، ص4. حيث كانت المعاقبة تقتصر فقط على التعسف في استعمال السلطة. غير أنّ هذا التعسف يصلح كذلك أساسا لتجريم ومعاقبة استغلال النفوذ. ويراجع في هذا المعنى: E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, France, Dalloz, 2011, pp. 180-181, § 265.

² - يراجع: القانون رقم 01-06، المادتان 2-26، 27.

³ - آنذاك كان الدستور الجزائري يحظر الثراء الشخصي من الوظيفة العمومية بالمادة 21 مثلا التي لم تحل إليها تأشيرات القانون السابق.

⁴ - R. GARRON, « Les infractions similaires et l'interprétation des lois spéciales », R.S.C., 1966, n° 4, pp. 742-743 § 5.

⁵ - R. GARRON, préc., p. 746 § 9.

⁶ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 33.

⁷ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 26 § 31.

⁸ - تعريف مقتبس بتصرف عن:

Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, 11^e éd., France, Economica, 2014, p. 65.

⁹ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 26 § 31.

الضرورة يَخذ -بشكل ايجابي- من التضخّم التشريعي في المجال الجنائي. ومن جهة أخرى وأهم في هذه الدراسة يعني أنّ جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة تثير مشكلة تتعلّق بتحديد نطاق تطبيقها بالنظر إلى جرائم الفساد الأخرى القريبة منها وذات نطاق التطبيق العام.

من جانب آخر، إنّ عدد جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة في القانون رقم 06-01 غير واضح. فقد ثار الشكّ بين الفقهاء في الجزائر -برغم إجماعهم المُستَق على كون جرائم المادّتان 26 و 27 من القانون رقم 06-01 تتعلّق بالصفقات العموميّة¹- حول جرائم فساد أخرى. حيث لا يزال مختلفا -برغم حرصه الكبير على دراسة هذه الجرائم- حول نطاقها الصحيح. فهناك رأي أوّل حصرها في الجرائم السابقة لا غير². فعنوانها القانوني، حيث وصفها المُشرّع في كلا النصان بأنّها تتعلّق بذلك المجال، وأيضا محتواها الذي يذكر بصراحة لفظ الصفقة الذي يشير -ولو ظاهريا- إلى تلك العقود يدلان على ذلك.

بالعكس يتفق أصحاب رأيي ثان على وجود جرائم أخرى. لكنهم اختلفوا بشأن تحديدها. بحيث يجمع هؤلاء على ضم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة المنصوص عليها في المادّة 35 من القانون رقم 06-01 إلى قائمة جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة³. والحقّ إنّ المنهج العملي Méthode empirique المطبق على العلوم القانونيّة أيضا⁴ يُستَوغ استبعادها من نطاق تلك الجرائم حسب القانون الجزائري، لأنّها، كما لاحظ بوسقيعة، "لم تعرف بعد طريقها إلى التطبيق في الجزائر"⁵. إذ يعتبر القضاء "التطبيق العملي للقانون"⁶. ذلك يعني استحالة التأكّد من تطبيقها على الصفقات العموميّة من طرف القضاء الجزائري الوطني. وتحديد وتيرة هذا التطبيق. لكن في الواقع لا حاجة لأحكام القضاء الجزائري للتأكد من ذلك، لأنّ القانون الفرنسي يقدم أمثلة قضائيّة عديدة للجريمة في مجال الصفقات العموميّة. فعَمَلِيّة إبرام هذه العقود تعتبر من أكثر حالات أخذ فائدة بصفة غير قانونيّة حسب القضاء الجزائري الفرنسي⁷، مثل الحكم الهام الصادر عن الغرفة الجنائيّة لمحكمة التّقض الفرنسية بتاريخ 15 ديسمبر

¹ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 137؛ ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 356-358.

² - أ. دغيش، "الجرائم المتعلّقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته"، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة - الجزائر، كلية الحقوق، 20 مايو 2013، ص 3.

³ - ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 356-361؛ ع. حاحا، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة بسكرة، 2013/2012، (24/03/2023) <http://archives.univ-biskra.dz/handle/123456789/1171>، ص 109، 119؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 86-102؛ ح. خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 413-417. يقارن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 123.

⁴ - ع. عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، ط. 3، الجزائر، د.م.ج، 1999، ص 222-228.

⁵ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 124.

⁶ - نقلا بتصرف عن: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط. 3، مصر، منشأة المعارف، 1997، ص 73 الفقرة 15.

⁷ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 151.

1905¹. وهذه الأمثلة تصلح كذلك في القانون الجزائري، "نظرا لتطابق تشريع البلدين في هذا المجال"². زيادة على ذلك كيف يسوغ أن تشمل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بعد إنتهاء الوظيفة العمومية عقود الصّفقات العمومية بصراحة، ولقد نصّ على هذه الجريمة الأمر رقم 07-01 المؤرخ في أول مارس 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف³، وأنّ تهمله جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية المقررة في المادة 35 من القانون رقم 06-01. فالواجب أن تُطبّق هذه الأخيرة على الصّفقات العمومية كذلك. فالتماثل بين جرمي أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية وبعد ذلك أمر واجب. والدليل على ذلك أنّ الفقه الفرنسي، بصدد تبرير توسع قضائه الجزائي - والتوسع في التفسير أمر منبوذ في المواد الجزائية كما هو معلوم - في تطبيق نفس الجريمة على من يبدي رأيا استشاريا، يرى أنّ معاقبة موظف عموميّ سابق على أخذ فائدة لمجرّد إبدائه رأيا في عمليّة ما تجيز تطبيق جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية أيضا⁴. بل إنّ المادة 2 - التي تتضمن التكليف الجنائي - من الأمر رقم 07-01 في الجزائر تحظر على الموظف العموميّ أخذ فائدة أثناء وظيفته من عند مؤسسات وهيئات إما يتولى إبرام صفقة عمومية معها أو أصدر "رأيا بغية عقد صفقة معها". مما يفيد من باب الموافقة أنّ المادة 35 من القانون رقم 06-01 يجب أن تعاقب على ذلك أيضا. أخيرا، يمكن لنا إدراج هذه الجريمة ضمن نطاق هذه الدّراسة المحصور في مجال الصّفقات العمومية دون الخروج عن اطارها المحدّد. وهذا، عن طريق التوسع في تعريف جرائم الفساد الخاصّة بهذا المجال في هذه الدّراسة باعتبارها الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 التي يتضمّن أنموذجها القانونيّ تصرّفا اتّفاقيا يشمل معنى الصّفقة العمومية. هذا التعريف يسمح باستبعاد الجرائم التقليدية الأخرى كالرشوة في القطاع العام (المادة 25) واستغلال النفوذ في القطاع العام (المادة 32)، وجريمة الرشوة الدّولية المادة 28، بل وجرائم فساد أخرى ضمن القانون رقم 06-01 قد تنطبق على ذلك المجال بصورة عامة. أكثر من ذلك يسمح القانون السابق بإدراج جريمة المادة 35، لأنّ أنموذجها القانونيّ يضم العقود والمناقصات والمزايدات التي يشمل معناها الصّفقات العمومية⁵. كذلك أضاف بعضهم إلى القائمة السّابقة جريمة تعارض المصالح (المادة 34)، لأنّها تحيل حصرا إلى حكم المادة 9 المتضمنة مبادئ وقواعد إبرام الصّفقات العمومية⁶. لكن هذا الرأى لا يتطابق مع الإرادة الحقيقيّة للمشرّع. حيث إنّ المادة 34 قصدت الإحالة إلى المادة 8 من ذلك القانون وليس المادة 9 كما ذهب إليه أصحاب الرأى

¹- Cass. crim., 15 décembre 1905, pourvoi n° 554, *Bull. crim.*, n° 12, pp. 889-891.

²- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 124.

³- ج.ر. رقم 16 مؤرّخ في 7 مارس 2007، ص 4، المادّتان 3 المتعلّقة بالتكليف و 6 المتعلّقة بالجزاء الجنائيّ.

⁴- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », *Rép. pén.*, avril 2014, § 36.

⁵- ع. حاحا، المرجع السابق، ص 119، الذي لاحظ أنّ هذه الجريمة "تعد أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، لأنّها تنصب على العقود والمناقصات والمزايدات التي تبرمها الإدارة العمومية".

⁶- ح. خضري، المرجع السابق، ص 339-340، 383-384. ولقد عالج بالتفصيل الجريمة السّابقة على أساس أنّها تُطبّق على الصّفقات العمومية. نفس المرجع، ص 383-397. يراجع أيضا: ك. علة، المرجع السابق، ص 44.

السابق¹.

وإذ لا بد من وضع فرضية تبدأ منها أي دراسة علمية لرسم حدودها، فمن الأجدر أن نستند هنا إلى فرضية مقتضاها أن جرائم الفساد المحددة بالمواد 26، 27، 35 من القانون رقم 06-01 تختص جميعها بمجال الصفقات العمومية. وبالتالي، سوف تعامل الجرائم السابقة في هذه الدراسة كأشكال جرمية فساد خاصة بالصفقات العمومية. هذه الدراسة التي تبحث حصرياً في النظام الجنائي الذي تحتكم إليه جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري، وبالتالي تخرج من دائرة اهتمامها الآثار غير الجنائية المترتبة عن الجريمة كالدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة المرفوعة أمام القاضي المدني، باستثناء بطلان الصفقة العمومية بسبب الجريمة، والدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة التي اقتضت أغراض هذه الدراسة معالجتها: فكلاهما يدخل في اختصاص القاضي الجزائري حسب القانون الجزائري².

أكثر من ذلك، فإن عبارات نصوص التجريم الخاصة بالجرائم السابقة التي ينبغي أن تدل على ميدانها الموضوعي تحمل أكثر من تفسير -ويقصد بتفسير القانون استنباط معناه من أجل تحديد نطاق تطبيقه³- حيث إن القانون رقم 06-01 لم يذكر في محتوى نصوص التجريم لفظ الصفقات العمومية بصراحة تامة. ويدعى هذا النوع من النصوص الجنائية بالنصوص الغامضة *Obscure* حيث يجب على القاضي الجنائي أن يحدد معناها كما قصده المشرع عن طريق التفسير، فإذا فشل في ذلك، وجب عليه الامتناع عن الحكم بالادانة⁴ (لكن ليس على أساس تفسير الشك لمصلحة المتهم *In dubio pro reo*، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الأساس، واعتبرت الاستناد إليه في حالة النص الجنائي الغامض مخالفاً لواجبات القاضي الجنائي وانكاراً للعدالة، وهذا ربما لأن المبدأ السابق يُطبق على الشك في الوقائع وليس على الشك في القانون⁵). وتقود تلك التفسيرات إلى نتائج متعارضة بين حصرها في مجال الصفقات العمومية فقط، وتمديد ذلك المجال ليشمل إلى جانب الصفقات العمومية عقوداً أخرى قد تبرمها الإدارة العمومية علماً أن هذه العقود تنقسم إلى عقود إدارية وأخرى مدنية⁶. وما ينجر عن ذلك من انتهاك للمبادئ الأساسية التي تدير القواعد القانونية الجنائية كمبدأ الشرعية الجنائية مثلاً. فالقسم الخاص من القانون الجنائي الذي يندرج موضوع هذه الدراسة تحته يخضع أكثر من غيره إلى ذلك المبدأ، لأنه يحتكر تحديد الجرائم ويصف

¹ - الجريدة الرسمية لمدونات المجلس الشعبي الوطني، ع 159، 2005، ص 40، 46، 47. يراجع كذلك: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 187؛ ع. حاحا، المرجع السابق، ص 221.

² - وفي المقابل، لن تتطرق هذه الدراسة إلى دعوى بطلان العقد ودعوى التعويض المدنية بسبب الجريمة المرفوعتان أمام القاضي غير الجنائي. لكن، يراجع بحث هام حول بطلان العقد أمام القاضي الإداري بسبب الجريمة، ويتعلق الأمر بجريمة المحاباة، والتي يمكن تمديد حكمها إلى بقية جرائم الفساد المدروسة هنا، وركزنا على هذه الحالة، نظراً إلى أنها تخالف الأصل العام الذي يقضي بأن سلطة إبطال العقود هي للقاضي غير الجنائي:

G. TROUILLER, « La sanction du favoritisme par le juge administratif du contrat », [https://association-idpa.com/blog-articles/la-sanction-du-favoritisme-par-le-juge-administratif-du-contrat#:~:text=Une%20situation%20de%20favoritisme%20peut,constat%C3%A9%20par%20une%20juridiction%20r%C3%A9pressive.\(09/04/2023\).](https://association-idpa.com/blog-articles/la-sanction-du-favoritisme-par-le-juge-administratif-du-contrat#:~:text=Une%20situation%20de%20favoritisme%20peut,constat%C3%A9%20par%20une%20juridiction%20r%C3%A9pressive.(09/04/2023).)

³ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 133 § 135.

⁴ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 133-134 § 135.

⁵ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 223 § 257.

⁶ - J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, 17^e éd., France, Dalloz, 1998, p. 115 § 106.

الوقائع المعاقب عليها، ويجدد لكل جريمة منها عقوبة معينة¹. غير أن نطاق المبدأ لا يقف عند القانون الجنائي الموضوعي، بل يشمل إلى جانب ذلك الاجراءات الجزائية ايضا اين يتعين تحديد قواعد المتابعة الجزائية بموجب التشريع².

بناءً على محددات مشكلة الدراسة المذكورة سابقا، نطرح في هذه الدراسة، للبحث والإجابة، السؤال الرئيسي التالي: هل توجد في القانون رقم 06-01 جرائم تخص الصفقات العمومية بصورة حصرية؛ وما تتكون هذه الجرائم من الناحية القانونية. والذي تتفرع منه مجموعة من الأسئلة الفرعية الآتية:

أولا، إذا كانت هناك فعلا جرائم خاصة بهذه العقود في القانون الجزائري، فهل تطبق عليها أحكام خاصة بخصوص أركانها، والمسؤولية الجزائية المترتبة عنها، والدعوى العمومية الناشئة عنها، والعقوبات المقررة لها تختلف عن أحكام قيام الجرائم الأخرى، وأحكام المسؤولية الجزائية، والمتابعة القضائية، والعقوبات المحددة جميعا في القسم العام من قانون العقوبات الجزائري³ (صدر هذا القانون بالأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966)⁴. أم أنها تخضع لنفس الأحكام العامة والمشاركة بين جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات دون وجود أي اختلاف يمكن أن يذكر. أو بعبارة أخرى، هل تعتبر الأحكام المتعلقة بالجرائم السابقة من تطبيقات القواعد العامة للقانون الجنائي أم إنها تشكل استثناءً منها. فالقانون الجنائي الخاص، بمقارنته مع العلوم العقابية الأخرى، ومنها القسم العام من قانون العقوبات يشكل إما تطبيقا للمبادئ المستخلصة من هذه العلوم، أو استثناءً منها⁵. وهل لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية أحكام قانونية تميزها عن جرائم الفساد الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم 06-01، لأن المشرع الجزائري، بنية توحيد القواعد القانونية التي تخضع لها عائلة جرائم الفساد التي ابتكرها بموجب مادته 2-أ، قام بجعل أحكام قانونية - خاصة - تسري عليها جميعا.

ثانيا وأخيرا، هل تتطابق جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية والأحكام المتعلقة بها - إذ تضمنتها قواعد قانونية يمكن أن تخضع لرقابة المطابقة مع القواعد القانونية الأعلى منها من حيث القوة من جانب الهيئات المختصة كالحكمة الدستورية⁶ - مع الأصول الأساسية المنظمة للقانون الجنائي في الجزائر، وبخاصة تلك التي تكتسب قيمة أعلى في النظام القانوني، كالمبادئ ذات القيمة الدستورية، مثل مبدأ الشرعية الجنائية الذي تنص عليه المادتين 43 و167 من دستور 2020، وهو حجر الأساس في القوانين الجنائية الحديثة. وأيضا مبدأ التجريم بقدر الضرورة الذي يفترض أن الجريمة يجب أن توضع من أجل حماية مال قانوني الذي ينبغي تحديده بدقة كافية، وأن تؤدي الجريمة الجديدة

¹- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, France, Cujas, 1981, extraits publiés sur internet : <https://ledroitcriminel.fr> (17/03/2023), § 11.

²- A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects législatifs et jurisprudentiels », R.S.C., 2007, n° 3, p. 509 sq. § 5.

³- وتحظى هذه الاشكالية باهتمام فقهي كبير. فقد سبق وأن طرحها البعض من قبل في مجال الفساد في الصفقات العمومية. ك. علة، المرجع السابق، ص16-17. ولقد دارت دراسة علة في أغلبها حول استخراج الأحكام المميزة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري.

⁴- ج.ر. رقم 49 مؤرخ في 11 يونيو سنة 1966، ص702.

⁵- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., France, Dalloz, 2014, p. 18.

⁶- يراجع: الدستور الجزائري لسنة 2020، المادتان 185 (الفقرة 1)، 190 (الفقرة 1).

إلى سدّ النقص في النظام العقابي القائم¹. فإذا لم تكن للجريمة الجديدة نفس نطاق التطبيق أو التعريف أو الغرض في جرائم أخرى موجودة من قبل، فإنّ الجريمة الجديدة تعتبر متطابقة مع ذلك المبدأ (وهذا، بحسب المجلس الدستوري الفرنسي)². وإذا كانت بالعكس تُطبّق على مجال يمكن لجريمة أخرى أن تشملها، فإنّها ستخالف حتما ذلك المبدأ³. فجرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة تتشابه كثيرا في تعريفها - بل وفي غرضها - مع جرائم فساد أخرى أعم منها، وأشمل لمجال الصفقات العموميّة بسبب هذه العموميّة. حيث يمكن لجريمة الفساد العامّة أن تستوعب بمفردها نفس السلوكيات التي تعاقب عليها بعض جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، بل وسلوكيات أخرى تتعلّق بالصفقات العموميّة، ولكن نصّ التجريم الخاصّ بالصفقات العموميّة أقصاها من نطاق الجريمة. فهل تحترم اذن جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة المنصوص عليها في القانون الجزائري المبدأ الأساسي السابق.

أما بالنسبة للأهداف من دراسة موضوع جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة في القانون الجزائري، فإنّها تتمثّل فيما يأتي.

1- محاولة إثبات تطبيق جرائم الفساد محل الدّراسة على عقود الإدارة العموميّة الأخرى، سواء كانت هذه العقود الأخيرة ذات طبيعة إدارية أم كانت ذات طبيعة مدنيّة أو تجارية، للفصل في مسألة وجود قانون جنائي خاصّ بالصفقات العموميّة من عدمه في القانون الوضعي الجزائري.

2- تحديد النظام القانوني الذي تختّم إليه هذه الجرائم - عناصرها وشروط ارتكابها، وشروط المسؤولية الجزائية عنها، وكيفيات متابعتها جزائيا أمام القضاء الجزائي، وأخيرا ما يترتب عنها من جزاءات قانونيّة أهمها العقوبات المقرّرة لها قانونا بالإضافة إلى التعويض المدني - وفق ما جاء في القانون الوضعي الجزائري في الوقت الحاضر، وبخاصّة القانون رقم 06-01.

3- محاولة ترتيب الموضوع ترتيبا جديدا. حيث ركزت الدّراسة على جمع عناصر هذه الجرائم تحت فكرة مُكوّنات الجريمة، نظرا للاختلاف الحاصل بينها: بين شروط أوليّة في الجريمة وأركان مؤسّسة فيها. وحاولت هذه الدّراسة من خلال ذلك حصر هذه الشروط الأوليّة واستنباط أحكامها العامّة بتقسيمها إلى ما يمكن أن يعرف بالتصرّف القانوني الاتفاقي يشمل العقد والاتفاقية والصفقة والملحق التي ذكرتها نصوص التجريم، وصفة شخصيّة خاصّة لدى مرتكب هذه الجرائم.

4- إكتشاف القواعد والأحكام الاستثنائية من القانون الجنائي التي تُطبّق عليها، وهذا من حيث عناصر تكوين هذه الجرائم، ومن حيث المسؤولية الجنائيّة المترتبة عنها، وأخيرا من حيث العقوبات المحدّدة قانونا التي تُطبّق على الجناة لقاء ارتكابها. فدّراسة هذه الجرائم قد يفتح الباب أمام إكتشافات جديدة في القانون الجنائي الجزائري، لأنّ النظريات الأساسيّة (الكليات) في القانون الجنائي - كفرع مستقل في القانون وليس كقانون وضعي خاصّ بدولة

¹- J.-B. PERRIER, « Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », chron. législative, R.S.C., 2010, n° 2, p. 468.

²- V. J.-B. PERRIER, « Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », préc., pp. 468-469.

³- V. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », préc., p. 264.

معينة كالجرائم - تكونت من الناحية التاريخية نتيجة استقرار الجرائم الواردة بالقسم الخاص (الجرائم) التي كانت موجودة في قوانين العقوبات الأساسية والقوانين الأخرى المكمل لها¹.

وفي هذا المعنى، قرّر Bouloc أن القسم الخاص يعتبر بدون شك أقدم جزء من القانون الجنائي، إذ شرع أولا في وضع الجرائم الخاصة وعقوباتها، ليتم بعدها صياغة النظريات العامة². فعلى سبيل المثال، ظهرت فكرة الشروط الأولية في الجريمة، وهي فكرة أساسية لدراسة جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية كما سوف يتبين³، بعد أن لاحظ الفقه الجنائي الفرنسي أن بعض الجرائم في قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810، الملغى حاليا، تتطلب تحقق وقائع لا ينطبق عليها وصف الركن الأساسي في الجريمة، كواقعة تسليم الشيء إثر إبرام العقد في جريمة خيانة الأمانة⁴.

5- من الأهداف الأخرى لهذه الدراسة، إكتشاف النقائص القانونية التي لا زالت تعترى جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري لسيدها في المستقبل من جانب السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في حدود اختصاص هذه الأخيرة، ومن جانب القضاء الجزائري بصورة لا تخالف المبادئ الأساسية التي تدير عملية تفسير القواعد القانونية الجنائية.

6- تهدف هذه الدراسة أخيرا إلى تقديم أسباب وحلول جديدة للحقائق⁵ التي خلص إليها من درس موضوع الجرائم المطبقة على الصفقات العمومية من قبل، وللمشاكل التي تواجه تطبيق هذه الجرائم في القانون الجنائي الجزائري.

وقد تجددت أهمية موضوع الفساد في القانون الجزائري في العقد الأخير بعد أن طفت إلى السطح قضايا فساد رهيبة مست جميع القطاعات والأنشطة وبخاصة الصفقات العمومية. مع الإشارة إلى أن معظم جرائم الرشوة التي تُكتشف حديثا تعود إلى اتفاق أبرم قديما لكنه استمر من حيث التنفيذ منذ ذاك. إذ يجري في العادة تنفيذ اتفاق الرشوة خلال سنوات طويلة⁶. فهي اذن ممارسات خطيرة ذات امتداد وقي طويل من حيث تنفيذها. كما أنّها ذات آثار شديدة الخطورة على ميادين الاقتصاد، والسياسة، وعلى المجتمع مما يستدعي ضروريا محاربتها في كل مكان، لأنّها ظاهرة عابرة للحدود الوطنية، ومهما كان الاختلاف بين المجتمعات في الثقافة والتقاليد⁷.

¹ - إ. إ. منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، ط. 2، الجزائر، د.م.ج.، 1988، ص 7.

² - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 33 § 38.

³ - يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁴ - V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 24 § 26 ; J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », R.S.C., 1977, n° 2, p. 283.

⁵ - يعد ذلك جوهر الدراسات العلمية. أ. شلي، كيف تكتب بحثا أو رسالة: دراسة منهجية لكتابة الأبحاث وإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه، ط. 6، مصر، مكتبة النهضة المصرية، 1968، ص 8: "[...] تتمخض الرسالة عن ابتكار وإضافة جديد إلى ما هو معروف من العلوم؛ [...] وليس الابتكار المطلوب في الرسائل هو كشف الجديد فحسب. بل هناك أشياء أخرى غير الكشف يشملها لفظ الابتكار، وذلك مثل [...] الاهتداء إلى أسباب جديدة لحقائق قديمة، [...]".

⁶ - J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », D., 2008, n° 16, p. 1076 sq. § 9.

⁷ - V. Ch. CUTAJAR, « Réforme de la procédure pénale : l'action citoyenne, nouvel outil de lutte contre la corruption », D., 2010, n° 21, p. 1295 sq.

وعلى النقيض من ذلك، هناك من يرى أنّ للرشوة والفساد آثار ايجابية، حيث تؤدي إلى تحفيز الاقتصاد وتنميته، وتسريع الاستثمارات التي تعوقها

كذلك تجددت هذه الأهمية بعد أن منح المُشرِّع الدُّستوري في سنة 2020 هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته صفة مؤسسة رقابية بنفس مرتبة مجلس المحاسبة¹ والهيئات الرقابية الأخرى (كالمحكمة الدُّستورية²)، بموجب المادتين 205 و206 من دُستور 2020، وأكد مرة أخرى أنَّ للمؤسَّسات التي يختارها الشعب غاية محدَّدة تتمثَّل في "حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب، أو الاختلاس، أو الرشوة، أو التجارة غير المشروعة، أو التعسف، أو الاستحواذ، أو المصادرة غير المشروعة أو تهريب رؤوس الأموال"، المادة 9 من نفس الدُّستور. كما حظر كسابقه "أن تكون الوظائف والعُهدات في مؤسَّسات الدَّولة مصدرا للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصَّة" (المادة 24، الفقرة 2)³. أيضا ألزم، كسابقه، "كل شخص يُعيَّن في وظيفة عليا في الدولة، أو ينتخب أو يُعيَّن البرلمان، أو في هيئة وطنية، أو ينتخب في مجلس محلي، التصريح بممتلكاته في بداية وظيفته أو عهده وفي نهايتها" (المادة 24، الفقرة 2)⁴، "وتفادي أي حالة من حالات تعارض المصالح" أثناء أداء "العون العمومي"، كما قال النصُّ الدُّستوري، لمهامه (المادة 24، الفقرة 3)؛ وهو حكم دُستوري جديد لم يكن موجودا من قبل. بل الأكثر من ذلك، حظر ذلك الدُّستور، وللمرة الأولى، "استحداث أي منصب عمومي أو القيام بأي طلب عمومي لا يستهدف تحقيق المصلحة العامة" (المادة 24، الفقرة 1)، في إشارة واضحة إلى مكافحة الفساد بواسطة خدمة المصالح الخاصَّة في مجال الصَّفقات العموميَّة، والتوظيف العمومي أيضا. وأخيرا ذُكر في ديباجته بالتزام الدَّولة الجزائرية بـ "تمسكها بالعمل للوقاية من الفساد ومكافحته وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها"⁵.

من جانب آخر، تعتبر هذه الدِّراسة مساهمة في بحث القانون الجنائي الخاص في الجزائر. فموضوعها ينتمي إلى قِسم في القانون الجنائي مختص بدراسة تطبيق القواعد العامَّة للقانون الجنائي على كل جريمة من الجرائم المحدَّدة بالقانون على حدة، بحيث يبحث في شُرُوط هذه الجرائم كما حدَّدها نصَّ التَّجريم والعقوبات التي تترتب عنها⁶، والمعروف باسم القسم الخاص. والذي يشكل بعكس القسم العام، القانون الجنائي الحقيقي⁷. والذي تكشف دراسة مسائله عن أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين الجرائم الخاصَّة وبين النظريَّة العامَّة للجريمة والعقوبة⁸.

تكتسب هذه الدِّراسة أهميتها العلمية أيضا من طبيعة الجرائم المدروسة. حيث إنَّها جرائم عمدية، تتطلب ركنا معنويًا يتمثَّل في القصد الجنائي. وهي جرائم مُتكرِّرة، حيث إنَّ المُجرِّم يرتكب نفس الفعل بصفة مُتكرِّرة قبل الحكم عليه جزائيًا. وأخيرا، فإنَّها تعتبر جرائم سرِّيَّة نظرا لصعوبة اكتشافها حيث إنَّها تظل خافية على القضاء الجزائي. مما

الاجراءات الادارية. وهو تصور منتقد طبعاً. يراجع حول هذا الرأي وعيوبه: E. LAVALLÉE e.a., préc., pp. 14-15.

1- الدُّستور الجزائري لسنة 2020، المادة 199.

2- الدُّستور الجزائري لسنة 2020، المواد 185 إلى 198.

3- يراجع أيضا: الدُّستور الجزائري لسنة 2016، المادة 23 (الفقرة 1).

4- يراجع أيضا: الدُّستور الجزائري لسنة 2016، المادة 23 (الفقرة 2).

5- الدُّستور الجزائري لسنة 2020، الفقرة 13 من الديباجة.

6- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 32-33 § 38.

7- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 4.

8- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 5.

يعكس خطورتها الشديدة على النظام الاجتماعي. فهي لا تقل خطورة عن الجرائم الأخرى - ذات نطاق التطبيق العام - التي ترتكب في نفس المجال - الصفقات العمومية - كجريمة التزوير واستعمال المزور، وجريمة التعسف في أموال الشركة الوثيقة الصلة بالرشوة¹.

إلى جانب ذلك، إن جرائم الفساد، بما أنها في الأصل من الجرائم الماسة بالشئ العمومي *Infractions contre la chose publique* - ويكفي، لإثبات ذلك، الرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري قبل سنة 2006 أين كانت تلك الجرائم موجودة في الجزء المخصص للجنايات والجناح ضد الشئ العمومي² - تَمَسُّ بصورة مباشرة بالدولة من حيث وجودها بتعريض مؤسساتها، واستقلالها، وسمعتها، والسلامة العمومية بداخلها للخطر³. فمكافحة مثل هذه الجرائم يضمن استقرار الدولة ومؤسساتها. بل واستقرار المجتمع برمته، حيث إنه يعتبر الضحية المباشرة والفورية في حال ارتكابها⁴. أكثر من ذلك، فإن الصفقة العمومية ترتبط جيدا بالشئ العمومي الذي تحميه الجرائم السابقة. فالعقد الإداري - والذي تنضوي تحته الصفقة العمومية⁵ - تقرّر لخدمة مصلحة عامة، ويتعلّق بطريقة أو بأخرى بمرفق عمومي، ولهذا يعتبر العقد الإداري لا شيئا مملوكا لأطرافه فحسب، وإنما يعتبر شيئا عموميا أيضا⁶.

علما أن الصفقات العمومية تعتبر ميدانا مفضلا لأنماط شديدة التعقيد من الجريمة، وبالتحديد الجريمة المنظمة *Crime organisé* التي يمكن أن تهدد استقرار الدولة والتي تعجز الأحكام والاجراءات الجزائية التقليدية عن مكافحتها⁷. حيث إن هذه العقود تشكل، فوق أنها طريقة لتبييض الأموال غير المشروعة التي تملكها المنظمات الاجرامية⁸، مصدرا لا يمكن تجاهله للعوائد المالية بالنسبة لتلك المنظمات، فالهدف من تأسيس المنظمات الاجرامية ارتكاب الجرائم من أجل الحصول على المزايا المالية والتأثير على نشاط السلطات العمومية⁹، الشئ الذي يتطابق

¹ - يراجع حول هذه الجرائم: C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 158-166.

² - ترى Bénégat أن جرائم الفساد كالرشوة التي يرتكبها الموظف العمومي وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية لا تهدف في الأساس إلى حماية الشئ العمومي، لأنها جرائم شكلية لا تتطلب حدوث ضرر، ولأن إتمام اتفاق الرشوة ليس شرطا لارتكابها حيث تقوم جريمة الرشوة بمجرد قيام الراشي بعرض مزية غير مستحقة على المرتشي الذي رفضها مقابل القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, France, Dalloz, 2012, pp. 175-176 § 219.

³ - R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 2^e éd., France, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1898, p. 198 § 104.

⁴ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 10 § 13.

⁵ - لا يفصل القانون الجزائري بنص صريح في طبيعة الصفقة العمومية إن كانت عقدا إداريا. ولكنها تعتبر فيه كعقد إداري طبقا للمعايير القضائية. وهذا، بعكس القانون الفرنسي الذي كَتَفَهَا بصراحة على أنها عقد إداري بموجب نص تشريعي. يراجع:

Ch. LAJOYE, *Droit des Marchés publics*, France, Gualino, 2005, Algérie, Berti, 2007, pp. 53-54.

⁶ - F. POULET, L. THIBIERGE, Pouvoir du juge et contrat : la révision du contrat, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019, p. 175.

⁷ - V. F. TOCORA, « Crime organisé et lois d'exception », R.S.C., 1999, n° 1, p. 87 sq.

⁸ - D. RAVENDA e.a., « The effects of mafia infiltration on public procurement performance », *European Journal of Political Economic*, 2020, vol. 64, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0176268020300719> (26/03/2023), p. 3.

⁹ - Conseil de l'Union européenne, action commune du 21 décembre 1998, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, 1998, L. 351, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:63c93028-6fe8-494c-a805-c061ad3058df.0003.02/DOC_1&format=PDF (25/03/2023).

مع خصائص الصّفقات العموميّة أين تجتمع المزايا الماليّة (سعر الصّفقة العموميّة على وجه الخصوص) التي يحصل عليها المتعاقد مع الإدارة العموميّة، والتأثير على نشاط السّلطات العموميّة، حيث إنّ تدخّل المنظمات الاجراميّة في هذه الصّفقات -مباشرة بالترشّح للتعاقد أو غير مباشرة بالتعامل ثانويا مع المتعاقد مع الإدارة العموميّة¹- يقوض المنافسة الشريفة بين المؤسّسات فيها، ويؤدي إلى إساءة استعمال المال العام، وعدم نجاعة الطلبات العموميّة، التي تلجأ إلى ارتكاب جرائم كالرشوة، أو استعمال العنف والضغوطات عندما تفشل الرشوة في غرضها². فالصّفقات العموميّة تشكل اذن الدعامة الأساسيّة للنشاط الاقتصاديّ والرّبحي للجماعات الاجرامية المنظمة. الأمر الذي يستدعي لفت انتباه المُشرّع إلى هذه الظاهرة الخطيرة التي لا يمكن تجاهلها، وعلاقتها بالفساد، فالدراسات المتعلّقة بعلم الإجرام بالاضافة إلى التحقيقات القضائيّة أكدت على أنّ الرشوة تتم بانتظام في إطار جماعي جد منظم³، إلى جانب أنّ اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنيّة، وتتعلّق كما يدلّ عنوانها بوضوح على المنظمات الاجراميّة وانشطتها الاجراميّة، في مادّتها 8، وذلك من خلال دراسة جرائم الفساد الخاصّة بتلك العقود، لمواجهتها قبل أن تغلغل هذه المنظمات في عقود الصّفقات العموميّة في الجزائر.

مع الملاحظة في نفس الصّد أن قانون العقوبات الايطالي عرّف المنظمة الاجراميّة والجريمة المنظمة في المادّة 416مكرّر، واعتبر الصّفقات العموميّة جزءا من هذا التعريف⁴. كذلك في ايطاليا، من بين الاجراءات التي يمكن أن تضع حدا لتدخل المنظمات الاجراميّة في الصّفقات العموميّة حل المجالس المحليّة المُختَرقة من طرف المنظمات الاجراميّة وهذا، بالطرق القانونيّة كإصدار نصّ قانونيّ عن رئيس الجمهورية، وتنصيب مجلس جديد، برغم أنّها لا تعتبر طريقة فعالة جدا في وقف نفوذ تلك الجماعات في الإدارة العموميّة⁵.

أضف إلى ذلك إنّ دراسة جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة تساهم في توضيح مدونة أخلاق الموظف العمومي والمتعاقد مع الإدارة العموميّة. ذلك أنّ الشريعة الجنائيّة، بالنظر إلى قائمة الوقائع التي تعاقب عليها، ودقة إحكام صياغتها -الواجبة- تعتبر بمثابة مدونة لتحديد السّلوك السليم للأفراد داخل المجتمع⁶.

أخيرا، يتنامى الاهتمام بدراسة جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة بسبب ارتباطها بموضوع صحة التصرّف القانونيّ الإداري. حيث إنّ القانون الجنائي المطبق على الصّفقات العموميّة يشكل جزءا من المشروعية الإدارية. ففي

يراجع أيضا: ق.ع.، المادّة 176 التي تنصّ على جريمة تكوين جمعية أشرار، والمادّة 177مكرّر المتعلّقة بجريمة المشاركة في جمعية أشرار.

¹- D. RAVENDA e.a., préc., p. 3.

²- V. F. TOCORA, préc., p. 87 sq.

ويكفي للتأكد من مشاركة المنظمات الاجراميّة في الصّفقات العموميّة، وسيطرّها عليها، وما يترتب عن ذلك من فساد وجرائم جسيمة، دراسة حالة المنظمات الاجراميّة في ايطاليا أين تحصل هذه الأخيرة على صّفقات هامة في مختلف المقاطعات الايطالية، وبالتالي على عائدات ماليّة هائلة تسمح لها بالنمو والاستمرار، من خلال ممارسات خطيرة تتناقض مع الأهداف المشروعة المأمولة من تلك العقود. يراجع:

D. RAVENDA e.a., préc., pp. 1-23.

³- A. ROUX, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite “Sapin II” : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », AJ Pénal, 2017, n° 2, p. 62 sq.

⁴- V. D. RAVENDA e.a., préc., p. 3.

⁵- V. D. RAVENDA e.a., préc., pp. 2, 17, 19.

⁶- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 12.

قراره الصادر في 6 ديسمبر 1996 في قضية Société Lambda حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء مرسوم صادر عن رئيس الجمهورية الفرنسية بتعيين نائب حاكم مؤسسة القرض العقاري الفرنسي، لأنّ هذا الأخير كان يراقب بشكل مباشر تلك المؤسسة، باعتبار أنّه كان رئيس مصلحة الأنشطة النقدية والمالية بالخزينة العمومية الفرنسية، وهو ما ينتهك حكم المادة 432-13 من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بعد انتهاء الوظيفة¹. والأمر لا يقتصر على القرارات الإدارية فقط. فإلى جانبها، تعتبر الجريمة سببا لبطلان العقود أيضا. حيث إنّ ارتكاب مخالفة لمبدأ الحياد Impartialité التي قد تعتبر كجريمة فساد في نظر القانون الجنائي يشكل عيبا جسيما من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الصفقة العمومية².

لكن، كأيّ دراسة علمية، واجهتنا أثناء البحث صعوبات عديدة. ندرة الأحكام القضائية المنشورة في الجزائر، الإداري منها والجنائي، المتعلقة من جهة، بعقود الإدارة العمومية، وجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية من جهة أخرى. وقلة قرارات المجلس الدستوري الجزائري -سابقا- المتعلقة بالقانون الجنائي لتحديد مدلول المبادئ الأساسية للقانون الجنائي التي تكلم عنها الدستور، والتي تدير عملية تحديد الجرائم. كذلك صعوبة التوفيق بين مسائل القانونين الجنائي والإداري مثل تعريف العقد والصفقة والاتفاقية، وأيضا تعريف الموظف العمومي، لأنّ معانيها تخضع في واقع الأمر إلى غايتين مختلفتين يسعى كلّ قانون منهما لتحقيقها. ثارت الصعوبة أيضا حول الاسم الذي يجب أن نسمي به كل جريمة من جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في هذه الدراسة: فالمُشرّع أحيانا أعطى إسمًا واحد لجريمتين مستقلتين كتلك المنصوص عليها في المادة 26 من القانون رقم 06-01. حيث لو نسميها باسم الجرائم المجاورة لها كاستغلال النفوذ بالنسبة إلى جريمة المادة 26-2 الخاصة بالصفقات العمومية فسوف نكتشف أنّها تختلف فيما بينها برغم وجود بعض التشابه، مما قد يعيب التسمية المركبة التي يمكن أن نعطيها لها. على أنّنا سنستخدم، برغم ذلك، أسماء معينة اخترناها للدلالة عليها مع شرحها فيما بعد. حيث سنشير إلى محتوى المادة 26-1 بجريمة المحاباة، والتي لا زالت إلى غاية اليوم تُعرّف -بفعل أحكام القضاء الجزائري الجزائري³- على وسائل الإعلام الوطنية بجريمة "إبرام صفقات مخالفة للتشريع"، والمادة 26-2 بجريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية⁴، والمادة 27 بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية⁵، والمادة 35 بأخذ فائدة بصفة غير قانونية أثناء

¹- V. C.E., formation assemblée, 6 décembre 1996, Société Lambda, req. n° 167502, Recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007912627/> (19/03/2023), concl. D. PIVETEAU, R.F.D.A., 1997, n° 1, p. 173 sq.

²- V. C. AYNES, « Un vice d'une particularité gravité : le manquement à l'impartialité », note sous Conseil d'État, 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 454466, R.F.D.A., 2022, n° 3, p. 501 sq.

³- يراجع مثلا: المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 354438، قرار بتاريخ 15 فبراير 2006، قضية (النيابة العامة) ضد (ع-ط)، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص 509-515.

⁴- يشير إليها بوسقية بجريمة "استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة". أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 168.

⁵- والتي يسميها بوسقية بجريمة "قبض العمولات من الصفقات العمومية Perception de commissions". أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 172.

الوظيفة العمومية. بالإضافة إلى ذلك، واجهتنا صعوبة أخرى تتمثل في عدم وجود تعريفات تشريعية في القانون الجنائي الجزائري لبعض الأنظمة المطبقة على الجريمة أو العقوبة، كتعريف الركن في الجريمة، والمسؤولية الجزائية، والظرف المُشدد في الجريمة، والصَّفقة العمومية، وغيرها. وقد قادنا هذا الأمر إلى البحث عن تعريفها عند القضاء الجنائي - إن وجد هذا- وعند الفقهاء أو في التشريعات الجنائية المقارنة، القانون الفرنسي على وجه التحديد، لمحاولة تفسير القواعد الجنائية الجزائرية.

كأي دراسة علمية أيضا، وجب تطبيق المناهج العلمية الخاصة بالعلوم القانونية -لتذليل البعض من الصعوبات السابقة و- لبحث ودراسة الموضوع بطريقة علمية. وعليه، إعتدنا في هذه الدراسة على المناهج العلمية التالية. المنهج التحليلي والوصفي لإعطاء تفسير منطقي لعناصر هذه الجرائم وشروطها، واستنباط أحكامها، واكتشاف العلاقة بينها وظواهر قانونية أخرى. كذلك استعنا بالمنهج الاستدلالي للوصول إلى حلول للمشاكل التي لا يوجد بشأنها حلول قضائية في الجزائر. ويقصد بهذا المنهج: "التسلسل المنطقي المنتقل من مبادئ أو قضايا أولية إلى قضايا أخرى تستخلص منها بالضرورة، دون التجاء إلى التجربة"¹، وتعني هذه التجربة، في إطار علم القانون، أحكام القضاء التي بنت في المشكلة. وأيضا المنهج المقارن بين القانونين الجزائري والفرنسي -فهذا الأخير يعتبر مصدرا للقانون الجزائري بخاصة القانون الجنائي²- لتحسين نظامها القانوني، وسد النقائص التي تعتريها في الجزائر، طبقا لأهداف ذلك المنهج³. فمصادر القانون الجزائري -بخاصة القضاء- لا تكفي لدراسة تلك الجرائم في بعض الأحيان. فكان لابد من استخدام المنهج المقارن في هذه الدراسة. وأخيرا المنهج التاريخي للتنقيب عن سوابق من القانون الجزائري تضمنت في الماضي جريمة فساد خاصة بالصفقات العمومية في الوقت الحاضر، لتفسير تعريفها وشروطها مثل جريمة المادة 27، أو سوابق تضمنت تطبيق عقوبة عليها تدعو الحاجة إلى العودة إليها في الوقت الراهن كالغرامة التي تأخذ في الاعتبار قيمة الربح الإجرامي.

بعد تحديد ماهية مشكلة الدراسة، وأسئلة الدراسة وأهدافها، وأهميتها، والصعوبات التي ثارت أثناء البحث، والمناهج العلمية المستخدمة، يجب الآن تحديد تقسيمات خطة الدراسة للانطلاق في معالجة موضوع جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري حسب ما جاء في القانون رقم 06-01.

إن أي دراسة علمية تنصب على ظاهرة من الظواهر القانونية يجب أن تبدأ بالبحث في السبب المنشئ لها⁴.

¹ - نقلا عن: ع. بدوي، مناهج البحث العلمي، ط. 3، الكويت، وكالة المطبوعات، 1977، ص 82.

² - فعلى سبيل المثال، قام المُشرع الجزائري عقب الاستقلال بتمديد تطبيق قانون العقوبات الفرنسي كما كان ساريا بتاريخ 1 يوليو سنة 1962، نظرا لصعوبة وضع قوانين جديدة في جميع الميادين لتطبيق في الدولة الجزائرية المستقلة حديثا. يراجع:

l'ordonnance n° 63-406 du 14 octobre 1963 portant modification du code pénal, J.O., 15 octobre 1963, p. 1038 ; P. LEBRUN, « La décolonisation du droit pénal algérien », Journal of African Law, vol. 21, n° 2, 1977, pp. 154-155.

³ - V. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., France, Dalloz, 2002, p. 4 § 5 : « Le droit comparé est utile pour mieux connaître notre droit national et pour l'améliorer. Le législateur, de tout temps, a utilisé lui-même le droit comparé pour accomplir et perfectionner son œuvre. [...] ».

⁴ - يقول تناغو: "ونقطة البداية في كل دراسة هي تلك التي تبحث عن علاقة السببية بين الظواهر المختلفة أي، عن السبب المنشئ لكل ظاهرة على حدة". س. ع. تناغو، مصادر الالتزام، ط. 1، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 517 الفقرة 315.

فإذا كانت المسؤولية الجزائية، والعقوبة، والدعوى العمومية لتطبيق العقوبات تعتبر من موضوعات القانون الجنائي، فإن الجريمة تعد من قبيل سببها المنشئ. "فالجرائم تعتبر أساس القانون الجنائي، فبدونها لا تكون هناك خصومة جزائية أو مسؤولية جزائية من باب أولى"¹، ولا عقوبة²، ولا دعوى عمومية أيضا التي لا تحقق إلا إذا ارتكبت جريمة ما³. وعليه، ستبدأ هذه الدراسة بمعالجة موضوع الجريمة في باب مستقل باعتبارها السبب المنشئ للمسؤولية الجزائية والعقوبة والدعوى العمومية لتطبيق العقوبات التي تعتبر من النتائج المترتبة عنها مُشكّلة - هذه الأخيرة - بالتالي أحكام الجريمة التي ستكون محل دراسة في الباب الثاني. وتقتضي دراسة الجريمة الكلام عن مُكوّناتها⁴. فجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية لا تتكون من الأركان التقليدية للجريمة فقط، وإنما تتألف من عناصر أخرى مختلفة. وبهذا تتضح منذ البداية خصوصية هذه الجرائم. ثمّ ننتقل بعد ذلك إلى دراسة الأحكام التي تترتب عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية حسب القانون الجزائري، وتشمل: المسؤولية الجزائية، وإجراءات المتابعة الجزائية بما فيها الدعوى المدنية للتعويض، وأخيرا العقوبات. والتي تشكل في مجموعها ما يُعرف بالنظام العقابي *Système répressif*⁵ الذي تتمحور حوله هذه الدراسة بصفة رئيسية. حيث يتكون هذا النظام من: 1- التشريع الجنائي الموضوعي *Législation pénale de fond* الذي يُجرّم سلوك الأشخاص (القاعدة التجريمية *Norme d'incrimination*) ويقرر له عقوبة (القاعدة العقابية *Norme de répression*)، 2- ويتألف أيضا من جهة قضائية جزائية *Ordre juridictionnel répressif* التي تتولى إصدار العقوبات ضد أي انتهاك للتشريع الجنائي، والتي إذا لم تكن موجودة فإن التشريع الجنائي يبقى عديم الأثر⁶.

¹ - نقلا عن:

J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *La Gazette du Palais*, 1972, II, Doctrine 726, www.ledroitcriminel.fr (08/12/2022) : « L'infraction pénale constitue la base même du droit criminel puisque, sans elle, il ne saurait y avoir ni procès pénal ni, à plus forte raison, de responsabilité pénale. ».

نفس المعنى: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، ط. 8، الجزائر، د.م.ج.، 2016، ص 309.

² - R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^e éd., France, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912, p. 259 § 123 : « La peine est la conséquence de l'infraction. [...] ».

وبشكل موضوعي الجريمة والعقوبة الميدان الرئيسي للدراسة في القانون الجنائي. يراجع:

J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 13^e éd., France, L.G.D.J., 1997, p. 7 § 2.

³ - V. F. MOLINS, « Action publique », *Rép. pén.*, janvier 2009, § 7.

⁴ - يراجع حول معنى مُكوّنات الجريمة: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁵ - التعبير مقتبس عن:

A. FOURNIER, « Conflits de lois : matière pénale », *Répertoire de droit international*, Dalloz, août 2008, § 1.

⁶ - A. FOURNIER, « Conflits de lois : matière pénale », préc., § 1 : « Tout système répressif s'édifie à partir de la réunion de deux composantes : une législation pénale de fond qui incrimine (norme de comportement) et punit (norme de répression), et un ordre juridictionnel répressif adapté au prononcé de sanctions contre toute transgression de la loi pénale, à défaut duquel celle-ci demeurerait lettre morte [...] ».

مع الملاحظة أنّ النظام العقابي، كما عرفه Fournier، لا يتضمن موضوع تنفيذ العقوبة، بمعنى المؤسسات - العمومية - المُكلّفة بتنفيذ العقوبات الصادرة ضد الشخص الذي خالف التشريع الجنائي.

الباب الأول
مُكَوِّنَات جُرَائِم الفساد الخاصَّة
بالصِّفَات العموميَّة

إنَّ موضوع هذه الدِّراسة يدور حول الجريمة التي تعد أساس القانون الجنائي، لأنَّها تستدعي تطبيق أنظمتها القانونية (كالمسؤولية الجزائية والخصومة الجنائية)¹. فلا بد إذن أن نختار، منذ البداية، للجريمة تعريفاً مناسباً لهذه الدِّراسة. لكن عمليّة اختيار تعريف -قانوني²- ناهيك عن عمليّة التعريف في ذاتها، إذ تستلزم رسم الحدود، تعتبر من أصعب المهام العلمية³. فالتعريف المختار سينعكس حتماً على بقية عناصر الدِّراسة. فعلى سبيل المثال، يستوجب التعريف الموضوعي للجريمة إدراج الرُّكن المعنويّ بين شروط المسؤولية الجزائية⁴، بينما يعتبره بعض الفقهاء كعنصر في تعريف الجريمة: فقد عرفها Lombois مثلاً بأنّها: "إخلال يتجسد مادّياً وعن وعي بالخطر الجنائي"⁵. غير أنّه يدرج ركناً آخر يختلف الفقهاء بشأنه هو ركن العدوان L'élément injuste الذي يقتضي أن يخالف السُّلوك القانون الجنائي⁶. أيضاً عرفها Bouloc بأنّها: "الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي ينسب إلى الشَّخص الذي صدر عنه الفعل أو الامتناع عن الفعل، والمحدّد والمعاقب عليه بموجب القانون بجزاء عقابي"⁷. وهو يعتبر الخطأ⁸، رغم عدم إدراجه في التعريف السَّابق، بمثابة ركن مُكوّن للجريمة⁹. وهذا التعريف هام في هذه الدِّراسة لسببين. أولاً، لأنَّ طبيعة سُّلوك إحدى جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة يفضي إلى عدها تتكون من امتناع. وثانياً، لأنّه يُشدّد على فكرة الجزاء الجنائي الذي يندرج ضمن نطاق هذه الدِّراسة أيضاً.

وبناءً على ما سبق، سيكون المقصود في هذه الدِّراسة بالجريمة، القيام بفعل أو الامتناع عن القيام بفعل يصدر عن شَّخص ما عن خطأ، والذي يستدعي تطبيق جزاء جنائي، على أن يضطلع القانون بتحديداتها جميعاً. إنَّ الجريمة، بحكم طبيعتها، تتطلب، لوقوعها، اقتران مجموعة من العناصر المختلفة. إذ لاحظ قديماً الفقيه الروماني Claudius Saturninus أنّه ينبغي في الواقعة المراد العقاب عليها مراعاة سبعة حالات هي: السَّبب Causa ويشير إلى الباعث والقصد في الجريمة، والشَّخصيّة Persona وتشير إلى الصفة الخاصّة للفاعل في الجريمة، والمكان Loco، والزمان Tempore، والكيفيّة Qualitate التي تشير إلى وسائل تحضير وتنفيذ الجريمة، والكميّة Quantitate وأخيراً، الحدث Eventu ويشيران معاً إلى الضرر الذي قصد الفاعل إحداثه بجريمته، ومجموعة الآثار التي ترتبت عنه¹⁰.

¹- J.-P. DOUCET, préc.

²- توجد تعريفات أخرى للجريمة تنتمي إلى العلوم الأخرى، كعلم الاجتماع، لن تتطرق إليها هذه الدِّراسة المنصبة على الجانب القانوني فقط. ويراجع حول هذه التعريفات واختلافها عن التعريف القانوني للجريمة: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 20-21 § 3.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 18 § 1 : « La définition est un art difficile, car définir, c'est, étymologiquement, tracer des limites. ».

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 284 § 329 et p. 423 § 508.

⁵- C. LOMBOIS, préc., p. 55 : « La violation de la norme pénale se nomme infraction. Elle se définit comme la méconnaissance, matérialisée et consciente, de l'interdit pénal ».

⁶- V. sur cet élément B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 209-210 § 223.

⁷- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 94 § 96 : « [...] l'action ou l'omission, imputable à son auteur, prévue ou punie par la loi d'une sanction pénale [...] ». V. aussi B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », *Rép. pén.*, juin 2017, § 15.

⁸- يعتبر الخطأ جوهر الرُّكن المعنويّ للجريمة، والذي ينقسم إلى القصد الجنائي -ويمكن تسميته بالخطأ العمدي- والخطأ غير العمدي. ج. ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، مصر، منشأة المعارف، 1989، ص 175 الفقرة 155.

⁹- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 239 § 266.

¹⁰- ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, 3^e éd., France, Henri Plan Librairie-éditeur, 1863, pp. 337-338 § 797.

فالجريمة، كظاهرة إجرامية¹، تتمثل في واقعة مادية خارجية². ولكنها ظاهرة نفسية داخلية أيضا ترتبط بإرادة مرتكبها³. ويستعمل الفقه الجنائي للدلالة على هذه العناصر الدّاخلية والخارجية تعبير الأركان. حيث تدعى الواقعة الأولى بالركن المادي، أما الثانية فتسمى بالركن المعنوي⁴.

ويكتسب تقسيم الجريمة إلى أركان أهمية كبيرة من الناحية القانونية، فضلا عن أهميته التعليمية Pédagogique⁵: فهو يحقق احترام مبدأ التفسير الضيق للقواعد القانونية الجنائية. ويعتبر هذا المبدأ من مميزات القانون الجنائي مقارنة بفروع القانون الأخرى، فيما يتعلق بعملية التفسير القضائي⁶. فمن خلال تجزئة جريمة ما إلى عناصر متميزة ومختلفة عن بعضها يضطر القاضي الجنائي إلى إجراء فحص دقيق للواقعة المعروضة أمامه ليتأكد من كونها واقعة إجرامية تدخل فعلا في نطاق تطبيق القانون الجنائي⁷. ويستخدم القاضي الجنائي، من أجل ذلك، المنهج التحليلي⁸، وهو نفس المنهج الذي تتبناه هذه الدراسة. لهذا فإن تقسيم الجريمة إلى أركان متميزة ومختلفة يعتبر من بين الأدوات الأساسية لبحث النظام القانوني الجنائي لجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية في القانون الجزائري.

وإذا كانت جميع الجرائم في القانون الجنائي، وضمنها جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية محل هذه الدراسة، لا بد أن تتكون من الناحية القانونية من الأركان السابقة، فإنّ التحليل التقليدي للجريمة القائم على وجود ركنين أساسيين -على الأقل- لقيام الجريمة (الركن المادي والركن المعنوي) لا يكفي؛ لأنّ بعض الجرائم، كتلك المتعلقة بالفساد في الصّفقات العمومية، تتكون، علاوة عن ذلك، من وقائع أخرى متميزة لا تربطها أي صلة بمعاني القانون الجنائي⁹، كمعنى السلوك الإجرامي المنتمي إلى الركن المادي أو معنى القصد الجنائي المنتمي إلى الركن المعنوي في الجريمة¹⁰.

ولقد ظهرت بين الفقه الجنائي الفرنسي فكرة حاول من خلالها تحديد مكان هذه الوقائع داخل نظرية الجريمة، وتُعرف "بالشروط الأولية (أو المبدئية)"¹¹ السابقة عن ارتكاب الجريمة "Conditions préalables à l'infraction".

1- إنّ الظاهرة الإجرامية، فوق أنّها من موضوعات علم الإجرام، تعتبر موضوعا للقانون الجنائي كذلك. ولهذا تُعدّ من مظاهر العلاقة بين علم الإجرام والقانون الجنائي. يراجع:

J.-B. THIERRY, Où en est-on des rapports entre criminologie et droit pénal ?, dans BEAUSSONIE Guillaume (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, Collection Grands colloques, France, L.G.D.J., 2015, p. 67.

2- J. LEORY, *Droit pénal général*, préc., p. 20 § 16.

3- V. C. PORTERON, « Infraction », *Rép. pén.*, février 2002, § 84.

4- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 15.

5- V. J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », préc., pp. 269, 273.

6- GIUDICELLI, préc., p. 509 sq. § 29.

7- V. J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », préc., p. 269.

8- V. J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », préc., p. 269.

9- يقارن: هذه الدراسة، ما يأتي.

10- V. dans ce sens J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », *Rép. pén.*, octobre 2010, § 10.

11- يستعمل بعض الفقهاء تعبير "الركن المفترض" للإشارة إلى هذه الشروط الأولية. يراجع مثلاً: م. رحاني، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، الجزائر، دار العلوم، 2012، ص 48، 65، 88. لكن يبدو أنّه تعبير غير صائب. فمن جهة، إنّ تلك الشروط تختلف عن الأركان المؤسسة في الجريمة، ولهذا فمن غير المناسب أن توصف تلك الأوضاع "بالركن" عوضا عن وصف "الشروط" لتمييزها عن تلك الأركان. ومن جهة أخرى، إنّ تلك الشروط ليست مفترضة، حتى وإن كان المعنى المراد بالافتراض في ذلك السياق أن تتحقق الواقعة المشروطة قبل الشروع في ارتكاب الجريمة أو أثناء ذلك؛ فالافتراض

وأيضاً "الشروط الأولية في الجريمة Conditions préalables de l'infraction"¹. والتي تؤلف مع الأركان المؤسّسة ما يسمى "بمكوّنات الجريمة Composantes de l'infraction"². وهي التسمية المعتمدة في هذه الدراسة. وهذه الشروط محايدة Neutres، لأنّها سابقة على النشاط الجرمي، كما أنّها تقع خارجه³. فهي اذن محايدة وأجنبية عما هو جنائي. وهذه الخصائص بالذات هي التي تعين لنا الشروط الأولية في الجريمة في نصّ التجريم الخاص بها⁴. وفق هذا المعيار الاستدلالي، نجد هذه الشروط مطلوبة في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية أيضاً. فبالرجوع إلى المواد 26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01 يلاحظ وجود عناصر محايدة وأجنبية عن الركن الماديّ - بل والركن المعنوي أيضاً- ويتعلّق الأمر أساساً بصفة الموظف العمومي⁵، والتاجر والصناعي والحرفي والمقاول من القطاع الخاص، والعون لدى الدولة والجماعات المحليّة والمؤسسات والهيئات الخاضعة للقانون العام والمؤسسات العموميّة الاقتصاديّة والمؤسسات العموميّة ذات الطابع الصناعي والتجاري التي يجب أن يتحلّى بها مرتكب الجريمة⁶، والعقد والصفقة والاتفاقية والمُلحق⁷، والعقود والمزايدات والمنافصات والمقاوولات والمؤسسات⁸. يشار إلى أنّ البحث السابق في مكوّنات الجريمة نتيجة منطقية لمبدأ الشرعيّة الجنائيّة. إذ يجب على القاضي الجزائيّ، من أجل ضمان احترام ذلك المبدأ، أن يلتزم بشدة بالنصّ القانوني عن طريق القيام بعملية عقلية تسمى بالتكليف Qualification⁹ تتمّ بالتعرّف على الوقائع، وفحص مدى تطابقها مع النصوص الجنائيّة¹⁰ (والذي يختلف عن تكليف الجريمة Qualification de l'infraction الذي ينصب على معرفة نوع الجريمة إن كانت جنائية،

أمر خطير في القانون الجنائيّ، فهذا القانون يعتد بما هو حقيقيّ وكائن ولا يقبل بالافتراض. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, France, Librairie Félix Alcan, 1927, p. 70. فالشروط السابقة ليست من قبيل العناصر المفترضة، وإنما يجب أن تتحقق في الواقع لكي تقوم الجريمة قانوناً، وتترتب عنها الآثار القانونيّة كالمسؤوليّة الجنائيّة والعقوبات.

1- لهُذان التعبيران استعمالان مختلفان. فبينما يدلّ تعبير Condition préalable à l'infraction على الاختلاف القائم بين هذا الشرط والأركان المؤسّسة في الجريمة (وبالتحديد الأسبقية الزمنية)، يُشَدّد تعبير Condition préalable de l'infraction على أنّ هذه الشروط تعد جزءاً لا يتجزأ من الجريمة عندما يراد بهذه الأخيرة معنى القاعدة الجنائيّة Norme pénale. يراجع:

G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, France, 2014, p. 282 § 360.

2- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 283 § 329.

3- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 15.

4- فقد لاحظ مثلاً Vitu و Jeandidier أنّ صفة الموظف العموميّ والموضوع الذي ينصب عليه سلوكه الجرمي في جريمة اختلاس الأموال العامّة يعتبران، بسبب طابعهما الحيادي، من الشروط الأولية في الجريمة.

A. VITU, W. JEANDIDIER, « Destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique », *Jurisclasseur Pénal*, fascicule 20, les articles 432-15 et 432-16, août 2014 (mise à jour juin 2017), § 10.

5- القانون رقم 06-01، المواد 1-26 و 27 و 35.

6- القانون رقم 06-01، المادة 26-2.

7- القانون رقم 06-01، المادّتان 26 (الفقرة الفرعية 1 و 2) و 27.

8- القانون رقم 06-01، المادة 35.

9- J. LEROY, *Droit pénal général*, 6^e éd., France, L.G.D.J., 2016, p. 155 § 270.

10- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 156 « A. Principe de base ».

جنحة أم مخالفة¹). وهذا الأمر يقتضي أولاً من القاضي الجزائي أن يحدّد النصّ الذي ينطبق على الواقعة المعروضة أمامه². فإن وُجد، تعين على ذلك القاضي فحص مدى تطابق هذه الواقعة مع ما جاء في ذلك النصّ، ويتطلب هذا الأمر تحديد مُكوّنات الجريمة، والتمييز بين الرُّكن المُؤسّس في الجريمة وشُرطها (أو شُرطها) الأولى (ة) اللازم (ة) لقيامها كذلك³.

وإلى أنّه إذا نُظِرَ إلى شَرط الصّفقة العموميّة من زاوية التشريع الجنائيّ، وليس من زاوية نظريّة الجريمة، فإنّها تعتبر كمصدر غير مباشر للنصوص الجنائيّة في القانون رقم 06-01، حيث إنّها تساهم في تكوين هذه النصوص⁴. وبالتالي، للنصوص الجنائيّة المتعلّقة بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة مصدراً غير مباشر يتمثّل في الصّفقة العموميّة. وهذا بالقياس على حالة القرار الإداري. إذ يسوق الفقه الجنائيّ لتوضيح دور العمل القانونيّ كمصدر للقانون الجنائيّ مثلاً عن القرار الإداري الذي يشكل وقف تنفيذه جريمة في نظر القانون المصري⁵. حيث إنّ "استعمال الموظف العام لسلطته في وقف تنفيذه يكون الجريمة المنصوص عليها بالمادة المذكورة [المادّة 123 من قانون العقوبات المصري]. فكأن "القرار الإداري" قد أسهم في تكوين القاعدة الجنائية. فهو "مصدر غير مباشر" لنص من نصوص العقوبات"⁶. مما يؤكد مرة أخرى أهميّة دراسة الشُّروط الأولى في الجريمة كالصّفقة العموميّة. بناءً على كل ما تقدم، سوف نبحت في هذا الباب المُكوّنات التي تتألف منها جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة كما نصّ عليها القانون رقم 06-01 من خلال تقسيمها إلى قسمين رئيسيين. أولاً، الشُّروط الأولى وثانياً، الأركان المُؤسّسة.

¹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., préc., p. 285 § 330.

ولقد أشار Pradel إلى التمييز بين تكييف الوقائع La qualification des faits وتكييف الجريمة La qualification de l'infraction، والفرق بينهما، وأهميّة تكييف الوقائع في القانون الجنائيّ.

²- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 156 § 272.

³- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 156 § 272.

⁴- نقلاً بتصرف عن: ج. ثروت، المرجع السابق، ص 46 الفقرة 29.

⁵- ج. ثروت، المرجع السابق، ص 45-46 الفقرة 29.

⁶- نقلاً بتصرف عن: ج. ثروت، المرجع السابق، ص 46 الفقرة 29.

الفصل الأول: الشروط الأولية

لقد أسفرت أول ردة فعل تعترى المتأمل في المواد 26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01 عندما يواجهه، من جهة، معاني العقد والاتفاقية والصّفة والمُلحق، ومعاني الموظف العمومي، والتّاجر، والصناعي، والحرفي، والمقاول من القطاع الخاص، من جهة أخرى، إلى إدراجها ضمن مُكوّنات الجريمة اللازمة قانوناً لقيام الجرائم المحددة بالمواد المذكورة سابقاً، وبالتحديد الشروط الأولية في الجريمة¹. فهذه الشروط ضرورية لتحقيق الجريمة *Consummation de l'infraction* في القانون الجنائي، إذا اشترطها النصّ الجنائيّ بصراحة². فقد جاء في معجم المصطلحات القانونيّة Lexique des termes juridiques الصادر عن Dalloz أنّ عبارة "Consummation de l'infraction"، وباللغة العربيّة "إتمام الجريمة"³ أو تحقيق الجريمة، تعني: "إنجاز الجريمة في جميع مُكوّناتها، ومن خلال استجماع شروطها الأولية، وعن طريق تنفيذ أركانها الأساسية، وإحداث نتيجتها"⁴.

لكن تحديد هذه الشروط بدقة ليس بالأمر السهل كما يبدو في أول وهلة. إذ توجد أشياء أخرى في القانون الجنائيّ يمكن أن تُعتبر كذلك من قبيل هذه الشروط، مثل المال القانونيّ المحمي بالنصّ الجنائيّ *Le bien juridique protégé par le droit pénal*⁵. فهذا المال قد ينطبق عليه وصف الشرط الأولي في الجريمة، لأنّ الجريمة لا تتحقق من الناحية القانونيّة، طبقاً للوصف السابق (وصف الشرط الأولي في الجريمة)، إلا إذا كان محلها، بمعنى المال القانونيّ المحمي موجوداً وقت ارتكابها⁶. وميزة هذا الشرط الأخير، إنّ انطبق عليه هذا الوصف فعلاً، أنّه مشترك بين جميع

¹ - تقول Rabut-Bonaldi: "إنّ أول ردة فعل تصدر عن رجل القانون الجنائيّ عندما يواجه معنى ما تتمثّل بلا أدنى شكّ في البحث عن وضعه ضمن العناصر المؤبّسة في الجريمة".

G. RABUT-BONALDI, préc., p. 545 § 664 : « Le premier réflexe du pénaliste, lorsqu'il est confronté à une notion, est sans doute de chercher à l'intégrer parmi les éléments constitutifs de l'infraction, [...] ».

² - B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 21 : « [...] il s'agit [des conditions préalables] des situations prévues par la loi, sans lesquelles l'acte infractionnel ou les éléments constitutifs de l'infraction [...] ne peuvent être commis [...] ».

يلزم كذلك أنّ يشترطها النصّ الجنائيّ، لأنّ مبدأ الشرعيّة *Principe de légalité* الذي يطبق على جميع قواعد القانون الجنائيّ (J. PRADEL,) *Droit pénal général*, préc., p. 114 § 130 يفرض ذلك.

³ - اقتبسنا ترجمة المصطلح السابق من الفرنسية إلى العربيّة، بتصرّف، عن: ر. عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط. 4، مصر، دار الفكر العربي، 1979، ص 405، أين تكلم عبيد عن "الفعل التام *Délit consommé*" لتمييزه عن جريمة المحاولة، والذي يمكن أن نشق منه تعبير إتمام الجريمة.

⁴ - « Réalisation de l'infraction dans toutes ses composantes, et par la réunion de ses conditions préalables, et par l'accomplissement de ses éléments constitutifs, et par la production de son résultat [...] ». S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., France, Dalloz, 2017-2018, p. 289, « Consommation de l'infraction ».

اخترنا هذا التعريف لأنّه يُشَدّد على الشروط الأولية في الجريمة. فهناك تعريفات أخرى مختلفة للجريمة التامة من حيث محتواها ومن حيث آثارها القانونيّة. يراجع: L. ROZES, « L'infraction consommée », R.S.C., 1975, n° 3, pp. 603-632.

⁵ - هذا الموضوع لا يحظى - للأسف - باهتمام الفقه الجزائري نظراً لتأثره بالقانون الفرنسي الذي بدوره لا يهتم به برغم أهميته في تحديد نطاق القانون الجنائيّ. ويبدو أنّ السبب وراء إغفاله في القانون الفرنسي يرجع إلى وجود نظريات منافسة له يمكن من خلالها الوصول إلى حلول للمشاكل التي يلتقيها الفقه والقضاء هناك. يراجع: M. LACAZE, préc., p. 83 § 168.

⁶ - M. LACAZE, préc., pp. 154-156 § 317-320.

الجرائم¹، بحيث لا يمكن لأي جريمة في القانون الجنائي، بما فيها جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائري، أن تتحقق من دونه، وهذا على العكس من الشّروط الأولى الأخرى التي يمكن للمُشرّع أن يتطلبها لتحقيق الجريمة، كشرط الصّفقة العموميّة وشرط الصفة الشخصيّة لدى الشّخص الذي يرتكب جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائري، التي يلزم أن تتحقق فقط في الجرائم التي نصّ فيها القانون على ذلك. وهكذا، اعتبر جزء من الفقهاء، على صعيد جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائري، أن مبادئ حرية الترشح إلى الصّفقات العموميّة والمساواة في المعاملة ما بين المرشّحين وشفافية إجراءات إبرام الصّفقات العموميّة تمثل المصلحة المحمية في جريمة المحاباة، إذ تتكون هذه الجريمة المعاقب عليها بموجب الفقرة الفرعية 1 من المادّة 26 من القانون رقم 06-01 من ركن مادّي يتمثّل في مخالفة "الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشّحين وشفافية الإجراءات"². وهذا يعني أن دراسة المبادئ السابقة ينبغي أن تجري ضمن موضوع الشّروط الأولى في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائري، لأنّ المصلحة المحمية بمقتضى الجريمة تعتبر أيضا من قبيل الشّروط الأولى في الجريمة. وفي معنى قريب، اعتبرت Prebissy-Schnall أن الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة السابقة (أو مثلما أسمتها "المجموعة الشرعيّة Bloc de légalité") التي يتألف منها الركن المادّي لجريمة المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي تدخّل في ميدان تطبيق هذه الجريمة أيضا، بجانب الصفة الشخصيّة لدى فاعلها المادّي³. مما يوحي بأنّها تعتبر كذلك من الشّروط الأولى في تلك الجريمة المعاقب عليها في القانون الجزائري بموجب المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01. غير أن اعتبار المال القانوني المحمي بالقانون الجنائي من قبيل الشّروط الأولى في الجريمة مسألة محل نظر وتمحيص، لأنّ القانون الجنائي في الحقيقة يعاقب على بعض الأفعال حتى إذا لم يكن المال الذي يحميه موجودا عند ارتكابها، مثل الجريمة المستحيلة Infraction impossible التي تتحقق من الناحية القانونيّة عندما لا يوجد المال القانوني المحمي بموجب الجريمة الأصليّة، وبرغم ذلك يعاقب عليها القانون الجنائي بالاستناد إلى نظريّة المحاولة Tentative. فإذا كان هذا المال شرطا أوليا في الجريمة، فإنّ الأجدر أن يترتب عن تخلّفه في الجريمة المستحيلة عدم معاقبة الشّخص الذي ارتكب هذه الأخيرة⁴، لأنّ تخلّف الشّروط الأولى في الجريمة يؤدي، كما تبين من قبل، إلى استحالة قيام الجريمة التي تتطلب هذا الشرط⁵ بصورة قانونيّة. وعوضا عن هذا، ينبغي أن يشكل المال القانوني المحمي بواسطة القانون الجنائي شرطا أوليا في القاعدة الجنائيّة Condition préalable du texte d'incrimination⁶، ويبدو أن هذا الأخير مختلف

¹- M. LACAZE, préc., p. 155 § 320.

²- يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 190-191.

³- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 36.

⁴- M. LACAZE, préc., p. 156 § 323.

⁵- فقد يتبين للنّياحة العامّة أنّ السّلوک المادّي الذي صدر عن الشّخص الطّبيعي، حتى وإنّ خلصت من قبل إلى أنّه لا يشكل الجريمة التي جرى تكييف ذلك السّلوک مبدئيا على أساسها بسبب تخلّف شرّطها الأوّل، يشكل جريمة مختلفة لا تتطلب في العادة مثل هذا الشرّط المتخلف لقيامها قانونا. يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁶- V. M. LACAZE, préc., pp. 298-299 § 603-605 et p. 306 § 625.

عن الشُّروط الأولى في الجريمة التي سنعالجها في هذا الفصل. كذلك تعاقب المادّة 30 من قانون العقوبات الجزائري على الجريمة المستحيلة عن طريق نظريّة المحاولة¹، برغم العيوب التي تحيط بتشبيه الجريمة المستحيلة بالمحاولة²، وهذا معناه أنّ اعتبار المال القانوني المحمي بالقانون الجنائي كشرط أوّلي في الجريمة أمر مستبعد أيضا في القانون الجزائري. وبالنتيجة لما سبق، لن يعامل المال القانوني المحمي بموجب القانون الجنائي في هذه الدّراسة كشرط أوّلي في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة التي حدّدها القانون رقم 06-01، ولن يكون بالتالي محل دراسة ضمن الشُّروط الأولى فيها. أيضا، لن تعامل الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة كشرط أوّلية في الجريمة، لأنّها تكون "الموضوع المادي للجريمة"، وهو: "الشيء الذي ينصب عليه سلوك الفاعل المادي والذي يشكل محل الحق أو المصلحة المحمية بموجب الجريمة"³، مما يعني أنّها أقرب إلى الرُّكن الماديّ منه إلى المحل القانونيّ للجريمة، لأنّ السُّلوك الإنساني المُجرّم يقع عليها؛ ولهذا السّبب، سوف نرجئ دراستها إلى حين بحث الرُّكن الماديّ الذي تتكون منه جريمة المحاباة في مجال الصّفقات العموميّة.

بالإضافة إلى ما سبق، يدعي بعض فقهاء القانون الجنائي أنّ هذه الشُّروط تنقسم إلى قسمين: أوّلا، الشُّروط الأولى الأجنبية عن القانون الجنائي⁴، كمعنى الموظف العموميّ الخاصّ بالقانون الإداري، والذي يقترضه القانون الجنائيّ عنه بغرض تحديد ميدان ارتكاب بعض الجرائم، مثل معظم جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائري. وثانيا، هناك الشُّروط الأولى من القانون الجنائي⁵ الخاضعة كلياً لهذا القانون⁶، وأحسن مثال عنها -حسب هؤلاء الفقهاء- هي الجريمة الأساسيّة في الاشتراك وإخفاء الأشياء⁷. لكن يبدو أنّ إدراج مثل هذه الوقائع الجنائيّة الخالصة⁸ ضمن الشُّروط الأولى الصّورية لقيام الجريمة قانوناً محل نظر كذلك⁹.

ومهما يكن في الأمر من خلاف، فإنّ جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة حسب القانون الجزائري، من جهة، لا تعتبر من قبيل الاشتراك المعاقب عليه¹⁰، أو حتى من جرائم النتيجة كالإخفاء مثلاً¹¹. ومن جهة أخرى، لا تتطلب عناصر ذات طبيعة جنائيّة، كوجود جريمة أساسيّة، ما عدا الأركان المؤسّسة اللازمة في أيّ جريمة حتى

¹ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 183.

² - V. D. REBUT, « Tentative », *Rép. pén.*, mai 2009, §§56-59.

³ - اقتباس، بصّرف، عن: م. م. سلامة، قانون العقوبات: القسم العام، ط. 3، مصر، دار الفكر العربي، 1982-1983، ص 96.

⁴ - « Condition préalable extérieure au droit pénal ». التسمية مقبّسة عن: J.-P. DOUCET, préc.

⁵ - « Condition préalable de droit pénal ». التسمية مقبّسة عن: J.-P. DOUCET, préc.

⁶ - J.-P. DOUCET, préc.

⁷ - V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 188 § 331, 332 et 334 ; J.-P. DOUCET, préc.

فعلى سبيل المثال، يقرّر Maître du Chambon بأنّ الجريمة الأساسيّة في جريمة الإخفاء شرط أوّلي حقيقي « Véritable condition préalable ». P. MAISTRE DU CHAMBON, « Recel », *Rép. pén.*, janvier 2009, § 14.

⁸ - تعد تلك الجريمة واقعة جنائيّة خالصة حتى وإن كانت تتكون من شرط أوّلي غير جنائي، لأننا ننظر، لتحديد الطبيعة السابقة، إلى الجريمة كوحدة.

⁹ - P. CALBAZO, préc., p. 177 § 403.

¹⁰ - مع وجوب التحفظ بشأن حالة التأشير على صّفقة عموميّة المعاقب عليها في المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01 التي تعتبر من قبيل الاشتراك اللاحق في الجريمة الذي لا يندرج ضمن نظرية الاشتراك المعاقب عليه التي تبناها القانون الجزائري. يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

¹¹ - إنّ الإخفاء يعتبر من جرائم النتيجة *Infraction de conséquence* التي تفترض لوجودها ارتكاب -شخص آخر- جريمة قبلية. يراجع:

P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., §§ 1, 6.

تلك المتمثلة في الإحفاء أو في الاشتراك. وهذه الأركان المؤسّسة تختلف عن الشُّروط الأولى في الجريمة، كما تبين في السابق. وبالتالي، إنّ جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة المحدّدة بالموادّ 26، 27 و 35 من القانون رقم 01-06 تتكون من شروط أولى غير جنائيّة فقط.

في الأخير، تجب الملاحظة أنّ هناك شرطٌ أوّليّ إضافيّ تنصّ عليه المادة 26-2 من القانون رقم 01-06 يتمثّل في صفة العون العموميّ لدى الدّولة، أو الجماعات المحليّة، أو المؤسّسات أو الهيئات العموميّة الخاضعة للقانون العام، أو المؤسّسات العموميّة الاقتصاديّة، أو المؤسّسات العموميّة ذات الطّابع الصناعي والتّجاري؛ وهذا بالقياس على جريمة الراشي: فهذه الجريمة تتطلب، من الناحية القانونيّة، علاوة عن الرّكنين المادّيّ والمعنويّ، عنصرا يعتبره الفقه الجنائيّ شرطاً أوّلياً فيها يتمثّل في صفة الموظف العموميّ المرتشي الذي لا يعدّ فاعلاً للجريمة، لأنّ تحقق الجريمة يتوقف بشكل كبير على توافر تلك الصفة الشّخصيّة في المرتشي¹. وبالقياس كذلك على جريمة استغلال النّفوذ الايجابي، المعاقب عليها بالمادّة 32-1 القانون رقم 01-06، التي يلزم توافر شرط أوّليّ فيها يتعلّق بصفة الموظف العموميّ المراد استغلال سلّطته أو تأثيره من قبل الفاعل المباشر في الجريمة². نفس الشّيء بالنّسبة إلى جريمة استغلال النّفوذ في مجال الصفّقات العموميّة، وبخاصّة أنّها تتطابق مع جريمة استغلال النّفوذ الايجابي. فصفة العون لدى الإدارة العموميّة المتعاقدة تشكل شرطاً أوّلياً أساسياً في الجريمة السابقة، بالقياس على رأي الفقه حول جريمة رشوة الموظفين العموميين الايجابية.

نخلص من كلّ ما سبق إلى ما يأتي: إنّ الشُّروط الأولى في جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة طبقاً للقانون الجنائيّ الجزائريّ تتمثّل، بصفة حصريّة، في: أوّلاً، شرط العقد والصفقة والاتّفاقية والمُلحق. وهناك مذهب في الفقه الجنائيّ الجزائريّ لا يميز بين هذا الشرط الأوّليّ في جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة وأركانها المؤسّسة. فطبقاً لهذا المذهب يتكون السُّلوك الإجرامي في جميع جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة من السُّلوك في ذاته والعقد والاتّفاقية والصفقة والمُلحق الذي يرتكب هذا السُّلوك بمناسبة³. والأمر كذلك في الجرائم الأخرى. فالرّكن المادّيّ فيها يتكون من العناصر التي تعدّ من الشُّروط الأولى، كعقود الايجار والوديعة والوكالة والرهن والقيام بعمل في جريمة خيانة الأمانة⁴. ربما يرجع ذلك إلى أنّها وقائع تشبه بالرّكن المادّيّ في الجريمة⁵، كالعقود في

¹- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, janvier 2018, §§ 125-126.

²- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », *préc.*, §§ 792.

مع الملاحظة أنّ جريمة استغلال النّفوذ الايجابي في القانون الجزائريّ الحالي، وعلى العكس من القانون الفرنسي، تقوم كذلك إذا وجه الفاعل المباشر في الجريمة وعده، أو عرضه، إلى شخص لا يتمتع بصفة الموظف العموميّ، أو منحه مزية غير مستحقة. وقد يعني هذا أنّ شرط صفة الموظف العموميّ لا يلزم في جريمة استغلال النّفوذ الايجابي طبقاً للقانون الجزائري. ومع ذلك، فإنّه ضروريّ في جريمة استغلال سلّطة أو تأثير عون عموميّ في مجال الصفّقات العموميّة، لأنّ المادة 26-2 من القانون رقم 01-06 لم تذكر سوى العون العموميّ.

³- أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائريّ الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 157-158 بالنّسبة لجريمة المادة 26-1، ص 169-171 بالنّسبة لجريمة المادة 26-2، وص 173-174 بالنّسبة لجريمة المادة 27.

⁴- أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائريّ الخاص، ج 1، ط. 9، الجزائر، دار هوم، 2009، ص 363-369.

⁵- فالشُّروط الأولى أكثر ما تتشابه معه في القانون الجنائيّ هو الرّكن المادّيّ في الجريمة. يراجع:

J. LEROY, *Droit pénal général*, *préc.*, p. 187 §§ 329-330.

جريمة خيانة الأمانة كونها تقتزن بفعل التسليم الصادر عن الضحية، والصَّفقة العمومية في جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية لأنَّها تقتزن بوقت ارتكاب السُّلوك الإجرامي. غير أنَّ طابعها الحيادي، وطبيعتها غير المُخالفة للقانون الجنائي يجعلها أقرب إلى الشرط الأوَّل منه إلى الرُّكن المادِّي.

وثانياً، شرُّط الصفة الشَّخصية لدى الشَّخص الطبيعي الذي يرتكب الجرائم السابقة، وثالثاً، وأخيراً، شرُّط الصفة الشَّخصية لدى الشَّخص الذي يستغل الفاعل المادِّي في الجريمة سلطته أو تأثيره في الجريمة المحددة بالمادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01. غاية ما في الأمر أنَّ هذا الشرط الأخير سوف نبثه ضمن شرُّط الصفة الشَّخصية لدى الفاعل المباشر في جريمة استغلال النفوذ في مجال الصَّفقات العمومية. مع الإشارة إلى وجود اختلاف بينهما من ناحية الآثار. إذ تؤدي الصفة الشَّخصية لدى الفاعل المباشر إلى إدراج الجريمة التي تتطلب هذا الشرط الأوَّل ضمن "جرائم الفاعل الخاص"، كما يسميها الفقه الجنائي العربي¹، و"جرائم ذوي الصفة" عند الفقه الجنائي الجزائري²، أما صفة العون العمومي لدى الشَّخص الذي يريد الفاعل المباشر في الجريمة المحددة بالمادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01، استغلال سلطته أو تأثيره، فلا تؤثر إطلاقاً على نوع الجريمة، لأنَّ جرائم الفاعل الخاص ترتبط حصرياً بالصفة الشَّخصية لدى فاعلها المباشر³.

وعلى أساس النتائج السابقة، سوف نبث الشرطان السابقان من خلال هذا الفصل في مبحثين مستقلين. وقد فرض هذه الاستقلالية ذلك الاختلاف الموجود بين الشرطين. ففي حين يشكل العقد والصَّفقة والاتفاقية والمُلحق ما يعرف بالتصرُّفات القانونية الاتفاقية⁴، تعتبر الصفة الشَّخصية لدى الفاعل المباشر في الجريمة حالة شَّخصية لصيقة بشَّخص قانوني بسبب نشاط يمارسه: النشاط الإداري بالنسبة للموظف العمومي، والنشاط الاقتصادي بالنسبة إلى الجاني صاحب الصفة المطلوبة في المادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01.

وعليه، يتناول المبحث الأوَّل العقد والصَّفقة والاتفاقية والمُلحق المعنية بالجريمة. وقد منّا دراسة هذا الشرط أوَّلاً، لأنَّ تخصُّص الدِّراسة يفرض ذلك، فمحور الاهتمام في الجرائم التي تشكل موضوع هذه الدِّراسة يتمثَّل في الصَّفقات العمومية. وثانياً، لأنَّها العنصر أو المُكوِّن المميِّز لهذه الجرائم عن جرائم الفساد الأخرى، مثل الجرائم التقليدية كرشوة الموظفين العموميين الوطنيين⁵، وجرمي استغلال النفوذ⁶ وإساءة استغلال الوظيفة⁷. أما المبحث الثاني، فيتطرق إلى الصفة الشَّخصية لدى الفاعل في الجريمة التي تشكل الشرط المبدئي الثاني والضروري لقيام جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية حسب القانون الجزائري.

¹ - يراجع: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 597 الفقرة 78.

² - أ. بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 9.

³ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 126.

⁴ - يراجع: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

⁵ - نصت عليها المادَّة 25 من القانون رقم 06-01.

⁶ - نصت عليها المادَّة 32 من نفس القانون.

⁷ - نصت عليها المادَّة 33 من نفس القانون.

المبحث الأول: التصرف القانوني الاتفاقي

بالعودة إلى نصوص التجريم المتضمنة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة طبقا لما جاء في القانون رقم 01-06، يلاحظ أنّ جميع الألفاظ المستعملة في تلك القواعد، إذ تتطلب من ناحية وجود عقد أو صّفقة أو اتفاقية أو ملحق، ولا تؤكد من ناحية ثانية على تطبيق تلك الجرائم على مجال الصّفقات العموميّة وحده دون غيره من مجالات التعاقد الأخرى المتاحة أمام الإدارة العموميّة، أو تطبيقها على تصرّفات أخرى (كالقرارات الإدارية) بصورة لا تثير أدنى شكّ حول ما يدخل في معناها وما هو خارج عنه، يلاحظ أنّها تعتبر -من وجهة النظر القانونيّة- من قبيل التصرّفات القانونيّة، ويقصد بالتصرّف القانوني *Acte juridique*¹، الذي يختلف عن الواقعة القانونيّة *Fait juridique*²، "ذلك التعبير عن الإرادة الذي يُحدث آثارا قانونيّة مرتبطة به بشكل ضروري"³. ومن الأمثلة التطبيقية عنه نجد هناك الإقرار في البطلان *Confirmation*، والتنازل عن الحقوق *Renonciation à un droit*، والإلغاء *Résiliation*، والأهم من ذلك -في هذه الدّراسة- العقود والاتّفاقات المتنوعة⁴ التي تعتبر تصرّفا قانونيّاً بامتياز *Par excellence*، طبقا لوصف *Ghestin*، والتي يشار إليها باستمرار للدلالة على التصرّف القانوني⁵. وبسبب طبيعتها، تعتبر، بجانب كونها تصرّفا قانونيّاً، ذات طبيعة اتّفاقية.

وللأسباب السابقة يبدو أنّ هذا الشرط الأوّلي يجب أن يُعرف باسم "التصرّف القانوني الاتفاقي" نسبة إلى نظريّة التصرّف القانوني الراسخة في القانون المدني⁶، والمعروفة في القانون الإداري أيضا أين يشار إليها باسم الأعمال الإدارية *Actes administratifs*، وهذا لتحديد القانون الذي يجب أن يطبق عليها، وكذلك للتمييز بينها وبين الوقائع الأخرى⁷. لكن مع الملاحظة أولاً أنّ في العمل الإداري، كالصّفقة العموميّة، وإن كان يتم في الأساس بواسطة

¹ - اقتبسنا الترجمة عن: ع. أ. السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ط. 3، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 1 الفقرة 1.

² - وهي: "كل واقعة أو حادثة تصدر عن الإنسان أو عن الطبيعة يعلق القانون عليها آثارا قانونيّة"، كالأفعال التي تستوجب المسؤولية التقصيرية بالنسبة للإنسان، والقوة القاهرة بالنسبة إلى الطبيعة، C. BRENNER, « Acte juridique », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2013, § 26, 27 et 29. واقتبسنا ترجمة لفظ *Fait juridique* عن: ع. أ. السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، المرجع السابق، ص 1 الفقرة 1.

³ - C. BRENNER, préc., § 10 : « [...] l'acte juridique s'entend d'une manifestation de volonté [...] ; il emporte des effets de droit [...] et ceux-ci sont en relation nécessaire avec celle-là [...] ».

⁴ - C. BRENNER, préc., § 28.

⁵ - J. GHESTIN, « La notion de contrat », D., 1990, n° 23, p. 147 sq.

⁶ - V. C. BRENNER, préc., § 6.

⁷ - B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2015, §§ 1-4 et 24.

إنسان¹ بمفرده أو مع غيره²، لا يصدر باسمه الخاص وإنما يصدر باسم الشخص المعنوي العام³ الذي يرتبط به⁴. وأخيرا، إنَّ العمل القانوني في القانون الإداري هو: "تعبير عن الإرادة أجازة النظام القانوني"، وينقسم إلى أعمال ذات أثر قانوني *Actes normatifs* كالعقود وأخرى لا تهدف إلى إحداث مثل هذا الأثر كالمناشير حيث إنَّ الطبيعة القانونية للعمل لا تنتج في القانون الإداري عن إحداث أثر قانوني كما هو الحال في القانون الخاص، وإنما تنتج عن إجازة النظام القانوني للشخص إصدار ذلك العمل، وإنَّ إحداث أثر قانوني يعتبر مجرد معيار لإنشاء نوع من الأعمال القانونية تعرف بالأعمال ذات الأثر القانوني⁵.

والقاعدة في القانون الجنائي أنَّ تعيين عناصر الشرط الأولي للجريمة -أيا كان محتواه- لا يطرح أية صعوبة خاصة، إلا في حال حدده نص التجريم بعبارة غير دقيقة⁶. وهذا بالتحديد ما يلاحظ على شرط التصرف القانوني الاتفاقي المطلوب في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. خاصة وأنَّه لا يوجد تعريف تشريعي مباشر للتصرفات القانونية المذكورة في المادتين 26 و 27 في القانون رقم 06-01 مع أنَّه أفرد نصا خاصا لتعريف المصطلحات التي يستخدمها، ويتعلَّق الأمر بالمادة 2 التي تتضمن 14 تعريفا. ومرده، كما يبدو، أنَّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، إذ اقتبس منها المشرع الجزائري محتوى المادة 2، لا تنص على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، ولذلك لم تعطي أيَّ تعريف لعناصرها. مما يدعو إلى الملاحظة أنَّ المشرع الجزائري لم يكيّف أحكام المادة 2 السابقة مع مقتضيات القانون الوطني الجزائري. كذلك الحال بالنسبة إلى قانون العقوبات، فلا أثر فيه لأيَّ تعريف لتلك التصرفات، برغم أنَّه استعان بها في السابق من أجل تحديد تلك الجرائم. وعدم تعريفها في التشريع قد يعني أنَّ المشرع ترك أمر التعريف إلى القاضي الجزائري لكي يحدّد بنفسه، بالاستناد إلى عوامل معينة، السلوكيات التي يحظرها القانون الجنائي⁷. ونظرا للألفاظ العامة التي استعملها المشرع لتحديد التصرفات القانونية التي تدخّل في نطاق الجريمة، يمكن القول أنَّ المادتين 26 و 27 السابقة تجسد ما يعرف في القانون الجنائي بجرائم الأنموذج المفتوح *Technique des types ouverts*، وهو أسلوب تشريعي سيء *Une fâcheuse tendance* -كما وصفه Pradel- يتم بصياغة نصوص التجريم بشكل واسع -بخلاف ما يقتضيه مبدأ الشرعية الجنائية من دقة- الأمر الذي يمنح القاضي الجزائري كامل الحرية في تفسيرها، ويخالف شرط التوقع اللازم في القانون الجنائي⁸.

فقد عرّفت المادتان 26 و 27 من القانون رقم 06-01 التصرف القانوني المعني بالجريمة بألفاظ عامة لا تدلُّ

¹ - الموظف العمومي المسؤول عن التعاقد باسم وحساب الإدارة العمومية مثلا.

² - يكون غالبا موظفا عموميا. وهذا الأخير يعتبر فاعلا في أغلب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية كما سوف يوضحنا فيما بعد.

³ - تجب الملاحظة أنَّه لا يوجد في القانون شخص طبيعي عام. يراجع: P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 11^e éd., France, L.G.D.J., 2017-2018, p.23 §15. لهذا فإننا عندما يشير في هذه الدراسة إلى شخص عام فقط إنما يقصد بذلك أنَّه شخص معنوي عام.

⁴ - B. SEILLER, préc., § 24.

⁵ - V. B. SEILLER, préc., §§ 24, 26.

⁶ - X. PIN, *Droit pénal général*, 5^e éd., France, Dalloz, 2012, pp. 131-132 § 144.

⁷ - V. M. DAURY-FAUVEAU, « Les listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », R.S.C., 2015, n° 1, p. 75.

⁸ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 137 § 159.

على معناه بصورة دقيقة حيث اكتفت بتعداد التصرفات القانونية المندرجة تحت نصّ التجريم بصورة مجردة. فلم تحدّد نوعه إن كان يجب أن يكون إداريا أم يجوز كذلك أن يكون مدنيا. ولم تجعله محصورا في الصفقات العمومية بعكس ما يدل عليه إسم تلك الجرائم الذي جاء في القانون رقم 06-01، لأنها لا تشير إلى عقود محدّدة. أضف إلى ذلك أن كلّ لفظ منها يُعبّر على معاني مختلفة في القانون الإداري، كلفظ الاتفاقية الذي قد يعني اتفاقية تفويض المرفق العمومي أو الصفقات العمومية التي لا تتجاوز قيمتها المالية سقفا حدّده القانون، وله معنى مختلف في القانون المدني أيضا كالتمييز بين العقد والاتفاقية. مما يجعل النصوص الجنائية المتعلقة بها قابلة للتأويل الذي يقتضي تطبيق "المعنى الظاهر من النصّ ما لم يتم دليل يقتضي العمل بغير هذا المعنى"¹. والنصّ القابل للتأويل يعني "ما دل بذاته على معنى معين وليس فيه ما ينفي احتمال التأويل"².

بل وتزداد أهمية تفسير تلك الألفاظ، إذا علمنا أننا لسنا بصدد مجرد خطأ مادّي وقع فيه المشرّع، والذي يمكن تصحيحه - من طرف القاضي الجزائي - بتطبيق التفسير الغائي Méthode téléologique³. أو أنّه خطأ في التصريف Erreur grammaticale يجوز إصلاحه بنفس الطريقة التي تتمثّل في الاستناد إلى إرادة المشرّع لتحديد معنى النصّ الجنائي⁴. فلا يبدو من نصوص التجريم في المادتين 26 و 27 أنّ المشرّع وقع في خطأ مادّي بشأن تحديد تلك التصرفات. بل بالعكس من ذلك يبدو أنّه قصد بها معاني محدّدة غاية ما في الأمر أنه لم يدلّ عليها بدقة في النصوص التجريبية. على أنّ عمليّة التفسير تخضع لاعتبارات ذات أهمية قصوى في القانون الجنائي. فعندما يريد القاضي الجزائي تفسير نصّ جنائي ما يكون دائما أمام فرضان متعارضان. إما احترام الحريات الفردية للأشخاص، الاحترام الذي يقتضي الالتزام بالتفسير الحرفي للنصّ الجنائي. وإما ضرورة الدفاع الاجتماعي التي تبرر التوسع في التفسير⁵. ويعتبر قانون العقوبات من وسائل هذا الدفاع⁶. ولا يستطيع القاضي الجزائي استبعاد عمليّة التفسير، بما أنّه لا يستطيع رفض البت في الدّعوى العمومية بحجة سكوت النصّ الجنائي أو غموضه أو النقصان فيه، لأنّ ذلك سيشكل انكارا للعدالة⁷.

لهذا نعتقد أنّ أهمية التعريف القانوني Définition juridique تَبْلُغ أوجها في هذا الجزء من الدّراسة، لأنّه وسيلة للتكييف القانوني كما لاحظ Richer بحيث يقدم العناصر التي تسمح بتقرير ما إذا كان التصرف أو الواقعة يدخلان في مجموعة ينطبق عليها نظام معين⁸. وكذلك الأمر بالنسبة إلى التصرفات القانونية الاتفاقية، في مجموعها، التي يجب

¹ - نقلا عن: ع. فرج الصدة، أصول القانون، لبنان، دار النهضة العربية، ب.ت.، ص 292 الفقرة 309.

² - نقلا عن: ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 292 الفقرة 309.

³ - V. X. PIN, préc., p. 49 § 53.

⁴ - V. C. PORTERON, préc., § 48.

⁵ - P. COSTE-FLORET, « L'Interprétation des lois pénales », R.S.C., 1937, n° 1, p. 4.

⁶ - R. SALEILLES, préc., p. 4.

⁷ - P. ESCANDE, « L'interprétation par le juge pénal des règles écrites en matière pénale », R.S.C., 1978, n° 4, p. 813.

⁸ - L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », dans dossier spécial : « Transparence, financement, exécution : unité et diversité d'un droit en mutation », A.J.D.A., n° spécial, 1994, p. 13 sq.

الفصل بشأنها بشكل فردي فيما إذا كانت تدخّل في معنى التصرّف القانوني الاتفاقي في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية الذي تنطبق عليه أنظمة القانون الجنائي القاسية. علما أنّ التكييف يعدّ عمليّة أساسية لتفسير النصوص الجنائية، لأنّ تفسيرها يخضع إلى قاعدة التفسير الضيق التي تجد مصدرها في مبدأ الشرعية الجنائية¹. كما أنّ قاعدة التفسير الضيق تُطبّق على النصوص الجنائية التي تنشئ الجرائم أو العقوبات، ولا تُطبّق على النصوص الجنائية الأخرى كتلك المتعلقة بموانع المسؤولية الجزائية، وأسباب الإباحة².

وهذا، باستثناء جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية التي تنصّ عليها المادة 35 من القانون رقم 06-01³ الذي أعطاه إسمًا قانوني خاصّ هو "أخذ فوائد بصفة غير قانونية"، وقد اقتبسه عن قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992⁴. وهناك أربعة ملاحظات على هذه التسمية في القانون الجزائري. فأوّلًا، قد يقع اللبس حول المعنى الحقيقي لعبارة "بصفة غير قانونية": فقد تعني هذه العبارة أنّ الفاعل المباشر في الجريمة الذي يأخذ فوائد إنما يشوب صفته كموظف عموميّ عيب عدم المشروعية. وفي الواقع ما ينبغي وصفه بغير القانوني في هذه الجريمة هو فعل الأخذ. وهذا ما يتبين من تسميتها باللغة الفرنسية. ولهذا، ينبغي أن يقال، لتجنّب أيّ لبس، جريمة أخذ فوائد "بشكل" أو "بصورة غير قانونية". وثانيًا، إنّ المادة 35 تتعلّق بحالة أخذ فوائد من جانب الموظف العموميّ أثناء أداء وظيفته، ولهذا السبب تطلب الأمر في هذه الدراسة أن نضيف عبارة "أثناء الوظيفة العمومية" إلى إسم الجريمة القانوني لتمييزها عن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بعد انتهاء الوظيفة العمومية التي تتعلّق كذلك بالصفقات العمومية. ثالثًا، برغم أنّ عنوانها السابق يشير فقط إلى الأخذ، فإنّ الجريمة تقوم أيضًا إذا تلقى أو احتفظ الفاعل بالمادّي بفائدة⁵. وأخيرًا، يلاحظ أنّه لم يشر بعكس عنوان المادّتان 26 و 27 إلى تطبيقها على الصفقات العمومية. مما يقتضي محاولة التعرّف على الصفقات العمومية بين الأنشطة التي تستهدفها هذه الجريمة.

وفي الحقيقة إنّ هذه الجريمة لا تثير أية مشكلة فيما يتعلّق بهذا الشرط، نظرًا لعموميّتها التي تستوعب حتى العمليات الخاضعة للقانون الخاصّ⁶. فهي تشمل تقريبًا جميع النشاطات العمومية التي تُدار أو يُشرف عليها باسم السّلطة العمومية بدون الحاجة إلى ذكرها في نصّ التجريم بصراحة⁷. وتجد هذه السّلطات مجالًا للتطبيق على

¹ - فالتفسير الضيق للنصّ الجنائيّ مستل من ذلك المبدأ. C. PORTERON, préc., § 47.

² - P. COSTE-FLORET, préc., pp. 5, 16-17.

³ - وقد نصت عليها سابقا المادة 3 (الفقرة الفرعية 3) من الأمر رقم 66-186. ثمّ المادة 123 من قانون العقوبات.

⁴ - كانت هذه الجريمة في القانون الفرنسي محلّ تسميتين مختلفتين: جريمة التدخّل *Délit d'ingérence* (اقتبسنا الترجمة العربية لتعبير *Ingérence* عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج. 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 123) في ظلّ المادة 175 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، ثمّ جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية *Délit de prise illégale d'intérêts* في ظلّ المادة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992، وهي تسمية قانونية إذ وردت بعنوان الفقرة 3 من الفرع 3 من الفصل 2 من الباب 3 من الكتاب 4 من ذلك القانون، ولقد حلت هذه التسمية الأخيرة، التي تأثر بها المشرّع الجزائري، وتحلّى ذلك من خلال القانون 06-01، مكان التسمية القديمة. يراجع حول ذلك:

J. BÉNOIT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 12090, Dalloz, mai 2014, § 5.

⁵ - يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁶ - V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 44.

⁷ - V. J. BÉNOIT, préc., § 60.

الصّفقات العموميّة، حيث تعتبر مثلاً من ضمانات تنفيذ الصّفقة العموميّة المخولة للإدارة العموميّة من أجل مراقبة تنفيذ المتعاقد معها للالتزامات الاتفاقية من بدايتها إلى غاية الانتهاء منها، وتحديد كفاءات تنفيذها¹. كذلك لأنّ نصّ التجريم الخاصّ بها لم يشر إلى العقد أو الاتفاقية أو الصّفقة أو المُلحق. وهذه الجريمة في ميدان الصّفقات العموميّة تحظر على الموظف العموميّ الدّخول في علاقة عقدية مع الإدارة العموميّة بوصفه مقاولاً أو مورداً للوآزم أو الخدمات أو بائعاً أو مشترياً أو مؤجّراً لها²، إذا كانت له سلّطة الإدارة أو الإشراف عليها.

وعليه، يتناول هذا المبحث الأساسي بالدراسة تعريف التصرّف القانوني الاتفاقي الذي تتألف منه جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة المحدّدة بالمادّتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. والذي يتطلب أولاً التعرّف على الصّفقات العموميّة بين التصرّفات القانونية الاتفاقية المذكورة في تلك النصوص من خلال تحديد معنى ألفاظ العقد والاتفاقية والصّفقة والمُلحق بصفة مجرّدة عن عناصر الجريمة الأخرى (المطلب الأوّل). وأخيراً، يتطلب ذلك تحديد العناصر التي يتألف منها التعريف، والذي يتطرق إلى أوضاع خاصّة يكون عليها التصرّف القانوني كالشكل المكتوب للعقد وجانبه الإجرائي وصحته أيضاً التي يتعين تحديد موقف القانون الجنائي منها (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: التعرّف على الصّفقات العموميّة بين التصرّفات القانونية الاتفاقية المكوّنة

جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة

للتأكّد من تطبيق الجرائم المحدّدة بالمادّتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 على الصّفقات العموميّة، يتعين تفسير ألفاظ العقد والاتفاقية والصّفقة والمُلحق المذكورة في نصوص التجريم مع محاولة تحديد علاقتها ببعضها. ويقصد بالتفسير في القانون "التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها"³. ولا بد في هذا الصّد من تحديد فرضية تنطلق منها الدّراسة. وأقرب الفرضيات إلى الصواب تقول إنّ المشرّع الجزائري استعمل ألفاظ العقد والاتفاقية والصّفقة والمُلحق قاصداً بذلك اختلافها عن بعضها. وبعبارة أخرى، لا بد وأنّ لكلّ منها تعريف ومجال خاصّ به

ثار التّقاش في فرنسا حول التمييز بين مفهوم المؤسسة Entreprise والعملية Opération في المادّة 432-12 من قانون العقوبات. وقيل بأنّ التمييز بينهما لا أهميّة له، وأنّه لا يتعين على القاضي الجزائري أن يحدّد بدقة مفهومهما. حيث إنّ بمجرد اشتراط نصّ التجريم ممارسة سلّطات الإدارة والإشراف يعني أنّ الأمر يتعلّق بمؤسسة أو عمليّة. نفس المرجع، نفس المكان. وفي الجزائر لاحظ البعض أنّ النصّ العربي أشار إلى المؤسسة. أما النصّ الفرنسي فيذكر Entreprises فقط، وينبغي أن تقابلها في النسخة العربيّة كلمة "المقاولات" (ع. حاحا، المرجع السابق، ص 122)، لأنّ Entreprises هي مقاولات حسب تعبير المادّة 123 من قانون العقوبات الملغاة. أما المؤسسات فكانت تعبر عنها بكلمة "Régies". وهي العبارة التي سقطت من نصّ المادّة 35 من القانون رقم 06-01. ولقد قلل الفقه من شأن هذا الاختلاف بدعوى أنّ المؤسسات لا تعدّ عملية من العمليات التي يمكن للموظف أن يقوم بها، ومصطلح المؤسسات يلتقي في ترجمته إلى اللّغة الفرنسيّة مع مصطلح المقاولات والتي تعني: 'Les entreprises'. نفس المرجع، نفس المكان. لكن في الحقيقة إنّ العمليّة التي يعتد بها القانون لقيام الجريمة ليست المؤسسة بذاتها وإنما هي سلّطات الإدارة والإشراف على هذه المؤسسة. فيمن الأحسن أن نبحث عن طريقة لادراج المؤسسات ضمن نصّ التجريم في عنصر آخر من ركنها الماديّ كما فعل الفقه الفرنسي أعلاه.

¹- V. Ch. LAJOYE, préc., pp. 171-172.

²- J. BÉNOIT, préc., § 52.

³- نقلاً عن: ع. فرج الصّدة، المرجع السابق، ص 273 الفقرة 192.

لا يتداخل مع تعريف ومجال الكلمات الأخرى. فمن المستبعد أنها مجرد مترادفات، لأنه "لا توجد مترادفات في لغة القانون، حيث لكل مصطلح مدلول واحد"¹. والترادف لا يصدق أبدا في القانون الجنائي. فنص التجريم يعتدي في ذاته - بغض النظر عما إذا كان هذا الاعتداء مُبرراً أم تجاوزاً - على حقوق الأشخاص وحرياتهم، والذي يستدعي حظر القاضي الجزائي الذي يُفسر نصاً جنائياً من إضافة حالات جديدة إليه لا يعاقب عليها القانون². ولهذا فمن غير المعقول أن يستعين المُشرع، لتحديد نطاق ذلك الاعتداء، بمترادفات لغوية قد يتغير معناها القانوني بعد صدور ذلك النص تغيراً يتعارض مع إرادته الأصلية³، أو يؤدي إلى إضافة حالات جديدة إليه لم يقصد المُشرع تجريمها والمعاقبة عليها.

وعليه، حتى يكون لتلك الألفاظ - المجردة - معنى مختلف يجب ردها في مرحلة أُولى إلى النظرية العامة للعقد التي يحتمل أن تثبت من خلالها ذلك الاختلاف (الفرع الأول). والشروع بهذه النظرية أمر واجب، ذلك لأن القاعدة عندما يكون النص قابلاً للتأويل - كالمادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 - تقتضي تطبيق المعنى الظاهر⁴ الذي يدلّ في المادتين 26 و 27 المذكورة سابقاً على التصرف القانوني الاتفاقي بمفهومه الواسع. كما أنه لا مناص في مرحلة ثانية من الاستناد إلى نظرية العقد الإداري لتفسير معناها (الفرع الثاني)، لأن بعض نصوص التجريم تشترط أن يكون أحد أطراف التصرف القانوني الاتفاقي شخصاً من أشخاص القانون العام. وتعرف، في إطار الروابط القانونية، الإشارة إلى مثل هذه الأشخاص "بالمعيار العضوي Critère organique" الذي يصفه الفقه الإداري أحياناً بالمعيار أو الشرط الأولي Critère ou condition préalable⁵. حيث إن هذا المعيار يشكل أول علامة على احتمال تخصيص الجرائم السابقة بالعقود الإدارية وحسب. وعند "تخصيص العام" - خصص نص التجريم التصرف القانوني الاتفاقي بأحد أطرافه مشروطاً فيه صفة محدّدة (صفة الإدارة العمومية) - يلزم حسب قواعد التفسير حصر مجال الحكم القانوني في الحالات التي يتعلّق بها فقط⁶. ولأن لتلك الألفاظ معاني خاصة ومختلفة في تلك النظرية عما هو الحال في النظرية العامة للعقد، والتي من شأنها إثبات صحة الفرضية المقررة سابقاً، والتأكد من تطبيق تلك الجرائم على الصفقات العمومية، واقتصارها عليها فقط.

¹ - نقلاً عن: ع. فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 233.

² - V. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, préc., pp. 130-131 § 103.

³ - إن التطور خاصية تلازم القانون، ويتأتى إما بالاستمرار Continuité، أو بالقطعية Rupture، كما لاحظ Houssard. والقطعية تتجسد بخاتمة عندما تعدل الجهة القضائية من اجتهادها بشأن مسألة ما، أو عندما يتدخل المُشرع بالتعديل على نص قانوني. وبالتالي لا يستبعد إعطاء المُشرع أو القاضي بحسب الحال، في أي وقت، معنى مغاير لتعبير كان يعد في السابق مجرد مرادف لتعبير آخر. ويراجع حول تطور القانون:

E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », Revue juridique de l'Ouest, 2002, n° 1, p. 7 § 1, https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2002_num_15_1_2658 (26/04/2023).

⁴ - ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 292 الفقرة 309.

⁵ - V. F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », R.F.D.A., 2001, n° 2, p. 341 sq.

⁶ - ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 292 الفقرة 309.

الفرع الأول: رد العقد والاتفاقية والصّفقة والمُلحق¹ إلى النظرية العامة للعقد

إنَّ النظرية العامة للعقد تساعد في إعطاء تفسير علمي للترتيب الذي وردت عليه التصرّفات القانونية في نصوص التجريم (الفقرة الأولى)، وضم عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة العمومية إلى ميدان تطبيق جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية إلى جانب العقود الإدارية وضمنها الصّفقات العمومية (الفقرة الثانية).

أولاً: من حيث ترتيب التصرّفات القانونية الاتفاقية المشار إليها في المادتين 26 و 27 من القانون رقم

01-06

وردت هذه التصرّفات القانونية وفق ترتيب جعل المُلحق كآخر تصرّف قانوني يمكن أن يدخل في ميدان ارتكاب الجريمة. وهذا الترتيب ليس بدون قصد معين، وإنما يخضع في الحقيقة لنظام محدد. إذ يلاحظ أنَّ المُشرع الجزائري رتب التصرّفات القانونية الاتفاقية في الجرائم المحددة بالمادتين 1-26 و 27 من القانون رقم 01-06 بمعيار علمي يقوم على فكرة الترابط ما بين العقود Interdépendance entre contrats التي تُطبّق في الأصل لتحديد الوصف القانوني للعقد، وبالتالي تحديد اختصاص الجهتان القضائيتان المدنية والإدارية². بحيث يمكن تقسيم تلك التصرّفات إلى مجموعتين: 1- التصرّفات القانونية الاتفاقية الأصلية المتمثلة في العقد، والصّفقة، والاتفاقية، التي بدأ بها المُشرع التعداد، ويقابلها المُلحق Avenant الذي يتلوها من حيث التعداد في النصوص التجريبية. وهو تصرّف قانوني تبعي حسب نظرية التبعيّة Théorie de l'accessoire القائمة على قاعدة أنَّ الفرع يتبع الأصل، لأنَّ العقد والاتفاقية والصّفقة سبب وجوده³.

وهذا التصرّف القانوني، المُلحق، هو ذو طبيعة اتفاقية كالتصرّفات القانونية الأصلية، كما أنَّه ذو طبيعة تبعيّة حيث جاء في المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أنَّ المُلحق يشكل "وثيقة تعاقدية تابعة للصّفقة". وهذا يستبعد تطبيق نظرية عدم التجزئة بين العقود Indivisibilité entre contrats التي لها نفس آثار نظرية التبعيّة⁴.

1- اعتمدنا في ذلك الترتيب على ما ورد بالمادة 1-26 من القانون رقم 01-06 المتعلقة بجريمة المحاباة، لأنَّها الجريمة الأولى التي استهل بها ذلك القانون مكافحة الفساد في مجال الصّفقات العمومية. ولأنَّها تشير إلى تصرّفات قانونية لا تشملها جرائم الفساد الأخرى، وبالتحديد الاتفاقية والمُلحق. فهي من أشمل جرائم الفساد المدروسة من حيث عدد التصرّفات القانونية الاتفاقية التي تتكون منها. وفي ظل الأمر رقم 66-186، كانت المادة 3 (الفقرة الفرعية 2) تشير بشأن هذه الجريمة إلى الصّفقات والاتفاقات فقط بينما أشارت نسختها الفرنسية إلى العقود Contrats وليس الاتفاقات. وأضيف العقد إلى نطاق تطبيقها الماديّ بالأمر رقم 75-47 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975 يتضمن تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 4 يوليو سنة 1975، ص 751 (المادة 423). أما المُلحق فأدرج فيها بمقتضى القانون رقم 82-04 مؤرخ في 13 فبراير سنة 1982 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 16 فبراير سنة 1982، ص 317، وقد أشير إليه في نصّ التجريم خطأ بكلمة "الصك"، وبينت المحكمة العليا بأنَّ معناه هو المُلحق. المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 238463، قرار بتاريخ 14 مارس 2000، قضية: (ب. ع.) ضد: (ن. ع.)، المجلة القضائية، ع 1، 2001، ص 311-312.

2- V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 114 § 192.

3- يراجع حول نظرية التبعيّة: L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., pp. 114-115 §§ 192-193.

4- يراجع حول هذه النظرية: L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 116 § 196.

كما أنَّ الفقه الإداري يصفه بالعقد كذلك¹. فهو اذن تصرُّف قانوني اتفافي وتبعي. ويختلف بسبب طابعه الرضائي عن حالات تعديل الإدارة العمومية للعقد بإرادتها الواحدة عن طريق الأمر بأداء خدمة *Ordre de service*². مما يثبت أنَّ جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تتعلَّق حصريا بتصرُّف قانوني اتفافي، ولا تشمل التصرُّفات القانونية الأخرى الصادرة بإرادة فردية عن الإدارة العمومية.

أكثر من ذلك إنَّ المُلْحَق يعتبر مفهوما مشتركا بين القانونين الإداري والمدني³. فصحيح إنَّ قانون الصفقات العمومية أولى أهلية شديدة للمُلْحَق، حيث عرّفه المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وحدّد شروطه، وأخضعه لرقابة الهيئات الإدارية المختصة⁴. لكن القانون المدني يعطي أيضا لأطراف العقد سلطنة تعديل عقدهم بواسطة المُلْحَق، وهو تصرُّف قانوني مُعَدِّل *Acte modificatif* للعقد الأصلي، وله طبيعة اتفافية أيضا⁵. ومن هنا يمكن القول بأنَّ حتى المُلْحَق يمكن رده - كالعقد والاتفافية والصفقة - إلى النظرية العامة للعقود، وأنَّه لا يقتصر على الصفقات العمومية أو العقود الإدارية بوجه عام.

على أنَّه بالرجوع إلى نصَّ المادة 26-2 من القانون رقم 06-01 يلاحظ أنَّ قائمة التصرُّفات القانونية الخاصة بها لم تتضمنه، بخلاف جرمي المحابة (المادة 26-1) والرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27). ويبدو أنَّ المُشَرِّع أراد، من خلال ذكر العقد والصفقة فحسب، تحديد ميدان ارتكاب الجريمة بأنَّها تتم في إطار علاقة عقدية تجمع ما بين المُجْرِم والإدارة العمومية، والتي عبَّر عنها بالعقد والصفقة. علما أنَّ المُلْحَق يتم بين نفس الأطراف في العقد الأصلي⁶. وبالتالي فإنَّ أحد شروطه متوفرة في الجريمة⁷. وأنَّ الغرض من الجريمة بالنسبة إلى الفاعل يتمثل في تعديل العقد، كما سيتبين لاحقا. وهذا التعديل لا يقع في جميع الفروض بواسطة الملحق دائما. فقد يقتضي إصدار تصرف إداري منفرد في إطار ممارسة سلطنة التعديل بإرادة واحدة التي تحوزها الإدارة العمومية⁸. فالمُلْحَق يمكن أن يعتبر في هذه الجريمة بمثابة الأثر المترتب عنها الذي يجسد مادِّيا ارتكابها. وبهذا يختلف المُلْحَق في هذه الجريمة عن تعريف الشرط الأولي في الجريمة الذي يعتد بالتصرُّفات القانونية لتحديد المجال المادِّي لارتكاب الجريمة. ولو اشترط المُشَرِّع المُلْحَق، لقيد القضاء من نطاق الجريمة ليشمل حالة التعديل الاتفافي لا غير فهُمَا منه أنَّها الحالة الوحيدة التي تندرج ضمن نصَّ التجريم⁹.

¹- V. Ch. LAJOYE, préc., p. 183 ; L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 249 § 466.

²- V. Ch. LAJOYE, préc., p. 183.

³- V. H. HOEPFFNER, préc., p. 273 § 458.

⁴- يراجع: ت.ص.ع.، المواد 135 إلى 139.

⁵- V. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 16^e éd., France, L.G.D.J., 2017, p. 255 § 313. V. aussi G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018, § 63.

⁶- V. A. BÉNABENT, préc., p. 255 § 313.

⁷- تشترط المادة 26-2 أن يرم العقد أو الصفقة الأصليان بين المُجْرِم والإدارة العمومية.

⁸- V. H. HOEPFFNER, préc., p. 273 §§ 458-460 et p. 355 sq. § 599 sq.

⁹- على أنَّه يمكن الاستغناء عن معيار الارتباط، وتطبيق الجريمة على المُلْحَق في الوقت ذاته. ففي جريمة خيانة الأمانة، يُطبَّق القضاء الجزائي الجريمة على العقود الأخرى المرتبطة بعقد مذكور في نصَّ التجريم الخاص بها، كعقد الشركة الذي يعتبر تابعا للوكالة التي تندرج ضمن نطاق التجريم. يراجع:

W. JEANDIDIER, « Abus de confiance », *Juris-Classeur Pénal*, fascicule 20, article 314-1 à 314-4 du Code pénal, 2012, § 27.

كما يلاحظ في الأخير أنّ الترتيب السابق هو الترتيب الوحيد القائم على نظام محدّد الذي يمكن استخلاصه من نصوص التجريم. فمن الصعب -ولكن ليس من المستحيل- استنباط معايير أخرى رتب على أساسها المشرّع التصرفات القانونية الاتفاقية الأصلية. ذلك أنّ كلّ نصّ تجريمي اعتمد فيما عدا ذلك على ترتيبه الخاص. فمثلا بدأت المادة 26-1 بالعقد ثمّ الاتفاقية ثمّ الصّفقة. بينما نجد المادّتان 26-2 و 27 استبعدت الاتفاقية. وبينما بدأت المادة 26-2 بالعقد، كنظيرتها المادة 26-1، لتليه مباشرة الصّفقة، قدّمت المادة 27 الصّفقة على العقد. وإذا كانت كل صّفقة عموميّة عقدا بالضرورة (وهذا ما يستخلص من تعريفها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المادة 2)، فإنّ كل عقد ليس ضروريا أن يكون صّفقة عموميّة. إنّ العقد أعم من الصّفقة. وبالتالي كان يجب أن تبدأ القائمة بالعقد قبل الصّفقة. ما لم يقصد المشرّع بالعقد شكلا خاصا من الصّفقات العموميّة، فاعتبر لذلك الصّفقة أعم من العقد ووضعها قبله في القائمة. ومن باب المقارنة، فإنّ المشرّع أشار إلى تلك التصرفات بنفس الترتيب في بعض القوانين غير الجنائية المتعلّقة بالمؤسّسات العموميّة، يمكن أن يذكر منها المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 12-87 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2012، يتضمن إنشاء مركز التكوين والدعم في مجال الأمن النووي وتنظيمه وسيره¹ - وهو: "مؤسسة عمومية ذات طابع خاص، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي" طبقا للمادة 2 من ذلك المرسوم- التي خولت مجلس الإدارة للمركز بالتداول على: "إبرام كل الصفقات والعقود والاتفاقيات المرتبطة بسير المركز". أما سلّطة إبرامها فأناطتها بالمدير العام للمركز (المادة 17، الفقرة 2). الأمر الذي يزيد من احتمال أنّ لتلك المصطلحات معنى في خاصّ بالقانون الإداري اقتبسه عنه القانون الجنائي². كذلك فإنّ المادة 26-1 جعلت العقد قبل الاتفاقية. غير أنّ معنى الاتفاقية أوسع من معنى العقد بحسب النظرية العامّة للعقود، كما سيأتي بيانه. وهذا، ما لم يقصد النصّ الجنائي بالاتفاقية معنى يندرج ضمن مفهوم الصفقات العموميّة أيضا. لكن، حتى في هذه الحالة كان يتعين أن تلي الاتفاقية الصّفقة لا العكس احتراماً لقاعدة تقييد العام قبل الخاصّ التي كانت ستساعد في تحديد معنى العقد والاتفاقية والصّفقة لو احترّمها القانون رقم 06-01. وعليه، من غير الممكن الجزم بما اتجه إليه قصد المشرّع من خلال مجرّد فحص الترتيب الذي وردت عليه تلك التصرفات -الأصلية- في نصوص التجريم. ولهذا يجب الاتجاه إلى معيار آخر.

ثانيا: من حيث طبيعة التصرفات القانونية الاتفاقية المشار إليها في المادّتين 26 و 27 من القانون رقم

01-06

إنّ مجال جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة يتسع ليضم إليه العقود المنتمية إلى القانون الخاصّ التي تبرمها الإدارة العموميّة بسبب شمولية الألفاظ التي استخدمها المشرّع في نصوص التجريم. والتي يختلف معناها عن تعريف

¹ - ج.ر. رقم 12 مؤرخ في 29 فبراير سنة 2012، ص30.

² - يراجع كذلك: المادة 34 (الفقرة 2) من المرسوم التنفيذي رقم 14-116 مؤرخ في 24 مارس سنة 2014، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية ويحدد مهامه وتنظيمه وسيره، ج.ر. رقم 19 مؤرخ في 2 أبريل سنة 2014، ص4.

الصَّفقة العُمومية من عِدَّة جوانب كحقوق المتعاقدان، وطرق الإبرام والاثبات، والاختصاص القضائي¹. ولا تقتصر هذه الشمولية على العقد والاتفاقية (الفقرة "أ"). بل تشمل كذلك لفظ الصَّفقة، بعكس ما هو متوقع (الفقرة "ب").

أ- شمولية معنى لفظ العقد

العقد الإداري، كما يدل اسمه، والذي يعتد المتأمل في نصوص التَّجْزِيم لوهلة أُولى أَنَّهُ التَّصَرُّف القانوني الوحيد المستهدف بنصوص التَّجْزِيم، هو أَوَّلًا وقبل أيِّ شيء عبارة عن عقد، والذي يعني -أي، العقد بوجه عام- اتِّفاق بين إرادات يهدف إلى إنشاء التزامات بين الأطراف². ويشترك العقد الإداري في هذا التعريف مع العقد من القانون الخاص³. كذلك وصفت المادَّة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصَّفقة العُمومية بأنَّها عقد مكتوب مؤكدة بذلك طابعها الاتفاقي⁴. وتعتبر الملاحظة السابقة نقطة البداية الصحيحة لتحديد معنى العقد في جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العُمومية. فهذا اللفظ استعمل بدون أيِّ توضيح آخر في نصوص التَّجْزِيم يدلُّ على أننا يجب أن نكون أمام عقد إداري أو عقد مدني. ولهذا يحتل أن المادَّتان 26 و 27 إنما قصدت بالعقد -وهو شرط أُولى في جميع الجرائم السابقة- معناه العام أي، اتِّفاق بين إرادتين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات بين الأطراف. ويوصف ذلك التعريف بأنَّه عام، لأنَّ التَّطابق بين الإرادات الرامي إلى إحداث أثر قانوني يعتبر القاسم المشترك بين جميع العقود، ويشكل معيارها المُمَيِّز⁵.

والأهم من ذلك أَنَّهُ يؤدي إلى إدراج العقود من القانون الخاص في نطاق تطبيق الجرائم السابقة. ولقد وجد هذا التفسير الشامل للعقود الخاصَّة تأييدا لدى الفقه الجزائري. فباستثناء الصَّفقة التي تشير إلى معنى الصَّفقات العُمومية⁶، كان بوسقية يعتد بأنَّ العقد والاتفاقية يعينان في مفهوم المادَّة 1-26 من القانون رقم 06-01 "العقود ذات الطابع التجاري"⁷؛ وهي عقود تنتمي إلى فئة العقود الخاصَّة لأنَّ القانون التجاري الذي تخضع له فرع من القانون الخاص⁸. والحقَّ إنَّ هذا الرأي كان يتعارض مع اجتهاد قضائي سابق للمحكمة العليا قرَّر بأنَّ جريمة المحاباة التي

¹- ع. بوضيف، المرجع السابق، ص 81-86.

²- R. ROMI, N. BERNARDINI, V. LAMY (dir.), *L'essentiel des contrats administratifs*, France, Ellipses, 2016, p. 8.

³- L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 19 § 5 ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 396.

⁴- وفي رأيي مختلف: ح. بن علي، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الجزائري: تحول النشاط الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر، 2006. حيث يذهب في أكثر من موضع إلى أنَّ الصَّفقات العُمومية تشكل عملا إداريا مركبا وليست عقدا بالمعنى القانوني. وأشار إلى حجج قويَّة ليثبت ذلك. يراجع، مثلا، ص 73-74.

⁵- V. J. GHESTIN, préc., p. 147 sq.

⁶- أ. بوسقية، الوحي في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 9، الجزائر، دار هومه، 2008، ص 112-115.

⁷- أ. بوسقية، الوحي في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 9، المرجع السابق، ص 113. ويبدو أنَّ بوسقية لم يشرح، في هذه الطبعة، معنى العقد والاتفاقية والصَّفقة والمُلْحَق إلا عند دراسة جريمة المحاباة.

⁸- يراجع: ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ط. 3، الجزائر، ابن خلدون، 2003، ص 1 الفقرة 1.

تنصّ عليها المادّة 26-1 السابقة تُطبّق على عقد يخضع للقانون العام، ولا تتعلّق بعقد من القانون الخاص¹. ومهما يكن في الأمر، فإنّ بوسقعة اتجه إلى رأيٍ مختلف بعد تعديل الجريمة سنة 2011 حين أصبحت تعاقب على مخالفة للمبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة. وهذه المبادئ لا تنطبق على العقود المدنيّة والتّجارية التي تقوم على أساس آخر يتمثّل في الرّبح والمصلحة الشّخصيّة². فقد ميّز بوسقعة بين "العقود والصّفقات التي تخضع وجوبا لقانون الصّفقات العموميّة وباقي العقود والصّفقات"³، وقصد بهذه الأخيرة العقود والصّفقات التي أخرجها قانون الصّفقات العموميّة من نطاقه إما بسبب قيمتها الماليّة أو طبيعة المصلحة المتعاقدة، والتي يتمثّل موضوعها، كالصّفقات العموميّة الأصيلّة، في الأشغال واللوازم والخدمات والدّراسات⁴. وإذا كانت العقود في جريمة المحابة تقتصر حاليا على الصّفقات العموميّة -أو احتماليا العقود الإداريّة الأخرى- بسبب شرّط في الرّكن المادّي للجريمة (المبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة)، فإنّ ذلك لا يعدم فرضية تطبيق الجرائم الأخرى على العقود من القانون الخاصّ بالتوسع في تفسّير لفظ العقد فيها.

ب- شمولية معنى لفظ الاتّفاقية

ينطبق الأمر كذلك بالنّسبة إلى الاتّفاقية. وتعد جريمة المحابة (نصت عليها المادّة 26-1) الجريمة الوحيدة -من جرائم الفساد التي تُدرّس هنا- التي ذكرت الاتّفاقية كشرّط أوّلٍ وضروري لقيامها. وينبغي في هذا الصّدّد رفع لبس قد يقوم حولها في القانون رقم 06-01. إذ يقصد حسب المادّة 2-ل منه بالاتّفاقية، اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد. لكن مصطلح الاتّفاقية كان موجودا في نصوص التّجريم الخاصّة بالمحابة قبل صدور تلك الاتّفاقية الدّولية سنة 2003. كذلك إنّ إبرام الاتّفاقيات الدّولية لا يخضع للمبادئ الأساسية التي تدير إبرام الصّفقات العموميّة في القانون الدّاخلي وإنما لقواعد القانون الدّولي⁵، إذ تشترط المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01 أن يخالف الموظف العموميّ حكما تشريعيّا وتنظيما يتعلّق بتلك المبادئ السابقة.

ولمصطلح الاتّفاقية علاقة بالعقد في النظريّة العامّة. فهو يشترك معه في أنّه عبارة عن تطابق للإرادات أيضا، ولذلك يعتبر تصرّفا قانونيّّا اتّفاقيا كالعقد⁶. وقد حاول الفقهاء القدماء في القانون المدنيّ تمييز العقد عن الاتّفاقية. وخلص هؤلاء إلى قاعدة أساسيّة تقول إنّ العقد يعتبر نوعا والاتّفاق جنس له. ورتبوا على ذلك مجموعة من النتائج

¹ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائيّة، ملف رقم 238463، قرار بتاريخ 14 مارس 2000، المرجع السابق، ص312.

² - V. V. GIMENO-CABRERA, « Le maintien du juge judiciaire dans le contentieux du droit de la commande publique : L'échec de la loi murcef ? », La revue administrative, 2005, n° 343, p. 25.

³ - نقلا عن: أ. بوسقعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص143.

⁴ - يراجع: أ. بوسقعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص150-156.

⁵ - يراجع حول التمييز بين العقد والاتّفاقية الدّولية: 12-13 §§ 21-22 L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., pp. 21-22. غير أنّها تستطيع تنظيم مسألة تعلّق بتلك المبادئ، كما هو الحال بالنّسبة إلى المادّة 9 من اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد. فيلزم إذن عدم الخلط بين طريقة إبرام الاتّفاقية الدّولية المقصود أعلاه ومضمون هذه الاتّفاقية. كذلك، أخرجت المادّة 7 من نطاق تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 العقود "المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدّولية أو بموجب الاتّفاقات الدّولية، عندما يكون ذلك مطلوبا". وهي حالة أخرى قد تشبه بالحالات السّابقة.

⁶ - J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I : *Les Obligations*, 19^e éd., France, P.U.F., 1995, p. 39 § 15.

الهامة منها أنَّ العقد ينتج التزاما أو ينقله، أما الاتفاق فيهدف، فوق ذلك، إلى تعديل ذلك الالتزام أو إلغائه¹. ولهذا عندما يتمثل موضوع تطابق الإرادات في أمر آخر غير إنشاء التزام، فإنَّه ينبغي الحديث عن اتفاقية وليس عن عقد². غير أنَّ أهميَّة هذا التمييز المدني تلاشت فيما بعد، بحيث اندمج معنى الاتفاق في العقد³.

عملا بهذا التفسير، ينبغي على القاضي الجزائي أن يبحث عن موضوع تطابق الإرادات الذي يتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقائه للتمييز بين العقد والاتفاقية في المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. وهو التمييز الذي سيتحدّد نطاق تلك الجرائم على ضوءه. بحيث سيميز من جهة بين العقد والاتفاقية في جريمة المحاباة بحكم أنَّها تتكون من الاتفاقية. ومن جهة أخرى، سيميز -تمييزا مقصيا- بين العقد الذي يدخل في نطاق تطبيق جرائم المادتين 26-2 و 27 وبين الاتفاقية التي لم تذكرها، وبالتالي يجب أن تخرج عن نطاقها. وبذلك، سيندرج تحت هذا النطاق التصرف القانوني الذي يهدف تطابق الإرادات فيه إلى إنشاء التزام أو نقله. وتخرج عنه التصرفات القانونية الاتفاقية التي يختلف موضوعها عن ذلك.

ولن يخالف ذلك قواعد القانون الإداري. فقد تطرق الفقهاء فيه إلى ذلك التمييز أيضا. ولكنهم اختلفوا حول أهميته. فهناك من يرى أن كلمة الاتفاق قد يتشابه معناها بالعقد في القانون الإداري. فقد تساءل Truchet حول هل يجب التمييز في القانون الإداري بين الاتفاق والعقد كما يتم الأمر في القانون المدني. فيجيب بأنَّ هذا التمييز ليس ضروريا. فهناك تقليد في القانون الإداري يقتضي الحديث في بعض الأحيان عن اتفاق -ويبدو أنَّه يقصد بهذا التقليد استعمال تعبير الاتفاق للدلالة على عقود تفويض المرفق العمومي- وأحيانا أخرى عن عقد. ولكن يمكن أن يعتبرا كمترادفين⁴. ويمكن في هذا الصدد أن نذكر مثلا تشريعا عن ذلك من القانون الفرنسي، بحيث إنَّ القانون رقم 92-125 مؤرَّح في 6 فبراير سنة 1992 المتعلِّق بالإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية أشار في المادة 47-III إلى الصِّفقات العموميَّة وتفويضات المرفق العمومي -ذات الطابع العقدي- بلفظ الاتفاقات « Les conventions relatives aux marches ou à des délégations de service public »⁵. وهذا الأمر، وإن كان مقبولا في القانون الإداري حسب الرأي الفقهي السابق، فإنَّه مستبعد في القانون الجنائي.

أما جانب آخر فتبنى موقف فقهاء القانون المدني ليؤكد أنَّ الاتفاق يشكل جنسا Genre يتجسد بوجود تطابق بين إرادتين أو أكثر بينما يعتبر العقد نوعا منه Espèce⁶. كذلك يبدو أنَّ الاتفاق يختلف عن العقد في أنَّه يسمح للشخص بالتعاقد مع نفسه. فهذه الحالة غير ممكنة بالعقد في القانون الإداري، ذلك لأنَّ العقد يتطلب أن يكون طرفاه مختلفان، أما الاتفاق فيدخل الإدارة العموميَّة التعاقد مع نفسها بغرض تنظيم نفسها من الداخل

¹ - ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.ت.، ص 149 الفقرة 36.

² - Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 3^e éd., France, Economica, Beyrouth, Delta, 1996, p. 70 § 73.

³ - ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 149-151 الفقرة 36-37.

⁴ - D. TRUCHET, *Droit administratif*, 6^e éd., France, P.U.F., 2016, p. 248 § 807.

⁵ - Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, cité dans : J.-Y. BERTUCCI, A. DOYELLE, « L'examen des conventions relatives aux marchés publics ou à des délégations de service public », A.J.D.A., 1995, n° 3, p. 200 sq.

⁶ - V. D. DE BÉCHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », R.F.D.A., 1992, n° 1, p. 15 sq.

Organisation interne de l'administration¹. وإن صح هذا الزعم، فإن معنى الاتفاقية في جريمة المحاباة يجب أن يشمل تعاقد الإدارة العمومية مع نفسها، بشرط أن تتوفر المكونات المتبقية للجريمة. إلى جانب شموله الاتفاقات الأخرى من القانون الخاص ومن القانون الإداري.

بل سيشمل بناءً على ذلك تصرفات اتفاقية أخرى وثيقة الصلة بالصفقات العمومية، وأعني بالتحديد اتفاق الصلح الذي قد يكون مدنيًا أو إداريًا تبعًا للظروف². ويعتبر هذا الاتفاق من الآليات القانونية البديلة لحل النزاعات التي تنور حول تنفيذ العقد أو بطلانه³. والذي قد يشكل مناسبة هامة لإساءة استعمال المال العام. فهو ينظم عملية تسوية الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة العمومية الناجمة عن بطلان العقد لكن بدون أن يترتب عنه تصحيح العقد الباطل⁴، والذي -بمعنى ذلك المتعاقد- قد يلجأ إلى الفساد من أجل أن يصب الاتفاق في مصلحته الشخصية ولو كان ذلك متعارضًا مع مصلحة عامة. بل ومتعارضًا مع القواعد التي تخضع لها المصالحة في القانون الإداري، بحيث لا يجوز فيها للإدارة العمومية أن يحكم عليها بدفع أكثر مما يجب⁵. وشرط مخالفة المبادئ الأساسية للصفقات العمومية لن يؤثر على إدراجه ضمن نطاق الجريمة، ما دام اتفاق الصلح عندما يتخذ شكل الملحق Avenant يخضع لها كذلك⁶. أما العقد فسيقتصر معناه في المادتين 26 (الفقرتان 1 و 2) و 27 على التصرف القانوني الاتفاقي الذي يترتب عنه إنشاء التزامات طبقًا للتفسير السابق.

ولعله تجب الإشارة إلى أنه طبقًا لهذا التحليل القانوني الإداري المتطابق مع موقف فقهاء القانون المدني يجب أن يعتبر اتفاق الملحق الذي شملته بعض نصوص التجريم، لأنه يعدل التزام ناتجًا عن العقد الأصلي. وسبق وأن بينا بأن الترادف يجب أن يستبعد في النصوص الجنائية. مما قد يعني، فيما يتعلق بجريمة المحاباة، أن "الاتفاقية" -كما عرّف عنها نص التجريم- التي قصدها المشرع تختلف عن المعنى المدني السابق. كذلك إذا كان العقد نوعًا من الاتفاق، فإن لفظ الاتفاقية كان سيكفي لتشمل جريمة المحاباة العقود -بل والصفقات أيضا- التي تنشأ عنها التزامات فقط. فكما يقال عند الفقه المدني إن كل اتفاقية ليست عقدًا، ولكن كل عقد يعتبر اتفاقية؛ ولهذا يستعمل القانون المدني غالبًا تعبير الاتفاقية للدلالة على العقد⁷. وعليه، يبدو أن النظرية العامة للعقد، وإن كانت قادرة على تحديد أساس ترتيب التصرفات القانونية من العقد إلى الملحق، لا تستطيع تبرير ذكر بعض التصرفات القانونية في نصوص التجريم كالعقد والملحق التي تدخل حسب تلك النظرية ضمن مفهوم الاتفاقية. وهذا قد يدل إلى أن المشرع قصد بتلك الألفاظ معاني مختلفة، وأن تحديد هذه المعاني يقوم على أساس آخر.

¹- V. F. TIBERGHEN, « Il faut un code de de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », A.J.D.A., 2008, n° 23, p. 1228 sq.

²- L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 318 § 632.

³- L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 320 § 635.

⁴- V. C. BERGEAL, « Les supports juridiques de l'indemnisation », dans dossier : « Les effets de la rupture du contrat administratif (1^{er} partie) », CP-ACCP, 2002, n° 16, pp. 42-43.

⁵- C. BERGEAL, « Les supports juridiques de l'indemnisation », préc., p. 42.

⁶- V. G. LE CHATELLIER, « Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique. Au lendemain de la loi "J21" et de ses textes d'application », A.J.C.T., 2017, n° 9, p. 435 sq.

⁷- J. CARBONNIER, préc., p. 40 § 15.

ج- شمولية معنى لفظ الصفقة

كذلك، يمكن إعطاء معنى مدني للفظ "الصفقة" نظرا لتجرّده من صفة أساسية كانت ستجعل معناه مختلفا وهي وصف "العمومية" الذي جاءت نصوص التجريم خالية منه. حيث كان سيعني لو استعمل المشرع الجنائي ذلك الوصف إما العقد الذي تُبرمه الأشخاص المعنوية العامة، أو العقد الذي يخضع إلى نظام قانوني إداري ويختص به القاضي الإداري، أو العقد الذي يُبرم باتباع إجراء محدّد وشكلي¹. وأغلب هذه المعاني تدلّ على الطبيعة الإدارية للعقد. وبالتالي كان سينحصر مجال تطبيق جرائم الفساد المحدّدة بالمادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 في هذا النوع من العقود. غير أنّ لتعبير الصفقة Marché - مجردا من وصف العمومية - علاقة بالقانون الخاص أيضا. حيث قد يدلّ، من جهة، وهذا بصفة عامة، على التّجارة الخاصّة كالبيع والاستثمار². وهذا ما يؤكده المعنى اللغوي للصفقة. فلفظ الصفقة في اللغة العربية يشتق من مادّة "صفق"³، وتعني: "التبايع، وسميت البيعة صفقة لأنهم اعتادوا عند لزوم البيع ضرب كف أحدهما بكف الآخر إشارة إلى الأملاك تضاف إلى الأيدي، فكأن يد كل واحد استقرت على ما صار له"⁴. و"الصفقة تكون للبائع والمشتري"⁵. ويرتبط من جهة أخرى بعلاقة وثيقة بعقد المقاولة المدني Contrat d'entreprise. إذ لاحظ Collart Dutilleul و Delebecque بأنّ كلمة صفقة Marché هي تعبير عام يمكن أن يضمّ الأداءات الاتّفاقية في عقد المقاولة المدني المتمثلة في بناء عقار، وتقديم معلومات، والتنظيف، وتحصيل الديون، وغيرها من الأداءات الاتّفاقية⁶. بما يدلّ على أنّ جرائم الفساد التي يبدو أنّها تقتصر على الصفقات العمومية بسبب استعمال لفظ "الصفقة" في نصوص التجريم، قد تشمل عقودا مدنية أيضا بناءً على التفسير الذي يستند إلى النظرية العامة للعقد التي لا تميز بين ما هو إداري وما هو مدني. أما صفة الطرف المتعاقد، إذا كان إدارة عمومية، فليس لها أي أثر في تغيير النتيجة السابقة، حيث إنّها لا تعني اقتصار مفهوم التصرف القانوني في تلك الجرائم على العقود الإدارية، ذلك أنّ الإدارة العمومية تستطيع إبرام عقود من القانون الخاصّ مثلها مثل الأفراد، وتخضع فيه لأحكام هذا القانون باستثناء المسائل المتعلّقة برضاء الإدارة العمومية⁷. وإذا صحّ هذا التفسير الشامل لعبارة الصفقة، فإنّ المشرع كان في وسعه الاستغناء عن ذكر الصفقة، ما دام يمكن لمعنى العقد - أو الاتّفاقية في المادة 26-1 - أن يستغرقها بمفرده. وطالما لا ينحصر معناها - على سبيل الافتراض - في الصفقات العمومية فقط. بجانب معناه المدني، ينبغي أن يشمل ذلك اللفظ الصفقات العمومية أيضا، لأنّ عبارة "الصفقة" وردت بنصوص التجريم - جميعها - بدون ذكر طبيعتها إنّ كانت عمومية أم مدنية. ومما لا شكّ فيه أنّ أبرز عقد في القانون الجزائري

¹- Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, « Marchés publics », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998, § 3.

²- Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, « Marchés publics », préc., § 2.

³- ابن منظور، لسان العرب، مج 4، ط. 1، لبنان، دار الفكر، 2008، ص 139، مادّة "صفق".

⁴- العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 4، ط. 1، مصر، دار الريان للتراث، 1986، ص 339.

⁵- ابن منظور، لسان العرب، مج 4، المرجع السابق، ص 139، مادّة "صفق".

⁶- F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., France, Dalloz, 2015, pp. 637-638 § 705.

⁷- V. J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., France, L.G.D.J., 1975, p. 110 § 106.

يتكون اسمه القانوني من نفس الكلمة يتمثل في الصّفقة العموميّة *Marché public*¹. ووصف العموميّة الذي يتركب منه هذا الاسم يشير إلى وجود شخص عام² وليس إلى طبيعة العقد³. علما في هذا الصّد أن الفقه - الإداري بالتحديد - استطاع أن يميز بين نوعين آخرين من الصّفقات هما: الصّفقات المدنيّة *Marchés privés* التي تخضع للقانون المدنيّ والصّفقات شبه العموميّة *Marchés semi-publics* التي يشترك القانون العام والقانون المدنيّ في تحديدها، وأهم ميزة مشتركة بين هذه العقود أنّها يجوز للأشخاص المعنويّة العامّة إبرامها⁴. مما يؤكد مجددا أن استعمال لفظ "الصفقة" مجرّدا من طابعه العموميّ قد يدلّ على عقود من القانون العام - الصّفقات العموميّة بالضبط - وعقود من القانون الخاصّ أيضا. ولم يكن خيارا تشريعا موفقا، إذا اتجهت إرادة المشرّع بالفعل إلى تطبيق تلك الجرائم على الصّفقات العموميّة فحسب، فكان يجب أن يستعمل التعبير كاملا: الصّفقة العموميّة.

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يمكن تجاوز التّفسيّرات والتكيفات السابقة جميعها، وهذا إذا نظرنا إلى مصطلح العقد والاتفاقيّة في نصوص التّجريم بمعزل عن باقي شروط الجريمة، والقول إنّ لفظي العقد والاتفاقيّة يشملان بوجه عام كلّ العقود والاتّفاقات المُسمّاة كالصّفقات العموميّة في القانون الإداري والبيع في القانون المدنيّ، والعقود والاتّفاقات غير المُسمّاة. ويقصد بالعقد غير المُسمّى: "ما لم يخصه القانون باسم معين ولو لم يتولى تنظيمه، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه [للقواعد] العامة التي تقررت لجميع العقود، شأنه في ذلك شأن العقد المسمى"⁵. ولا شكّ إنّ هناك عقودا غير مُسمّاة خاصّة بالقانون الإداري - كما في القانون الخاصّ بالنسبة إلى الأفراد⁶ - تستعملها الإدارة العموميّة لبلوغ غايات معينة⁷. فيتسع بذلك مجال التّجريم ليضم مجموعة لا نهائية من التّصرّفات القانونيّة الاتّفاقيّة (فالعقود غير المُسمّاة لا يمكن حصرها⁸) بسبب تجريد هذه التّصرّفات من أيّ وصف قانونيّ مكمل قد يحدّد معناها كوصف العقد الإداري بوجه عام أو وصف آخر يدلّ على عقد خاصّ *Contrat special* في القانون الإداري كالصّفقة العموميّة أو القانون المدنيّ كعقد المفاولة. لولا أنّ بعض نصوص التّجريم تحتوي على عناصر أخرى تتعلّق بالأركان المؤسّسة للجريمة تدلّ بالعكس من ذلك على أنّ معنى العقد والاتّفاقيّة قد يقتصر على تصرّفات قانونيّة اتّفاقيّة محدّدة.

خلاصة القول إنّ جميع العقود مهما كان نوع القانون الذي تخضع له - قانون خاصّ أو قانون إداري - أو كان اسمها القانونيّ - عقد بيع، صّفقة عموميّة، عقد مفاولة، الخ. - يمكن أن تدخّل ضمن مجال تطبيق المادّتان 26 و27

¹ - يراجع: عنوان المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 468 § 957.

³ - L. MARCUS, préc., p. 216 § 246.

⁴ - V. R. ROUQUETTE, « Les marchés semi-publics », A.J.D.A., 1994, n° hors-série, p. 18 sq.

⁵ - ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 167 الفقرة 51. وينتج من هذا التعريف أنّ دراسة النظريّة العامّة للعقد - المدنيّ والإداري على السواء - هي دراسة في نفس الوقت للعقود غير المُسمّاة.

⁶ - س. مُرُقُوس، عقد البيع، ط. 4، مصر، عالم الكتب، 1980، ص 1 الفقرة 2.

⁷ - V. J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 112 § 107.

⁸ - س. مُرُقُوس، المرجع السابق، ص 2 الفقرة 2.

من القانون رقم 06-01، بما فيها عقود الصّفقات العموميّة طبقا لهذا التّفسير الذي يتعارض مع رفض التّرادف في القانون الجنائيّ. حيث إنّّه يؤدي إلى التداخل بين معاني تلك الألفاظ كمعنى العقد والاتّفاقية في المادّة 26-1، ومعنى الاتّفاقية والمُلحق في المادّتين 26-1 و 27، ومعنى العقد والصّفقة في المادّتين 26 و 27 من ذلك القانون. ويتعارض أيضا مع شروط تطبيق بعض الجرائم التي تقتضي تخصيصها بعقود معينة. بل ويتعارض مع مبادئ القانون الجنائيّ. فالصياغة المجرّدة التي تفترض أنّ الجريمة تقوم لمجرّد كون التصرّف القانوني يتم بتلاقي إرادتين أو أكثر تخالف مبدأ الشرعيّة الجنائيّة. حيث إنّها تمس بالتحديد بشرطي الوضوح -والوضوح في النصّ الجنائيّ يعتبر من وسائل الوقاية من الجريمة كما لاحظ Beccaria¹، وبالتالي يجب على المشرّع الجزائري أن يوليّه أهميّة خاصّة في اطار مكافحة الفساد- والتوقع التي يجب على النصّ الجنائيّ احترامها بدقة. إذ يجب من جهة أن يتضمن التّشريع الجنائيّ جرائم معرفة بالألفاظ واضحة ودقيقة بما فيه الكفاية للحيلولة دون ممارسة القاضي الجزائيّ السّلطة التحكيمية Arbitraire². مع عدم استبعاد امكانية تحديد طريقة ارتكاب الجريمة بواسطة ألفاظ عامة -بشّروط أن تكون واضحة- حتى يستطيع النصّ التّجريبي احتواء الأشكال المختلفة للظاهرة الإجرامية المعنية بالتّجريم³. ومن جهة أخرى، يجب أن يتوقع الشّخص المخاطب بذلك النصّ مُقدّمًا وبمجرّد قراءته أيّ سلوك قد يصدر عنه يندرج تحت طائلة العقوبة المُقرّرة لسُلوّكه المحظور⁴. وهذا ما يبدو مستحيلا، فيما يتعلّق بالتصرّفات القانونيّة المذكورة في المادّتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 التي يرتكب السّلوّك المُجرّم في ميدانها. والحقّ إنّ القاضي الجزائيّ في النّظام القانونيّ الجزائري لا يستطيع مواجهة هذا النوع من المخالفات التي قد تشوب النصّ الجنائيّ. إذ لا يجوز للسّلطات والجهات القضائيّة الجزائيّة أن تراقب أثناء الدّعوى العموميّة دُستورية النصوص الجنائيّة بسبب مبدأ الفصل بين السّلطات، ووجود هيئة مُكلّفة دُستوريا بالرقابة على دُستورية التّشريع⁵ في الجزائر المُتمثّلة في المحكمة الدُستورية (المجلس الدُستوري سابقا)⁶. ومن هنا فإنّ مهمة إصلاح هذه المخالفات ترجع إلى السّلطة التّشريعية.

ثانيا: رد العقد والاتّفاقية والصّفقة إلى نظريّة العقد الإداري

تسمح نظريّة العقد الإداري، بعكس النظريّة العامّة للعقد، بإعطاء العقد والاتّفاقية والصّفقة -أما المُلحق فهو فرع يتبع الأصل في تكييفه القانونيّ، فيكون إداريا إذا كان الأصل ذو طبيعة إدارية، لذلك لا داعي لذكره- تأويلا مختلفا لهذه الألفاظ. والتي يمكن تفسيرها، بناءً على هذه النظريّة، إما بتطبيقها على العقود الإدارية الخاصّة بمختلف أنواعها (الفقرة "أ")، أو بحصرها في مجال قانون الصّفقات العموميّة (الفقرة "ب").

وستركز الدّراسة هنا على لفظي العقد والاتّفاقية بالتحديد، لأنّهما أكثر التصرّفات القانونيّة إثارة للجدل في نصوص التّجريم حول التكييف. أما لفظ الصّفقة فيعني طبقا لنظريّة العقود الإدارية الصّفقات العموميّة. لهذا سنفرّد

¹- C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, France, Flammarion, 1979, § XLI, p. 153.

²- V. X. PIN, préc., p. 51 § 56.

³- V. X. PIN, préc., p. 51 § 56.

⁴- V. X. PIN, préc., p. 42 § 47.

⁵- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 147 § 173.

⁶- يراجع: الدّستور الجزائري لسنة 2020، المواد 184، 185، 190، و 195.

لهذين اللفظين جزءًا خاصًا به يحاول من خلاله التثبت من أنه يمكن ادراج ضمنه أحد أشكال الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

أ- التفسير المفضي إلى تطبيق جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية على العقود الإدارية الخاصة
يلاحظ بالعودة إلى القانون الإداري أنّ لكلّ من العقد والاتفاقية والصفقة معناه الخاص الذي يسمح باستبعاد العقود من القانون الخاص من نطاق تطبيق جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

1- تطابق لفظ العقد مع العقود الإدارية الخاصة باستثناء الصفقات العمومية

وما من شك حول هذا. فمعنى العقد باعتباره تطابق إرادات يهدف إلى إحداث أثر قانوني ينطبق على العقود الإدارية أيضا، كما سبق وأن رأينا. وحصر هذا اللفظ في معنى العقود الإدارية سيسمح بإدراج مجموعة كبيرة منها في نطاق التجزيم كعقود الاستيلاء على الملكية العامة التي جرت العادة على تسميتها بالاتفاقية أيضا Convention d'occupation du domaine public¹، أما عقود الاستيلاء على الملكية الخاصة التابعة للإدارة العمومية فلا تعتبر عقدا إداريا لعدم ارتباطها بتحقيق مصلحة عامة فلا تعد بالتالي عقدا إداريا². أو العقود التي تقرّر الضمانات المالية في مجال الصفقات العمومية التي تعتبر من العقود الإدارية. فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 مارس 1974 في قضية Banque Alexandre de Saint-Phalle de Cie بأنّ النزاع حول تنفيذ عقد كفالة يتعلّق بصفقة عمومية Contrat de cautionnement، إذ يعتبر من العقود التي تخضع إلى القانون العام، يدخل في اختصاص القضاء الإداري³، وذلك لأنّ الفرع يتبع الأصل عند عمليّة التكييف القانوني للتصرفات القانونية⁴. فلو افترضنا أنّ جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تُطبّق على العقود الإدارية بوجه عام، طالما توافرت جميع شروطها وأركانها المؤسّسة، فينبغي أن يندرج عقد الكفالة في نطاق تطبيقها أيضا.

وبوجه عام، يجب أن يشمل معنى العقد كل العقود الإدارية - باستثناء اتفاقية تفويض المرفق العمومي كما سيتضح فيما يأتي - بمختلف أقسامها. إذ ينقسم العقد الإداري مأخوذا بمعناه العام إلى نوعين. فأوّلًا هناك العقد الإداري بتعيين من القانون Contrat administratif par détermination légale. كما توجد هناك عقود تبرمها الإدارة العمومية ويصفها القانون بأنّها مدنية⁵. ويوجد أخيرا العقد الإداري بطبيعته Contrat administratif par nature الذي يتم التعرّف عليه بتطبيق معايير قضائية، إذا لم ينصّ القانون على طبيعته الإدارية⁶. ويمكن تعريف هذا النوع من العقد بأنّه: "عقد يُبرّمه شخص عام، ويتضمن إما شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، أو المشاركة في تنفيذ المرفق العمومي، أو يخضع لنظام غير مألوف، أو يتّبع لعقد إداري"⁷.

¹ - يراجع حول هذه العقود الإدارية: L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., pp. 643-678 §§ 1457-1553.

² - V. P.-L. FRIER, J. PETIT, préc., p. 22 § 12.

³ - C.E., 22 mars 1974, Banque Alexandre de Saint-Phalle de Cie, n° 81721, Recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007644099 (26/09/2021).

⁴ - V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., pp. 115-116 §§ 193-195.

⁵ - V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 398.

⁶ - Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 399.

⁷ - Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 399 : « [...] est un contrat administratif le contrat passé par une personne publique et comportant soit des clauses exorbitantes, soit la participation à l'exécution même du service public, ou

أما من حيث التطبيق القضائي، يبدو أنَّ المحكمة العليا الجزائرية أخذت بهذا المعنى القاضي بتطبيق الجريمة على العقود الإدارية فقط. فقد سبق لها وأن قرَّرت -وقرارها المنشورة نادرة في هذا الصدد¹- في خصوص جريمة المحاباة عندما كانت تنصّ عليها المادة 423 من قانون العقوبات أنَّ العقد المعني بالجريمة يجب أن يكون عقداً عام لا عقداً خاصاً. ويعتبر العقد من القانون العام، إذا كان أحد أطرافه شخصاً عام ويخضع لنظام قانوني ينتمي إلى القانون العام² الذي يستهدف -بمعنى هذا النظام القانوني- حماية المصالح العامة Intérêts publics بعكس النظام القانوني الذي تخضع له العقود الخاصة³. ولقد استندت تلك المحكمة، لإبراز هذا الشرط في الجريمة، إلى أنَّ المخالفة المُكوِّنة للجريمة التي يجب أن ترتكب على تشريع عام كالتشريع المتعلق بالصّفقات العموميّة⁴. ونقضت حكم قاضي الموضوع الذي طبقها على عقد خاصّ معتبراً مخالفة القانون المدني تؤولف الرُّكن المادّي فيها. وكأَنَّها نظرت في ذلك إلى النظام القانوني الذي يجب أن يخضع له العقد لتحديد العقود المعنية بالجريمة. وهذا الاجتهاد القضائي صالح للتطبيق على المادة 1-26 من القانون رقم 06-01، خاصّة وأن الجريمة تتطلب، فوق مخالفة التشريع (أو التنظيم)، أن يكون التشريع المُخالف متعلقاً بالمبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة، والعقود الخاصّة غير خاضعة لها⁵. ويمكن تعميمه على جرائم الفساد الأخرى التي تتكون من تصرّف قانوني اتّفاقي.

لكن، إذا كانت النتيجة التي توصلت إليها تلك المحكمة قابلة للتصديق، وتساهم في رسم حدود مجال تطبيق جريمة المحاباة. فإنَّ أساسها معيب. فالعقد قد يخضع لتشريع أو تنظيم من القانون العام لكنه لا يعتبر، بالرغم منه، عقداً من القانون العام. وهذا ما حكمت به محكمة النزاع الفرنسية في عدّة قضايا⁶ منها تلك بتاريخ 17 ديسمبر من سنة 2001 في قضية Société Rue Impériale de Lyon ضد Société Lyon Parc Auto⁷. فحتى لو أدرج المتعاقدان المنتميان إلى القانون الخاص، على أن يكون أحدهما مكلفاً بمهمة مرفق عمومي، ضمن العقد المبرم بينهما لإشباع مصلحة كليهما الشخصية إشارة إلى القانون الأساسي المنظم للصّفقات العموميّة، فإنَّه يبقى عقداً ذو طبيعة خاصّة، ولا يكتسب بالتالي الطبيعة الإدارية. فينبغي بالتالي حصر معنى العقد في العقد الإداري في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة بالرجوع في ذلك إلى معايير التعرّف على العقد الإداري وليس إلى طبيعة النصوص القانونيّة التي يخضع لها، كما يتبين من الأحكام القضائية السابقة⁸. وترك ذلك الشرط -الخضوع للقانون العام- لفحص توافر الرُّكن المادّي فيها.

soumis à un régime exorbitant, ou est l'accessoire d'un contrat administratif. ».

¹ - قد يعني عدم النشر أنَّها جريمة لا تُطبّق قضائياً إلا نادراً. غير أنَّ عدم تطبيق نصّ جنائيٍّ لمُدّة من الزمان لا يعني أبداً بأنّه قد ألغي. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 145 § 170. وبالتالى لا تفقد دراسة هذه الجريمة أهميتها العلمية بسبب ذلك.

² - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 30 § 31.

³ V. A. HASTINGS-MARCHADIER, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », A.J.D.A., 1998, n° 9, p. 683 sq.

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائيّة، ملف رقم 238463، قرار بتاريخ: 14 مارس 2000، المرجع السابق، ص 309.

⁵ - V. V. GIMENO-CABRERA, préc., p. 25.

⁶ - V. Ch. LAJOYE, préc., pp. 51-52.

⁷ - T.C., 17 décembre 2001, *Société Rue Impériale de Lyon contre Société Lyon Parc Auto*, req. n° 01-03.262, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007045581> (19/03/2023).

⁸ - V. Ch. LAJOYE, préc., p. 52.

2- تطابق لفظ الاتفاقية مع العقود الإدارية الخاصة بإستثناء الصفقات العمومية

يزداد ارتباط التصرفات القانونية الاتفاقية في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بنظرية العقد الإداري عند تحديد معنى الاتفاقية. حيث يمكن ربط لفظ الاتفاقية الذي جاء في المادة 1-26 من القانون رقم 01-06 بمجموعة متنوعة من العقود الإدارية التي تختلف عن الصفقات العمومية¹، فلكل منها خصائصه² ومحلّه³ ونظامه القانوني الخاص به، والتي تُجمع -والفضل يعود إلى القانون الفرنسي في جمعها- تحت اسم عام يتمثل في "اتفاقيات تفويض المرفق العمومي" وتدعى باللغة الفرنسية Conventions de delegation de service public⁴. لكنها تشكل مع الصفقات العمومية ما يعرف بعقود الطلبية العمومية Commande publique⁵.

ولتفويض المرفق العمومي معنيان في القانون الإداري لا يهمننا منها إلا المعنى الأول⁶ الذي يراد به التصرف القانوني الذي تقوم الإدارة العمومية ببناء عليه بإسناد إدارة مرفق عام إلى شخص من القانون الخاص⁷. وله شكلان: أولاً، التفويض بإرادة واحدة Délégation unilatérale، والذي يتم إما بموجب نص تشريعي، أو عن طريق قرار إداري⁸، كالترخيص Autorisation، أو الاعتماد Agrément⁹ مثلاً. وثانياً، التفويض الاتفاقي Délégation conventionnelle¹⁰ الذي يعنينا في هذه الدراسة، لأن نص التجريم أشار إلى اتفاقية التي تدل على تصرف اتفاقي. وبالتالي استبعد التفويض بإرادة منفردة من نطاق تطبيق جريمة المحاباة (لو صح فعلاً أن لفظ الاتفاقية يدل على تفويض اتفاقي للمرفق العمومي). ولقد نظمته القانون الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذكر منها الامتياز والايجار والوكالة المحفزة والتسيير¹¹ بالإضافة إلى عقود أخرى¹².

ولا يستبعد الفقهاء في الجزائر انصراف معنى الاتفاقية إلى التفويض الاتفاقي للمرفق العمومي. فقد أشارت علة بصدد تفسير هذه العبارة في جريمة المحاباة إلى أنها تتساوى في معناها مع العقد. لكنها استدركت ذلك بقولها: "بالرجوع إلى القانون الإداري نجد أن كلمة اتفاق تستعمل بشأن نوع خاص من العقود الإدارية وهي ذلك المتعلقة

1- V. Ch. LAJOYE, préc., pp. 49-50.

2- يراجع حول خصائص اتفاقية تفويض المرفق العمومي: Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., pp. 407-409.

3- Ch. LAJOYE, préc., p. 49.

4- Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 407.

وأشار الفقيهان إلى أن اتفاقية تفويض المرفق العمومي تشمل عقوداً متنوعة لاسيما عقد الامتياز.

5- J. ALFONSI, préc., p. 59.

6- أما المعنى الثاني فيقصد به نتاج العقد، بمعنى طريقة تسيير مرفق عمومي بواسطة شخص من القانون الخاص يضمن القيام بمهمة تدخل، من ناحية الأصل، في نطاق اختصاص الإدارة العمومية.

R. ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, préc., p. 4.

7- R. ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, préc., p. 4 : « Elle désigne d'abord un acte juridique : celui en vertu duquel une collectivité publique transfère la gestion d'un service public au profit d'une personne privée ; ».

8- R. ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, préc., pp. 7-8.

9- R. ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, préc., p. 31.

10- R. ZOUAIMIA, La délégation de service public au profit de personnes privées, préc., p. 5.

11- ت.ص.ع.، المادة 210 (الفقرة 1).

12- يراجع: ت.ص.ع.، المادة 210 (الفقرة 2)؛ Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., pp. 410-413.

بالمرفق العام، فتسمى اتفاقيات تفويض المرفق العام¹، واستشهدت بالقانون الفرنسي من أجل تمييزها عن الصّفقات العمومية، وتحديد تعريفها². وهذا يدلّ على أنّ القانون رقم 06-01 ربما يقصد بالاتفاقية ذلك النوع من العقود الإدارية الخاصّة. وما يقوي هذا الاعتقاد هو خضوع اتفاقيات تفويض المرفق العمومي للمبادئ الأساسية للصّفقات العمومية أيضا حسب القانون الجزائري³، مما قد تشكل مخالفتها في إطار هذه الاتفاقيات جريمة المحاباة التي نصت بمفردها على الاتفاقية ضمن التصرّفات القانونية الاتفاقية المعنية بها. بالإضافة إلى أنّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في ذاته وصف تلك العقود بالاتفاقيات عدة مرات كالمادّة 207 (الفقرة 2) منه التي جاء فيها بصراحة واضحة ما يأتي: "وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية". والمادّة 209 أيضا التي تطرقت للمبادئ التي يخضع لها ذلك الاتفاق والمرفق العمومي.

ب- التفسير المفضي إلى تطبيق جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية على الصّفقات العمومية

حصريا

وهو أخصّ التفسيرات التي يمكن تقديمها لعبارات العقد والاتفاقية والصّفقة في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية بحيث ينصرف معناها إلى ما جاء في قانون الصّفقات العمومية (الفقرة 1). ويقتضي من القاضي الجزائري ممارسة سلطة التكييف على التصرّف القانوني (الفقرة 2).

1- تطابق لفظي "العقد" و"الاتفاقية" مع تعريف الصّفقات العمومية

بالنسبة إلى الاتفاقية، فقد رأينا في السابق أنّ لها معنى خاصّ في القانون الإداري يشير إلى عمليّة تفويض المرفق العمومي بالتعاقد. غير أنّها تحمل أيضا معنى خاصّ يتعلّق بالصّفقات العمومية التي لا تتجاوز قيمتها الماليّة سقفا حدّدته القانون. حيث إنّ عبارة الاتفاقية Convention تدلّ في قانون الصّفقات العمومية الجزائري - حسب المتعارف عليه في هذا المجال - على نوع خاصّ من الصّفقات تتمثّل في عقود الشراء بالفاتورة Achat sur facture والأشغال بناءً على مذكرة Travaux sur mémoire⁴. ولقد نصت عليها قديما المادّتين 62 و 63 من الأمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية⁵. والذي صدر لأهداف منها حماية المال العام للدولة⁶. وحسب أحكام هذا القانون يبدو أنّها عقود لا تتجاوز قيمتها السقف الماليّ المحدّد لإبرام صفقة عموميّة شكلية. وهذا يدلّ من جهة على أنّ جريمة المحاباة تقتصر على الصّفقات العموميّة فقط، ولا تُطبّق على العقود من القانون الخاصّ، ولا على اتفاقيات تفويض المرفق العمومي. والذي لا يمكن لعبارة الاتفاقية أن تعنيها جميعا، لأنّ

¹ - ك. علة، المرجع السابق، ص 225-226.

² - يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 225-227.

³ - ت. ص. ع.، المادّة 209 (الفقرة 1).

⁴ - Ch. BENNADJI, « Marchés publics et corruption en Algérie », Revue d'études et de critique sociale, 2008, n° 1, vol. 25, pp. 147-148.

⁵ - ج. ر. رقم 52 مؤرخ في 27 يونيو سنة 1967، ص 718.

⁶ - س. بوالشعير، "نظام المتعامل العمومي بين المرونة والفعالية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1986، ع 2، ص 434.

الصَّفقة العموميَّة تختلف مِن جهة عن العقد الخاصّ، وعن اتّفاقية تفويض المرفق العموميّ مِن جهة أخرى. وميزة هذا التّفسير أنّه يتطابق مع عنوان الجريمة الذي حصرها في مجال الصّفقات العموميَّة فقط. وَمِن جهة أخرى أنّ المعيار الماليّ لا يمنع مِن تطبيق جريمة المحاباة على مختلف أشكال الصّفقة العموميَّة في القانون الجزائري.

كذلك يذهب الفقهاء في الجزائر إلى أنّ للعقد مدلولاً يشير إلى قانون الصّفقات العموميَّة أيضاً. فقول بأنّ المُشرّع قصد مِن استعمال عبارة العقد في جريمة المحاباة: "انتقاء العقود التي لها علاقة بالشراء العموميّ أي العقود التي تخص النفقات العامة وإبعاد العقود الإدارية الأخرى وذلك رغم أن حرفية نص المادة 26 قد تنطبق على عقود غير تلك الخاصة بالشراء العموميّ كعقود التوظيف مثلاً"¹. ويلاحظ مِنه أنّه افترض مِن جهة أنّ مجال الجريمة يتعلّق بالعقود الإدارية بما أنّ لفظ العقد بمعناه المذكور أعلاه يؤدي إلى استبعاد العقود الإدارية الأخرى. لكنه أقر مِن جهة أخرى بأنّ التّفسير الحرفي لعبارة العقد يمكن أن يشمل عقوداً أخرى تختلف عما سُمي بالشراء العموميّ مثل عقد التوظيف الإداري.

ويرى البعض بشأن جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميَّة "بأن المفهوم [يقصد العقد] هو الصفقات العمومية بالمعنى الدقيق للصفقات، أي كل ما يتعلق بقانون الصفقات العمومية، وذلك بدليل تشديد العقوبة الذي أحدثه المشرّع، بحيث لم تصبح جريمة الرشوة بسيطة، وإنما جريمة غير بسيطة، ولذلك حدّدت لها عقوبة غير بسيطة وهي من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وأن الغرامة هي الأخرى من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج"². والملاحظ أنّ هذا الرأيّ إنّما حدّد معنى العقد في جريمة المادة 27 بسبب تكييفها بأنّها ظُرف مُشدّد في الجريمة. فحصر معنى العقد في العقود التي تخضع لقانون الصّفقات العموميَّة يعتبر إذن من نتائج التّفسير الضيق للنصّ الجنائيّ الذي تخضع له الطُّروف المُشدّدة أيضاً بسبب خضوعها لمبدأ الشرعيّة الجنائيّة³.

والواقع إنّ التحليل السابق لمصطلحي العقد والاتّفاقية يتطابق جيداً مع عنوان الجرائم المحدّدة بالمادتين 26 و27 من القانون رقم 06-01 الذي يتركب مِن العبارة التالية: "مجال الصفقات العمومية". ولا شكّ إنّ للاسم القانونيّ للجريمة دور في تحديد نطاق تطبيقها. فقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية قديماً بأنّ جريمة الإهمال العائلي تنطبق على زوجة أب Belle-mère المدين بالتزام النفقة الغذائيّة الذي ينطبق في الأصل على أفراد العائلة بالتصاعد Ascendant. والعلة أنّ القانون الجديد المنظم لتلك الجريمة جعل لها اسم الإهمال العائلي مما يعني أنّه أراد أن يكون لها مجال تطبيق واسع، وهذا ما يترتب أيضاً مِن الأعمال التحضيرية لذلك القانون⁴. وبمفهوم الموافقة فإنّ الاسم

1- ك. علة، المرجع السابق، ص225.

2- ح. سعدي، "كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته؟"،

المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، ع 1، 2010، ص61، (<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/57463>) (18/03/2023).

3- فقد ذكر المؤتمر الدّولي لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي بتاريخ 23-30 غشت 1964 أنّ التأكيد على خطورة الجريمة من خلال تقنيات تشريعية كالتشديد يجب أن تخضع لمبدأ الشرعيّة، وتفريد العقوبات بالتسبب لكل حالة على حدة، فوق ضمان حقوق المتهم.

XIe Congrès international de droit pénal, La Haye, 23-30 août 1964, R.I.D.P., 2015, 86^e année, 1^{er}/ 2^e trimestres, p. 69.

4- G. DI MARINO, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », R.S.C., 1991, n° 3, p. 512.

القانوني للجرمة إذا كان ضيقاً من حيث معناه وجب أن يحصر نطاق تطبيق الجريمة، ولو كانت عبارات النص قد تدلّ على عكس ذلك كما في المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. وبرغم قوة هذه الحجة، وفصلها في المسألة بشكل مناسب، فإنها محل اعتراض. ذلك أن إعطاء تسمية للجرائم هي ممارسة معزولة في القانون الوضعي الجزائري. فالمُشرّع نادراً ما يكثر هذه المسألة في التشريع الجنائي. وبالتالي من المحتمل أنه يفتقد للخبرة والدقة في صياغة إسم قانوني للجرمة. وبالنسبة إلى جرائم الفساد، فقد تسربت تلك الممارسة إلى القانون رقم 06-01 بالمحاكاة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي جعلت عنواناً لكل نص قانوني فيها. فقبل ذلك - أثناء تطبيق قانون العقوبات عليها - لم تكن لتلك الجرائم أسماء قانونية.

لكن السؤال الرئيسي الذي ينبغي طرحه في هذا الصدد يتعلّق بالحدود الفاصلة الموجودة بين العقد من جهة وبين الاتفاقية والصفقة من جهة أخرى. فإذا كانت عبارة الاتفاقية تشير إلى الشراء بالفاتورة والأشغال بناءً على مذكرة، وعبارة الصفقة تدلّ على الصفقات العمومية بحصر معنى الكلمة - أي، العقود التي تبرم وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، والتي تتطابق قيمتها مع السقف المالي المحدّد لذلك. فما الفرق بين العقد وبينها. هل هو تصوّف يقع بينهما. وهل يشمل تصوّفات لا يمكن أن ينطبق عليها تعريف الصفقة والاتفاقية السابق. والإجابة عن هذا السؤال تعيدنا إلى نقطة البداية، هل ذكر المُشرّع التصوّفات الاتفاقية على سبيل الترادف المخالف للغة العلمية في القانون بوجه عام، والقانون الجنائي بوجه خاص. إن من واجب المُشرّع الجزائري إعطاء تعريف محدّد لتلك المصطلحات. فالقانون يمنحه سلطة مباشرة على تفسير الكلمات التي يستعملها في القواعد الجنائية - إما في التشريع نفسه أو بموجب تشريع لاحق - بخاصة إذا كانت تنتمي إلى فرع قانوني يعالج مسألة تقنية - مثل قانون الصفقات العمومية تماماً - وثارت بشأنها أمام القضاء الجزائري صعوبات تتعلّق بالتطبيق¹.

2- واجب القاضي الجزائري تكييف التصوّف القانوني

يطرح التفسير المضيق لعبارات "العقد" و "الاتفاقية" و "الصفقة" إشكالية هامة تتعلّق بسلطة القاضي الجزائري على تكييف التصوّف القانوني باعتباره شرطاً أولياً في الجريمة. والذي تتصاعد أهميته كلما تعددت أشكال العقود التي تتشابه ببعضها نظراً مثلاً إلى التشابه الكبير في محلها، الأمر الذي يجعل منه أمراً حتمياً لا في قانون العقود فحسب²,

¹ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 215 § 243.

² - إذ يقول Braconnier: "إن التقنية القانونية تتطلب، بسبب الأمن القانوني، جهداً متواصلاً لتكييف العقود الخاصة، وبخاصة عندما تتعدد أشكال العقود التي تتشابه في محلها. وعلى هذا، فإن تطبيق نظام قانوني خاص يتوقف على انتماء العقد إلى مجموعة محدّدة، حيث تعتبر عملية التكييف القانونية عملية حتمية. وتمثّل هذه العملية في الغالب من الأحيان في تطبيق على عقد معين المعايير المحدّدة سلفاً عن طريق النصوص التي تحدّد النظام القانوني المناسب".

« La technique juridique exige, parce que la sécurité juridique le commande, un effort permanent de qualification des contrats spéciaux, surtout lorsque des formes de contrats, proches par leur objet, se multiplient [...]. Dès lors que, l'application d'un régime juridique spécifique est suspendue à l'appartenance à une catégorie déterminée, l'opération juridique de qualification se révèle incontournable. Elle consiste, le plus souvent, à appliquer à un contrat donné les critères prédéfinis par les textes qui établissent, par ailleurs, le régime juridique idoine [...] ». S. BRACONNIER, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs. L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », A.J.D.A., 2006, n° 38, p. 2099 sq.

وإنما في القانون الجنائي أيضا عندما يشترط لوجود جريمة ما عقدا من هذا القبيل، بحيث يعتبر مسألة ملزمة له. وهذا، قياسا على حالة جريمة خيانة الأمانة التي يشترط فيها القانون أن ترتكب بمناسبة عقود - وإن كانت تُطبَّق كذلك على تصرُّفات ذات طبيعة قضائية Titres judiciaires أو قانونية Titres légaux¹ - حدَّدها باسم معين، ولهذا يجب على الجهة القضائية الجزائية أن تكيف بحرص كبير التصرُّف القانوني المطروح بشأنه النزاع الجزائي، لأنَّه شَرَط ضروري لارتكاب السلوك الماديِّ المُكَوِّن للجريمة، وإلا تعرض حكمها إلى النَّقض في حال عدم تحديده لطبيعة العقد بدقة، بسبب عدم امكانية الجهة القضائية العليا ممارسة الرِّقابة عليه².

فممارسة هذه السُّلطة بالنِّسبة إلى جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العمومية يتوقف على المعنى الذي أريد بالتصرُّفات القانونية الاتفاقية المعنية بالجريمة. فإذا كان ذلك المعنى عاما، فإنَّ القاضي الجزائي لن يتحمل عبء التأكد من نوعها (عقود إدارية أو مدنية، خاصَّة أو صفقة عمومية)، وإنما سيتأكَّد فقط من أنَّه أمام تصرُّف قانوني تَكُون نتيجة تلاقي بين الإرادات. وحتى في هذه الحالة، أين يبدو التصرُّف القانوني في أعم حالاته، سيواجه القاضي الجزائي صعوبة في تطبيق الجريمة تتعلَّق بالتكييف. فالتصرُّفات القانونية في القانون الإداري تقسم، كالقانون الخاص³، إلى تصرُّف صادر من جانب واحد يتمثَّل في القرار الإداري، وإلى تصرُّف اتفاقي يشير إلى العقد الإداري⁴. غير أنَّ الحدود الفاصلة بينها غامضة. فقد يخفي أحيانا العمل الإداري المنفرد تطابق فعلي بين إرادة الإدارة العمومية وإرادة الشَّخص المخاطَب بالقرار الإداري⁵. مما يعني أنَّ على القاضي الجزائي أن يتأكَّد من أنَّ العمل الإداري ليس فعلا عقدا، وإلا تعين عليه قلب تكييفه - ويجوز للقاضي الجزائي القيام بذلك⁶ - وتطبيق الجريمة عليه، لأنَّه غير مقيد بالتكييف الذي أعطاه الأطراف - عادة هم الجناة في الجريمة - للتصرُّف القانوني⁷. كالقاضي الإداري الذي يُطبِّق معيارا موضوعيا، لتحديد التكييف الصحيح للتصرُّف القانوني وإيجاد حل قانوني للنزاع المطروح أمامه: إذ يقوم بفحص موضوعه بدون أن يأخذ بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان لذلك التصرُّف وهذا، من أجل تحديد الإرادة الحقيقيَّة لأطراف التصرُّف القانوني⁸ التي حاول الأطراف إخفائها لاعتبارات معينة قد ترتبط بالفساد. ففي مجال الصفقات العمومية على سبيل المثال قد تلبس الصفقة العمومية بتصرُّفات قانونية ليست اتفاقية لكنها تصدر عن الإدارة العمومية كالنسخة Réquisition - وكانت نوعا من الإجراءات التي تلي بها الإدارة العمومية حاجتها إلى المنقولات قبل استعمال أسلوب التعاقد⁹ - التي تأمر بها هذه الإدارة بإرادتها المنفردة بغرض الحصول من عند الأفراد

¹ W. JEANDIDIER, « Abus de confiance », préc., § 28.

² W. JEANDIDIER, « Abus de confiance », préc., § 25.

³ - فالقانون الخاص يعرف أيضا تصرُّفات قانونية تصدر عن الإرادة الواحدة للشَّخص. يراجع:

Ch. LARROUMET, préc., p. 70 § 74 et pp. 79-92 §§ 86-103.

⁴ B. SEILLER, préc., § 36.

⁵ L. MARCUS, préc., p. 151 § 179.

⁶ C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 247.

⁷ V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 246-247.

⁸ V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., pp. 235-236 § 439.

⁹ V. M. KOBAN, « Introduction à l'étude du droit des marchés publics », Revue du Conseil d'Etat (algérien), 2003, n° 3, p. 21 § 6.

على اللوازم أو الخدمات، وهذا العمل لا يعد صَفَقَةً عُمُومِيَّةً نظراً لانتفاء تطابق الإرادات فيه¹. حيث إنَّ القاضي الإداري يستخلص الطَّابع العقدي للصفقة من خلال فحص توافر شروط صحة العقد كما هي محدَّدة في القانون المدني². وهنا تظهر أهميَّة وصف الصَّفَقَة العُمُومِيَّة بالعقد، حيث إنَّه يستبعد من نطاق مفهومها القرارات الإدارية التي تتعلَّق بموضوع مشابه لحل ذلك العقد³.

في هذا السياق، يشار إلى أنَّه بالتكييف القانوني للتصرُّف القانوني يتحدَّد النظام القانوني الذي يجب أن يخضع له، وبالتالي فإنَّ تغيير التكييف يؤدي إلى تغيير النظام القانوني الذي يجب أن يخضع له ذلك التصرُّف، كما لاحظ Robbe⁴. ولو أخذنا بمفهوم واسع للنظام القانوني في المجال العقدي حتى يضم إليه أحكام القانون الجنائي، وهذا أمر ممكن نظراً إلى أنَّ القانون الجنائي يعتبر من مصادر الشَّرعية في القانون الإداري⁵، فسنخلص إلى أنَّ التكييف الحقيقي للتصرُّف القانوني الذي يتعين على القاضي -الجزائي- أن يتأكد منه ينبغي أن يؤدي إما إلى إدراجه ضمن دائرة التجرُّم أو دائرة الإباحة، بحسب ما إذا كان النص الجنائي يعتبر التصرُّف القانوني بذلك التكييف عنصراً أم لا في الجريمة، وبالتالي مندرجاً ضمن نظام قانوني يتكون من أحكام القانون الجنائي أو آخر خال منها.

كذلك قد تلجأ الإدارة العموميَّة إلى اعتبار صَفَقَة عُمُومِيَّة عقداً آخر، لأجل تفادي تطبيق إجراءات التعاقد الشكلية المنصوص عليها في قانون الصفقات العموميَّة⁶. وإذا كانت الجريمة تشمل إضافة إلى الصفقات العموميَّة عقوداً أخرى، فإنَّ ذلك الأمر لن يطرح أية مشكلة. حيث سيعتبره القاضي الجزائي تصرُّفاً قانونياً اتفاقياً -دون حتى تكييفه لو كانت معاني العقد والاتفاقية والصفقة تفسر بمعناها العام - ويطبَّق عليه الجريمة. أما إذا تمثَّل ميدانها في الصفقات العموميَّة فحسب، فلن يستطيع القاضي الجزائي تطبيقها على ذلك التصرُّف إلا بقلب تكييفه على ضوء ما يتوفر له من ظروف وملابسات تتعلَّق بالجريمة.

وحتى المُلحق لا يسلم من الاشكالية السابقة بحيث يجب أن تشملهُ عَمَلِيَّة التكييف التي يقوم بها القاضي الجزائي، بالنسبة إلى الجرائم التي تتطلبه كشرط أولي فيها، لأنَّه قد يخفي قيام الإدارة العموميَّة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة مما قد يؤدي إلى تغيير تكييفه أمام القاضي الجزائي، وبالتالي إخراج السلوك المادي -المتطابق مع شروط نصِّ التجرُّم المتعلقة بالرُّكن المادي- من نطاق تطبيق الجريمة. والعكس صحيح. فقد يبدو التصرُّف في الظاهر كقرار إداري وهو في الحقيقة مُلحق مما يؤدي إلى إدراجه في ذلك النطاق⁷.

على أنَّ القاضي الجزائي قد يضطر إلى فحص تصرُّفات قانونية ذات طبيعة فردية تجسدت من خلالها أحد أركان جريمة الفساد الخاصة بالصفقات العموميَّة (كالمخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية في

1- V. L. MARCUS, préc., p. 47 § 70. V. aussi M. KOBAN, préc., p. 21 § 6.

2- F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, 11^e éd., France, Gualino, 2018-2019, p. 25.

3- V. F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, préc., p. 25.

4- J. ROBBE, « Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle des contrats », comment. sur T.C., 21 mai 2007, SA Codiam, req. n° 3609, A.J.D.A., 2008, n° 4, p. 200 sq.

5- يراجع هذه الدراسة، في المُقدِّمة.

6- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 53.

7- يراجع حول الحدود الفاصلة بين الملحق والقرار الإداري: H. HOEPFFNER, préc., p. 273 §§ 459-460.

جريمة المحاباة)، وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية هامة، كما هو الشأن بالنسبة إلى القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الصادرة في مرحلة إبرامه ذات الأهمية الكبيرة في جريمة المحاباة (المادة 26-01 من القانون رقم 01-06)¹. وكذلك الأوامر المصلحية المتضمنة تعديل بنود العقد عند تنفيذه التي قد تثبت ارتكاب جريمة المادة 26-02 من القانون السابق، والتي -بمعنى تلك الأوامر- لها طابع القرار الإداري². إذ تعتبر هذه الأوامر، إلى جانب الملاحق، بمثابة أمانة على الغش في الصفقات العمومية³. لكن، في غير ذلك فإن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية لا تسري على تصرفات قانونية صادرة بإرادة واحدة الخارجة عن أي إطار تعاقدي، بمعنى تلك التي لا ترتبط بأي عقد.

ويختلف الأمر إذا كان من شروط تلك التصرفات القانونية الاتفاقية أن تتميز بطبيعة خاصة، وبالتحديد أن تكون صفقة عمومية. حيث سيواجه القاضي الجزائي في هذه الحالة -من تلقاء نفسه نتيجة الزامه بالتأكد من توفر شروط الجريمة أو بسبب دفع آثاره المتابع جزائيا- بمناسبة تطبيق إحدى تلك الجرائم مشكلة تتعلق بتكييف التصرف القانوني محل النزاع. وتقدم لنا أحكام القضاء الإداري أمثلة عن ذلك. فقد تمكن القاضي الإداري -الفرنسي تحديدا- من إعادة تكييف اتفاقية تفويض مرفق عمومي إلى صفقة عمومية بسبب أن العقد لم يمنح المتعاقد مع الإدارة العمومية مهمة تسيير المرفق بشكل فعلي، بحيث قدم من خلال العقد خدمات لا يمكن عدها كتسيير لنشاط مرتبط بمرفق عمومي (تعلقت القضية بنشاط الإشهار المحلي)⁴، فوجود تفويض لمرفق عمومي يجب أن يتكفل المتعاقد مع الإدارة العمومية بمهمة التنفيذ المادي للنشاط في حد ذاته⁵. غير أن المعيار المفضل لدى ذلك القاضي يتمثل في طريقة دفع المقابل المالي في العقد: فالعقد الذي لا يتقاضى فيه المتعاقد مع الإدارة العمومية حقه المالي من المتفعين من المرفق العمومي لا يعتبر تفويضا لمرفق عمومي، بعكس الصفقة العمومية أين يقع فيها الالتزام بدفع المقابل المالي على عاتق الإدارة العمومية⁶. ولقد أخذ به القاضي الجزائي ولكن في مجال آخر يتعلق بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي -التي تطبق في القانون الفرنسي على بعض الأشخاص العامة إذا كان النشاط الذي تمارسه قابلا للتفويض- وليس بالجريمة حيث طبقه للتمييز بين اتفاقية تفويض مرفق عمومي وصفقة عمومية أيضا⁷.

نفس الصعوبة سيواجهها القاضي الجزائي لو افترضنا بالعكس أن الجرائم المحددة بالمادتين 26 و 27 من القانون رقم 01-06 تتعلق بالعقود الإدارية فقط. فالشك سيثور في هذه الحالة حول كيفية التعرف على العقود الإدارية الذي يمتاز بصعوبته مقارنة بالعقود من القانون الخاص. فالحدود الفاصلة بين ما هو عقد إداري وما هو عقد خاص

¹- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 287-296.

²- H. HOEPFFNER, préc., p. 372 § 635.

³- Ch. LAPP, « Le risque pénal dans les marchés publics », RD Imm., 1998, n° 4, p. 481 sq.

⁴- C.E., assemblée, 4 novembre 2005, *Société J.-C. Decaux*, requêtes nos 247298 et 247299, Recueil Lebon, p. 476 cité dans : « La notion de contrat de délégation de service public », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012, § 72.

⁵- M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012, § 74.

⁶- V. L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », préc., p. 13 sq.

⁷- V. S. CORIOLAND, « Appréhension de la convention de délégation de service public par le juge pénal », A.J.C.T., 2019, n° 4, p. 180 sq.

تُبرمه الإدارة العمومية غير واضحة، ومتقلبة Fluctuante، وغير أكيدة Incertaine كما لاحظت Hastings-Marchadier. فهي غامضة لأنَّ المُشرِّع نادرا ما يتولى تكييف العقد بصورة صريحة وملزمة. وهي متقلبة لأنَّها تستند إلى معايير يطبقها القضاء وتتضمن عناصر متغيرة للتكييف. وأخيرا تعتبر غير أكيدة نظرا لتغير الاجتهاد القضائي بشأن التكييف الصحيح للعلاقة العقدية التي تكون الإدارة العمومية طرفا فيها¹. فالقاضي الجزائي بمناسبة تكييفه للتصرف القانوني محل الخصومة الجزائية سيمارس إما التكييف بصورة ايجابية حيث يُعطي لهذا التصرف وصفاً يتطابق مع مجال النص الجنائي أو التكييف بصورة اقصائية الذي يؤدي إلى استبعاده من ذلك المجال. كأن يشكل التصرف القانوني ظاهرياً صفقة عمومية، غير أنَّه في الحقيقة يعتبر عقد غير معني بجرائم الفساد السابقة.

وسيقضي كل ذلك من القاضي الجزائي تطبيق أحكام القانون العام أو القانون الخاص بحسب التفسير الذي يجب اعطاؤه لتلك المصطلحات، لأنَّ إثبات تحقق الشروط الأولية في الجريمة يخضع إلى القواعد المحددة في قانونها الأصلي ولا يخضع لقواعد الإثبات الجنائي². مما يعني أنَّه سيواجه مفاهيم مختلفة عما هو مألوف في القانون الجنائي الذي يشكل مجال اختصاصه.

بعد استعراض مختلف التفسيرات التي يمكن تقديمها لعبارات "العقد" و"الاتفاقية" و"الصفقة" و"الملحق" في القانون رقم 06-01، لابد الآن من التطرق إلى موقف القانون الفرنسي حول هذه المسألة. فقد استعمل، لتحديد التصرفات القانونية المرتبطة بجريمة المحاباة، وهي الجريمة الوحيدة التي تخص الصفقات العمومية في فرنسا، معيار الاسم القانوني للعقد، حيث يشمل نص الجريمة على العقود المسماة الآتية: أولاً، الصفقة العمومية، وثانيا عقود الامتياز Contrats de concessions. وقد كانت المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي تذكر اتفاقيات تفويض المرفق العمومي Conventions de délégation de service public في السابق قبل صدور القانون رقم 2016-1691 مؤرخ في 9 ديسمبر سنة 2016. وقد أدرج المُشرِّع الفرنسي العقد السابق تحت اسم اتفاقية تفويض المرفق العمومي ضمن نطاق الجريمة بمقتضى القانون رقم 95-127 مؤرخ في 8 فبراير سنة 1995. وهنا يبدو حرص القانون الفرنسي على تعيين التصرفات الاتفاقية المعنية بالجريمة باسمها في القانون الإداري، وعلى أن تشمل الجريمة العقود المسماة فقط. فقد أضاف ذلك العقد إلى نطاق الجريمة بعد أن استحدث له اسم اتفاقية تفويض المرفق العمومي وهذا، بموجب القانون رقم 92-125 مؤرخ في 6 فبراير سنة 1992³.

ولقد مرَّ القانون الفرنسي بفترة آثار خلالها معنى الصفقة التساءل حول نطاقه الصحيح الذي أراده المُشرِّع. وانحصرت المشكلة في تحديد العقود المنظمة تشريعياً خارج القانون الأساسي للصفقات العمومية التي تخضع للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية كعقود الشراكة، وهل يمكن أن يشملها نص التجريم باعتبارها صفقة عمومية في

¹- A. HASTINGS-MARCHADIER, préc., p. 683 sq.

²- V. X. PIN, préc., p. 132 § 144.

³- ويعتبر أول قانون فرنسي استعمل ذلك المصطلح. يراجع حول ذلك:

M. DOUENCE, « Le contrat de délégation de service public des collectivités locales. Introduction », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012, §§ 9 et 11.

مفهومه، وهل سيخالف ذلك قاعدة التفسير الضيق للنص الجنائي، واستقلالية القانون الجنائي¹. والتي يبدو أن القضاء الفرنسي حسم النزاع بشأنها لمصلحة تطبيق الجريمة في تلك الحالات، لأنها تخضع للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية كالصفقات العمومية الحقيقية². وهذا الاجتهاد القضائي قابل للتطبيق في القانون الجزائري في جريمة المحاباة (المادة 26-1) على المؤسسات العمومية الاقتصادية التي برغم أنها غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية إلا أن القانون أخضعها للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية حيث جاء في المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات العمومية حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية". وهذا معناه أن المعيار العضوي لا يلعب دوراً هاماً في تحديد الصفقات المعنية بجريمة المحاباة حيث إنها تشمل حتى العقود التي تبرمها الأشخاص العامة التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية، إذا ألزمها القانون عند إبرام صفقاتها باحترام المبادئ الأساسية السابقة. لكن الأمر في القانون الفرنسي لا يتعدى العقود التي تتشابه بالصفقات العمومية بسبب احتمالية خضوعها للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية التي تشكل مخالفتها تلك الجريمة. بعكس ما نجده في القانون الجزائري الذي يمكن أن يشمل فيه تعريف العقد والاتفاقية والصفقة - وحتى المُلحق - جميع التصرفات القانونية الاتفاقية التي تستطيع الإدارة العمومية أن تبرمها. وحذا لو طبق المشرع الجزائري، أسوة بالقانون الفرنسي، معيار الاسم القانوني للعقد لتحديد ميدان تطبيق جريمة المحاباة، وحتى جرائم الفساد الأخرى الخاصة بالصفقات العمومية. فسيضع ذلك حداً للتأويل الذي يؤدي إلى تمديد تطبيق نص التجريم إلى عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة العمومية، وأيضا العقود الإدارية الخاصة إلى جانب الصفقات العمومية. مع وجوب الملاحظة أنه يترتب على تحديد العقود باسمها القانوني في نص التجريم واجب يقع على عاتق القاضي الجزائري يتمثل في تكييف مُقَدِّمِا التصرّف القانوني محل النزاع المرتبط بالوقائع الجنائية المعروضة أمامه ليخلص إلى تطبيق نص التجريم عليها، إن قَدَّرَ أنها نفس العقود التي ذكرها نص التجريم، أو استبعاد تطبيقه في الحالة العكسية وهذا، قبل أن يتأكد من توافر بقية أركان الجريمة³.

وبهذا يتضح لنا في هذا الجزء من الدراسة أن حدود المعنى الخاص بعبارات العقد والاتفاقية والصفقة والمُلحق المستعملة في نصوص التجريم في المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 ليست واضحة، وأنها قد تتوقف في

¹- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 47-49 ; F. MOKHTAR, « L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics renforce-t-elle le risque pénal ? Le délit de favoritisme », dans dossier : « Ordonnances Marchés publics, évolution à défaut de révolution », A.J.C.T., 2015, n° 12, p. 643 sq. ; J.-D. DREYFUS, « Portée du délit de favoritisme : dura lex sed lex », note sous cass. crim., 12 février 2007, pourvoi n° 06-81.924, A.J.D.A., 2017, n° 16, p. 853 sq. ; A. RUELLAN, « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés publics des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », A.J.D.A., 2008, n° 16, p. 1139 sq.

²- V. Cass. crim., 17 février 2016, pourvoi n° 15-85.363, A.J.D.A., 2016, n° 22, p. 1239 sq., comment. S. NIQUEGE.

³- V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., France, Armand Colin, 1998, p. 223.

الأساس على طبيعة العناصر الأخرى التي تتألف منها كل جريمة من الجرائم السابقة كالسلوك الإجرامي (الركن المادي) أو الغرض (الركن المعنوي) والتي تختلف من جريمة إلى أخرى. مما يؤكد صعوبة إيجاد تعريف شامل للصفة العمومية في هذه الجرائم الذي سنحاول في المطلب الموالي استنباطه من عناصر أخرى تضمنتها نصوص التجريم؛ خاصة وأن قائمة التصرفات القانونية ليست موحدة بين جميع جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فبينما تشترط جريمة المحاباة في التصرف القانوني أن يكون عقداً أو اتفاقية أو صفقة، ينحصر نطاق جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية في العقد والصفقة فحسب. وبينما ذكرت المادتان 1-26 و 27 الملحق بين التصرفات القانونية المعنية بالجريمة، فإن المادة 2-26 جاءت خالية منه. كما أن ترتيب هذه التصرفات قد يدل على معاني مختلفة حيث قدمت المادة 1-26 العقد على الاتفاقية والصفقة، وكذلك المادة 2-26 التي ذكرت العقد قبل الصفقة، بينما يلاحظ أن المادة 27 قدمت بالعكس الصفقة على العقد. وأخيراً تجردها من أي وصف آخر قد يدل على طبيعتها القانونية -عقد مدني، عقد إداري، أو صفقة عمومية فقط- الذي يؤدي إلى تطبيق الجريمة على التصرفات القانونية الاتفاقية بلا حدود.

المطلب الثاني: تعريف الصفقة العمومية المكونة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

بعد التأكد من وجود الصفقة العمومية في مجال تطبيق جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بواسطة تفسير ألفاظ العقد والاتفاقية والصفقة والملحق في المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. يجب أن نحاول الآن تحديد تعريف لهذا التصرف القانوني الاتفاقي على ضوء ما نصت عليه نصوص التجريم. ويتبين من تفحص هذه القواعد الجنائية أنه يمكن تعريف الصفقة العمومية بالنظر إلى ناحيتين. الناحية الفنية التي تتطرق إلى أوضاع يكون عليها التصرف القانوني الاتفاقي (الفرع 1). والناحية القانونية القائمة على المقارنة بين معايير الصفقة العمومية في القانون الإداري وما جاء في نصوص التجريم بشأنها (الفرع 2).

الفرع الأول: التعريف الفني

عادة ما يشير القانون الإداري إلى الصفقة العمومية بأنها عقد مكتوب يُبرم باتباع إجراءات معينة¹. وتحيل هذه العناصر -إحالة مباشرة- إلى تصورين قانونيين يخصصان التصرف القانوني يمكن أن يعرف أحدهما بالتصور القانوني والمادي والآخر بالتصور الإجرائي والغائي. وهذا الأمر يدعو إلى التساؤل حول موقف القانون رقم 06-01 من مفهوم الصفقة العمومية، إذا نُظر إليها من هذه الجوانب. وعليه، سيتناول هذا الفرع في البداية التصور القائم على التمييز بين الجانبين القانوني والمادي من التصرف القانوني الاتفاقي (الفقرة الأولى). لينتقل البحث بعد ذلك إلى مستوى آخر من التحليل الفني للعقد، فيعالج التمييز بين الأعمال الإجرائية ونتائج عملية التعاقد (الفقرة الثانية).

أولاً: الجانب القانوني والجانب المادي من التصرف القانوني الاتفاقي

لا بد أولاً من تحديد معنى كل من الجانب القانوني والجانب المادي للتصرف القانوني الاتفاقي، وموقف القانون

¹ - ت.ص.ع.، المادتان 2 و 39.

الجنائيّ منهما بوجه عام (الفقرة "أ") قبل تطبيق ذلك على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة (الفقرة "ب").

أ- التمييز بين الجانبين القانونيّ والمادّيّ في القانون الجنائيّ الخاصّ

يفصل القانون الجنائيّ، الفرنسي على وجه التخصيص، بشأن بعض الجرائم المتعلّقة بالعقود بين تصورين هما: *Negotium* و *Instrumentum*. فللعقد، باعتباره تصرّفًا قانونيًا، جانبين في نظر القانون المدني¹ والقانون الإداري²: الجانب القانونيّ، بمعنى "العمل القانوني في ذاته"³، وهو الذي يطلق عليه اسم *Negotium*، وتعني هذه الكلمة حرفيا "المعاملة" *Affaire*⁴. وتدلّ على معاملة إرادية هدفها وأثرها يتمثّل في إنتاج آثار قانونيّة⁵. ويمتاز هذا الشق من العقد بأنّه ذو طبيعة ذهنية *Intellectuel*⁶ وغير مادّيّة *Immatériel*⁷. وهناك الجانب المادّيّ، ويدعى هذا الأخير باسم *Instrumentum*، أيّ، المُحرّر المكتوب المُثبت للعمل القانونيّ⁸. وقد أشار تعريف الصّفقة العموميّة إلى ذلك في القانون الجزائري بوصفها بالعقد المكتوب⁹. وفي الغالب، بمجرد قراءة أو سماع لفظ العقد يحضر في الأذهان معنى المحرر المادّيّ والمكتوب *Instrumentum* الذي يتضمن معلومات محدّدة، ويتشكل من بنود تحدّد التزامات وحقوق أطراف العقد¹⁰.

وقد تبنى القانون الجنائيّ نفس التصور. إذ يجوز، وفق القانون الجنائيّ الفرنسي، أن تتحقق، على سبيل المثال،

¹- V. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 3^e éd., France, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 93 § 120 ; C. BRENNER, préc., § 2.

²- V. J.-F. LACHAUME, « Le formalisme », 1995, A.J.D.A., n° hors-série, p. 133 sq. : « [...] , le formalisme dont nous cherchons à mesurer le degré de pénétration dans le droit administratif est, si l'on se réfère à la démarche habituelle des administrativistes, celui défini à partir des éléments formels et procéduraux de l'action administrative. Il n'y a pas lieu de revenir ici sur la distinction - importante - entre la forme (*instrumentum*) et la procédure (*negotium*) [...] et l'on considérera que ces formes et ces procédures constituent la matière première du formalisme en droit administratif. » (italique souligné par l'auteur).

³- اقتباس عن: س. مُرُقُس، المرجع السابق، ص 17 الفقرة 14.

⁴- <https://www.droit.fr/definition/2224-negotium/> (11/04/2020).

⁵- C. BRENNER, préc., § 2 : « [...] , l'acte, que l'on qualifie alors de juridique, désigne, en un deuxième sens, une opération volontaire dont le but et le résultat sont de produire des effets de droit, en tant qu'elle est considérée dans sa substance (le *negotium*). [...] » (italique souligné par l'auteur).

⁶- A. BÉNABENT, préc., p. 106 § 118 : « C'est bien sûr à l'acte écrit qui matérialise le contrat que s'intéressent à titre principal les règles de forme. C'est même souvent à ce seul document que l'on pense, tant notre civilisation est marquée par l'écrit, au point que le langage courant évoque, sous le vocable de "contrat", au moins autant le document matériel que le concept juridique : pourtant, cet *instrumentum* matériel n'est que le reflet concret du *negotium* intellectuel et n'est pas toujours indispensable à son existence juridique [...] » (italique souligné par l'auteur).

⁷- L. JOSSERAND, préc., p. 93 § 120.

⁸- اقتبسنا، بتصرّف، ترجمة اللفظ *Instrumentum* عن: س. مُرُقُس، عقد البيع، المرجع السابق، ص 17 الفقرة 14. وتبدو أهميّة التفرقة السابقة في القانون -غير الجنائي- بصدد جزاء الانعدام. فعلى سبيل المثال، أشار Ricci إلى أنّه يوجد نوعان من الانعدام المادّيّ *Inexistence matérielle* الذي يدلّ على انعدام المحرر المثبت للعمل والانعدام القانونيّ *Inexistence juridique* الذي، برغم وجود العمل مادّيًا، يكون معيبا بأحد أسباب عدم المشروعية الجسيمة. J.-C. RICCI, *Droit administratif*, 4^e éd., France, Hachette, p. 16.

⁹- ت.ص.ع.، المادة 2.

¹⁰- V. A. BÉNABENT, préc., p. 106 § 118 : « C'est bien sûr à l'acte écrit qui matérialise le contrat que s'intéressent à titre principal les règles de forme. C'est même souvent à ce seul document que l'on pense, tant notre civilisation est marquée par l'écrit, au point que le langage courant évoque, sous le vocable de "contrat", au moins autant le document matériel que le concept juridique [...] » (nous soulignons).

جريمة ابتزاز الأموال Infraction d'extorsion المنصوص عليها في المادة 312-1 (الفقرة 1) من قانون العقوبات الفرنسي، وتقابلها المادة 400 من قانون العقوبات الفرنسي القديم¹، بمجرد حصول فاعلها على العقد في ذاته حتى وإن لم يتحصل، فوق ذلك، على المحرر المادّي الذي يثبت وجود العقد². كذلك، فإنّ جريمة النصب والاحتيال ورغم أنّها كانت تتطلب، في ضوء قانون العقوبات الفرنسي القديم³، تسليم، من جهة، العقد في ذاته، والمحرر المثبت له، من جهة أخرى، تقوم، طبقاً للمادة 313-1 (الفقرة 1) من قانون العقوبات الفرنسي الحالي، حتى وإن لم يقع تسليم المحرر المثبت للعقد، وهذا في حالة تعبير الشخص، الضحية في الجريمة، عن رضائه بتصرّف قانوني ينتج عنه إلزام Obligation أو إبراء Décharge⁴. ويبدو من هذا، كما لاحظت Palvadeau، أنّ لا اختلاف في القانون الجنائي بين وجود العقد مادّيًا، بمعنى ذلك المحرر المكتوب المثبت للعقد، أو عدم وجوده مادّيًا لقيام الجريمة⁵. مع الإشارة إلى أنّه عندما تتعلّق جريمة النصب والاحتيال مثلاً بعقار، فإنّها تقوم بالضرورة بمجرد الحصول على المحرر المثبت للعقد، ولا يشترط كذلك أن يحصل المُجرّم على العقار، لأنّ العقار بحكم طبيعته لا يمكن نقله وتغيير مكانه بصورة مادّية⁶. ورغم أنّها في الأصل من الجرائم التي يكفي فيها الجانب القانوني للعقد. وهكذا فإنّ طبيعة موضوع السُّلوك الإجرامي في المثال السابق، وظروف ارتكابه اقتضت أن يقع السُّلوك على العقد بصورته المادّية وليس على المعاملة القانونيّة.

لكن ذلك لا يصدق في جميع الحالات. فمن أمثلة جرائم الوجود المادّي للعقد: جريمة التزوير في المحررات العموميّة أو الرّسميّة من طرف الموظف العمومي أو أشخاص آخرين المنصوص عليها في المواد 214 إلى 216 من قانون العقوبات الجزائي⁷. بالإضافة إلى جريمة إتلاف أو إزالة الوثائق أو السندات أو العقود أو الأموال المنقولة من جانب الموظف العمومي بصورة عمدية (المادة 120 من نفس القانون) أو نتيجة إهماله (المادة 119 مكرّر من نفس القانون)⁸. فهذه الجرائم تتطلب كشرط أوّل أن يكون هناك محررات مكتوبة، وضمنها المحررات المكتوبة المثبتة لتصرّف

¹ - وهي نفسها الجريمة المنصوص عليها في المادة 371 (الفقرة 1) من قانون العقوبات.

² - E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, France, 2011, pp. 132-133 § 118.

³ - يراجع: المادة 405 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، وتقابلها في قانون العقوبات الجزائري الحالي المادة 372.

⁴ - E. PALVADEAU, préc., p. 133 § 118 et p. 230 § 259 ; l'article 313-1, alinéa 1^{er}, Code pénal français : « L'escroquerie est le fait, [...], de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, [...] à consentir un acte opérant obligation ou décharge. ».

⁵ - V. E. PALVADEAU, préc., p. 133 § 118.

⁶ - V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Droit pénal immobilier et escroquerie. Escroquerie et transfert de propriété immobilière », RD imm., 1998, n° 2, p. 310 sq.

⁷ - تنصّ المادة 214 من قانون العقوبات على أنّه: "يعاقب بالسجن المؤبد كل قاض أو موظف أو قائم بوظيفة عمومية ارتكب تزويراً في المحررات العمومية أو الرّسمية أثناء تأدية وظيفته: (1) إما بوضع توقيعات مزورة، (2) وإما بإحداث تغيير في المحررات أو الخطوط أو التوقيعات، (3) وإما بانتحال شخصية الغير أو الحلول محلها، (4) وإما بالكتابة في السجلات أو غيرها من المحررات العمومية أو بالتغيير فيها بعد إتمامها أو قفلها".

⁸ - تنصّ المادة 120 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج القاضي أو الموظف أو الضابط العمومي الذي يتلف أو يزيل بطريق الغش وبنية الإضرار وثائق أو سندات أو عقود أو أموالاً منقولة كانت في عهده بهذه الصفة أو سلمت له بسبب وظيفته".

قانونيَّ Instrumentum كالعقود¹ ويرجع هذا إلى طبيعة ركنها المادّي الذي لا يتصور أن يقع إلا على أشياء ذات وجود مادّيّ. فوضع توقيع مزور على عقد معين، وهو من صور السلوك الإجرامي في جريمة التزوير المنصوص عليها في المادة 214 من قانون العقوبات الجزائي، أو إتلافه، أو إزالته، وهما من صور السلوك الإجرامي في الجريمة المنصوص عليها في المادة 120 من نفس القانون، أفعال مادّيّة تتطلب وجود العقد كشيء مادّيّ ومحسوس أيّ، كمحرر مكتوب يثبت العقد في ذاته يمكن وضع ذلك التوقيع عليه، أو حيازته بغرض إتلافه أو إزالته.

ب- أثر التمييز بين الجانبين القانوني والمادّي على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة

تطبيق التمييز السّابق على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة يقتضي من جهة تحديد موقف القانون رقم 01-06 من ذلك فيها (الفقرة 1). ومن جهة أخرى، تحديد موقف القانون الجنائي من بطلان التصرّف القانوني (الفقرة 2).

1- إشتراط الجانب القانوني للعقد في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة

في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة يبدو أن التصرّف القانوني يدلّ على مضمون العقد أيّ، Negotium. بالرغم من أن التعريف الإداري لتلك العقود يتكون من الجانب المادّي. ففي جريمة المحاباة يجب ارتكاب مخالفة للنصوص تشريعية أو تنظيمية تتعلّق بإجراءات الإبرام. وتطبيق هذه الإجراءات يفرض -ولو لم ينصّ القانون على ذلك- واجب الكتابة، لأنّها تتعارض مع إبرامه شفهيًا أو ضمنيًا². لكنها ليست شرطًا في الجريمة. فالوجود القانوني للعقد يكفي بمفرده لقيام الجريمة. ومصدر ذلك أن طبيعة وعناصر ركنها المادّي تقتضي في التصرّف القانوني أن يوجد قانونًا وبصورة مجرّدة عن كيانه المادّي. فهي تقع دائمًا خلال مرحلة إبرام العقد، والمحرر المكتوب المثبت للعقد لا يكون موجودًا في هذه المرحلة. ولا تثير حالة المُلحق أيّ لبس حول ذلك. فعند ارتكاب الجريمة بمناسبة مُلحق يجب أن تتوفر في المُلحق شروط إبرام عقد جديد، كما سوف تبين هذه الدّراسة. وبالتالي فإنّ الجريمة تُطبّق على عقد جديد وُصف -عن قصد إجرامي- بالمُلحق من قبل أطرافه.

أيضًا فإنّ القانون إذا تطلب إدراج بنود ضمن العقد بصورة إلزامية، فإنّ وجود عقد مكتوب وحده الذي يكفل احترام القانون³. وهذا ما يفرضه قانون الصفقات العموميّة كذلك⁴. وبالتالي، فإنّ وجود الشكل المكتوب أمر حتمي في هذه الحالة أيضًا، لكنه ليس ضروريًا لقيام جريمة استغلال النّفوذ في مجال الصفقات العموميّة (المادّة 26-2). فهذه الجريمة تهدف، بصريح عبارة النصّ الجنائي، إلى التعديل على العقد بمعناه المعنوي (Negotium) وليس التعديل على المحرر المادّي المثبت له. ذلك أنّ التعديل المرجو من طرف مرتكب الجريمة ينصب فيها على الإلتزامات التي

¹ - يراجع بالتّسبّع للجريمة المحدّدة بالمادّة 214 ق.ع. أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 416، ويشير بوسقيّة إلى أنّه يقصد بالحررات العموميّة في ذلك النصّ "على وجه التخصيص كل العقود والأعمال التي يجرها الضابط العمومي". أما المادّة 120 ق.ع.، فقد استعملت بصراحة لفظ العقد ضمن الحررات والسندات التي تقع عليها الجريمة.

² - L. MARCUS, préc., pp. 89-90 § 119.

³ - L. MARCUS, préc., p. 90 § 119.

⁴ - ت.ص.ع.، المادّة 95.

تشكل العقد في ذاته (السعر، نوعية المواد أو الخدمات، وآجال التموين أو التسليم). وهذه الالتزامات تشكل محتوى العقد¹ الذي يختلف عن جانبه المادي. وهذا ما يتبين من جرائم العقد الأخرى. ففي بعضها، وعلى الخصوص جريمة خيانة الأمانة، يلزم أن يقع السلوك الإجرامي على العقد المادي دون محتواه كالتزامات الموضوعية فيه². أما فيما يتعلق بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وأخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية التي يبدو أن كفيّة وجود العقد لا تهم للبت في مسألة قيامها قانوناً. فسواء كان العقد في صورته القانونية أو في صورته المادية، ما يهم فيها هو أن يقبض الموظف العمومي -أو يحاول قبض- أجرة أو منفعة بالنسبة للجريمة الأولى، حتى وإن كانت ترتكب أثناء تنفيذ العقد الذي يفترض أن العقد موجود مادياً، أو أن يأخذ أو يحتفظ الجاني بصورة غير قانونية بفائدة من العمليات المندرجة داخل دائرة التجريم بالنسبة للجريمة الثانية. فالجانب القانوني أو المادي ليس شرطاً من شروط قيامها اذن. وبالتالي فإن الجانب القانوني للعقد يكفي لوجودها.

2- بطلان التصرف القانوني في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

خلصنا مما سبق إلى أن التصرف القانوني الذي تتألف منه جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية ذو طبيعة قانونية معنوية. غير أن التصور القانوني للعقد يحتاج إلى شرط قانوني أساسي يتمثل في الصحة *Validité*³. ويقصد بها: "صفة يكون عليها تصرف قانوني عندما لا يكون مشوباً بأي عيب من طبيعته أن يبرر إبطاله"⁴. وأيضاً: "تكوين العقد بصورة صحيحة، ومطابقة للقاعدة القانونية، لاضفاء القيمة القانونية على العقد التي يتوقف اكتسابها على احترام الشروط التي حددها النظام القانوني من أجل الاعتراف بالعقد وحمايته"⁵. ويشير هذا التعريف إلى شروط التكوين، والتي تعرف أيضاً بشروط الصحة في العقد⁶. ويقابلها عدم الصحة *Invalidité* الذي يعني قانوناً: "انعدام أو فقدان الصحة"، وهي "صفة يكون عليها تصرف قانوني تنعدم فيه أي قيمة قانونية أو سبق وأن فقدتها (سواء انعدمت أو فقدت بصورة رجعية أم لا)"⁷. ليلاحظ من هذا التعريف أن انعدام الصحة يزيل القيمة القانونية للتصرف القانوني، وأنه يسمح ببطلانه. فهل، في حالة أصيب العقد بعيب خارج عن الجريمة يؤدي إلى بطلانه، يتأثر وجود الجريمة قانوناً بسبب انعدام هذه القيمة، إذا كانت القاعدة التجريبية تتطلب وجود تصرف قانوني لقيامها، لاسيما

¹ - يشمل تعديل محتوى العقد *La modification du contenu du contrat* في القانون غير الجنائي تعديل محله وبنوده المالية ومُدته. يراجع: H. HOEPFNER, préc., p. 147 § 237.

² - V. cass. crim., 1 décembre 2010, pourvoi n° 09-88.478 ; C. MASCALA, « Droit pénal des affaires : mars 2010-avril 2011 », D., 2011, n° 27, p. 1859 sq.

³ - قد ينعدم التصرف القانوني مادياً أيضاً. J.-C. RICCI, préc., p. 16. غير أن أهميته محدودة جداً في مجال الجرائم السابقة، لأنه ليس شرطاً ضرورياً فيها.

⁴ - G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 16^e éd., France, P.U.F., p. 857, le mot « Validité ».

⁵ - نقلاً بصرف عن:

S. BROS, J.-F. LAFAIX, La validité du contrat, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019, p. 99 : « Par extension, la validité désigne aussi ce qui a été correctement formé, ce qui est conforme à la règle de droit, car la valeur juridique dépend du respect des conditions posées par l'ordre juridique pour sa reconnaissance et sa protection ».

⁶ - S. BROS, J.-F. LAFAIX, préc., p. 99.

⁷ - G. CORNU (dir.), préc., p. 459, le mot « Invalidité ».

وأنّه في حالة تحلّف الشروط الأولى لا يمكن ارتكاب الجريمة¹.

في هذا الموضوع، يتعين التمييز بين نوعين من أسباب عدم صحة التصرف القانوني في نطاق هذه الدراسة. فهناك أولا العيب المستقل عن ارتكاب الجريمة، وأخيرا العيب الذي يتمثل في ارتكاب الجريمة. وقد أفرد القانون رقم 01-06 لهذه الحالة الأخيرة نصا خاصا هو المادة 55 منه. غير أنّه لا يعيننا في هذا الجزء من الدراسة، لأنّه يرتبط بآثار الجريمة، ونحن الآن بصدد دراسة قيام الجريمة، كما أنّه يدخل ضمن اختصاصات القاضي الجزائي الاستثنائية، نظرا لأنّه يشكل جزاء مدني أثناء الدعوى العمومية التي ستكون محل دراسة في الباب الثاني. أما عملية تكيف التصرف القانوني كشرط أولي فتعتبر من اختصاصه الأصيل.

والقاعدة تقول إنّ القانون الجنائي لا يحفل بالسلامة القانونية للتصرفات القانونية التي تتألف منها جريمة ما الذي يمثل مظهرا من مظاهر ذاتية قانون العقوبات التي كرسها القاضي الجزائي². ولو أنّ اعتداد القاضي الجزائي بالمفهوم غير الجنائي سيوفر احترام قاعدة التفسير الضيق للنص الجنائي³. فبالنسبة له يستوي أن يكون العقد صحيحا أو باطلا. وعليه، فإنّ التصرف القانوني في جرائم الفساد يمتاز، فوق طابعه الاتفاقية، بكونه تصرفا ذو جانب قانوني، وأنّه ليس ضروريا أن يكون صحيحا حسب قواعد قانونه الأصلي لكي تقوم الجريمة قانونا. ولا يختلف التصرف القانوني الاتفاقية في هذا مع صفة مرتكب الجريمة، حيث لا عبرة فيها بصحة أو بطلان التصرف القانوني الذي يمنحها إلى ذلك الشخص. ويخصّ بالذكر صفة المتعاقد في جريمة المادة 26-2 التي يفقدها الشخص في القانون غير الجنائي، ويتحول إلى فئة الغير، إذا كان العقد -الذي شرع في تنفيذه- باطلا⁴. ولن يؤثر ذلك بالعكس في القانون الجنائي. حيث إنّ تلك الجريمة تبقى قائمة برغم بطلان التصرف القانوني الاتفاقية الذي تتألف منه -العقد الذي أكسب الجاني صفة المتعاقد- وبطلان صفة مرتكبها بالتبعية.

ثانيا: الجانب الإجرائي والجانب الغائي من التصرف القانوني الاتفاقية

في البداية، سنحاول كالمسابق تحديد مدلول الجانبين الإجرائي والغائي (الفقرة "أ") لكي يتطرق إلى موقف القانون الجنائي من ذلك في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية (الفقرة "ب"). وللإشارة، لم نثر على أيّ أثر لهذا التقسيم المُستمد من القانون الخاص في القانون الجنائي. غير أنّ التطرق إليه يبقى ضروريا لفهم الجرائم السابقة، وبخاصة جريمة المحاباة التي تهتم حصريا بالجانب الإجرائي من الصفقة العمومية كونها تُطبّق دائما على عقد لا زال في مرحلة الإبرام.

¹- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 21.

²- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 226 § 259 et p. 228 § 262.

³- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 225 § 259.

⁴- V. L. FOLLIOT LALLIOT, D. HOUTCIEFF, « Tiers et effet relatif du contrat », dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019, p. 200 : « [...] en l'absence de contrat ou en cas de nullité ou d'annulation du contrat intervenant alors que l'exécution a déjà débuté, le cocontractant de la personne publique perd son statut de partie pour devenir un tiers, [...] ».

أ- تحديد معنى الجانبين الإجرائي والغائي والمشكلة التي يثيرها ذلك في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

لمصطلح العقد معنيان في القانون، كمعناه القانوني ومعناه المادي المذكوران مسبقا. فيقصد به، من ناحية أولى وأساسية، ما ينتج عن تطابق الإرادات، بمعنى العقد في صورته النهائية¹. حيث يتعين أن ينتج عن العقد في هذا المفهوم الأثر الذي أفرد القانون له (إنشاء قواعد ملزمة) وهذا، خلال مرحلة تنفيذه². ولكنه قد يعني كذلك الأعمال الإجرائية التي ترتب عنها العقد بمفهومه السابق، وهذا من ناحية أخرى³. ويبدو أن الفضل يرجع إلى الفقيه Kelsen في توضيح هذا المعنى الأخير للعقد⁴، والذي يقصد به، على وجه التحديد، إجراءات إبرام العقد (أو إجراءات التعاقد باختصار) Formation du contrat⁵. ولقد استخدم Kelsen ذلك الفرق بين جانبي العقد الإجرائي والغائي لإثبات أنه ينشئ عن العقد قواعد ملزمة كالتشريع تماما، ومن أجل انتقاد نظرية التصرف القانوني - المتبعة في هذه الدراسة - التي لا تمنح للعقد تلك الوظيفة، وإنما تعتبره مجرد تصرف يهدف إلى تطبيق القانون⁶.

لكن، بغض النظر عما إذا كان العقد مصدرا لقواعد قانونية كالتشريع أم مجرد تطبيق له، يمكن استعمال نظرية Kelsen السابقة لتحديد طبيعة التصرفات القانونية الاتفاقية التي تدخل في دائرة التجريم بموجب المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. حيث تكتسي إجراءات إبرام العقد في القانون الإداري، وبخاصة في قانون الصفقات العمومية، أهمية كبيرة. إذ يوصف قانون الصفقات العمومية بأنه قانون إجرائي⁷. كذلك، حدد القانون إجراءات إبرام الصفقات العمومية⁸ حيث إن مخالفتها قد تؤدي إلى بطلان العقد⁹. والأهم من ذلك تعد من أكثر مراحل حياة ذلك العقد عرضة للفساد والمناورات الاحتيالية والمخالفات المشبوهة. ولا أدل على ذلك أن قانون الصفقات العمومية الجزائري عالج موضوع مكافحة الفساد ضمن الجزء المخصص لإبرامها¹⁰. لهذا تثار هنا المشكلة حول تحديد المقصود بالعقد، والاتفاقية، والصفقة، والملحق في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية المحددة بالمادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01¹¹: فهل قصد المشرع بها الناتج النهائي لعملية التعاقد طبقا للمفهوم الغائي للعقد، أم قصد بتلك المصطلحات - ذات المدلول العام - إجراءات التعاقد فحسب، أم يستوي لقيام الجريمة في نظره أن

¹ N. DISSAUX, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2017, § 2 : « [...] ; il [le contrat] le plus souvent associé à un produit fini, au fruit d'un accord de volontés. [...] ».

² H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1940, n° spécial : « Le problème du contrat », p. 35 § 2.

³ N. DISSAUX, préc., § 2.

⁴ N. DISSAUX, préc., § 2.

⁵ V. H. Kelsen, préc., p. 35 § 2 ; N. DISSAUX, préc., § 3.

⁶ V. H. Kelsen, préc., pp. 34-36 §§ 1-3.

⁷ V. F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2017, § 1.

⁸ - يراجع: ت.ص.ع.، المواد 12 إلى 25، والمواد 39 إلى 81.

⁹ F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 31.

¹⁰ - يراجع: ت.ص.ع.، القسم 8 عنوانه "مكافحة الفساد" من الفصل 3 تحت عنوان "إبرام الصفقات العمومية" من الباب الأول المتعلق "بأحكام تطبيق على الصفقات العمومية".

¹¹ - ولن نتطرق إلى جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، لأنها لا تحتوي على قائمة بالتصرفات القانونية الاتفاقية كمثل الموجودة في المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01.

يتوفر أحدهما.

ب- أثر التمييز بين الجانبين الإجرائي والغائي على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة

فبالنسبة إلى جريمة المحاباة المنصوص عليها في المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01، يبدو أنّ التصرّفات القانونيّة الاتّفاقية المُكوّنة لشرطها الأوّل تشير إلى الجانب الإجرائي للعقد. حيث إنّها تقع - كما يتبين من نصّ التجرّيم - أثناء إبرام تلك التصرّفات أو التأشير عليها. وتدلّ هذه الأعمال على إجراءات ومراحل التعاقد. أما الناتج النهائي لتلك الإجراءات، ويتمثّل في الصّفقة العموميّة، فهو يشكل الناتج الاجرائي *Produit de l'infraction* وليس موضوعها *Objet de l'infraction* حسب قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسيّة¹. مما يؤكد على أنّ تلك الجريمة تخصّ الجانب الاجرائي للعقد فقط. وقد يدلّ لفظ "الملحق" المستخدم في نصّ التجرّيم على أنّ الجريمة تُطبّق على مرحلة تنفيذ العقد أيضاً، مما قد يعني أنّها تحتاج لقيامها في هذه الحالة إلى العقد كناتج نهائي. لكن إبرام مُلحق يشكل مخالفة للمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة عندما يتعين على الإدارة العموميّة إبرام عقد جديد وليس اللجوء إلى طريقة المُلحق². وعليه، فإنّ جريمة المحاباة تُطبّق على مرحلة الإبرام حتى وإنّ تعلّق الأمر بمُلحق -الذي يكون له هذا الوصف طبقاً لتكييف الأطراف المتعاقدة وليس في تكييفه الصحيح- وبالتالي فإنّ المعنى المراد من العقد والاتّفاقية والصّفقة والمُلحق المشمولة بتلك الجريمة هو المعنى الإجرائي للعقد فقط.

أما جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة المُجرّمة بالمادّة 27 من القانون رقم 06-01 يبدو أنّها تشمل التصوران معاً: التصور الغائي والتصور الإجرائي للعقد. فقد أحصت المادّة 27 من القانون رقم 06-01 قائمة المراحل التي ترتكب أثناءها الجريمة، وتشمل هذه القائمة مراحل: التحضير، والمفاوضات، والإبرام، وأخيراً التّنفيد. حيث إنّها قد ترتكب أثناء إجراء من إجراءات التعاقد، أو بصدد مسألة خاصّة بتنفيذ العقد طرأت أثناء ذلك. فيلاحظ منه أنّ وقت ارتكاب الجريمة يضم إجراءات تكوين العقد التي تدلّ على المفهوم الإجرائي أعلاه، ومرحلة التّنفيد أيضاً التي يكون فيها العقد ناتجاً نهائياً.

أخيراً، لا أهميّة أيضاً للتمييز بين الجانبين الغائي والإجرائي للعقد في جريمة المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01. حيث إنّها تُطبّق على التصرّفات القانونيّة الاتّفاقية التي ذكرها نصّ التجرّيم أثناء تنفيذها -وهذا هو الأصل- كما أنّها قد تُطبّق عليها أثناء إبرامها - وهذا هو الاستثناء، حيث إنّ التعديل على العقد الذي يستهدفه المُجرّم من وراء جرمته السابقة يقع كقاعدة عامة أثناء تنفيذ العقد ويسمى بتعديل العقد. ويجوز التعديل أثناء مرحلة الإبرام غير أنّه يجب على الإدارة العموميّة، إذا كان ذلك التعديل جوهرياً وينصب على أحد عناصر العقد، أن تعلن من جديد إلى المرشّحين الصّفقة العموميّة متضمنة التعديلات التي أجرتها، وبداية حساب مُدّة تقديم العروض من تاريخ هذا الاعلان³.

¹- Cass. crim., 22 juin 2022, pourvoi n° 21-85.671 ; J. GALLOIS, « Favoritisme : objet et produit de l'infraction, une distinction nécessaire », Dalloz actualité, 20 septembre 2022.

²- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 115-116 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 92.

³- V. F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 109.

الفرع الثاني: التعريف القانوني

يلاحظ الفقه الجنائي بصدد الجرائم التي تنطوي على التّعسف Abus أنّ المُشرّع يستند، لتجريم هذا التّعسف، إلى فكرة السُّلطة Pouvoir. ومن أجل تحديد مظاهر هذه السُّلطة، وتحديد نطاق الجريمة بالتالي، يستعمل تارة معايير شَخْصِيَّة فيشير إلى الأشخاص المعنية بالسُّلطة¹ كأنّ يشترط القانون في مرتكب الجريمة صفة معينة² مثل صفة الموظف العمومي³، أو صفة في الضحية من التّعسف⁴. ويستعمل تارة أخرى معايير موضوعية⁵ تستخلص من العناصر المادّية أو القانونيّة التي تربط بين الفاعل والضحية في التّعسف⁶. وقد يستخدم المُشرّع في بعض الأحيان المعايير السابقة جميعا من أجل الاستدلال على وجود السُّلطة⁷.

ذات الملاحظة تنطبق على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة في القانون الجزائري أيضا، فيما يتعلّق بشرط الصّفقة العموميّة. فالمُشرّع الجزائري لم يتخلّى بصورة تامة عن تقديم تعريف للتصرّف القانوني الذي تتألف منه تلك الجرائم. فقد استند، لكي يحدّد ميدان ارتكاب تلك الجرائم، إلى مجموعة من المعايير المستمدة من القانون الإداري⁸. وتهدف هذه المعايير القضائية إلى تمييز العقد الإداري عن العقد الخاصّ الذي تبرمه الإدارة العموميّة كذلك⁹. فاستعمل تارة المعيار العضوي حيث جعل ضمن النصّ الجنائي الذي يحدّد عناصر الجريمة قائمة بالأشخاص المعنويّة العامّة التي يجب إبرام التصرّف القانوني الاتفاقي معها، ويتعلّق الأمر تحديدا بالجريمة المحدّدة بالمادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 والجريمة المحدّدة بالمادّة 27 من نفس القانون. واستعمل تارة ثانية المعيار الموضوعي الذي يتناول محل العقد Objet du contrat (الأشغال، اللوازم، الخدمات، والدراسات)¹⁰، والذي يختلف عن معيار المرفق العموميّ الذي يساهم في التّعريف على العقد الإداري¹¹. وقد استعمل ذلك في جريمة واحدة هي جريمة المادّة 26-2 من القانون السابق. زيادة على ذلك لجأ المُشرّع في نفس الجريمة إلى معيار آخر يتمثّل في السعر الذي يشكل المعيار الماليّ في الصّفقة العموميّة¹². وأخيرا استعمل المُشرّع معيارا إجرائي حيث اشترط المُشرّع في التصرّف القانوني الاتفاقي أن يكون خاضعا للمبادئ الأساسيّة التي تدير إبرام الصفقات العموميّة لقيام جريمة المادّة 26-1 من

¹- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 27 § 26.

²- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 27 § 28.

³- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 29 § 29.

⁴- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 30 § 30.

⁵- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 27 § 26.

⁶- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 33 § 32.

⁷- E. LAJUS-THIZON, préc., p. 27 § 26.

⁸- إذ يعتبر المعيار العضوي والموضوعي والماليّ من عناصر تعريف الصّفقة العموميّة في القانون الإداري. يراجع: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها؛

J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », folio n° 3005, *Encyclopédie des collectivités locales*, France, Dalloz, 2017, § 75.

⁹- V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 397.

¹⁰- ويعرف كذلك بالمعيار المادّي Critère matériel. يراجع: § 75, J.-M. PEYRICAL, « Marché public: notion », préc.,

¹¹- L. MARCUS, préc., p. 35 § 57.

¹²- فالسعر يعتبر في القانون الإداري معيارا للصّفقة العموميّة ذو طبيعة ماليّة كما لاحظ Peyrical.

J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 75.

القانون ذاته.

على أساس ما سبق، سوف نحاول في هذا الجزء من الدراسة تحديد تعريف الصّفقة العموميّة في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، وتحديد في الوقت ذاته نطاق معنى العقد والصّفقة والاتّفاقية، من خلال المعايير السابقة المستخلصة مباشرة من نصوص التّجريم، والتي تنتمي من حيث الأصل إلى القانون الإداري، بتقسيمها إلى: معايير إدارية خالصة، والمُتمثّلة في المعيارين العضوي والموضوعي. وتعتبر إدارية خالصة لأنّه يلزم، لأجل فهم موضوعات القانون الإداري بوجه عام، كموضوع القرار الإداري، وحتى موضوع العقد الإداري، فحصها من ناحيتين لتحديد تكييفها القانوني: حيث هناك الناحية العضويّة، وتعرف كذلك بالناحية الشكلية، والتي تتطلب تحديد الشّخص أو الجهاز Organe أو الإجراء الذي يشكل مصدرا له، وتوجد هناك الناحية الموضوعية أو المادّية، وتعرف بالناحية الوظيفية أيضا، وتهتم بفحص محتوى ذلك الموضوع أو الوظيفة التي يؤديها¹. ولقد خصّصنا لها الفرع الأوّل.

أما القسم الثاني فيضم المعايير الاقتصادية. وتتمثّل أساسًا في المعيار المالي الذي يدلّ على السعر الذي ذكرته المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01. بالإضافة إلى المعيار الإجرائي. ولقد اقتضت المنهجية معالجة هذا المعيار الأخير إلى جانب المعيار المالي رغم امكانية دراسته ضمن المعايير الإدارية الخالصة حيث إنّّه يهتم بإجراءات إبرام الصّفقة العموميّة التي تشكل موضوعا للقانون الإداري والذي يندرج إجراء إصداره ضمن التحليل العضوي لموضوعات ذلك القانون². غير أنّ الجانب الاقتصاديّ للعقد (والذي يتّحدّد من خلال محل العقد، وطريقة الوفاء بسعر العقد، وقيمة العقد على سبيل المثال) هو الذي إما أنّ يفرض تطبيق المبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة أو يستبعد ذلك عندما يكون ذلك الجانب منعدما أو ضعيفا جدا³. وبالتالي افترضنا أنّه من المعايير الاقتصادية في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة التي تطرق إليها في الفرع الثاني.

أوّلا: المعايير الإدارية الخالصة

ومبتدأ دراسة هذه المعايير لابد وأن يكون بالمعيار العضوي، لأنّه شرّط أوّل وضروري في قانون العقود الإدارية⁴ ومنها الصّفقات العموميّة إذ يعتبر قاسما مشتركا بين تعريف العقد الإداري والصّفقة العموميّة⁵ (الفقرة "أ"). لتتم بعده دراسة المعيار الموضوعي المتمثّل في محل العقد الذي يتطلب فحص مضمون الأداءات الاتّفاقية الموضوعية في التصرّف القانوني الاتّفاقي⁶، ولقد أشارت إليها المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 "بالمواد أو الخدمات". والذي يعتبر وسيلة جدية لتكييف التصرّفات القانونيّة⁷. وبالتالي تحديد معناها (الفقرة "ب").

¹ D. TRUCHET, préc., pp. 40-41 § 146.

² D. TRUCHET, préc., pp. 40-41 § 146.

³ L. MARCUS, préc., pp. 326-327 § 366.

⁴ V. F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », préc., p. 341 sq.

⁵ V. Ch. LAJOYE, préc., p. 51.

⁶ V. J.-M. PEYRICAL, « Marchés publics : notion », préc., § 133.

⁷ V. F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, préc. p. 33 § 28 : « Le critère juridique le plus sûr permettant de regrouper les contrats spéciaux réside dans l'objet du contrat [...] » ; C. BRENNER, préc., § 55. V. également F. LEHOUX, « La pénétration des notions civiles d'objet et de cause du contrat dans le contentieux des marchés publics », dans dossier : « Code civil et commande publique : quelles relations ? », CP-ACCP, 2016, n° 169, p. 40.

أ- الشَّخْصُ المعنويّ العام المتعاقد (المعيار العضوي)

يشترط في الصَّفقة العموميّة، كالعقد الإداري، أن يوجد هناك شَخْص معنويّ عام يكون الطرف المتعاقد¹. ولم يشذ القانون رقم 06-01 عن ذلك بما أنّه يستعير، لغرض التَّجْزِيم، معنى العقد عن القانون الإداري. فقد أشار هذا القانون إلى ذلك الشَّرْط في تعريف جرائم الفساد الخاصّة بالصَّفقات العموميّة إما بطريقة مباشرة (الفقرة 1) أو بطريقة ضمنيّة (الفقرة 2).

1- تحديد الأشخاص المعنويّة العامّة المتعاقدة في جرائم الفساد الخاصّة بالصَّفقات العموميّة مباشرة

أشارت المادّتان 26-2 و 27 من القانون رقم 06-01 بصراحة إلى الأشخاص العامّة التي يجب أن يتم التعاقد معها لكي تقوم الجريمة التي تعاقب عليها من الناحية القانونيّة. ولقد استعملت لهذا الغرض أسلوب القائمة التي تتألف في نفس النصين من ذات الأشخاص التي يمكن تقسيمها بالاستناد إلى معيار نشاط المرفق العموميّ إلى نوعين: المرافق العموميّة الإدارية والمرافق العموميّة الصناعية والتّجارية². فأما المجموعة الأولى فتشمل الدّولة والجماعات المَحَلّيّة والمُؤَسَّسات العموميّة الإدارية - التي عُبِّرَ عنها المادّة 26-2 "بالمُؤَسَّسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام"، والمادّة 27 "بالمُؤَسَّسات العمومية ذات الطابع الإداري". أما المجموعة الثانية فتضم، حسب نصوص التَّجْزِيم، المُؤَسَّسات العموميّة الاقتصاديّة والمُؤَسَّسات العموميّة ذات الطَّابع الصناعي والتّجاري. وللتذكير، فإنّ المُؤَسَّسات العموميّة ذات الطَّابع الصناعي والتّجاري تختلف عن المُؤَسَّسات العموميّة الإدارية بالنظر إلى ثلاثة معايير توصل إليها القضاء الفرنسي، وهي: 1- موضوع المرفق L'objet du service، 2- طريقة عمل المرفق Modalités de fonctionnement، 3- مصدر موارده L'origine de ses ressources³.

ويلاحظ منها أنّ جميع الأشخاص التي أشارت إليها تتميز بكونها شَخْصاً معنويّ، علماً أنّ القانون - غير الجنائي - يرتب على نوع الشَّخْص المتعاقد، إن كان شَخْصاً طبيعياً أو معنوياً، مجموعة من النتائج الهامة منها أنّ هناك بعض العقود تُخصَّص، بنصّ القانون، للأشخاص المعنويّة فقط⁴. وهذا بالتحديد ما يلاحظ على الصَّفقات العموميّة. فبالعودة إلى قانون الصَّفقات العموميّة يتبين أنّه منح للأشخاص المعنويّة لا غير صفة المصلحة المتعاقدة، وبالتالي حقّ استعمال عقد الصَّفقة العموميّة⁵. وعليه، فإنّ قائمة الأشخاص المتعاقدة في نصّ التَّجْزِيم تتطابق مع القانون غير الجنائيّ في هذا الجانب.

ومن الممكن أن تتغير طبيعة الشَّخْص المعنويّ العام أثناء حياته - كأن يتحول من مُؤَسَّسة عموميّة ذات طابع تجاري وصناعي إلى شركة خاصّة، والذي يختلف عن عملية خصصة رأسمال الشَّخْص العام Privatisation du capital⁶ التي تتجسد عندما يتم تحويل نسبة 50 بالمئة أو أكثر من رأسمال الشَّخْص العام إلى شَخْص من القطاع

¹ J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 78.

² V. P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif*, 6^e éd., France, Dalloz, 2014, pp. 49-51.

³ J.-H. STAHL, concl. Sur T.C., 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français*, R.F.D.A., n° 2, 2007, p. 284 sq.

⁴ V. A. BÉNABENT, préc., p. 40 § 28.

⁵ - ت.ص.ع.، المادّة 7.

⁶ V. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 5^e éd., France, L.G.D.J., 2016, p. 341 § 633.

الخاص¹، أو العكس تتغير طبيعتها من شخص خاص إلى شخص عام² تغيراً قد يُخرجُه من قائمة الأشخاص المتعاقدة المحددة في نصّ التجريم. وتطرح في هذه الحالة مسألتان. أولاً، الطبيعة القانونية للعقد. والقاعدة تقول أنّ نوع العقد، إداري أو مدنيّ، لا يتغير إذا تغيرت الطبيعة القانونية للشخص المعنوي المتعاقد، ما لم ينصّ القانون علا عكس ذلك، حيث تحتفظ العقود المبرمة قبل ذلك التغير والسارية أو التي انتهت تنفيذها بطبيعتها القانونية التي لا تتأثر بالطبيعة الجديدة للشخص المعنوي الذي أبرمها من قبل. وبعبارة أخرى، فإنّ تغير المعيار العضوي في عقد ما لا يؤدي إلى تعديل طبيعة العقد القانونية. أما العقود المبرمة بعد التغير، فإنّها تكون مدنية أو إدارية بحسب الطبيعة الجديدة للشخص المعنوي المتعاقد. ولمعرفة الطبيعة القانونية للعقد في هذه الحالة يجب الرجوع إلى وقت إبرامه³. وهي ليست مسألة هامة بشدة في هذه الدراسة، لأنّ نصوص التجريم غير واضحة بشأن نوع العقود التي تشكل المجال الماديّ لارتكاب الجريمة، إنّ كانت عقوداً إدارية فقط أم مدنية كذلك.

ثانياً، المسؤولية الجزائية عن جرمي المادّتان 26-2 و 27 من القانون رقم 06-01. وهذا هو الأهم، لأنّ نصوص التجريم حدّدت، بصفة حصرية، قائمة بالأشخاص المعنوية العامة التي يجب التعاقد معها لتحقيق الجريمة. وفي هذه الحالة يجب العودة إلى وقت ارتكاب الجريمة لا إلى وقت إبرام العقد لتحديدّها. فإذا ارتكب الفاعل الجريمة وكانت الإدارة المتعاقدة تخضع لنظام قانونيّ يخصّ أحد الأشخاص المذكورة في نصّ التجريم، فإنّ ذلك المساهم الجنائيّ يتحمل المسؤولية الجزائية عن فعله، حتى وإن طرأ التغير على طبيعتها القانونية بعد ارتكاب الجريمة. وهذا، بعكس ما إذا قام بالجريمة بعد حدوث التغير على النظام القانونيّ للإدارة العمومية المتعاقدة أين لا يسأل عن أيّ جريمة منها (لكنه قد يسأل على أساس جرائم الفساد ذات نطاق التطبيق العام كتلك المنصوص عليها في المادّتين 25 و 32 من القانون رقم 06-01). ومن باب الموافقة، فإنّ نفس الحل ينطبق على انتقال الشخص المتعاقد من نظام القانون الخاص إلى نظام القانون العام، وهذا أمر ممكن قانوناً⁴، حيث لا تنطبق جرمي المادّتان 26-2 و 27 في هذه الحالة، إذا ارتكب السُّلوك الماديّ قبل التحول في طبيعته القانونية (غير أنّه قد يسأل عن جريمة الرشوة في القطاع الخاص المحددة بالمادّة 40 من القانون السابق).

كذلك يلاحظ وجود فرق هام في طريقة تعاقد تلك الأشخاص بين جريمة المادّة 26-2 وجريمة المادّة 27 من القانون رقم 06-01. فالمادّة 27 تشترط بصراحة أنّ يكون التعاقد "باسم" الأشخاص العامة المذكورة فيها. وهذه الصياغة تدلّ -في الغالب من الحالات- في القانون الإداري على نظرية الوكالة الإدارية⁵، لأنّ من شروط الوكالة

¹- V. S. NICINSKI, préc., p. 341 § 632.

²- V. J.-M. PONTIER, « La personnalité publique, notion anisotrope », R.F.D.A., 2007, n° 5, p. 979 sq.

³- V. B. DELAUNAY, « Qualification du contrat et changement de qualité d'un cocontractant », note sous T.C., 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français, R.F.D.A., 2007, n° 2, p. 290 sq.

وفي الحقيقة، توجد هناك نظريتان متعارضتان حول المسألة: نظرية تحوّل العقد La thèse de la transformation du contrat التي تقتضي تغير طبيعة العقد بتغير النظام القانوني للشخص المعنوي، ونظرية استمرارية العقد La these de la continuité du contrat التي تهدف بعكسها إلى المحافظة على طبيعة العقد كما هي عند إبرامه في أوّل الأمر. ويستند كلاهما إلى حجج قوية. يراجع: J.-H. STAHL, préc., p. 284 sq.

⁴- V. J.-M. PONTIER, préc., p. 979 sq.

⁵- V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 400 ; B. SEILLER, préc., § 185 ; F. LICHÈRE, « L'évolution du

الإدارية أن يُوقع الشَّخص الخاصَّ العقد، وهو ذو الطبيعة الإدارية بسبب الوكالة، باسم الشَّخص العام¹. فقد يتصرَّف شَخْص من القانون الخاصَّ باسم ولحساب شَخْص عام، بناءً على وكالة، والذي يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق نفس النصوص القانونية التي يخضع لها المُوكَل (الشَّخص العام)، وبالتحديد احترام قانون الصَّفقات العموميَّة عندما يُبرم عقوداً مع شَخْص آخر من القانون الخاص². ومن أبرز الأمثلة عن الوكالة التي تفرض احترام قواعد الصَّفقات العموميَّة ما نصت عليه المادَّة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 -المستوحاة من القانون الفرنسي³ - بقولها: "تخضع الصفقات العمومية المبرمة من طرف صاحب مشروع منتدب باسم ولحساب صاحب مشروع طبقاً لاتفاقية إشراف منتدب على مشروع، لأحكام هذا الباب". بمعنى أحكام الصَّفقات العموميَّة الواردة بالمرسوم السابق. وتعتبر الوكالة إستثناءً من المعيار العضوي، لكنها تؤدي إلى اعتبار العقد إدارياً، وبانعدامها مدنياً⁴. ذلك أنَّه في هذه الحالة يتصرَّف الشَّخص الذي ينتمي إلى القانون الخاصَّ كنائب عن الشَّخص العام، وهو ما يستوجب، طبقاً لنظرية الإنابة في التعاقد، أن يكون هذا الشَّخص العام بمفرده طرفاً في العقد، وملزماً قانوناً به، وبدون أن يكون النائب الذي تولى تمثيله في عمليَّة الإبرام، وتصرَّف أثناء ذلك باسمه ولحسابه طرفاً فيه وملزماً قانوناً به كذلك⁵.

لكن يبدو أنَّ المادَّة 26-2 لم تأخذ هذه الحالة بالاعتبار، لأنَّها تشترط أن يتم التعاقد "مع" الشَّخص العام وليس باسمه. ولكنه إستثناء نسبي. فمن الممكن تطبيقها على تلك العقود في حالة الشَّخص الظاهر Association transparente⁶ ويعتبر الشَّخص الخاصَّ كشَّخص ظاهر في القانون الإداري عندما يكون في وضعية تَبعية وثيقة بشخص معنوي عام⁷. ولقد اعتبر القضاء الإداري عقوده أنَّها مبرمة مباشرة من طرف الإدارة العموميَّة لا لحسابها كما هو الشأن في الوكالة الإدارية، ولهذا تعتبر عقوده إدارية لاسيما إذا كانت لها علاقة بتنفيذ مرفق عمومي، ويعتبر الشَّخص العام طرفاً فيها، وبالتالي لا تشكل إستثناءً من المعيار العضوي⁸. وتستخدم هذه الأشخاص في مجال الصَّفقات العموميَّة لإبرام عقود بدون الخضوع للإجراءات الشكلية الملزمة، والموجودة في قانون الصَّفقات العموميَّة؛ والتي يترتب عن اللجوء إليها ارتكاب جريمة المحاباة حسب ما ذهب إليه القضاء الجزائي الفرنسي⁹.

بل حتى المادَّة 27 من القانون رقم 06-01 تبدو ناقصة في هذا الصَّد كذلك. وهذا، لأنَّها تشترط أن يكون

critère organique du contrat administratif », préc., p. 341 sq.

¹- B. SEILLER, préc., § 186.

²- J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 82.

³- فقد نصت عليها المادَّة 3 من القانون الفرنسي رقم 85-704 مؤرخ في 12 يوليو سنة 1985 المتعلِّق بالإشراف العمومي على مشروع. وتُعرف هناك باسم تفويض الإشراف على المشروع Délégation de maîtrise d'ouvrage. يراجع:

J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 85.

⁴- V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 400.

⁵- V. B. SEILLER, préc., § 185.

⁶- ترجمنا تعبير Association transparente إلى الشَّخص الظاهر قياساً على شركة المحاصة التي "ليس لها وجود ظاهر أمام الغير" (نقلاً عن: م. ف. العربي، المرجع السابق الفقي، الشركات التجارية، ط. 1، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 171 الفقرة 109)، كالإدارة العموميَّة التي لا يكون لها وجود ظاهر أمام المتعاقد معها الذي يعتقد بأنَّه يتعاقد مع شَخْص آخر الذي تظهر تلك الإدارة من خلاله.

⁷- P.-L. FRIER, J. PETIT, préc., p. 466 § 719.

⁸- P.-L. FRIER, J. PETIT, préc., p. 467 § 719.

⁹- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 83.

العقد مبرما باسم شخص عام فحسب. وهناك عقود إدارية تبرمها أشخاص خاصة باسمها ولكن لحساب شخص عام بدون وجود أية وكالة بينهما¹. ويبدو أنّ هذه العقود تخرج عن نطاق جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. ولهذا كان يجب على المشرع الجزائري أن يقول: "باسم أو لحساب" الأشخاص العامة، لكي تصلح المادة 27 السابقة للتطبيق على الحالتين السابقتين معا. كما أنّ ذلك يؤدي إلى إخراج عقود أخرى يبرمها شخصان من القانون الخاص والتي تعد إدارية لا لكونها تمت بناءً على إنابة إدارية، وإنما لأنها تابعة لعقد إداري، حيث إنّ الفرع يتبع الأصل في هذا الصدد². ويرجع سبب ذلك الاقصاء إلى تخلف شرط الإبرام باسم الشخص العام فيها. لكن، قد يعاقب عليها بناءً على التكييف الجنائي الاحتياطي -إن صح هذا التعبير الأخير- المتمثل في جريمة رشوة الموظفين العموميين المنصوص عليها في المادة 25 من القانون أعلاه، إذا توفرت جميع شروطها القانونية.

كما يلاحظ أنّ أسلوب القائمة المستعمل في نصوص التجريم السابقة يحترم مبدأ الشرعية الجنائية كذلك، لأنّه حصر شروط وحالات تطبيق الجريمة. لكنه يطرح مشكلتان تعكسان النقص الذي يعتريه. فأوّلًا، تطرح القائمة الحصرية مشكلة تطابقها مع القائمة الأصلية الموجودة في تنظيم الصفقات العمومية³. ويعتبر أول انتقاد يواجه المعيار العضوي في المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. فبرغم أنّ نصوص التجريم شملت أهم الأشخاص العامة التي تخضع لقانون الصفقات العمومية، إلا أنّها تجاهلت أشخاصا أخرى اعتبرها ذلك القانون من نطاقه. كما أنّها نصت على أشخاص استثناءها هذا الأخير من نطاقه. ففيما يتعلّق بالحالة الأولى، كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني تخضع وجوبا في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁴ لأحكام قانون الصفقات العمومية⁵. غير أنّ المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 لم تذكرها⁶. كما أنّها لم تعد مؤسسة عمومية إدارية⁷ حتى يمكن تطبيق جريمة استغلال النفوذ أو جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية عليها. فإذا كان الهدف منها حماية المال العام، وبخاصة جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية في حالة الزيادة في الأسعار لمصلحة الفاعل في الجريمة، فكيف لا تُطبّق على عقود تلك المؤسسات التي "تعتمد في تمويلها كلياً على الخزينة العامة"⁸.

أما بالنسبة إلى الحالة الثانية، فإنّ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 استثنى من نطاق تطبيقه العضوي المؤسسات

¹- V. B. SEILLER, préc., §§ 186-187.

وحول كيفية التعرّف على هذه العقود من طرف القاضي الإداري، يراجع: نفس المرجع، الفقرة 191.

²- يراجع حول هذه الحالة: L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 115 § 193.

³- هذا التعارض لا يخص القانون الجنائي، بل نلتقيه في قانون المنازعات الإدارية أيضا. يراجع: م. غانية، الاختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة سيدي بلعباس، 2019/2018، ص 44-47.

⁴- ج.ر. رقم 58 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، ص 3.

⁵- يراجع: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 54-55.

⁶- يراجع: ع. حاحا، المرجع السابق، ص 163-164.

⁷- يراجع: م. غانية، المرجع السابق، ص 45-46.

⁸- الاقتباس منقول عن: م. غانية، المرجع السابق، ص 47.

العمومية الاقتصادية¹. بينما لا زالت المادّتان 26-2 و 27 من القانون رقم 06-01 تعتبرها من الأطراف المتعاقدة لتحديد مُكَوّنات الجرائم التي تنصّ عليها. وكانت هذه المؤسسات تخضع في القديم لأحكام قانون الصّفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي² عندما كانت جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العمومية موجودة في قانون العقوبات، قبل أن يعتبرها المُشرّع من الأشخاص المستثناة من نطاق تطبيق ذلك القانون في سنة 1988³. ومن المتفق عليه أن نطاقه في القانون الإداري ليس ثابتاً، وإنما يتغير بشكل دائم (وهذا في الحقيقة حال المعايير الأخرى المادّي منها والمالي أيضاً حيث إن نطاقها، وبالتالي نطاق عقود الصفقات العمومية، في تغير مستمر)⁴.

غير أن القاعدة عند الفقه الإداري تقضي بأن العقد الذي يبرمه شخص معنوي لم يذكره النصّ المتعلّق بالمعيار العضوي في قانون الصفقات العمومية لا يمكن اعتباره صفقة عمومية⁵. الأمر الذي يعني أن المادّتان 26-2 و 27 تشمل تصرّفات قانونية لا تعتبر كصفقة عمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247.

لكن، كيف يستطيع القاضي الجزائي تحيين المعيار العضوي في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العمومية دون الحاجة إلى نصّ تشريعي لاحق -على التغير الذي طرأ على نطاق ذلك المعيار في القانون الإداري- يقرّر ذلك بالنسبة إلى تلك الجرائم. فهو لا يستطيع التعديل على النصّ الجنائي أو الإضافة إليه بدون مخالفة مبدأ الشرعية الجنائية الملزم له⁶. يبدو أن الحل -الذي يحترم مبدأ الشرعية الجنائية، وقاعدتي التفسير الضيق للنصّ الجنائي وحظر القياس في مجال التجريم- يكمن في تعديل نصّ التجريم من طرف المُشرّع بصورة دورية. لكن إجراءات تعديل التشريع تختلف عن إجراءات تعديل التنظيم بحيث أنّها تحتاج لمُدّة طويلة من الوقت. مما سيؤدي إلى إفلات المُجرمين من العقاب خلال الفترة ما بين تعديل قانون الصفقات العمومية وتعديل نصّ التجريم تبعاً لذلك. ما يعني أن التوحيد بين المعيار العضوي في القانون رقم 06-01 بصيغته الحالية وفي قانون الصفقات العمومية أمر صعب وتترتب عنه آثار سلبية لمكافحة الفساد من الناحية العملية. كما قد يتمثّل الحل في استعمال طريقة التجريم بالإحالة *Incrimination par renvoi*⁷، كأن يشير نصّ التجريم إلى أن التصرف القانوني المُكوّن للجريمة يجب أن يبرم من طرف نفس الأشخاص المعنوية المشمولة بنطاق تطبيق القانون الأساسي للصفقات العمومية. وهذا سيضمن تطابق نصّ التجريم مع المعيار العضوي في قانون الصفقات العمومية دون الحاجة إلى تعديل نصّ التجريم كل مرة. ما لم يكن الغرض من الجريمة حماية عقود أخرى تبرمها أشخاص معنوية أخرى لا ينصّ عليها قانون الصفقات العمومية

¹ - ت.ص.ع.، المادّة 9.

² - ج.ر. رقم 15 مؤرخ في 23 أبريل سنة 1982، ص 740.

³ - يراجع: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 46-47.

⁴ - J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 76.

⁵ - ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 45.

⁶ - V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 4^e éd., France, Ellipses, 2017, p. 120 § 118.

⁷ - التجريم بالإحالة يقتضي وجود قاعدة جنائية تحدّد السلوك المُجرّم وتعاقب عليه، وقاعدة قانونية أخرى تعطيه مضمونا بدون أن تعاقب عليه. C. LOMBOIS, préc., p. 18.

أو أخرجها من نطاق تطبيقه بعد أن كانت تندرج ضمنه. ولهذا تبدو تقنية الإحالة الخارجية قاصرة أيضا. كما أنّها تخالف مبدأ وضوح النصّ الجنائيّ عندما تؤدي الإحالة إلى الرجوع إلى عدّة نصوص قانونية¹. الأمر الذي يثير الشكّ حول أهميّة إفراء جرائم خاصّة لمحاربة الفساد في مجال الصّفقات العموميّة، بينما يمكن لجرائم فساد ذات ميدان تطبيق عام (كجريمة رشوة الموظفين العموميين، المادة 25، وجريمة استغلال النفوذ، المادة 32) تحقيق نفس الهدف بنفس الفعالية. فعلى الأقل، لا تطرح مسألة المعيار العضوي المتعلّق بالعقد فيها. كما أنّها تسدّ النقص الموجود في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة في هذا الموضوع، بحيث إنّها تُطبّق على صّفقات الأشخاص المعنويّة العامّة غير المذكورة في نصوص التّجريم والتي يعتبرها قانون الصّفقات العموميّة كمصلحة متعاقدة مما يوفر للجهة القضائية الجزائية حلا بديلا ومطابقا لمبدأ الشرعيّة الجنائيّة للمعاقبة على نفس أفعال الفساد في تلك العقود². غير أنّ هذا الحل يتعارض مع المساواة في المعاملة التي تميز بعض جرائم الفساد في مجال الصّفقات العموميّة، وبالتحديد جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة. حيث إنّها تخضع لعقوبات أصلية مُشدّدة جدا مقارنة مع جريمة الرشوة المنصوص عليها في المادة 25 من القانون رقم 06-01.

ثانيا، تثير القائمة الحصريّة السؤال حول تطبيق جرمي استغلال النفوذ والرشوة في مجال الصّفقات العموميّة على العقود من القانون الخاصّ. فالعقد المبرم بين شخصين من القانون الخاصّ ليس إداريا³. كذلك لا تعدّ صّفقة عموميّة، وإن كانت متعلّقة بإنجاز أشغال، أو توريد لوازم، أو أداء خدمات⁴. فهذه العقود تعتبر من عقود القانون الخاصّ⁵، وذلك لأنّ وجود شخص معنويّ عام كطرف متعاقد ضروري لتكييف العقد بالإداري⁶. أما الطرف الآخر فيجوز أن يكون شخصا خاصّا أو عاما بدوره⁷. وإنّ هذا ما يجب أن ينتج عن المعيار العضوي المستخدم في المادتين 26 و27 من القانون رقم 06-01. لكن مشكلته تكمن في أنّه لا يستطيع برغم ذلك استبعاد العقود الخاصّة التي تعدّ الإدارة العموميّة طرفا فيها من نطاق الجريمة. فتلك القرينة -ومضمونها الطابع المدني للعقد⁸ - ليست مطلقة⁹. فالعقود التي تبرمها الأشخاص المعنويّة العامّة قسمان: العقود المدنيّة التي تخضع للقانون المدني¹⁰ التي يظهر فيها ذلك الشّخص بمنزلة الأفراد العادية مجرّدا من سلطاته وامتيازاته العامّة المعترف بها في القانون الإداري¹¹. غير أنّ

¹ V. C. LOMBOIS, préc., p. 20.

² وهذا ما لاحظته مثلا حاحا الذي يرى أنّ جريمة رشوة الموظفين العموميين في المادة 25 تنطبق على الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة للأشخاص العامة المستثناة من نطاق المادة 27. غير أنّه يقترح ضم هذه الصّفقات إلى المادة 27 لإخضاع "جميع السلوكات المخلة بنزاهة الصّفقات العمومية مهما كانت طبيعة نشاط الجهة أو المصلحة المتعاقدة بشرط أن تكون من أحد الأشخاص المعنويّة العامة" على حدّ قوله. ع. حاحا، المرجع السابق، ص 164.

³ Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 399.

⁴ J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 82.

⁵ R. ROMI, N. BERNARDINI, V. LAMY (dir.), préc., p. 8.

⁶ V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 399.

⁷ J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 115 § 109.

⁸ وتدعى بالّلغة الفرنسية *Présomption de caractère civil de l'acte*. يراجع:

B. SEILLER, préc., § 182.

⁹ V. B. SEILLER, préc., §§ 182-183.

¹⁰ J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 110 § 106.

¹¹ وهذا ما يستخلص من قول بوضياف بشأن سلّطة تعديل العقد بإرادة منفردة: "تعدّ سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميّز العقد الإداري عن غيره من

وصف الشَّخص العام ينطبق عليها حتى وإنْ ظهرت في إطار العلاقة العقدية بذلك المظهر. فالإدارة العمومية تتخلى، في إطار العقود الخاصة، عن سُلطاتها العامة، أما طبيعتها، باعتبارها شخصا عام، فتبقى على حالها، لأنَّها من آثار القانون العام الذي تخضع له¹. وهناك إلى جانبها العقود الإدارية ذات الطبيعة الاتفاقية نظرا لأنَّها تتكون بالتقاء إرادتين أو أكثر²، والتي تخضع لنظام قانوني خاص يتميز عن نظام العقود المدنية الذي يهدف إلى المحافظة على مصالح السُلطة العمومية³. ومنه يبدو أنَّ المعيار العضوي بمفرده لا يستبعد تطبيق الجريمة على العقود المدنية للإدارة العمومية. ففي القانون الإداري، هناك معايير أخرى استخلصها القضاء الإداري -الفرنسي- يمكن على ضوءها التعرف على العقد الإداري. فالعقد الذي يكون الشَّخص العام طرفا فيه لا يكون إداريا إلا إذا كان مرتبطا بتنفيذ مرفق عمومي أو يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون المدني⁴. والتي لا نجد في نصوص التَّجريم أية إشارة إليها، صريحة كانت أو ضمنية. مما قد يعني أنَّ العقود المعنية بالجرائم التي تأخذ بذلك المعيار تقوم في الحالتين. وما يهم فيها هو أنَّ تكون إحدى الأشخاص العامة المذكورة في نصِّ التَّجريم طرفا فيها.

أكثر من ذلك إنَّ جريمة المادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01 -بعكس المادَّة 27 التي تُطبَّق على ما يُبرَّم باسم الشَّخص العام الذي تحدِّده⁵- بصياغتها الحالية قد تشمل عقودا خاصة لا تكون فيها الإدارة العمومية طرفا أصيلا. وتتمثَّل هذه الحالة في قيام الإدارة العمومية، بناءً على وكالة، بإبرام عقد باسم شَّخص من القانون الخاص⁶. وسبق وأنَّ حكم مجلس الدَّولة الفرنسي بتاريخ 3 يونيو 2009 في قضية Office public d'aménagement et de construction (OPAC) du Rhône⁷، وقد تعلقت بدعوى إدارية استعجالية مرفوعة قبل التعاقد⁸، بأنَّه "يتبين من وثائق الملف المعروض على قاضي الاستعجالات بأنَّ الديوان العمومي للتهيئة والبناء التابع لمدينة Rhone، وهو يتصرَّف لحساب شركة السكنات ذات الإيجار المتوسط Gabriel Rosset، وهي شَّخص معنوي يخضع للقانون الخاص، وليس لحسابه الشَّخصي شرع في إجراء طلب العروض من أجل منح صَفقة بناء على سندات الطلبية يتمثَّل موضوعها في إستئجار تجهيزات خاصة بتأمين الشقق غير المسكونة أو عقارات الإسكان قبل تهيئتها أو هدمها؛ حيث إنَّ عقد التوريد من هذا القبيل المبرم من جانب شَّخص عام تصرَّف على أساس الإنابة ولحساب

عقود القانون الخاص. فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيًا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل. فإنَّ العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة". ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 211-212.

¹- V. A. HASTINGS-MARCHADIER, préc., p. 683 sq.

²- J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 110 § 106.

³- Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 397.

⁴- Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 401.

⁵- وتحميل عبارة "باسم" المستخدمة في نصِّ المادَّة 27 إلى نظرية الوكالة الإدارية أين ينوب شَّخص من القانون الخاص عن الإدارة العمومية ويتعاقد باسمها ولحسابها مع الغير. يراجع:

F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », préc., p. 341 sq.

⁶- Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 400.

⁷- ذكره: Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 400.

⁸- Référé administratif précontractuel.

شخص خاص من أجل سد الحاجات الخاصة بهذا الأخير يعتبر عقدا من القانون الخاص¹. يضيف مجلس الدولة الفرنسي أن: "اختيار هذا الديوان تطبيق قواعد الإبرام المفروضة بموجب تقنين الصفقات العمومية لا يؤثر على طبيعة هذا العقد، فقط الصفقات المبرمة بالتنفيذ لتقنين الصفقات العمومية، بمعنى الصفقات التي تدخل في نطاق تطبيقه والذي تخرج منه الأشخاص المعنوية من القانون الخاص، يمكن أن توصف بأنها صفقات عمومية بمقتضى المادة 2 من القانون المؤرخ في 11 ديسمبر 2001"².

يتبين من هذا الحكم القضائي الإداري أن العقود التي لا تكون الإدارة العمومية طرفا أصيلا فيها تعتبر كعقد خاص وليس صفقة عمومية، حتى لو قام الشخص العام المكلف بالتعاقد بالنيابة عن الشخص الخاضع للقانون الخاص بإبرام ذلك العقد حسب قواعد قانون الصفقات العمومية. فإذا كانت جريمة المادة 26-2 القانون رقم 01-06 لا تشترط أن يكون التصرف القانوني مبرما باسم "الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"، فهذا معناه أن الجريمة يمكن أن تقوم حتى لو كانت الإدارة العمومية مجرد وكيل في العقد، ما دام النائب في التعاقد من الأشخاص المدرجة ضمن ميدان ارتكابها، كأن تقوم مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري بإبرام عقد باسم شخص آخر لا يثير انتماءه إلى القانون الخاص أية اشكالية، فيقوم هذا التاجر المتعاقد مع الشخص الخاص باستغلال سلطة أو تأثير عون عمومي تابع لتلك المؤسسة النابتة عن الشخص الخاص، بهدف التعديل، لصالحه، على نوعية المواد المتفق عليها.

¹- C.E., 3 juin 2009, *Office public d'aménagement et de construction (OPAC) du Rhône*, req. n° 324405, *Tables Lebon*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000020869447/> (19/03/2023) : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'OPAC DU RHONE, agissant non pour son propre compte mais pour le compte de la SA d'HLM Gabriel Rosset, personne morale de droit privé, a lancé une procédure d'appel d'offres ayant pour objet l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur la location de matériels destinés à la sécurisation d'appartements inoccupés ou d'immeubles d'habitation avant réhabilitation ou démolition ; qu'un tel contrat de fourniture conclu par une personne publique agissant sur mandat et pour le compte d'une personne privée au titre des besoins propres de cette dernière est un contrat de droit privé ; [...] ».

²- C.E., 3 juin 2009, *Office public d'aménagement et de construction (OPAC) du Rhône*, req. n° 324405, préc. : « [...] que la circonstance que l'office ait choisi d'appliquer des règles de passation posées par le code des marchés publics est sans incidence sur la nature de ce contrat, seuls les marchés passés en exécution du code des marchés publics, c'est-à-dire entrant dans son champ d'application dont sont exclues les personnes morales de droit privé, pouvant être qualifiés de marchés publics en vertu de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 ; que de même, la circonstance qu'aux termes de l'article L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation : Les marchés conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics , est sans incidence sur la nature du contrat et la compétence juridictionnelle pour connaître de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence qu'elle institue ; qu'en effet, l'article 24 de cette ordonnance ne confie la compétence au juge administratif des référés pour connaître de tels manquements que pour les seuls contrats administratifs ; qu'en conséquence, le marché de fourniture litigieux conclu par l'OPAC DU RHÔNE mandataire de la SA d'HLM Gabriel Rosset est un contrat de droit privé et les litiges relatifs à la passation de ce contrat, tels ceux liés à la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence posées par les dispositions de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005, relèvent de la seule compétence du juge judiciaire ; que, par suite, en annulant la procédure de passation du marché susvisé et les décisions de l'OPAC DU RHONE relatives à sa dévolution et en enjoignant à l'OPAC de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon s'est prononcé sur des conclusions qui échappent à la compétence de la juridiction administrative ; que son ordonnance du 7 janvier 2009 doit, par suite, être annulée ; ».

2- الاستعانة بمعيار قريب من المعيار العضوي المطبق على العقد الإداري لإثبات التعاقد مع شخص

معنوي عام في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

لم يستخدم المشرع الجزائري المعيار العضوي في جميع جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فقد تجاهل ذلك المعيار في جريمة المحاباة (المادة 26-1) التي لم يصف فيها المشرع العقد المعني بها بالعمومي، وهو الوصف الذي يشير إلى وجود شخص عام في العقود¹، مما قد يثير الشك حول امكانية تطبيقها على العقود الخاصة بين الأفراد أيضا، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية (المادة 27). غير أن اشتراط المعيار العضوي فيهما يبدو ممكنا قانونا باللجوء إلى معيار غير مباشر. بحيث يمكن أن نستدل عليه بالموظف العمومي الذي يعد في الجريمتين السابقتين الفاعل الذي يجب أن يرتكب الجريمة. إذ إن تواجد الموظف العمومي يفترض بالضرورة تواجد شخص عام. حيث إن الأشخاص المستخدمة لدى الشخص العام هي الوحيدة التي تكتسب في العادة صفة العون العمومي، كما أكد Chapus². وتعتبر هذه الرابطة شرطا أساسيا Exigence primordial من أجل اكتساب صفة العون العمومي في القانون الإداري³.

لكن، تجب الملاحظة أن تعريف الموظف العمومي بحسب القانون الإداري لا يسري على جرائم الفساد. وإنما وضع له القانون رقم 06-01 تعريفا خاصا يتميز بطابعه الواسع بالمقارنة مع تعريفه في القانون الإداري⁴. وبالتالي يستخلص المعيار العضوي في التصرفات القانونية المشار إليها في المادتين 26-1 و 35 بالرجوع إلى نص المادة 2-ب من القانون السابق. ومن شأن ذلك تفادي بعض عيوب الاستعمال المباشر للمعيار العضوي. حيث يمكن إدراج العقود التي تصدر عن شخصين ينتميان كليا إلى القانون الخاص ضمن نطاق الجريمة، لأن ذلك المفهوم يشمل حسب القانون رقم 06-01 الشخص "الذي يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة [...] أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية" (المادة 2-ب).

غير أن من نقائص هذا المعيار -غير المباشر- كسالفه أن الموظف العمومي يتدخل في إبرام وتنفيذ عقود من القانون الخاص أيضا سواء كانت بين إدارة عمومية بوصفها طرفا أصيلا وبين شخص آخر من القانون الخاص، أو بين شخصين من القانون الخاص بناء على إنابة من أحدهما والتي تعتبر في هذه الحالة الأخيرة عقدا من القانون الخاص، طبقا لرأي مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 3 يونيو سنة 2009 في قضية Office public d'aménagement et de construction (OPAC) du Rhône، ولو اتبعت الإدارة العمومية في ذلك إجراءات التعاقد المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية⁵، كما ذكرنا من قبل. ومن المحتمل جدا أن تطبق جريمة المحاباة على هذه الحالة أيضا بخاصة لأن النص الجنائي لا يشترط أن يكون العقد أو الاتفاقية أو الصفقة خاضعا وجوبا

1- V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 468 § 957.

2- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 8^e éd., France, Montchrestien, Liban, Delta, p. 19 § 15 : « [...] seuls ceux qui sont les employés d'une personne publique sont normalement susceptibles d'avoir la qualité d'agent public [...] ».

3- R. CHAPUS, préc., p. 19 § 15.

4- يراجع حول هذا التعريف: هذه الدراسة، ما يأتي.

5- C.E., 3 juin 2009, *Office public d'aménagement et de construction (OPAC) du Rhône*, req. n° 324405, préc.

للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصّفقات العموميّة.

ب- موضوع الصّفقة العموميّة (المعيار المادّي)

توجد على صعيد القانون الإداري ثلاثة تعريفات للصّفقة العموميّة¹ يمكن ترتيبها حسب تقسيمات المصادر الشكلية للقاعدة القانونية في النظرية العامة² كما يأتي. أولاً، التعريف التشريعي. ونجده في النصوص القانونية المتعلقة بهذه العقود. حيث تنصّ المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنّها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والولائم والخدمات والدراسات". وهناك ثانياً، التعريف القضائي الذي وضعه مجلس الدولة الجزائري الذي يرى أنّ الصّفقة العموميّة هي "[...] عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاوله أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات [...]".³ وأخيراً، هناك التعريف الفقهي الذي لا يخرج كثيراً عن التعريفين التشريعي والقضائي. إذ يقصد بها: "عقد يُبرم من طرف شخص عام من أجل أداء عمل ينصب على عقار أو خدمات أو توريد أموال منقولة مقابل سعر تدفعه الإدارة العموميّة"⁴.

والملاحظ من هذه التعريفات القانونية أنّ المحل -ومعناه في الصّفقات العموميّة يختلف عنه في القانون المدني، حيث يشير إلى محل الأداء التي يجب على المتعاقد مع الإدارة العموميّة القيام بها ولا يشير محل الالتزامات⁵- يحتل فيها مكانة هامة. حيث إنّّه يساهم، قبل أيّ شيء آخر، في عمليّة تحديد إجراء التعاقد المناسب التي تقوم بها الإدارة العموميّة للاختيار بين الإجراءين العام والاستثنائي بالنظر إلى خصائص الحاجة التي تريد تلك الإدارة قضاءها⁶. وهذه العمليّة هامة جداً: فقد يترتب عن أيّ خطأ فيها بطلان العقد⁷. الأكثر من ذلك أنّه يشكل معياراً لتمييزها من جهة عن الأعمال الإدارية الأخرى (غير الاتفاقية). فالتصرّف القانوني الذي ليس له محل معين -ومُدّة محدّدة وشروط خاصّة بثمنه (وهذه المسائل جميعاً يجب أن تكون موضوع بنود يتضمنها العقد⁸)- لا يُلزم الإدارة العموميّة

¹ - يراجع حولها: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 35-43. مع الملاحظة أنّ بوضياف استعرض تعريف العقد الإداري عند الكلام عن التعريف الفقهي. مما اقتضى منا أن نبحث عن تعريف فقهي للصّفقات العموميّة.

² - وتنقسم إلى مصادر شكلية رسميّة، وتشمل التشريع والتنظيم، ومصادر تفسيرية يوجد الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي الذي يأتي في الدرجة الثانية بعد القضاء. يراجع حول المصادر السابقة: ع. فيلال، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 203-284.

³ - مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 17 ديسمبر 2002، ملف رقم 6215 فهرس رقم 873، قضية: (رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة) ضد (ق.أ)، غير منشور، ذكره: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - Ch. LAJOYE, préc., p. 28 : « (...) il est possible de définir le marché public comme un contrat passé par une personne publique - à l'exclusion des établissements publics à caractère industriel ou commercial nationaux - afin d'obtenir une prestation de travail immobilier, de services ou la fourniture de biens meubles moyennant un prix payé par la personne publique ».

وهذا التعريف ينتج -حسب Lajoie- من أحكام القضاء والفقهاء المتبعين في فرنسا.

⁵ - L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », préc., p. 13 sq.

⁶ - F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 31.

⁷ - F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 31.

⁸ - ت.ص.ع.، المادة 95.

التي أمضت عليه، لأنّه لن يعتبر كعقد¹. مما يثبت بخصوص المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 التي أشارت إليه أنّها تتعلّق بعقد. كما أنّه يميّزها عن غيرها من العقود الإدارية، من جهة أخرى، وهو الغرض الأساسي من معالجة هذا المعيار في هذا الجزء من الدّراسة. حيث إنّ الغاية من تعريف شيء ما في القانون تتمثّل في رسم حدوده².

وكمعيار السعر، كما سوف نرى، فإنّ أنواع محل العقد التي أشارت إليها المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 تنطبق على محل الصّفقات العموميّة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247. فبحسب المادّة 26-2 يجب أن ينصب التعديل المرجو الناجم عن استغلال سلّطة أو تأثير موظف عموميّ من طرف المتعاقد مع الإدارة العموميّة على نوعية الموادّ أو الخدمات. والتي يمكن أن تقابلها في قانون الصّفقات العموميّة الصّفقات المتعلّقة باللوازم والخدمات³. وبالتالي يجعل المعيار السابق العقود الإدارية الخاصّة الأخرى التي يختلف محلها عن ذلك خارج نطاق الجريمة، وبالتحديد اتّفاقية تفويض المرفق العموميّ التي يتمثّل فيها محل العقد في تسيير مرفق عموميّ⁴. ويقصد بالمرفق العموميّ الذي بدونه لا يوجد تفويض⁵: "نشاط يرتبط بمصلحة عامة يضمّنه شخص عام أو يضطلع به"⁶.

لكن، من عيوب معيار محل العقد كما جاء في المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 أنّه لا يسمح باستبعاد العقود الخاصّة من نطاق جريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العموميّة. ذلك أنّ أنواع المحل التي ذكرها نصّ التّجريم كما تشكل محلاً لصّفقة عموميّة، قد تشكل محلاً لعقود مقابلة لها في القانون الخاصّ أيضاً، كعقد المقاوله وعقد التوريد التي قد تلجأ إليها الإدارة العموميّة عوضاً عن الصّفقات العموميّة⁷. الأمر الذي يفترض تطبيق جرائم الفساد المحدّدة بالمادّتين 26 و 27 من القانون السابق على مختلف العقود التي تبرمها الإدارة العموميّة. كذلك قد يخرج من نطاق الجريمة عقد الصّفقة العموميّة للأشغال. فعبارة الموادّ في جريمة المادّة 26-2 -والنصّ الفرنسي لا يساعد في تفسّيرها حيث ذكر عبارة Denrées التي تشير كما سوف نبين إلى الموادّ الغذائيّة- تفيد اللوازم في قانون الصّفقات العموميّة⁸. وعبارة الخدمات في نصّ التّجريم تفيد إنجاز الدّراسات، وهي عبارة عن خدمات فكرية⁹، حتى وإن لم يذكرها النصّ التّجريمي بشكل صريح، لأنّ لفظ الخدمات، Services باللّغة الفرنسية، التي تعتبر كموضوع للصّفقات العموميّة حسب المادّة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247) يشمل في مفهوم قانون الصّفقات العموميّة، فوق الأداءات المادّيّة، الأداءات الفكرية Prestations intellectuelles أيضاً¹⁰. كما أنّها تفيد تقديم

¹- L. RICHER, F. LICHERE, préc., p. 155 § 271.

²- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 18 § 1.

³- يراجع: ت.ص.ع.، المادّتان 2 و 29.

⁴- M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., § 54.

⁵- M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., § 55.

⁶- التعريف للفقهاء Chapus، نقلاً عن:

M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., § 56.

⁷- V. L. RICHER, F. LICHERE, préc., p. 395 et 400 §§ 783 et 794.

⁸- ت.ص.ع.، المادّة 29 (الفقرة 6).

⁹- ت.ص.ع.، المادّة 29 (الفقرة 10).

¹⁰- V. L. RICHER, F. LICHERE, préc., p. 401 § 796.

الخدمات في قانون الصّفقات العموميّة أيضا. والتي تختلف عن إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم في ذلك القانون¹. بينما نجد أنّ إنجاز الأشغال يتمثّل في قانون الصّفقات العموميّة في: "إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف المقاول"². ويختلف ذلك المدلول عن الموادّ والخدمات. ولهذا يبدو أنّ جريمة المادّة 26-2 تشمل من الصّفقات العموميّة تلك المتعلّقة باللوازم والخدمات والدراسات. أما الصّفقات العموميّة للأشغال فتخرج من نطاقها عندما يتمثّل غرض الفاعل في التعديل على نوعية الموادّ أو الخدمات في إطار تلك الصّفقات.

ثانيا: المعايير الاقتصادية

وتمثّل أولا في المقابل الماليّ المستخدم في جريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العموميّة (الفقرة "أ"). وأخيرا في المبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة المطبّقة على جريمة المحاباة (الفقرة "ب").

أ- سعر الصّفقة العموميّة (معيّار المقابل الماليّ)

يرتبط المعيار الماليّ في العقود الإداريّة بطرق الوفاء بأجرة المتعاقد مع الإدارة العموميّة³. فهو، والالتزام الذي يقابله، من عوامل تحديد رضا الأطراف المتعاقدة في الصّفقات العموميّة⁴. ويعتبر من أهمّ معايير التمييز بين العقود الإداريّة⁵، وبين الصّفقات العموميّة واتّفاقيات تفويض المرفق العموميّ على وجه الخصوص⁶. فهو يتمثّل في الصّفقات العموميّة في السعر Le prix. وأشارت إليه المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 بصراحة. ويقصد به في القانون الإداري مبلغ ماليّ يُحسب بالنظر إلى تكاليف الخدمة المؤداة وهامش الربح المُتَوَقَّع⁷. وهذا بدون الأخذ في الاعتبار بنتائج استغلال المرفق العموميّ⁸. ويعتبر طريقة الوفاء الوحيدة في مجال الصّفقات العموميّة، وهي طريقة وفاء فريدة Unique⁹. ولهذا يعتبر معيارا للتمييز بين الصّفقات العموميّة وغيرها من العقود الإداريّة. فلا اعتبار العقد كتفويض لمرفق عموميّ، يجب أن ينتج المقابل الماليّ الذي يقبضه المتعاقد مع الإدارة العموميّة من تسيير المرفق العموميّ بصورة أساسيّة¹⁰. أو بعبارة أخرى، يجب أن يقبض ذلك المتعاقد أجرته من المنتفعين من المرفق العموميّ¹¹. والنتيجة هي إنّ أيّ عقد يتضمن دفع أجرة المتعاقد مع الإدارة العموميّة مما يدفعه المنتفع من المرفق العموميّ لا يعتبر صّفقة عموميّة¹². أما إذا تقاضى صاحب العقد أجرته في شكل سعر تدفعه الإدارة العموميّة، وإن كانت مُدَّة العقد طويلة تشبه مُدَّة اتّفاقية تفويض المرفق العموميّ، فإنّ التصرّف القانونيّ يعتبر كصّفقة عموميّة، بل ولو كان المقابل الماليّ

¹- V. Ch. LAJOYE, préc., p. 30.

²- ت.ص.ع.، المادّة 29 (الفقرة 3).

³- V. M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., § 85.

⁴- V. L. MARCUS, préc., pp. 56-57 § 81.

⁵- M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., § 85.

⁶- V. M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., §§ 86-87.

⁷- V. Ph. TERNEYRE, « La notion de convention de délégation : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », dans dossier spécial consacré aux délégations de service public, A.J.D.A., 1996, n° 9, p. 588 sq.

⁸- F. LINDITCH, « Le nouveau code français des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif », Revue internationale de droit économique, 2001, n° 3, p. 331.

⁹- Ch. LAJOYE, préc., p. 32.

¹⁰- V. M. DOUENCE, « La notion de contrat de délégation de service public », préc., § 86.

¹¹- L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », préc., p. 13 sq.

¹²- V. Ch. LAJOYE, préc., p. 32.

مقسما بين سعر تدفعه الإدارة العمومية وإتاوة يأخذها من عند المنتفعين من المرفق العمومي¹. وبالتالي، فإنَّ جريمة المادة 26-2 تُطبَّق على الصَّفقات العمومية حصريا في حالة كان الغرض من ارتكابها مراجعة سعر العقد.

قد يكون السعر بالفعل معيارا أساسيا للفرقة بين الصَّفقات العمومية وغيرها من العقود الإدارية كاتفاقيات تفويض المرفق العمومي. فقد أشار نصّ التَّجريم في المادة 26-2 بصراحة إلى المقابل الماليّ بالسعر. غير أنَّه لا يكفي لاستبعاد أنواع أخرى من العقود التي تبرمها الإدارة العمومية، وبالتحديد عقود القانون الخاص. حيث إنَّ ثمن عقد المقاوله المنتمي إلى القانون الخاصّ يسمى بالسعر Prix أيضا، ويعتبر عنصرا أساسيا فيه². وأشارت إليه المادة 559 من القانون المدنيّ الجزائري في نصها باللُّغة العربيَّة بالأجرة. والتفسير الحرفي لنصّ التَّجريم، وبخاصَّة النسخة الفرنسية، يقتضي إدراجه ضمن ميدان الجريمة. إذ لا مانع مثلا من تطبيق المادة 26-2 السابقة على عقد المقاوله الخاصّ للقانون الخاصّ ما دام أنَّ ثمنه يسمى سعرا أيضا، ولأنَّ هذه العقود غير مستثناة بصراحة من دائرة التَّجريم، ولأنَّ التصرُّفات القانونيّة التي ذكرها تدلُّ عليها أيضا بسبب عموميَّتها. مما يدعو إلى التساؤل من جديد حول امكانية تطبيق جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة على العقود الخاصَّة كذلك، نظرا لعدم التحديد في نصوص التَّجريم. الأمر الذي يقودنا إلى القول بأنَّ معيار المقابل الماليّ الذي استعمله القانون رقم 06-01 في المادة 26-2 ليس حاسما بشأن تحديد التصرُّفات القانونيّة الاتفاقيّة المعنية بالجريمة.

كذلك يمكن أن نتصور تطبيق النصّ الجنائيّ السابق على عقود إدارية أخرى غير الصَّفقات العموميَّة برغم العمل بمعيار السعر. فصحيح إنَّ السعر كمقابل ماليّ في العقد ينحصر تطبيقه، في الأصل، في الصَّفقات العموميَّة. غير أنَّ القانون قد يقرّر بأنَّه يعتبر -طبقا لمعناه في قانون الصَّفقات العموميَّة- من أشكال الوفاء بالحقّ الماليّ للمتعاقد مع الإدارة العموميَّة في عقد يكيفه القانون بصراحة على أنَّه اتفاقيّة تفويض مرفق عموميّ، وهذا التكيف -التشريعي- ملزم³. ففي حالة استغل المُفَوِّض له (بمعنى المتعاقد مع الإدارة العموميَّة) نفوذ أو سُلطة موظف عموميّ من أجل الزيادة في ذلك المقابل، فإنَّ الجريمة قد تقوم قانونا لأنَّه يعتبر سعرا في مفهوم المادة 26-2، ولأنَّ تلك الاتفاقيّة يتطابق معناها مع معنى العقد الذي يتحدّد ميدان الجريمة على ضوءه -وتندرج في الجريمة تحت وصف العقد، لأنَّ المادة 26-2 لم تشر إلى الاتفاقيّة كما فعلت المادة 26-1- خاصَّة وأنَّ البت في تطبيق الجريمة على الصَّفقات العموميَّة لوحدها أمر غير ممكن كما سبق وأوضحنا في المطلب السابق.

ب- المبادئ الأساسيَّة للصَّفقات العموميَّة (المعيار الإجرائي)

تتألف جريمة المحاباة من سلوك مادّيّ يميّز يقتضي قيام الموظف العموميّ -وهو الفاعل المادّيّ والمباشر في الجريمة- بمخالفة أحكام تشريعية وتنظيمية تتعلّق بحرية الترشُّح والمساواة بين المرشّحين وشفافية الإجراءات. ولم تشترط المادة 26-1 من القانون رقم 06-01 أن تتعلّق الأحكام بهذه المبادئ إلا سنة 2011 بموجب القانون رقم 11-15

¹- V. Ph. TERNEYRE, « La notion de convention de délégation : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », préc., p. 588 sq.

²- V. B. BOUBLI, « Contrat d'entreprise », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2016, § 46.

³- V. Ph. TERNEYRE, « La notion de convention de délégation : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », préc., p. 588 sq.

مؤرخ في 2 غشت سنة 2011 يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹. وتكتسب هذه المبادئ التي يعالجها الفقه الإداري في العادة تحت عنوان "المبادئ الأساسية للطلب العمومي" Les principes fondamentaux de la commande publique²، و "المبادئ الأساسية للشراء العمومي" Les principes fondamentaux de l'achat public³ أيضا، أهمية كبيرة تظهر أساسا في قيمتها القانونية حيث إنها ترتبط بمبادئ وأحكام ذات قيمة دستورية⁴ تتمثل في: المساواة بين المواطنين (المادة 37 من دستور سنة 2020)، وحرية التجارة والاستثمار والمقاولة (المادة 61 من نفس القانون). ولأن هدفها يتمثل في حماية المال العام بضمان تسييره بصورة حسنة، ويتمثل أيضا في ضمان نجاعة الطلبية العمومية وهذا، طبقا للمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وتطبق على الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارة العمومية بمجرد وجوب الانفاق من المال العام (أو كما يقول الفقه الفرنسي: Dès le premier euro)⁵.

وتزداد قيمتها وأهميتها في جريمة المحاباة التي تتألف منها. حيث إنها تساهم في تحديد تعريف التصرف القانوني الاتفاقي الذي يندرج في نطاق تلك الجريمة. والسبب أن تطبيق هذه المبادئ يفرض إتباع نظام قانوني معين يتعلق بكيفيات إبرام العقد لا يتبع في خصوص عقود أخرى التي تكون الإدارة العمومية طرفا فيها، يذكر منها عقود الاستيلاء على الملكية العامة لأنها لا تهدف إلى إشباع حاجة عامة للإدارة العمومية (ولا تعتبر بالتالي كصفقة عمومية خاضعة لتلك المبادئ)⁶. لكن الإدارة العمومية تستطيع برغم ذلك تطبيقها بمحض إرادتها لإبرام العقود السابقة⁷. مما يفتح النقاش حول امكانية تطبيق جريمة المحاباة عليها في هذه الحالة. فقد طبقت هذه الجريمة - في فرنسا تحديدا - على موظف عمومي خالف تلك المبادئ بمناسبة إبرام صفقة برغم أنها لا تخضع لها في الأساس⁸. كذلك لا يدخل شراء الإدارة العمومية لعقارات - حيث تكون الإدارة العمومية بمنزلة المشتري - في نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، لأن قواعد الوضع في إطار المنافسة لا يمكن تطبيقها على هذا النوع من العقود⁹.

غير أن المشكلة فيها تتمثل في أنها هذه المبادئ تشمل عقودا إدارية أخرى غير الصفقات العمومية. خاصة وأن نص المادة 1-26 لم يحسم - كما يجب - بشأن خضوع الصفقات العمومية حصريا لأحكامه الجنائية. فقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأبرز تطوّر حمله هو أنه تناول، ولأول مرة، إلى جانب الصفقات العمومية، عقودا

¹ - ج. ر. رقم 44 مؤرخ في 10 غشت سنة 2011، ص 4.

² - V. Ch. LAJOYE, préc., pp. 59-62.

³ - V. F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, préc., pp. 27-29.

⁴ - يعود الفضل إلى المجلس الدستوري الفرنسي في إظهار العلاقة الموجودة ما بين تلك المبادئ والدستور. يراجع: Ch. LAJOYE, préc., p. 59.

⁵ - أو كما يقول الفقه الفرنسي: ابتداءً من أول يورو يجب انفاقه. Dès le premier euro. يراجع:

P. CADIEU, « La commande publique entre "pénalisation" et "responsabilisation" », R.L.C.T., 2009, n° 51, p. 57.

⁶ - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 653 § 1486.

⁷ - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 653 § 1486.

⁸ - يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁹ - J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 146.

إدارية ثانية تتمثل في اتفاقات تفويض المرفق العمومي¹ محددا أنواعها كالامتياز والايجار²، وأخضعها إلى نفس المبادئ الأساسية التي تحكم الصفقات العمومية³ أي، حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات. وبخضوعها لهذه المبادئ تتفق اتفاقات تفويض المرفق العمومي مع أحد العناصر الأساسية لجريمة المحاباة. وهذا ما يفسر امكانية توسع القاضي الجزائي في تطبيق ذلك النص الجنائي ليمتد نطاقه إلى تلك العقود أيضا. وهذا أمر ممكن طالما أن هدف جريمة المحاباة يتمثل في حماية المبادئ الأساسية للصفقات العمومية من الانتهاك مهما كان اسم العقد الذي يخضع لها، وأن ألفاظها العامة تسمح بذلك، وبخاصة عبارة العقد. فلا مانع بالنسبة إلى القاضي الجزائي من الإسترشاد بالهدف من الجريمة لتفسير مدلول ألفاظ النص الجنائي المحدد لها. فقد حكمت الغرفة الجنائية لدى محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1 أبريل 1965⁴ بأن جريمة قيادة باخرة على نهر السين بدون رخصة تقوم حتى إذا كانت هذه الأخيرة ذات محرك يعمل بالديزل، وكان القانون يحصر ذلك على البواخر ذات المحرك البخاري فقط، لأنه إذا كانت البواخر ذات محرك ديزل غير موجودة وقت إصدار القانون التجريبي (بتاريخ 21 يوليو 1856)، إلا أن المشرع الفرنسي أراد في حقيقة الأمر إلزام جميع البواخر الميكانيكية، على عكس البواخر ذات الأشعة أو ذات سُرَبات rames، بالحصول على رخصة من أجل السير على ذلك النهر⁵. مما يقود إلى القول بأن المشرع أراد بجريمة المحاباة إلزام الإدارة العمومية باحترام تلك المبادئ في جميع عقودها التي تخضع للمبادئ.

نخلص من هذا المبحث إلى أنه لا يمكن إعطاء تعريف موحد للعقد والاتفاقية والصفقة بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فعناصر الجريمة التي تختلف اختلافا كبيرا من جريمة فساد إلى أخرى قد تقوم بدور هام في تحديد معنى تلك المصطلحات في كل جريمة منها برغم المشاكل التي تثور حول تطبيقها. كما أنها هي التي تقصي أو تضم تصرفا قانونيا معينا لنطاق تطبيق الجريمة التي تتألف منها. وبالتالي فإن تعريفها سيختلف حتما من جريمة إلى أخرى برغم تطابقها (عقد/ عقد، اتفاقية/ اتفاقية، صفقة/ صفقة). مما يقوض أي محاولة لاستنباط تعريف موحد لها. والصفة الوحيدة التي يمكن أن تجمع بينها، كما يتضح من كل ما سبق، تتمثل في كونها تصرفا قانونيا اتفاقيا. كما أنه لا يمكن الحسم بشأن مجالها الحقيقي والصحيح، إن كانت تشمل العقود الإدارية فحسب، وأي هذه العقود يندرج فيه، أم تشمل إلى جانبها العقود المدنية التي تُبرمها الإدارة العمومية. وعدم وجود تعريف تشريعي مضبوط لأنواع العقود الإدارية كالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي يمكن أن يقود إلى إعطاء تكييف قانوني خاطئ للتصرف القانوني، وإلى اختلاف في التكييف بين القاضي الجزائي والقاضي الإداري أيضا، لأن القاضي الجزائي يتمتع بكامل السلطة على تكييف التصرف القانوني المعني بالجريمة⁶. مع وجوب الملاحظة في هذا الصدد أن اختلاف الحلول القضائية بين القانون الجنائي من جهة والقوانين الأخرى التي لها صلة بطريقة أو بأخرى بالجريمة من

¹ - ت.ص.ع.، المواد 207 إلى 210.

² - ت.ص.ع.، المادة 210.

³ - ت.ص.ع.، المادة 209 (الفقرة 1).

⁴ - Cass. crim., 1^{er} avril 1965, Bull. crim., n° 106, cité dans : G. di MARINO, préc., p. 512.

⁵ G. di MARINO, préc., p. 512.

⁶ - Th. DAL FARRA, « Le risqué pénal dans les marchés publics de travaux », RD imm., 1998, n° 4, p. 467 sq.

جهة أخرى أمر طبيعي، إذ يُرَدُّ أساسا إلى اختلاف الغاية من النص الجنائي والنصوص الأخرى غير الجنائية¹.

المبحث الثاني: الصفة الشخصية لدى الفاعل المباشر في الجريمة

القاعدة أنَّ النصوص الجنائية لا تميز، في تطبيقها، بين الأشخاص نظرا لصفاتهم الشخصية². لكن القانون قد يشترط في بعض الجرائم صفة خاصة باعتبارها شرطا أوليا في الجريمة -أو كظرف مُشَدِّد لها³- يجب أن تتوفر في مرتكبها⁴ لكي تقوم في نظر القانون، وهذا هو الحال بالنسبة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري وهذا، لاعتبارات معينة مثل حماية القانون الجنائي للواجب الوظيفي في الجريمة التي تتطلب في مرتكبها صفة الموظف العمومي أو تسهيلها ارتكاب الجريمة، إذا كانت ظرفا مُشَدِّدا في الجريمة⁵. بجانب أنَّ الصفة الشخصية الخاصة لدى الفاعل المباشر في الجريمة تندرج في علم الإجرام ضمن الأوضاع الدافعة إلى السلوك الإجرامي Situations criminogènes التي تنضاف إليها الإرادة اللازمين للشروع في ارتكاب الفعل أو الأفعال المادية المُكَوِّنَة للجريمة. فالوظيفة العمومية وضعية تمتد في الزمان فتعطي للمُجرِّم المحتمل فسحة من الوقت للتفكير في مشروعه الإجرامي، والتي، وهنا الأهم، تخلق للموظف العمومي فرصة دائمة لتطبيق مشروعه الإجرامي في العالم المادي، والشروع في الفعل المُجرِّم قانونا Le passage à l'acte، كمشروع أخذ فوائد غير قانونية من الصفقات العمومية التي يتولى ذلك الموظف أي، صاحب المشروع الإجرامي مهمة الإشراف عليها⁶. علما أنَّ واجب التكييف يفرض على القاضي الجزائري تطبيق النص الجنائي فقط على الشخص المُكَلَّف بعدم مخالفته تحت طائلة العقوبة⁷. الشيء الذي يؤكد أهمية هذا الشرط في الجريمة في القانون الجنائي.

ولقد جرى الفقه الجنائي الجزائري على تسمية هذا الشرط "بصفة الجاني"⁸. غير أنَّ هذا التعبير، وأقصد هنا

¹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 227 § 261.

²- C. LOMBOIS, préc., p. 70.

³- V. C. LOMBOIS, préc., p. 70.

⁴- وقد يشترطها القانون في الضحية أيضا (يراجع: (B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 267 § 302). ولا ينطبق هذا الشرط على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري.

⁵- V. C. LOMBOIS, préc., p. 70.

⁶- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 20 § 15.

⁷- V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, préc., p. 117 § 115.

⁸- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 11، 244، 254-255؛ م. رحاني، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، المرجع السابق، ص 66 و 88؛ م. صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم الخاص، الجزائر، د.م.ج.، 2000، ص 20 الفقرة 23 و ص 21-22 الفقرة 29؛ ع. حاحا، المرجع السابق، ص 59، 111، 120، 127، 143، 159، 169، 182، 191، 202، 207، 215، 221، 233؛ ح. خضري، المرجع السابق، ص 342، 361، 402، 413، 441؛ ع. تيون، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة تلمسان، 2018/2017، ص 238، 262، 315، 326، 340، 351، 372؛ ز. زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير في القانون مقدمة إلى جامعة ورقلة، 2012/2011، ص 11، 83، 98؛ ع. بلطرش، جرائم الفساد، مذكرة ماجستير في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 49، 51، 62.

بالتحديد تعبير الجاني، يدلّ في القانون الجنائيّ على معنى واسع يشمل: الفاعل الأصليّ والشريك في الجريمة معا¹. وسوف نرى في الباب الثاني من هذه الدراسة أنّ الشريك في الجرائم التي تتطلب في مرتكبها صفة خاصّة لا يلزم، لكي يتحمل المسؤولية الجنائيّة على أساس الاشتراك، أن يكون كذلك من ذوي الصفة المطلوبة قانونا في ذلك الفاعل². لهذا السبب يبدو أنّ الأصح من الناحية العلمية أن يستخدم تعبير "الفاعل" لتعيين الشّخص الذي يجب أن تتوفر فيه الصفة المطلوبة قانونا لقيام الجريمة، والذي يقابله تعبير "Qualité d'auteur"، بمعنى "صفة الفاعل"، عند الفقه الجنائيّ الفرنسي³.

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، إنّ قانون العقوبات الجزائري يقسم الفاعل في أيّ جريمة كانت إلى نوعين: أوّلا، يوجد الفاعل الذي "يساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة"⁴. وهذا النوع من الفاعل لا يطرح أيّ مشكلة فيما يتعلّق بالصفة الشّخصيّة التي يتطلبها النصّ الجنائيّ في مرتكب الجريمة. فهو بذاته الشّخص الذي يجب أن تتوفر فيه تلك الصفة. ولكن يوجد، ثانيا، المُحرّض الذي ساوى قانون العقوبات الجزائري بينه والفاعل، فاعتبره كفاعل أو كمساهم مباشر في الجريمة التي يرتكبها الفاعل، برغم أنّه لا يرتكب، من الناحية الواقعية، الرُّكن المادّي المُكوّن لها⁵، وهذا ما نصت عليه بصراحة المادّة 41 من ذلك القانون بقولها: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي". والأهم من ذلك أنه يجوز لهذا المُحرّض، وإن كان لا يتمتع بالصفة الشّخصيّة المطلوبة في الشّخص الذي ينفذ الجريمة المُحرّض إلى ارتكابها، أن يتحمل المسؤولية الجنائيّة التي تترتب عن هذه الجريمة نظرا إلى أنّ المُحرّض لا ينفذ بنفسه الرُّكن المادّي المُكوّن للجريمة الأساسيّة التي حرّض المساهم المباشر على ارتكابها بعكس المساهم المباشر الذي يجب أن ينفذه بنفسه⁶.

ويترتب على كون المُحرّض فاعلا في الجريمة كمن ينفذ مادّيّاها، وعدم وجوب توافر شرط الصفة الشّخصيّة في ذلك الفاعل، أنّ الشرط الأوّل المتعلّق بالصفة الشّخصيّة لا يلزم أن يتحقق إلا في الشّخص الذي يقوم بتنفيذ الرُّكن المادّي المُكوّن للجريمة التي جرى التخرّيص على ارتكابها، حسب القانون الجنائيّ الجزائري. ولهذا يجب أيضا أن يكون للمُحرّض الذي ينفذ الجريمة اسم يميزه عن المُحرّض الذي يعد كذلك فاعلا في الجريمة، ويحدّد بدقة الفاعل الذي يجب أن تتوفر فيه الصفة الشّخصيّة اللازمة قانونا لقيامها، حتى عندما لا تتعلّق المسؤولية الجنائيّة إلا بهذا الشّخص ولا يوجد معه أيّ شّخص آخر حرّضه على ارتكاب الجريمة. ويمكن أن يعرف هذا النوع من الفاعل في

¹ - ج. ثروت، المرجع السابق، ص 381 الفقرة 402. نفس المعنى نجده في القانون الفرنسي حيث يطلق الفقهاء هناك على الفاعل الذي ارتكب مادّيّا الجريمة والشريك معه إسم "Délinquant"، بمعنى الجاني أو الجاني. يراجع:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p.269 §305 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp.379-422 §448-507.

² - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 398 § 471.

³ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 49.

⁴ - ق.ع، المادّة 41.

⁵ - X. PIN, préc., p. 247 § 275.

⁶ - يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

الجريمة باسم "الفاعل المباشر"¹ في القانون الجزائري، لأنه يرتكب بصورة شَخْصِيَّة الوقائع المادِّيَّة التي تتألف منها الجريمة²، سواء اكانت هذه الأخيرة من الجرائم المشروطة بصفة شَخْصِيَّة معينة في فاعلها المادِّي المباشر أم من الجرائم الأخرى³.

بعد تحديد المساهم في الجريمة الذي يجب أن يكتسب الصفة الشَخْصِيَّة المطلوبة قانونا لقيام الجريمة، والذي يتمثل في الفاعل المباشر في الجريمة حسب القانون الجزائري، يتعين الآن تحديد مضمون هذه الصفة الشَخْصِيَّة لدى الفاعل المباشر في جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة موضوع هذه الدِّراسة. وفي البداية، ينبغي الإشارة إلى أن جميع الجرائم السابقة، كما حدَّدها القانون رقم 06-01، تنتمي إلى طائفة الجرائم التي تقتضي في فاعلها المباشر أن يكون متمتعا بصفة شَخْصِيَّة محدَّدة. ويطلق الفقه الجنائي الفرنسي الحديث⁴ عليها إسم "الجرائم المُخصَّصة Infractions attitrées"⁵. غير أن تلك الصفة ليست من طبيعة واحدة في الجرائم السابقة. حيث يلاحظ أن الجرائم المحدَّدة بالمواد 1-26، 27 و 35 من القانون رقم 06-01 تتطلب في فاعلها أن يكون موظفا عموميًّا -وهذه الأحكام الجنائيَّة لا تُطبَّق سوى على الموظف العمومي الوطني، لأنَّ نصوص التجرِّم لم تشر إلى الموظف العمومي الأجنبي أو الموظف لدى منظمة دَّولية عموميَّة⁶ - باعتباره شرطًا ايجابيا، بمعنى عندما يشترط المُشرِّع في الفاعل المباشر في جريمة ما أن يكون موظفا عموميًّا بهدف استبعاد الأشخاص التي لا تتوفر فيها هذه الصفة. وقد تتجسد تلك الصفة -ولكن

¹ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 198؛ م. رحاني، الوجيز في القانون الجنائي العام، الجزائر، دار العلوم، 2006، ص 191. بينما يفضل بوسقيعة استخدام تعبير آخر هو "الفاعل المادي" في الجريمة لتمييزه عن صور الفاعل الأصلي الأخرى في القانون الجنائي الجزائري (كالمُخْرُض أو الفاعل المعنوي). أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ط. 7، الجزائر، دار هومه، 2008، ص 152. يتبنى بعض الفقهاء في القانون الفرنسي تلك التسمية "Auteur matériel"؛ يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 272 § 309. وبرغم أنَّه لا يوجد أي عيب في التسمية الفقهية السابقة، فإنَّ تعبير "الفاعل المباشر" يبدو مناسبا أكثر منه؛ لأنَّه يتركب من نفس الألفاظ المستعملة في القانون الجزائري، فقد نصَّ قانون العقوبات الجزائري في المادَّة 41 المذكورة مسبقا على أنَّه: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة [...]".

² - وهذا هو تعريف ذلك النوع من الفاعل في الجريمة. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 152؛ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 272 § 309.

³ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 198.

⁴ - فالفقه الجنائي الفرنسي التقليدي كان يصفها بأنَّها جرائم خاصَّة *Infractions spéciales*. يراجع مثلا: R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, préc., p. 213 § 110.

⁵ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 398 marge n° 3 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 15.

والتسمية السابقة "Infractions attitrées" لا تلقى قبولا كاملا عند بعض الفقه الجنائي الفرنسي. فحسب Jeandidier، إنَّ تعبير Attitré الذي تتكون منه يعني في اللُّغة الفرنسية تكليف شخص بأداء وظيفة ما، وهذا المعنى يدلُّ على أنَّ اللَّفْظ السابق يصدق في الحقيقة على الفاعل وليس على الجريمة في حدِّ ذاتها. لهذا يقترح Jeandidier، بدلا من ذلك، وصف هذا النوع من الجرائم "بالجريمة المُخصَّصة أو الحصرية *Infraction réservée*" أي، الجريمة التي تقتصر على أشخاص محدَّدة. يراجع: W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 15. وسوف نستعمل في هذه الدِّراسة هذا التعبير الأخير للإشارة إلى هذا النوع من الجرائم الموجود في القانون الجنائي.

⁶ - عرفت المادَّة 2-ج ود من القانون رقم 06-01 هذين الشَّخصين. ويرتكبان جريمة المادَّة 28 من القانون السابق المتعلقة بالرشوة. والتي ترى علة أنَّها من جرائم الفساد التي تخصَّ مجال الصفقات العموميَّة في اطار التَّجارة الدَّولية. ك. علة، المرجع السابق، ص 83-86.

ليس في الجرائم السابقة- بصورة سلبية Exigence négative¹ عندما يتطلب المُشرّع في الفاعل المباشر ألا يكون موظفا عمومياً. ومثله المادة 1-445 (الفقرة 1) من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 115 من قانون العقوبات لإمارة موناكو Monaco المتعلقة بجريمة الرشوة في القطاع الخاص التي يلزم في فاعلها المباشر ألا يكون موظفاً عمومياً في مفهوم القانون الجنائي. وتكمن العلة من ذلك الشرط السلبي في إدراج الأشخاص التي تمارس المهن الحرة ضمن ميدان ارتكاب الجريمة بصورة لا تدع أي مجال للشك حولها².

بينما تشترط المادة 2-26 من القانون رقم 01-06 أن يكون هذا الشخص متعاقداً مع الإدارة العمومية. ولما كان الموظف العمومي أكثر عرضة للفساد من الشخص الخاص، لعدة أسباب (كسلطات التي يعتبر مسؤولاً عنها، وضعف راتبه، وانعكاس الفساد المالي لمسير الشركة - سواء كان مالكا لحصة فيها أو مأجوراً لتسييرها- سلباً على المصلحة الاقتصادية والمالية لهذه الأخيرة كأن يختار بفعل الفساد متعاقداً معها برغم عدم كفاءته، مما يدفعه إلى الاحجام عن الرشوة)³. وكان أيضاً مختلفاً من حيث طبيعته القانونية عن المتعاقد مع الإدارة العمومية، رغم أن كلاهما مبدئياً يرتبط مع الإدارة العمومية برابطة من القانون العام⁴، قدمنا دراسة تعريفه الجنائي على تعريف الفاعل الآخر في هذا المبحث.

كذلك إنَّ التعريف الذي تختص به صفة الفاعل في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية يتميز بثنائيته. فهو من جهة تعريف عام يستخلص من نصّ المادة 2 من القانون رقم 01-06 بالنسبة إلى الموظف العمومي والمادة 2-26 بالنسبة إلى الشخص الخاص. لكن من جهة أخرى يلزم استكمالها بما جاء في نصّ التجريم الخاص بكل جريمة. حيث إنَّ محتواه يختلف من جريمة لأخرى بسبب اختلاف الحالات التي تختص بها كل جريمة منها وهذا، تماماً مثل حالة استعمال نصوص جنائية لنفس الألفاظ لتعريف جرائم مختلفة بحيث إنَّ معانيها ستختلف باختلاف الحالات التي تقيمها كل جريمة منها⁵.

بناءً عليه، ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين. يتطرق المطلب الأول إلى التعريف المبدئي لصفة الفاعل المباشر في الجرائم المدروسة. أما المطلب الثاني فيخصص لمعالجة مسألة استكمال هذا التعريف.

المطلب الأول: التعريف المبدئي للصفة في الفاعل المباشر في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية

للإحاطة جيداً بهذا التعريف، ينبغي النظر إليه من ناحيتين. من ناحية عناصره الإيجابية أي، ما يجب أن يتوفر

¹ - L. ANSELMi, Les avancées du droit monégasque dans le domaine de la lutte contre la corruption, dans DUTEIL Gilles, SEGONDS Marc (dir.), *La corruption. Aspects actuels et de droit comparé*, Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFICAO), Monaco : 26-28 octobre 2011, Toulouse, érès, 2014, collection Nouvelles études pénales, Association internationale de droit pénal, n° 25, p. 60.

² - L. ANSELMi, préc., p. 60.

³ - Parlement européen, Direction Générale des Études, *Mesures de Prévention de la Corruption dans les États Membres de l'UE*, Annexe : *Lutte contre la corruption et marchés publics*, préc.

⁴ - V. R. CHAPUS, préc., pp. 16-17 § 12.

⁵ - V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 2.

في الشَّخص للبت في تمتعه بالصفة المطلوبة قانونا في الفاعل المباشر للجريمة (الفرع 1). ومن ناحية عناصره السَّلبية التي تميز في مجملها تعريف ذلك الشَّخص في القانون الجنائي عنه في القانونين الإداري والخاص الذي تنتمي إليه تلك الصفة المطلوبة في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية (الفرع 2).

الفرع الأوَّل: العناصر الإيجابية في التعريف

يمكن استنباط عناصر إيجابية في التعريف المبدئي لصفة الفاعل المباشر في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بالنسبة للموظف العمومي (الفقرة الأوَّل) والفاعل المباشر في جريمة المادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01 (الفقرة الثانية). وتبدو أهية الشروع في دراسة صفة الموظف العمومي قبل أي صفة أخرى، فيما يتعلَّق بجرائم الفساد، في أنَّ الموظف العمومي أكثر الأشخاص عرضة للخلط بين مصالحه الشَّخصية ومصلحة عامة¹، فوق أنَّ عدد جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي يرتكبها الموظف العمومي أكبر (جريمة واحدة يرتكبها شَّخص ليس موظف عمومي مقابل ثلاثة جرائم يرتكبها الموظف العمومي).

أوَّلًا: صفة الموظف العمومي

تتكفل الجهة القضائية بتفسير النصوص الجنائية بتحديد مدلول ألفاظها². غير أنَّ السُّلطة التَّشريعية تتدخل أحيانا في العمل السابق للقاضي الجزائي، حيث تقوم بوضع تعريف لها يُلزمه، إما في التَّشريع نفسه أو عن طريق نصِّ قانوني لاحق³. ويسمى هذا بالتفسير التَّشريعي الأصلي Interpretation legislative authentique⁴. ولقد أخذ به القانون رقم 06-01 فيما يتعلَّق بالموظف العمومي الذي يُلزم -لأنَّه شَرط أوَّل في الجريمة- أن يَرْتَكِب -لأنَّه الفاعل المادِّي- أغلب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. ولقد نصت عليه المادَّة 2-ب المقتبسة عن اتفاقية الأمم المتَّحدة لمكافحة الفساد⁵، وهي ليست نصًّا جنائيًّا بحثا حيث إنَّها تنطبق على جميع النصوص الواردة بالقانون السابق كإجراءات الوقاية من الفساد -وهي ليست تدابير أمن في مفهوم قانون العقوبات- بالإضافة إلى جرائم الفساد التي تكلمت عن موظف عمومي.

ويقصد بالموظف العمومي، كفاعل مباشر في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، حسب ما جاء في النصِّ السابق، "1 - كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، 2 - كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة

¹- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 330.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 215 § 243.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 215 § 243.

⁵- المادَّة 2-أ من تلك الاتفاقية. يراجع أيضا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 11. ولقد أكد الدليل التَّشريعي لتنفيذ تلك الاتفاقية على أنَّ "الدول الأطراف ليست ملزمة بإدماج التعاريف في تشريعاتها الوطنية بصيغتها الواردة في الاتفاقية". الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ط. 2، مكتب الأمم المتحدة المعني بالجريمة والمخدرات، نيويورك، 2012، ص 10 الفقرة 24. ويجوز لها أن تتبنى تعاريف أوسع من تلك الواردة بالمادَّة 2 من الاتفاقية السابقة. نفس المرجع، ص 11 الفقرة 29.

في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأس مالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، 3 - كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما¹.

يتبين من هذا التعريف -المختلف عن القانون الإداري²، كما سوف توضح الدراسة- أنّ القانون رقم 06-01 مميّز بين ثلاثة فئات رئيسية من الصفات التي اعتبرها من قبيل الموظف العمومي، وبالتالي -مبدئيا- كفاعل مباشر في جريمة الفساد التي يجب أن تتوفر فيه وقت ارتكاب الجريمة³، والتي يمكن دراستها، على ضوء القانون الجنائي الفرنسي المعاصر⁴ الذي حدّد بصورة موضوعية تعريف الموظف العمومي بتقسيمه إلى ثلاثة مجموعات رجع في تحديدها إلى المهام الرئيسية المتعلقة بتحقيق مصلحة عامة المنوطة بذلك الموظف⁵، بتقسيمها إلى أربعة مجموعات كالآتي.

يشار قبل ذلك، بغرض التحديد، إلى أنّ الشّخص المُكلّف بسُلطة عُموميّة، والشّخص المُكلّف بمهمة خاصّة بمرفق عُموميّ، والشّخص المُزوّد بعهدّة انتخابيّة عُموميّة تشكل صفات الموظف العموميّ حسب قانون العقوبات الفرنسي⁶. ويعرف هؤلاء هناك بالمقررين العموميين Décideurs publics⁷ أما الموظف العموميّ بحكم القانون، فهو خاصّ بالقانون الجزائري. لكن بعض الموظفين العموميين بحكم القانون في الجزائر يندرجون ضمن إحدى الفئات السابقة.

أيضا هناك ميزة أساسية لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي يرتكبها وجوبا موظف عمومي -وهي بالتحديد جرائم المادة 1-26، 27 و35 من القانون رقم 06-01- حيث إنّها تعني بالأفعال الإجرامية المقترفة أثناء الوظيفة العمومية، بينما توجد هناك جرائم أخرى قد يرتكبها الموظف العموميّ لكن خارج نطاق الوظيفة

¹ - يرجع أوّل تعريف جنائي للموظف العموميّ في تاريخ الجزائر المُستقلّة إلى المادة 1 من القانون رقم 64-41 المؤرخ في 27 يناير 1964 الهادف إلى ضمان المحافظة على اللّيقة الماليّة الوطنيّة، المُتّصل بموضوع الفساد في القطاع العام (صدر هذا القانون باللّغة الفرنسيّة فقط).

Loi n° 64-41 du 27 janvier 1964 tendant à assurer la sauvegarde du patrimoine national, J.O., 28 janvier 1964, p. 81.

² - على سبيل المقارنة، إنّ بعض القوانين الآسيوية تُطبّق التعريف الإداري للموظف العموميّ على جريمة الرّشوة كالقانون الصيني والياباني بعكس القانون الفرنسي (والقانون الجزائري قياسا على هذا الأخير). يراجع:

M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, dans DUTEIL Gilles, SEGONDS Marc (dir.), *La corruption. Aspects actuels et de droit comparé*, Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFICAO), Monaco : 26-28 octobre 2011, Toulouse, érès, 2014, collection Nouvelles études pénales, Association internationale de droit pénal, n° 25, pp. 141-143

³ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 20.

⁴ - إذ وضعت المادة 2-ب من القانون رقم 06-01 حدا بين تعريف الموظف العموميّ في القانون الجزائري وتعريفه كما توصل إليه القضاء الجنائي الفرنسي أثناء تطبيق قانون العقوبات الفرنسي القديم لسنة 1810. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 25.

⁵ - M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

⁶ - M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

⁷ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 13, 195.

أ- الشخص المُكَلَّف بِسُلْطَة عُمُومِيَّة

يسمي قانون العقوبات الفرنسي هذا الشخص بـ *Personne dépositaire de l'autorité publique*، بمعنى الشخص المُودَّع عنده سُلْطَة عُمُومِيَّة (والذي يدور مفهومه حول معنى السُلْطَة العُمُومِيَّة *Autorité publique* والقوة العمومية *Puissance publique*)²، لأنَّ الشخص يتسلمها مثل الذي يتسلم الشيء في الوديعة³. بينما يسميه الفقه الجزائري "بأمين السلطة العمومية"⁴ أو "الشخص المتمتع بالسلطة العامة"⁵. ويبدو من الأنسب تسميته بالمُكَلَّف بِالسُلْطَة العُمُومِيَّة، لأنَّه يبرز عنصر الواجب - كلفظ الأمين أيضا - أكثر من عنصر الحق - الذي يبرزه لفظ المُتَمَتِّع - والذي يقع على الموظف العمومي الذي يمارس سُلْطَة الأمر والإلزام ذات الطبيعة العُمُومِيَّة، بمعنى تلك السُلْطَة المنبثقة عن الدولة مصدر القوة العُمُومِيَّة⁶. ويقصد به "الشخص الذي يمارس وظائف تجعله ممثلا للدولة أي، القوة العُمُومِيَّة، التي تنطوي على سُلْطَة التقرير وسُلْطَة الاكراه والضغط أحيانا"⁷.

وبالتالي يندرج ضمن هذه الصفة الموظف العمومي كما يعرفه قانون الوظيفة العُمُومِيَّة⁸. مع أنَّ الإشارة تجب إلى أنَّ انتماء الموظف العمومي إلى شخص معنوي عام لا يصنغه في مرتبة الشخص من القانون العام، حيث إنَّ هذا الوصف قاصر على الأشخاص المعنوية، ولا وجود لشخص طبيعي من القانون العام⁹.

أما منشور مديرية الشؤون الجنائية والاعفاءات الفرنسية في 14 مايو 1993 المتعلق بقانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 فقد اعتبر أنَّ تلك الصفة ينبغي أن تشمل كلَّ شخص يمارس وظيفة ذات سُلْطَة، سواء كانت هذه السُلْطَة من طبيعة إدارية أو قضائية أو عسكرية، وبغض النظر عن النظام المطبق على هذا الشخص، سواء كان نظاما من القانون الخاص كالمُخَلَّف أو من القانون العام كالقاضي المُخْتَرَف¹⁰.

وهذا ما ينطبق تماما على صفة الموظف العمومي في القانون رقم 06-01، وبالتالي في جرائم الفساد الخاصة بالصِّفَقَات العُمُومِيَّة، حيث إنَّ المُكَلَّف بِسُلْطَة عُمُومِيَّة يتمثل، طبقا لنص المادة 2-ب (الفقرة الفرعية 1) من

¹- V. G. EVEILLARD, « Droit administratif et droit pénal », dans GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, France, Dalloz, 2011, p. 695.

²- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

³- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 18.

⁴- أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 163. وجاء أيضا في قاموس المنهل أنَّ تعبير *Dépositaire*

de l'autorité publique يطلق على "أمين السلطة العامة". س. ادريس، ع. جبور، المنهل: قاموس فرنسي - عربي، ط. 7، لبنان، دار الآداب، دار العلم للملايين، 1983، ص 314. والذي يدل على واجب المحافظة على الشيء المنبثق عن عقد الوديعة أيضا. يراجع:

G. BAUDRY-LACANTINERIE, A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil : de la société, du prêt, du dépôt*, France, Librairie de la société du Recueil Gal des lois et des arrêts, 1898, p. 525 § 1053.

⁵- ك. علة، المرجع السابق، ص 56.

⁶- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 18.

⁷- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 18 : « Un dépositaire de l'autorité publique est ainsi une personne investie de fonctions qui en font un représentant de l'État, de la puissance publique, ce qui implique un pouvoir de décision et aussi souvent de contrainte ».

⁸- V. J. BÉNOIT, préc., § 16.

⁹- V. P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, France, Dalloz, 2014, p. 105 § 186.

¹⁰- A. FITTE-DUVAL, « Fonctionnaire et agent public », *Rép. pén.*, avril 2011, § 6.

القانون السابق في كلِّ شَخْص يشغل منصبا تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا¹. مهما كان المنصب، حيث إنَّ "المناصب على جميع مستويات الحكومة وتقسيماتها الفرعية، من الصعيد الوطني إلى الصعيد المحلي" تندرج في ذلك التعريف². فأما المنصب التنفيذي فيشير إلى أعضاء السُّلطة التنفيذية الذين يمارسون وظائف ذات سُلطة Fonctions d'autorité³ وعلى رأسهم رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى الوزراء⁴ الذين يملكون - كلٌّ منهم حسب ميدان اختصاصه الوزاري - سُلطة التقرير في مجال الصَّفقات العمومية⁵. علما أنَّ هؤلاء لا يعتبرون في مفهوم القانون الإداري كموظفين عموميين⁶. لكن القانون رقم 06-01 أضاف عليهم تلك الصفة. وبالنسبة إلى المنصب الإداري، فيعني كل شَخْص ينتمي إلى شَخْص معنوي يخضع للقانون العام أيا كان نوعه، بما في ذلك المؤسسة العمومية ذات الطَّابع الصناعي والتجاري، وتحديدًا مديرها العام، ومجلسي الشعبي الوطني والأمة - باستثناء النواب - والمجالس الوطنية وغيرها⁷. أخيرا المنصب القضائي ويخصّ قضاة النِّظامان العادي Juridiction judiciaire والإداري Juridiction administrative، والمُخلفين، والخبير القضائي، والوسيط القضائي وغيرهم⁸. كذلك يندرج ضمنها بعض الأشخاص التي عرفها القانون بأنَّها موظف عمومي أو في حكمه، طبقا للمادّة 2-ب (الفقرة الفرعية 3)، كالمحضر القضائي⁹ الذي يساعد الإدارة العمومية في تسيير مرفق عمومي (العدالة)، والذي يختلف عن الموظف العمومي في مفهومه الإداري¹⁰.

ب- الشَّخص المُكَلَّف بمهمة خاصّة بمرفق عمومي

يقصد بهذه الصفة: "الأشخاص الخاصة أو العامة التي تؤدي خدمة عمومية، والتي لا تحوز سُلطة عمومية"¹¹. إذ يجري تكليفهم بمهمة تحقيق مصلحة عامة دون أن يستمد من ذلك أيّ سُلطة بالتقرير Pouvoir de décision أو بالأمر Pouvoir de commandement التي تنتج عن ممارسة السُّلطة العمومية¹². وعليه، فإنَّه لا يلزم لاكتساب هذه الصفة أن يتمتع الشَّخص بقسط من السُّلطة العمومية¹³. وللحكم بتوافرها -بخاصّة عندما يكون الشَّخص

¹ - ك. علة، المرجع السابق، ص 56-57.

² - الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المرجع السابق، ص 11 الفقرة 28.

³ - V. A. FITTE-DUVAL, préc., § 31.

⁴ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 12.

⁵ - للوزير صلاحيات عديدة في مجال إبرام الصَّفقات العمومية، كالترخيص بالبدء في تنفيذها قبل إبرام عقد بشأنها في حالة الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم (ت.ص.ع.، المادّة 12، الفقرة 1). والموافقة على الصَّفقة العمومية، حيث إنَّها لا تصح ولا تكون نهائية إلا بعد ذلك (ت.ص.ع.، المادّة 4، الفقرة 1).

⁶ - V. R. CHAPUS, préc., p. 18 § 13.

⁷ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 13-18.

⁸ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 18.

⁹ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 25.

W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 18.

¹⁰ - V. R. CHAPUS, préc., p. 17 § 12.

¹¹ - A. FITTE-DUVAL, préc., § 7.

¹² - M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

¹³ - V. M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

المُكلّف بمهمة مرفق عموميّ من أشخاص القانون الخاصّ - يستعمل القضاء الجزائيّ - الفرنسي - عدّة معايير كمصدر تمويل الشّخص المعنويّ الذي ينتمي إليه الفاعل المباشر للواقعة المُجرّمة، إنّ كان من المال العام أم لا، والشّخص الذي يراقب تنظيمه وعمله، إنّ كان عاما أو خاصّ، وأحيانا يكتفي بمعيار الهدف من نشاط ذلك الفاعل أيّ، تحقيق مصلحة عامة الذي يوسّع من نطاق هذه الصفة لتشمل عدّة أشخاص¹.

إنّ هذه الصفة الثانية تسمح بتطبيق الجريمة على كل شخص لا يندرج ضمن تعريف الأشخاص المُكلّفة بسُلطة عموميّة² المشار إليهم في السّابق، الذي يُكلّف بأداء مهمة خاصّة بمرفق عموميّ تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، بصفة مؤقتة أو دائمة³. كذلك لا تم طبيعة هذا الشّخص الذي يؤدي هذه المهمة، إنّ كان من الأشخاص الخاضعة للقانون الخاصّ أو كان من الأشخاص الخاضعة للقانون العام، ما دام هناك مهمة خاصّة بمرفق عموميّ قد عهدت بها الإدارة العموميّة إليه⁴.

هنا يبرز الاختلاف الرئيسيّ بين القانونين الجنائيّ والإداري. ففي القانون الإداري تعتبر ممارسة وظائف لدى مرفق عموميّ إداري يديره شخص عام شرطًا لاكتساب صفة الموظف العموميّ⁵. أما القانون الجنائيّ، فقد توسع في تحديد مدلوله. حيث إنّ هذه الصفة تتوفر حتى لو انعدمت الرّابطة العضويّة Lien organique بين الشّخص والإدارة العموميّة، كالشّخص من القانون الخاصّ الذي يكلف بمهمة مرفق عموميّ⁶. وهذا بالتحديد ما قرّره المادّة 2-ب (الفقرة الفرعية 2) من القانون رقم 06-01 بقولها: "2 - 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". ويتعلّق الأمر أساسًا بالأشخاص التابعين لأشخاص عامة - باستثناء الدّولة والجماعات المَحَلّيّة - التي تتولى تسيير مرفق عموميّ، والمُؤسّسات العموميّة الاقتصاديّة، والشّركات ذات رأس مال مختلط، وأخيرا الأشخاص من القانون الخاصّ التي تتولى تلك المهمة بناءً على عقد التزام⁷.

لكن، يثير التوسع في مفهوم الموظف العموميّ الشّك حول دقة استخدام تعبير الموظف العموميّ في القانون رقم 06-01. حيث إنّ تعبير العون العموميّ Agent public أفضل منه⁸. فهو يُستعمل في القانون الإداري للدلالة

¹- V. Cass. crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-83.801, Bull. crim., n° 100, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017782558> (19/03/2023) ; A. DARSONVILLE, « Les conditions préalables du délit de prise illégale d'intérêts », cass. crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-83.801, Dalloz actualité, 5 juin 2007.

²- L. ANSELMi, préc., p. 57.

³- L. ANSELMi, préc., p. 57.

⁴- L. ANSELMi, préc., p. 57. V. aussi A. FITTE-DUVAL, préc., § 8.

⁵- A. FITTE-DUVAL, préc., § 8.

⁶- A. FITTE-DUVAL, préc., § 8.

⁷- أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 19-21؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 57-59.

⁸- يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 52 هامش 2. يقارن: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 9، 205-206. ورجع كلاهما إلى المقارنة بين النصين العربي والفرنسي من المادّة 2-ب من القانون رقم 06-01.

على الموظفين العموميين *Fonctionnaires publics* أيضا¹، غير أنه يضم أشخاصا آخرين لا يمارسون النشاطات المنوطة بهم بصفة مهنية *à titre professionnel*، مثل المنتخبين المحليين، وأعضاء الحكومة، وأعضاء السلطة التشريعية (البرلمان)، فمثل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أعوان عموميين، لكنهم لا ينتمون إلى الوظيفة العمومية في مفهومها الإداري². بينما يعتبرون، وفق القانون رقم 06-01، كموظفين عموميين. وبالتالي فإنّ تعبير عون عمومي يناسب المعنى الجديد الذي أعطاه القانون السابق للموظف العمومي.

يلاحظ أخيرا أنه بالنسبة للشخص المكلّف بمهمة مرفق عمومي، إنّ مهمته قد تكون مؤقتة أو دائمة³. ولا يشكل فارقا لتعريف الموظف العمومي في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فالمادة 2-ب (الفقرة الفرعية 2) واضحة بهذا الشأن: تنطبق صفة الموظف العمومي على ذلك الشخص ولو تولى الوظيفة أو الوكالة المتعلّق بمرفق عمومي بشكل مؤقت.

كما أنه يشمل الشخص الذي يتولى وظيفة أو وكالة لدى الأشخاص المعنوية المحددة لذلك. ولتوضيح معنى هذا الشرط -الخاصّ بالقانون الجزائري، إذ لم تنصّ عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (المادة 2-أ)، وقد تضمنه قانون العقوبات سابقا⁴- يحدّد الفقه المراد بتعبير "تولي" بأنّه "التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية"⁵. وبناءً عليه، يعني تولي وظيفة في المادة 2-ب (الفقرة الفرعية 2) من القانون رقم 06-01 إسناد "مهمة معينة أو مسؤولية" إلى الشخص المعني بأحكام ذلك النصّ، أما تولي وكالة فيقصد به أن يكون هذا الشخص "منتخبا أو مكلفا بنيابة"⁶، مثل أعضاء مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية الذين ينتخبون من قبل جميعتها العامة⁷.

ج- الشخص المزوّد بعهدة انتخابية عمومية

وهو طبقا للمادة 2-ب من القانون رقم 06-01 كل "شخص يشغل منصبا تشريعا [...] أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، [...]". حيث يلاحظ منه أنه يجب هنا أن تكون العهدة الانتخابية عمومية، لأنّ النصّ القانوني أشار إلى منصب تشريعي -مع الملاحظة أنّ النشاط التشريعي يختلف عن النشاط الإداري ولا يعد بالتالي إدارة عمومية⁸- الذي يعني الأعضاء التي تمارس السلطة التشريعية في إطار البرلمان، وأيضا أعضاء المجالس الشعبية المحليّة المنتخبة التي تشير إلى المجالس البلديّة والولائية⁹. فيخرج من نطاق هذه الصفة أصحاب العهديات الانتخابية الخاصة التي تتم مثلا بداخل الشركات التجارية أي طبقا للقانون الخاص.

¹- V. R. CHAPUS, préc., p. 5 § 1.

²- V. R. CHAPUS, préc., p. 18 § 13.

³- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 20.

⁴- وقد أدرج ذلك الشرط سنة 1988 في المادة 119 من قانون العقوبات. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 27.

⁵- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 21، 22.

⁶- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 21.

⁷- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 22.

⁸- V. J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, 17^e éd., préc., p. 13 § 5.

⁹- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 19.

وتتميز هذه الصفة باختلافها أيضا عن تعريف الموظف العمومي في القانون الإداري في نقطتين. أولا، يمارس ذلك الشخص نشاطه بصفة غير احترافية بعكس الموظف العمومي¹ حيث يقصد الوظيفة العمومية في القانون الإداري: "مجموعة المستخدمين لدى مصالح تابعة لأشخاص عامة الذين لديهم منصب عمل مأجور يمارسونه بصفة احترافية، ويخضعون إلى نظام من القانون العام"². وبرغم عدم انتمائه إلى الوظيفة العمومية، فإن ذلك الشخص يعتبر عونا عموميا في مفهوم القانون الإداري³. أخيرا، يكمن الاختلاف بين هؤلاء في طبيعة الرابطة القانونية بينها وبين الشخص المعنوي العام: فأعضاء المجالس المحلية مثلا يرتبطون بالجماعة الإقليمية التي يتبعون لها بموجب وكالة مُنحت إليهم من طرف المنتخبين في إطار عملية انتخابية، في حين يرتبط الموظف العمومي بالشخص المعنوي العام تبعا لأسس قانونية مختلفة إما نظامية Statutaire أو اتفاقية Contractuelle⁴.

يشار في الأخير إلى أن هذه الصفة تختلط أحيانا بصفة الشخص المكلف بسطة عمومية، فمثلا إن رئيس البلدية يتميز بكونه شخصا منتخبا، غير أنه يمارس القوة العمومية أيضا⁵. ويبدو أن رئيس البلدية هي الصفة الوحيدة التي يصعب فيها التمييز بين صفي المكلف بسطة عمومية والمنتخب العمومي، لأن غيره من المنتخبين لا يتمتعون بأي قسط من القوة العمومية كأعضاء البرلمان المنتخبين⁶.

أيضا إن المادة 2-ب من القانون رقم 06-01 لم تميز، فيما يخص الشخص الذي يشغل منصبا تشريعا، بين ما إذا كان يجب أن يكون منتخبا أو معينا. وكنتيجة لذلك يجب أن يشمل ذلك المفهوم ما يعرف في القانون الدستوري "بالثلث الرئاسي" وهم أعضاء بمجلس الأمة الذي يتكون منه البرلمان في الجزائر⁷، إلى جانب الأعضاء المنتخبين فيه (الثلثين المتبقي)⁸، يحجز الدستور⁹ لرئيس الجمهورية تعيينهم مباشرة¹⁰.

د- الأشخاص الأخرى التي تكتسب صفة الموظف العمومي بحكم القانون

وهم باختصار كل شخص لا يمكن ادراجه ضمن إحدى الصفات المذكورة مسبقا. وقد وضعت المادة 2-ب (الفقرة الفرعية 3) شُرطا للتعرف عليهم. حيث يجب أن يعرفه التشريع أو التنظيم الساري المفعول كموظف عمومي، أو أن يعتبره ذلك التشريع أو التنظيم كالموظف العمومي.

¹- V. R. CHAPUS, préc., p. 18 § 13.

²- R. CHAPUS, préc., p. 5 § 1 : « La fonction publique est [sic.] constituée par l'ensemble des personnels qui, occupant à titre professionnel un emploi salarié dans les services des personnes publiques, sont soumis à un statut de droit public. ».

³- V. R. CHAPUS, préc., p. 18 § 13 : « Si tous les membres de la fonction publique ont la qualité d'agents publics, tous les agents publics n'appartiennent pas à la fonction publique : c'est le cas de ceux *qui n'exercent pas à titre professionnel l'activité correspondant à leur emploi*. » (italique souligné par l'auteur).

⁴- L. ANSELMi, préc., p. 59.

⁵- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

⁶- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

⁷- الدستور الجزائري لسنة 2020، المادة 114 (الفقرة 1).

⁸- الدستور الجزائري لسنة 2020، المادة 121 (الفقرة 2).

⁹- الدستور الجزائري لسنة 2020، المادة 121 (الفقرة 3).

¹⁰- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 19.

يشار أخيرا إلى أنَّ قانون العقوبات الفرنسي -الذي عرّفنا صفة الموظف العموميّ في القانون رقم 06-01 قياسا على أحكامه- يستعمل لتحديد الموظف العموميّ الطريقتين الوصفية Définition énumérative في محتوى نصّ التجريم (الشخص المُكلّف بسُلطة عموميّة، والشخص المُكلّف بمهمة مرفق عموميّ، والشخص المُزوّد بعهدّة انتخابيّة عامة) والوظيفية في عنوان نصّ التجريم حيث يشير إلى أشخاص تمارس وظيفة عموميّة، بعكس القانونين البلجيكي والاسباني الذي يستعمل الطريقتين الوظيفية Définition fonctionnelle فحسب، والتي تتميز بتطبيق تعريف مقتضب -حيث يقصد به كلّ شخص يمارس وظيفة عموميّة- ولكنه دقيق على الموظف العموميّ في القانون الجنائي¹.

وهذه الطريقتان الوصفية تمتاز بعباراتها العامّة حيث تمنح للقاضي الجزائيّ هامش حرية أكبر في تحديد الفاعل، وتسمح بتطبيق نصّ التجريم على أكبر عدد ممكن من الأشخاص، بالعكس من أسلوب القائمة الحصرية التي يعين فيها النصّ الجنائيّ بصفة فردية (كأن يقول ذلك النصّ المُحكّم، الخير، الطبيب، الخ...) الشخص المخاطب بالقاعدة الجنائيّة².

يمكن القول من خلال كلّ ما سبق أنَّ القانون رقم 06-01 استعمل في المادّة 2-ب الطريقتان الوصفية أيضا، لأنّه عدد الأشخاص التي ينطبق عليها تعريف الموظف العموميّ لأغراض التجريم والوقاية من الفساد، ولم يربط ذلك بممارسة وظيفة عموميّة³. كما أنّه استعمل طريقة العبارات العامّة، لأنّه لم يحدّد نوع الوظيفة المدرجة تحت ذلك التعريف.

إلى جانب ذلك، إنّ القضاء الفرنسي -الذي ظهر التعريف الجنائيّ للموظف العموميّ على يده، لأول مرة في القانون الفرنسي⁴- في ذاته يخطئ أحيانا في تحديد المجموعة الصحيحة التي يجب أن ينتمي إليها الفاعل المباشر في الجرائم المعروضة أمامه التي تتطلب في مرتكبها صفة من الصفات التي ستبحثها هذه الدّراسة فيما يأتي كجريمة المرتشي مثلا⁵. وبالتالي فإنّ التقسيم الفرنسي للموظف العموميّ في القانون الجنائيّ ليس واضحا ودقيقا كما يبدو. فقد حصل وأنّ عامل ذلك القضاء شخصا مُكلّفا بسُلطة عموميّة وكأنّه مُكلّف بمهمة مرفق عموميّ⁶. يدق التمييز أيضا بينه وبين الشخص المُزوّد بعهدّة انتخابيّة كرئيس الجمهورية ورئيس البلديّة⁷.

¹- V. M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., pp. 142-143. V. aussi, M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

²- V. A. VITU, « Corruption de fonctionnaire », cass. crim., 6 février 1968, Bull. crim., n° 37, R.S.C., 1968, n° 4, p. 684.

³- يقارن: ك. علة، المرجع السابق، ص 56 التي ترى: "أن المادّة 2 من قانون مكافحة الفساد لم تعتمد طريقة التعداد بقدر ما اعتمدت المعيار الوظيفي أي أن العبرة ليست بصفة الشخص بل بمدى قدرته على التدخل في إتخاذ القرار أو القيام بالفعل محل الجريمة". والحقّ إنّ ذلك القانون اتبع التعريف الوصفي لا التعريف الوظيفي حيث لم يشر بتاتا في المادّة 2-ب إلى أنّ ذلك الشخص يمارس وظيفة عموميّة.

⁴- M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 143.

⁵- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 21. V. aussi A. FITTE-DUVAL, préc., § 9.

⁶- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 21.

⁷- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 23.

ثانيا: صفة الفاعل في المادة 26-2 من القانون رقم 06-01

تركز في العادة أدبيات قانون الصّفقات العموميّة والعقود الإدارية بوجه عام على طرف متعاقد واحد يتمثّل في الإدارة العموميّة، نظرا لدورها الهام. فنطاق تطبيق ذلك القانون يتحدّد بها¹، كما أنّها تحدّد طبيعة العقد، إنّ كان إداريا أم خاصّا، ويعرف هذا بالمعيار العضوي، وتحدّد سبب العقد المتمثّل في تحقيق مصلحة عامة، وتعتبر أقوى طرف فيه أثناء تنفيذه، بحيث تتمتع بحقوق غير مألوفة في القانون الخاص. أما المتعاقد معها، فلا يحصل على نفس الاهتمام إلا نادرا عندما يتعلّق الأمر بإستثناء من الأصل العام، كمشاركة شخص من القانون العام -والأصل أنّ الصّفقات العموميّة مفتوحة للخواص- في المنافسة على صّفقة عموميّة²، أو بحقوقه الماليّة والتزاماته الاتّفاقية³، أو حقه في فسخ العقد الإداري بمحض إرادته⁴.

لكن، إنّ هذا الأمر قاصر على القانون الإداري. ففي القانون الجنائي، الذي يهتم بالأشخاص مهما كان مركزهم أو صفتهم -عملا بمبدأ المساواة بين الأشخاص أمام القانون الجنائي- فإنّ لكلا أطراف الصّفقة العموميّة نصيبه في الإجرام المتعلّق بالصّفقات العموميّة. ويتجلى هذا من خلال تخصيص المشرّع الجزائري لجريمة فساد خاصّة بالصّفقات العموميّة يجب أن يرتكبها المتعامل مع الإدارة العموميّة، وتتمثّل في الجريمة المحدّدة بالمادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 التي اشترطت فيه صفات محدّدة ذكرها النصّ السابق دون إعطاء تعريف جنائي لها. والتي سنتناولها بالدراسة كما يأتي.

أ- صفات التّاجر والصّناعي والحرفي

من الأنسب تحديد تعريفها بشكل مستقل، للتشديد على الاختلاف بينها، إذ يجب على القاضي الجنائي أن يحدّد في حكمه بأيّ صفة منها ارتكب الفاعل جريمة المادة 26-2. مع الملاحظة في هذا الصّد أنّ الفقه في الجزائر يرجع لقانونها الأصلي (القانونين المدني والتّجاري على وجه التحديد) من أجل ضبط مفهومها في نصّ التجريم⁵. وهذا أمر منطقي⁶، لا سيما وأنّ إثبات الصفات الشخصيّة السابقة يخضع أمام القاضي الجنائي إلى أحكام قانونها الأصلي (القانون المدني والقانون التّجاري)⁷.

1- صفة التّاجر

يُعرّف القانون التّجاري الجزائري⁸ التّاجر بأنّه: "[...] كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ

¹ - يراجع خاصّة: المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المادة 6.

² - V. C.E., Avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard consultants, req. n° 222208, Recueil Lebon, concl. C. BERGEAL.

³ - يراجع مثلا: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص229-248.

⁴ - V. C.E., 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. n° 370644, A.J.D.A., 2015, n° 7, p. 396 sq., comment. F. MELLERAY.

⁵ - يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص235-236.

⁶ - V. J.-P. DOUCET, préc.

⁷ - V. X. PIN, préc., p. 132 § 144.

⁸ - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر. رقم 101 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1975، ص1306.

مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك" (المادة 1). والجملة الأخيرة، "ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، وقد أضافها المشرع إلى ذلك التعريف بمقتضى الأمر رقم 96-27 مؤرخ في 9 ديسمبر 1996¹، يتمثل غرضها في "بيان أن توافر الشروط السالفة الذكر² لا يمنح بصورة مباشرة الصفة التجارية إذ يمكن أن تنص بعض القوانين على شروط خاصة"³. ومنه، يجب لتحديد شروط اكتساب صفة التاجر، والتي يستند إليها القاضي الجنائي أيضا لإثبات توفر الشرط الأولي في جريمة المادة 26-2 المتتمثل في صفة الفاعل المباشر، التمييز بين مجموعتين من الشروط. المجموعة الأولى تشمل الشروط العامة المحددة في المادة 1 من القانون التجاري. وقد اشترط المشرع لاكتساب تلك الصفة أن يتخذ الشخص الطبيعي أو المعنوي العمل التجاري مهنة معتادة له؛ ويشير الفقه إلى أن تعبير "الاحتراف" أصح من تعبير "الاعتقاد" الذي استخدمه القانون التجاري⁴. يندرج ضمن هذه الصفة التاجر الظاهر أيضا. حيث "[...] أن الشخص الذي يتعامل مع الغير ويتصرف معه كأنه تاجر، يعد في الحقيقة تاجرا بسبب ظهوره بمظهر التاجر. وهذا تطبيقا لنظرية الظاهر (la théorie de l'apparence) التي ترمي إلى حماية الأشخاص المتعاملين مع "التاجر" أي الأشخاص الذي وضعوا بحسن النية ثقتهم في ذلك الشخص"⁵. أما المجموعة الثانية فإنها تشمل الشروط الخاصة التي تلزم، فوق الشروط العامة السابقة، لاكتساب صفة التاجر في القانون التجاري الجزائري، والتي تنص عليها القوانين الخاصة.

2- صفة الصناعي

لا يوجد للصناعي -أو بعبارة أخرى، رجل الصناعة، وفي النص الجنائي الفرنسي للمادة 26-2 من القانون رقم 06-01 Industriel- تعريف في القانون التجاري. ويقصد به لغويا: "المشرف على مؤسسة تحول مواد أولية إلى منتجات نهائية أو نصف نهائية"⁶. أما قانونيا، فيمكن لاستخلاص تعريف له بالعودة لمفهوم الصناعة، وهي: "مجموعة الأنشطة الاقتصادية المخصصة لاستخراج الثروات غير الفلاحية وإنتاجها وتحويلها"⁷. وبالتالي يقصد بالصناعي في المادة 26-2: "الشخص الذي يمارس نشاطا إقتصاديا في مجال إستخراج أو إنتاج أو تحويل الثروات [غير الفلاحية]"⁸. ويقترب هذا التعريف من مفهوم العمل التجاري الموضوعي الذي يشمل مقاولات الاستخراج والتحويل والذي يكسب مزاوله صفة التاجر⁹. فالقانون التجاري، بعكس علم الاقتصاد، يتبنى تعريفا مختلفا للعمل

¹ - يراجع: ف. زراوي صالح، م.س.، ص 162 الفقرة 104.

² - وتتمثل في: 1- أن يباشر الشخص الطبيعي أو المعنوي عملا تجاريا، 2- وأن يتخذ مهنة معتادة له.

³ - اقتباس، بتصرف، عن: ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 162 الفقرة 104.

⁴ - يراجع: ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 165-166 الفقرة 107.

⁵ - ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 166-167 الفقرة 107.

⁶ - Le petit Larousse illustré, JEUGE-MAYNART Isabelle (dir.), France, Larousse, 2009, p. 534, « Industriel », sens 2 : « Chef d'une entreprise transformant des matières en produits finis ou semi-finis ».

⁷ - G. CORNU, préc., p. 435, « Industrie », sens 1 : « Ensemble des activités économiques consacrées à l'extraction, à la production et à la transformation des richesses (non agricoles) ».

⁸ - نقلا بتصرف عن: ك. علة، المرجع السابق، ص 235.

⁹ - يراجع: القانون التجاري الجزائري، المادة 2؛ ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 117-123 الفقرة 83-85.

التجاري يشمل الصناعة كذلك¹.

وإدراج الصناعي ضمن قائمة صفات الفاعل المباشر في جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01 التي تتعلق بالصفقات العمومية قد يعني أن قانون الصفقات العمومية الجزائري يتبنى ذلك النوع الخاص من الصفقات العمومية المُسمّاة بصفقات الصناعة *Marchés industriels* وتمثّل في عقد يكون محله إقتناء لوازم غير متداولة، وتشير هذه الأخيرة إلى اللوازم التي يجب تكييفها مع حاجات الإدارة العمومية أو تصنيعها خصيصا لهذه الإدارة، ويتعلّق الأمر أساساً بالمنتجات الحربية والعسكرية². ولعلنا نذكر في هذا الصدد حكما قضائيا فرنسيا يتعلّق باستغلال نفوذ موظف عمومي من طرف متعامل ثانوي - شركة ألمانية المُسمّاة Renk - كلف بتصنيع كميّة معتبرة من علب التحكم في السرعة *Boîtes de vitesse* في إطار صفقة تعلقت بتوريد دبابات من نوع *Leclerc* أبرمت بين شركة *GIAT Industries* ودولة الإمارات العربية المتحدة³. وبالتالي فإنّ المادة 26-2 جاءت لحماية هذا النوع من الصفقات من الفساد الصادر عن المتعاقد مع الإدارة العمومية. وللتذكير، فإنّ العقود المتعلقة بالتسليح تعتبر صفقات عمومية تبرمها الدولة، وتنقسم إلى نوعين رئيسيين: أولاً، صفقات الدراسات والتطوير *Marchés d'études et de développement*، وثانيا صفقات التصنيع *Marchés de fabrication*⁴. كما أنّها تتميز بخصائص قانونية (تخضع لنصوص قانونية ودفاتر شروط خاصّة)، وإجرائية، واستراتيجية (كون التسليح يعتبر من الوسائل الماديّة التي تضمن الأمن الوطني مما يتطلب احترام بعض الإجراءات الشكلية كالترخيص من الدولة من أجل صناعة الأسلحة) التي تميزها عن بقية الصفقات العمومية⁵.

3- صفة الحرفي

عرّفته المادة 10 (الفقرة 1) من الأمر رقم 96-01 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996، المُعدّل والمُتمّم، يحدّد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف⁶ بأنّه: "كلّ شخص طبيعي مسجّل في سجلّ الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليدياً كما هو محدد في المادة 5 من هذا الأمر، يثبت تأهيلا ويتولّى بنفسه ومباشرة تنفيذ العمل، وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته". وقد أشار الأمر السابق إلى صفتين أخرى هما حرفيّ معلّم في حرفته

¹ V. J. MESTRE e.a., *Droit commercial*, t. I, 30^e éd., France, L.G.D.J., 2016, p. 19 § 3.

² Les marchés publics industriels, <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/les-marches-publics-industriels/> (29/10/2022).

وتقوم الحاجة إلى هذه الصفقات في حالة الحرب بخاصّة. وتسمى لهذا بصفقات الحرب *Marchés de la guerre* التي تتورّ بشأنها مشكلة الفوائد الماليّة الضخمة - بشكل غير مُبرّر - التي تعود على المتعاقد مع الإدارة العمومية. يراجع:

F. ROLIN, « Les contrats de l'administration et la Première guerre mondiale », *Jus Politicum*, n° 15, <http://juspoliticum.com/article/Les-contrats-de-l-administration-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-1066.html> (30/10/2022).

³ Cass. crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, *Bull. crim.*, n° 71, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018396615/> (19/03/2023).

⁴ M. COUSTON, « Droit et pratique des marchés d'armement », *Droit et défense*, 1993, n° 1, pp. 14-15.

⁵ V. M. COUSTON, *préc.*, pp. 15-20.

⁶ ج.ر. رقم 3 مؤرخ في 14 يناير سنة 1996، ص3.

وصانع (النص السابق) المنطبقان على الشَّخص الطبيعي¹. والتي يمكن أن تشملها المادَّة 26-2 من القانون رقم 01-06 سواءً بالتوسع في تعريف لفظ الحرفي المستخدم فيها، أو إدراجه في معنى كل شَّخص طبيعي أو معنوي المستعمل في نصِّ التَّجْزِيم. مع الملاحظة أنَّ الحرفي -بأشكاله السابقة- يختلف عن التَّاجر².

أما النَّشاط التقليدي الذي يدور حوله التعريف السابق، فهو حسب المادَّة 5 من الأمر رقم 01-96: "كل نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطلِّغ عليها العمل اليدوي ويمارس: - بصفة رئيسية ودائمة، - في شكل مستقر، أو متنقل، أو معرضي، في أحد مجالات النَّشاطات الآتية: * الصَّناعة التقليدية، والصَّناعة التقليدية الفنيَّة، * الصَّناعة التقليدية الحرفيَّة لإنتاج المواد، * الصَّناعة التقليدية الحرفيَّة للخدمات، - وحسب الكيفيَّات الآتية: * إما فردياً، * وإما ضمن تعاونيَّة للصَّناعة التقليدية والحرف، * وإما ضمن مقولة للصَّناعة التقليدية والحرف".

ولقد أجاز قانون الصَّفقات العموميَّة الجزائري للإدارة العموميَّة التعامل مع الحرفيين أيضاً. حيث جاء في المادَّة 86 (الفقرة 1) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ما يأتي: "تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفيَّة الفنيَّة للحرفيين، كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما، ما عدا في حالة الاستحالة المُبرَّرة قانوناً من المصلحة المتعاقدة، باستثناء الخدمات المسيرة بقواعد خاصة". كما يلاحظ من هذا النصِّ، فإنَّ مفهوم الحرفي حسب الأمر رقم 01-96 ينطبق على مجال الصَّفقات العموميَّة أيضاً. وبالتالي يصلح للتطبيق على جريمة المادَّة 26-2 بسبب تطبيقها على هذه العقود كذلك.

ب- صفة المقاول من القطاع الخاص

كالصفات السابقة، يتركز الفقه الجزائري لتعريف المقاول من القطاع الخاص في المادَّة 26-2 إلى ما جاء في القانون المدني³. حيث يقصد بعقد المفاوضة فيه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وفقاً للمادَّة 549 من القانون المدني الجزائري⁴. تبعاً لهذا التعريف، يشير المقاول حسب القانون المدني إلى المتعاقد الذي يتعهد بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يدفعه الطرف المتعاقد الآخر.

لكن تعريف هذه الصفة، بل تعريف الصفات السابقة كلها، بشكل مجرَّد بالعودة إلى قانونها الأصلي (القانون المدني أو التجاري) فحسب لا يكفي لفهم كنه جريمة المادَّة 26-2. وإنما يجب ربطها بمجال الصَّفقات العموميَّة المعني بهذه الجريمة أيضاً، لتحديد معناها الصحيح في نطاق المادَّة 26-2. فعلى سبيل المثال، إنَّ التَّاجر الذي

¹ - يراجع: ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 523-524 الفقرة 331.

² - ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 512 الفقرة 318.

³ - ك. علة، المرجع السابق، ص 235.

⁴ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المُعدَّل والمُتَمِّم، يتضمن القانون المدني، ج.ر. رقم 78 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، ص 990.

يتعاقد مع الإدارة العمومية يمارس عملا تجاريا يتمثل في مقاوله للتوريد، وينبغي أن تقابلها في قانون الصفقات العمومية صفقات اللوازم¹، أو مقاوله استغلال النقل بالنسبة للصفقات العمومية التي يكون موضوعها النقل، وهي جميعا أعمال تجارية تدرج تحت مسمى مقاولات التداول². بالتالي، ما جدوى الإشارة إلى التاجر، إذا كانت عملية التوريد تعتبر مقاوله أيضا في مفهوم القانون التجاري. وينطبق نفس السؤال على العلاقة بين الحرفي والمقاول من القطاع الخاص، ذلك أن الأمر رقم 01-96 يسمح بتشكيل مقاولات لممارسة النشاط الحرفي أيضا (مثلا المادتان 20 و 21).

الحق إن لفظ المقاول يدلّ في مجال الصفقات العمومية الذي يتحدّد به نطاق جريمة المادة 26-2 إلى مفهوم معين ينتج من تعريف الصفقة العمومية للأشغال وهو، الشخص الذي ينجز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية³. ويقصد بالمنشأة في قانون الصفقات العمومية، "مجموعة من أشغال البناء والهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية"⁴. ويتبين من هذا أن معنى المقاول في قانون الصفقات العمومية يقتصر في مقاولات البناء والهندسة المدنية. والراجع أنه المعنى الذي تقصده المادة 26-2 من القانون رقم 01-06 بلفظ المقاول من القطاع الخاص. ويجدر الذكر أن القضاء الإداري الفرنسي سبق وأن قرّر أن الشخص المعنوي الذي لا يحصل على أية فائدة - وليس شرطاً أن تكون هذه الفائدة في شكل مبلغ مالي - مباشرة أو غير مباشرة من تنفيذ الأشغال لا يكتسب صفة مقاول أشغال عمومية⁵. وبالتالي، يمكن القول إن صفة المقاول التي تكلمت عنها المادة 26-2 تشمل الشخص الذي يأخذ فائدة من الأشغال التي ينفذها لحساب الإدارة العمومية. وهذا الشرط لا يتعارض مع الغرض من الجريمة التي تعاقب المتعاقد مع الإدارة العمومية الذي تدفعه الرغبة في الربح وتحقيق الفائدة إلى استغلال سلطة أو تأثير الموظف العمومي.

الفرع الثاني: العناصر السلبية في التعريف

سوف نعالجها، كما جرى عليه الفرع الأول السابق، بالنظر إلى صفة الموظف العمومي (الفقرة الأولى)، وبالنظر إلى صفة الفاعل المباشر في جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 01-06 (الفقرة الثانية).

أولاً: صفة الموظف العمومي

ففيما يتعلّق بصفة الموظف العمومي، يمكن استخلاص عناصرها السلبية بإجراء مقارنة بين تعريف الموظف العمومي في القانون الإداري - إذ يشترط فيه لاكتساب صفة الموظف العمومي: التعيين بقرار صحيح في وظيفة

¹ - فقد أشارت المادة 29 (الفقرة 6) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 إلى المتعاقد مع الإدارة العمومية في هذا النوع من الصفقات بالمرور.
² - يراجع: القانون التجاري الجزائري، المادة 2؛ ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 123-125 الفقرة 86-88، ص 128-134 الفقرة 90-91.

³ - ت.ص.ع.، المادة 29 (الفقرة 3).

⁴ - ت.ص.ع.، المادة 29 (الفقرة 3).

⁵ - V. J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 164.

عمومية مع الترسيم في رتبة من رتب السلم الإداري بصفة دائمة في مرفق عمومي مُسَيَّر بأسلوب الإدارة المباشرة¹ - وتعريفه الخاص في القانون رقم 06-01². وينتج عنها ما يأتي.

أ- المساواة بين الموظف العمومي والعون المتعاقد

لا تميز المادة 2-ب من القانون رقم 06-01 بين الموظف العمومي بمفهومه الإداري والعون المتعاقد مع الإدارة العمومية بعقد إداري أو بعقد خاص. إذ يجوز في القانون الجزائري للإدارة العمومية اللجوء إلى هذين العاقدين³. وذلك أنَّ المادة السابقة لم تشترط لتعريف الموظف العمومي في مفهوم القانون رقم 06-01 أن يمارس الشخص مهمته بصفة دائمة كما هو الشأن بالنسبة للموظف العمومي في القانون الإداري⁴.

يبقى التساؤل قائما بشأن الموظف العمومي المُتَرَبِّص، بمعنى 'الأعوان الذين عيّنوا في رتبة لوظيفة عمومية دائمة تابعة لمرفق عام إداري، ولم يرسموا بعد'⁵ (شكل الخط استعمله المؤلف). ونظرا لعدم ترسيمهم، لا يكتسب هؤلاء صفة الموظف العمومي في القانون الإداري⁶. غير أنه سبق للمحكمة العليا الجزائرية وأن قررت في قضية جزائية أنَّ مصطلح الموظف العمومي ينبغي أن يشمل المرسمين والمتعاقدين والمُتَرَبِّصين⁷. بإستثناء أنَّ قضية الحال تعلق بجرمة المادة 144 من قانون العقوبات الجزائري التي يعتبر فيها الموظف العمومي كضحية للجاني مما قد يمنع تعميم الاجتهاد القضائي السابق على تعريف الموظف العمومي في جرائم الفساد في القانون رقم 06-01.

فمن يعتبر ضحية في جريمة ما قد لا يعتبر فاعلا في جريمة أخرى. فتفسير لفظ ما ورد بنصوص تجريم مختلفة يتم بالنظر إلى ظروف وملابسات كل جريمة على حدة. فما ينطبق على جريمة ما قد لا ينطبق على جريمة أخرى، ورغم ذلك التّطابق⁸. وإن كانت العلة من تجريم الفساد تفرض تطبيق نظرية الموظف المُتَرَبِّص على تعريف الموظف العمومي حسب المادة 2-ب قياسا على حالة العون المتعاقد، فكل منهما يشغل وظيفته بصفة مؤقتة⁹، غاية ما في الأمر أنَّ الأمر يتوقف بالنسبة إلى العون المتعاقد على مُدَّة العقد أو إرادة الإدارة العمومية¹⁰، ولنتيجة التربص بالنسبة للموظف المُتَرَبِّص¹¹. زيادة على أنَّ المادة 2-ب لا تميز بين التعيين والانتخاب، ومن المعلوم أنَّ التعيين لا يعني في القانون

1- م. بوطبة، نظام الموظفين في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومه، 2018، ص 33-34.

2- يراجع في هذا المعنى: ك. علة، المرجع السابق، ص 50-52. دون أن ننسى الإشارة إلى أنَّ من العناصر السلبية في تعريف الموظف العمومي في المادة

2-ب من القانون رقم 06-01 المساواة بين عضو البرلمان المنتخب والمعين، ولقد تعرضنا لذلك عند دراسة الشخص المزود بعهدة انتخابية عمومية.

3- م. بوطبة، المرجع السابق، ص 34، 36.

4- ك. علة، المرجع السابق، ص 54-55.

5- نقلا عن: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 39.

6- م. بوطبة، المرجع السابق، ص 39.

7- المحكمة العليا، ملف رقم 425217، مؤرخ في 22 أبريل 2009، قضية (س.ي) ضد (د.س) والنيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، 2011، ع 1،

ص 67، ذكره: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 25.

8- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 1.

9- يراجع: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 38. حيث يشير إلى أنَّ المُتَرَبِّص بعد ترسيمه يصبح في مركز دائم ومستمر.

10- م. بوطبة، المرجع السابق، ص 35.

11- أي، نجاح التربص أو فشله. م. بوطبة، المرجع السابق، ص 298، 307-308.

الإداري الترسيم في الوظيفة العمومية، وإنما يعتبر مرحلة قبلية تتخللها مرحلة التبرص لتليها مرحلة الترسيم¹. وبالتالي يتعين إدراج الموظف المُتَرَبِّص ضمن فئة الموظف المعين في مفهوم النص السابق.

ب- المساواة بين الموظف العمومي القانوني والموظف العمومي الفعلي

تتمثل نقطة البداية الصحيحة لتحديد مكانة الموظف الفعلي في المادة 2-ب من القانون رقم 06-01 في تحديد أساسه النظري في القانون الإداري. مع العلم أن هذه النظرية نشأت في البداية في القانون الجنائي قبل أن تنتقل إلى القانون الإداري وتزدهر فيه². فتارة يتمثل ذلك الأساس في نظرية المظاهر، إذا مارس شخص وظيفة عمومية في الظروف العادية. وفي نظرية الضرورة تارة أخرى عندما تكون الظروف استثنائية³. وينتج عن ذلك نوعان من الموظف الفعلي سنتطرق إلى حكمهما في القانون رقم 06-01 كما يأتي.

1- الموظف العمومي الفعلي في الظروف العادية

يقصد به: "الأعوان الذين يباشرون مهام وظيفة عمومية بناء على إجراء قانوني غير صحيح، فيعتقد الغير أنهم يشغلون هذه الوظيفة العمومية بطريقة قانونية"⁴ (شكل الخط استعمله المؤلف). والذين اعتبر القضاء الإداري -الفرنسي تحديدا- بصحة التصرفات القانونية التي يجريها هؤلاء على أساس نظرية المظاهر لعدة اعتبارات منها المحافظة على حقوق ومصالح الأفراد، وتوفير استقرار التعاملات⁵. فالأهمية تُولى إلى أثر عدم مشروعية تعيين الموظف العمومي على صحة التصرفات القانونية التي قام بها.

وهذا في القانون الإداري. في القانون الجنائي، القاعدة هي إنَّ صحة التصرف القانوني المؤلف للشروط الأولى في الجريمة ليست شرطا لتحقيقه⁶. ولا تختلف صفة الموظف العمومي في ذلك عن بقية الشروط الأولى في الجريمة، والتصرفات القانونية الضرورية لوجود الجريمة⁷. حيث لا تؤثر نظرية الموظف الفعلي على وجود الجريمة قانونا برغم بطلان قرار تعيين الموظف العمومي الفاعل في الجريمة (أو الضحية فيها أيضا)⁸، تطبيقا لفكرة ذاتية القانون الجنائي⁹. والتي تسري على الإجراءات الجزائية أيضا. حيث إنَّها لا تمنع ممارسة الدعوى العمومية، ولا تشكل سببا لممارسة طعن قضائي لمراجعة حكم قضائي نهائي¹⁰. ويرجع أساس تطبيقها في القانون الجنائي إلى فكرة المظاهر *Idée d'apparence* أيضا¹¹. ويشمل ذلك بالسوء الموظف العمومي -بمفهومه الجنائي- المُعَيَّن والمُنْتخَب أيضا،

¹ - يراجع: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 312.

² - J. LARGUIER, A.-M. LARGUIER, « Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale », R.S.C., 1972, n° 4, p. 823 § 100.

³ - يراجع: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 40-41.

⁴ - نقلا عن: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 41.

⁵ - م. بوطبة، المرجع السابق، ص 42.

⁶ - J.-P. DOUCET, préc.

⁷ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 228 § 262.

⁸ - V. J. LARGUIER, A.-M. LARGUIER, préc., p. 823 § 100.

⁹ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 16.

¹⁰ - V. M. VASSEUR, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », R.S.C., 1951, n° 1, p. 28 § 16.

¹¹ - V. M. VASSEUR, préc., p. 28 § 16.

كبطلان عمليّة الانتخاب التي أفرزت حصوله على عهدة انتخابيّة مثلاً¹. وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قد قرّرت قديماً بشأن هذه الفئة الأخيرة، وفي قضية معزولة، أنّ تعبير الموظف العموميّ ينطبق على شخص انتخب بطريقة قانونيّة².

لكن تطبيق تلك النظريّة على الجريمة بطريقة لا تؤدي إلى انعدام الوجود القانونيّ للجريمة، وبالتالي مساءلة مرتكبها، يبقى متوقفاً على مدى علم الناس بعدم مشروعية تعيين الموظف العموميّ الذي ارتكب الجريمة: فإذا كان الناس يجهلون ذلك العيب، فإنّ الجريمة تبقى قائمة قانوناً، ويسأل عنها الفاعل المباشر (الموظف العموميّ)، وإلا فإنّ الجريمة ستعدّ منعدمة³، وكأنّ صفة الموظف العموميّ منعدمة تماماً لدى الفاعل المباشر فيها.

2- الموظف العموميّ الفعليّ في الظروف الاستثنائية

في الظروف الاستثنائية، يشير تعبير الموظف الفعليّ - في القانون الإداري - إلى *"الأعوان الذين يتولّون مهام وظيفة عمومية بإرادتهم المنفردة دون تعيين من السلطة المختصة بسبب ظروف معينة تجعل هذه السلطة عاجزة عن القيام بهذه المهام قصد تحقيق المصلحة العامة"*⁴ (شكل الخط استعمله المؤلف). كمثال عن ذلك في مجال تخصص هذه الدّراسة، قيام شخص غير مُعيّن من السّلطة العموميّة بإبرام صفقات عموميّة مع متعامل اقتصاديّ بمناسبة ظرف استعجالي كحالة نشوب حرب لضمان استمرار الخدمات والمرافق العموميّة على مستوى الإقليم الذي يتواجد به⁵.

المشكلة إنّ المادّة 2-ب من القانون رقم 06-01 لا تقيم أيّ تمييز بين الموظف المُعيّن والمُنْتَخَب. وبمفهوم المخالفة، يستنتج أنّها تشترط التعيين أو الانتخاب لاكتساب صفة الموظف العموميّ (المادّة 2-ب، الفقرة الفرعية 1). هذا الشرط لا يتوفر في الموظف الفعليّ في الظروف الاستثنائية، حيث إنّّه يمارس الوظيفة دون تعيين من الإدارة العموميّة، ولكن بعد موافقتها حتى لا يعتبر مغتصباً للسّلطة العموميّة⁶. ولا يمكن أن يندرج ضمن معنى الموظف العموميّ بحكم القانون (المادّة 2-ب، الفقرة الفرعية 3)، لأنّ نظرية الموظف الفعليّ من ابتكار القضاء وليست منظمة من طرف التشريع أو التّنظيم حتى نبحت عما إذا ساوى المُشرّع بينه وبين الموظف العموميّ القانونيّ.

ويرجح أن تشملها الفقرة الفرعية 2 من المادّة 2-ب التي يكفي فيها أن يتولى الشخص وظيفة أو وكالة تخوله المساهمة في خدمة هيئة عموميّة أو مؤسّسة عموميّة أو أية مؤسّسة أخرى تملك الدّولة كل أو بعض رأسمالها. لكنها ستقلص من نطاق تطبيق النظريّة في القانون رقم 06-01 على الأشخاص المعنويّة العامّة ناهيك عن أنّها تقتصر على الظروف الاستثنائية فقط. حيث يستثنى منها الدّولة والجماعات المَحَلّيّة - وهما من أبرز الإدارات العموميّة

¹- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 16.

²- V. M. VASSEUR, préc., p. 28 § 16.

ويتعلّق الأمر بحكم محكمة النقض الفرنسية في 29 مايو 1896. نفس المرجع، هامش 2.

³- V. M. VASSEUR, préc., pp. 28-29 § 16.

⁴- نقلاً عن: م. بوطبة، المرجع السابق، ص 42.

⁵- يراجع حول مكانة العقود الإدارية في حالة الحرب: F. ROLIN, préc.

⁶- م. بوطبة، المرجع السابق، ص 42.

المعنية بالصّفقات العموميّة - نظرا للمفهوم الضيّق لعبارات هيئة عموميّة ومؤسّسة عموميّة في المادّة 2-ب السابقة¹.

ج- المساواة بين الأشخاص المشمولة بتعريف الموظف العمومي من حيث الأجرة

فقد ساوت المادّة 2-ب (الفقرة الفرعية 1 و2) بين الموظف العموميّ المأجور وغير المأجور. ويشترك في ذلك تعريف الموظف العموميّ في القانون رقم 06-01 مع تعريفه في القانون الإداري. حيث إنّ الأجر -أو الراتب كما يسمى في قانون الوظيفة العموميّة²- ليس من شروط اكتساب صفة الموظف العموميّ في القانون الإداري³. ويتبين عدم الاكتراث بذلك من قولها بصراحة: "1 - كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان [...]، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، [...]، 2 - 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، [...]". يشار إلى أنّ الأجر، ولو كان غير ذي أهميّة في اكتساب صفة الموظف العموميّ، يعتبر بالنسبة له وللأعوان المتعاقدين مع الإدارة العموميّة بمثابة الحقّ في القانون الإداري⁴.

د- المساواة بين الأشخاص المشمولة بتعريف الموظف العمومي من حيث الأقدمية والرتبة

استبعد القانون رقم 06-01 الأقدمية بصراحة من نطاق شروط تحديد صفة الموظف العموميّ الذي تُطبّق عليه أحكام ذلك القانون (المادّة 2-ب، الفقرة الفرعية 1)، ومنها جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. مع الملاحظة أنّ الأقدمية قد لا تهم في تحديد صفة الموظف العموميّ كفاعل مباشر في الجريمة، ولكنها تُسهّل إثبات وجود الركن المعنويّ لدى هذا الجاني في جريمة المادّة 26-2 المتعلّقة بالصّفقات العموميّة⁵.

في قانون العمل، تقابل الأقدمية مُدّة العمل المنجز في إطار مُؤسّسة ما⁶. وينظر إليها من ناحيتين. من ناحية عقدية، أين تمثل الأقدمية مُدّة العمل الفعلية طبقا لما اتّفق عليه عقديا. ومن ناحية مُؤسّسائية، تشير الأقدمية إلى المُدّة التي ارتبط العامل خلالها بالمُؤسّسة⁷. قياسا عليه، يمكن تعريف الأقدمية في قانون الوظيفة العموميّة بأنّها مُدّة العمل المنجز في إطار شخص معنويّ عام. أو بعبارة أخرى، "عدد السنوات التي قضاها في ممارسة وظيفة عموميّة"⁸. وتشير إما إلى المُدّة التي ارتبط فيها الموظف بذلك الشخص بالنسبة إلى الموظف العموميّ المعين، أو مُدّة العقد بالنسبة إلى العون العموميّ المتعاقد. يلاحظ أخيرا إلى أنّ الأقدمية تعتبر أحيانا شرطا للترقية في الرتبة في السّلم

¹ - يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 19.

² - يراجع: الأمر رقم 06-03، المادّة 32.

³ - ك. علة، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - م. بوطبة، المرجع السابق، ص 332-333.

⁵ - يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁶ - J. SAVATIER, « Ancienneté dans l'entreprise », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janvier 2007, § 9 : « L'ancienneté mesure une durée du travail accompli dans le cadre d'une entreprise. [...] ».

⁷ - J. SAVATIER, préc., § 10.

⁸ - G. CORNU, préc., p. 52, « ancienneté » : « Nombre d'années passées dans l'exercice d'une fonction ou dans l'une des subdivisions de la hiérarchie des carrières administratives. Ex. ancienneté générale des services, ancienneté de grade, ancienneté d'échelon. ».

الإداري¹. الأمر الذي يقودنا إلى العنصر السِّلبي الثاني في تعريف الموظف العمومي حسب المادة 2-ب من القانون رقم 01-06، ويتمثل في الرتبة التي يشغلها الموظف العمومي.

أيضا لا تهم الرتبة لتطبيق أحكام القانون رقم 01-06 عليه. ويقصد بالرتبة، فيما يتعلّق بقانون الوظيفة العموميّة، صفة تعطي الموظف العموميّ الحقّ في شغل منصب معين وتضعه بداخل السُلّم الإداري². وحسب المادة 5 من الأمر رقم 03-06، فإنّ الرتبة -والتي تختلف عن منصب الشغل طبقا لنفس النصّ- عبارة عن صفة "تخول لصاحبها الحق في شغل الوظائف المخصصة لها". فمهما كانت رتبة الموظف العموميّ، فإنّه يخضع لأحكام القانون رقم 01-06 بما فيها تلك المتعلّقة بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة.

ثانيا: صفة الفاعل المباشر في المادة 26-2 من القانون رقم 01-06

أوضحت الدّراسة في السابق أنّ المادة 26-2 من القانون رقم 01-06 تشترط في الفاعل المباشر صفات محدّدة (التّاجر، والصناعي، والحرفي، والمقاوّل من القانون الخاص). غير أنّها ذهبت أبعد من ذلك. فقد اعتبرت أنّ أيّ شخص طبيعي أو معنوي يدخل في نطاق تطبيق الجريمة مما قد يعني أنّ الصفات السابقة التي ذكرتها كانت مجرّد مثال عمن يبرم مع الإدارة العموميّة عقدا أو صّفقة في إطار الجريمة (الفقرة "أ"). كما أنّها ضمت إلى نطاقها أولئك الأشخاص ولو أبرموا تلك التصرّفات بصورة عرضية (الفقرة "ب").

أ- عدم أهية النوع القانوني للشخص المتعاقد مع الإدارة العموميّة

يقصد بالشخص في القانون كل كائن يستطيع التمتع بحقوق، وهو يشمل نوعان من الأشخاص هما الشخصان الطبيعي والمعنوي³ اللذان أدرجهما القانون رقم 01-06 في ميدان تطبيق جريمة المادة 26-2 عندما قالت: "أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي"⁴. وما يهم في هذا الشطر من نصّ التّجريم هو تعبير "أو بصفة عامة". فإضافة الشخص المعنوي ليست أمرا جديدا في الجريمة. حيث يخضع للجريمة دون الحاجة إلى ذلك، لأنّ صفات التّاجر والصناعي والحرفي والمقاوّل من القطاع الخاصّ بذاتها يحتمل أن يكتسبها الشخص المعنوي أيضا⁵. وما من شك إنّ الأشخاص المعنويّة الخاصّة تملك، مثل الأشخاص الطبيعيّة، صلاحية التعاقد مع الأشخاص القانونيّة

¹ - ج. دندن، "النظام القانوني لترقية الموظف في الإدارات والمؤسسات العمومية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع 1، مج 6، 2022، ص 2134، 2135-2136، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/184193> (30/10/2022).

² - S. GUINCHARD, Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., France, Dalloz, 2011, p. 401, « Grade » : « Dans le droit de la fonction publique, titre d'un fonctionnaire lui donnant vocation à occuper un emploi déterminé et le situant à l'intérieur de la hiérarchie administrative ».

³ - J. CARBONNIER, préc., p. 175 § 48.

⁴ - عندما استحدث المشرّع هذه الجريمة بالأمر رقم 66-186، كانت تتطلب ما يأتي: "أو بصورة عامة كل شخص يبرم [...] " (المادة 4-2). بعد أن أدرجها ضمن قانون العقوبات بالأمر رقم 75-47 في المادة 423 (الفقرة الفرعية 2) أجرى على الجملة السابقة تغييرا طفيفا بقولها: "أو بصفة عامة كل شخص يبرم". ثمّ أضاف إليها بالقانون رقم 88-26 مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات (ج.ر. رقم 28 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1988، ص 1033) تحديدا جديدا بنصها: "أو بصفة عامة كل شخص طبيعي".

⁵ - يراجع مثلا تعريف التّاجر في المادة 2 من القانون التجاري الجزائري. وبالنسبة إلى الحرفي، ف. زراوي صالح، المرجع السابق، ص 523 الفقرة 330.

الأخرى¹.

ولقد فسّر بعض الفقهاء ذلك بأنّ المُشَرَّع أراد به تطبيق الجريمة على الأشخاص التي لا تتوفر فيها إحدى الصفات التي عددها المادة 26-2. الأمر الذي يدلّ على أنّ قائمة الصفات وردت على سبيل المثال لا أكثر. فالصفة العمومية للدراسات على سبيل المثال، وتهدف إلى إنجاز خدمات فكرية³، يتعاقد فيها غالبا شخص لا تتوفر فيه صفة التاجر ذلك أنّ بعض المنتجات الفكرية -نخصّ منها بالذكر حقّ التأليف- لا يعتبر عملا تجاريا إذ تخضع لقواعد القانون المدنيّ كقاعدة عامة وليس للقانون التجاري⁴. وهذا يعني أنّ تلك العبارة يتمثّل هدفها في تعميم أحكام الجريمة على جميع أصناف الصفقات العمومية التي يعتبر فيها الفاعل المباشر في الجريمة كمتعاقد مع الإدارة العمومية دون أن يملك صفة التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاصّ.

أيضا حسب هذا الجانب من الفقه، فإنّ الحكم السابق يشمل حتى الشخص المعنويّ من القطاع العام الذي يشارك في صفة عمومية كمرشّح وليس كمصلحة متعاقدة⁵. وهو أمر ممكن قانونا حسب المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تقضي من مجال قانون الصفقات العمومية العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الخاصّ، إذا كانت تزاوّل نشاطا غير خاضع للمنافسة، وبمفهوم المخالفة إذا كانت تزاوّل نشاطا تنافسيا، فإنّها تستطيع المشاركة في صفة عمومية كسائر الشركات الخاصة.

بينما استخلص منه جانب آخر من الفقهاء أنّ "المشرع قد عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني، فالمطلوب هو أن يكون عونا اقتصاديا خاصا ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يعمل لحسابه أو لحساب غيره"⁶. لكن، ألا يعتبر العون الاقتصاديّ الخاصّ صفة خاصّة أيضا. أكثر من ذلك إنّ أصحاب ذلك الرأي يستدركون بالقول أنّ الجريمة تتطلب في فاعلها أن يكون بائعا للإدارة العمومية وليس مشتريا عندها⁷. ومن ثمّ، ألا يعتبر كون الفاعل المباشر في الجريمة بائعا اشتراطا لصفة خاصّة في الفاعل المباشر في الجريمة.

زد على ذلك إنّ الرأي السابق لو كان صحيحا لأدى إلى التضيق من مجال تطبيق الجريمة. إذ يجب في هذه الحالة أن يكون العقد بيعا دائما للبت في وجودها. والصفقات العمومية ليست جميعها من قبيل عقد البيع. فالصفقات العمومية للأشغال يقابلها في القانون المدنيّ عقد المفاوضة Contrat d'entreprise de droit privé⁸

¹ - فهو يتمتع بأهليّة الوجوب كالأشخاص الطبيعيّة التي تمنحه الحقّ في الدخول في علاقة عقدية. يراجع:

G. WICKER, J.-Ch. PAGNUCCO, « Personne morale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2016, § 66.

² - ك. علة، المرجع السابق، ص 236.

³ - ت.ص.ع.، المادة 29 (الفقرة 10).

⁴ - V. Ch. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, France, Litec, 2006, pp. 9-10 § 12.

⁵ - ك. علة، المرجع السابق، ص 236. وأشارت علة إلى أنّ ما يمنع تطبيقها على ذلك الشخص يكمن في استبعاد المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المادة 2 (الفقرة الأخيرة)، العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من نطاق تطبيقه. ولقد اعترض الفقه الإداري على الموقف السابق للمرسوم الرئاسي. يراجع: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 61. أما حاليا فيجوز لشخص معنويّ عام أن يشارك في إبرام صفة عمومية مع إدارة عمومية أخرى.

⁶ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 168.

⁷ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 168.

⁸ - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 395 § 783.

الذي يختلف عن عقد البيع¹. كذلك قد يتمثل موضوع الصّفقة العموميّة، طبقا للمادّة 29 (الفقرة 6) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، في تأجير لمنقولات وليس بيعها².

من جهة أخرى، ذهب رأي قريب إلى حدّ انكار شَرْط الصفة لدى الفاعل المباشر في هذه الجريمة كَلِيّة، وقَرّر استبعاد معالجتها من نطاق دراسته بدعوى أنّها "ليست من جرائم ذات الصفة وإن كانت داخلة في نطاق جرائم الفساد عموما"³، بالرغم من أنّه، قبل ذلك، كان قد كَيّف هذه الجريمة بأنّها جريمة "المتعاقد"⁴.

إنّ جريمة المادّة 26-2 تتطلب في حقيقة الأمر صفة خاصّة في فاعلها المباشر، وتتمثّل في صفة المتعاقد مع الإدارة العموميّة. وهذا ما ذهب إليه Bencheneb الذي أشار في عدّة مرات إلى الفاعل المباشر في تلك الجريمة بالمتعاقد مع الإدارة العموميّة أو أحد فروعها⁵. بل إنّ الدليل على ذلك واضح من نصّ التّجريم. حيث اشترطت المادّة 26-2 أن يكون التّاجر والصناعي والحرفي والمقاول من القطاع الخاصّ وأيّ شَخْص آخر -طبيعيا كان أم معنوي- قد أبرم مع أشخاص معنويّة عامة عقدا أو صفقة. فينبغي بالتالي أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة المتعاقد مع الإدارة العموميّة. وهذه صفة شَخْصية يكتسبها الشَخْص بإبرام عقد ما، ويفقدها بزواله (بالبطلان مثلا، إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد، إذ يتحول المتعاقد إلى شَخْص أجنبيّ بسببه⁶).

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، تبدو خطورة الجملة أعلاه في أنّه قد يفهم منها أن الشَخْص المعنويّ يرتكب الرُّكن الماديّ أيضا. لكن هذا القانون أضاف الشَخْص المعنويّ إلى قائمة الأشخاص التي من المفترض أنّها من يرتكب جريمة المادّة 26-2. وقد وقع هنا المُشترع في خطأ لأنّ الشَخْص المعنويّ لا يستطيع ارتكاب الجريمة شَخْصيا وإنما يحصل على ذلك بواسطة شَخْص طبيعيّ⁷، فهو شَخْص مُفْتَرَض، والشَخْص الطبيعيّ (الفرد) وحده من يستطيع ارتكابها⁸. لذلك يتحمل الشَخْص المعنويّ المسؤولية الجنائية بسببها فحسب⁹، ويعاقب بالتالي عليها¹⁰. وكأنّ المُشترع أرادها قائمة للأشخاص المتعاقدة مع الإدارة العموميّة وليست للفاعل المباشر في الجريمة.

في هذا السياق، من الممكن أن المادّة 26-2 تنتمي إلى تلك الحالة أين يعتبر الشَخْص المعنويّ كفاعل مباشر في الجريمة بالتطبيق لفكرة المسؤولية الجزائية المباشرة للأشخاص المعنويّة، وهي مسؤوليّة شاذة عن المبدأ العام القاضي

¹ - ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، مج 1، ط. 3، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 23-27 الفقرة 6.

² - V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 400 § 794.

³ - ع. حاحا، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - ع. حاحا، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - « cocontractant de l'État ou du démembrement de l'État ». A. Bencheneb, « Les infractions relatives aux marchés et contrats des organismes d'État algériens », RASJEP, 1989, n° 4, p. 790.

⁶ - V. L. FOLLIOU LALLIOT, D. HOUTCIEFF, préc., p. 200 : « [...] en l'absence de contrat ou en cas de nullité ou d'annulation du contrat intervenant alors que l'exécution a déjà débuté, le cocontractant de la personne publique perd son statut de partie pour devenir un tiers, [...] ».

⁷ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 264 § 473.

⁸ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 492 § 594.

⁹ - يراجع: ق. ع.، المادّة 51 مُكْرَر (الفقرة 1).

¹⁰ - يراجع: ق. ع.، المواد من 18 مُكْرَر إلى 18 مُكْرَر 3.

بأنَّ الشَّخْصَ المعنويَّ يُسألُ جزائياً بصفة غير مباشرة¹. وتتجسد هذه الحالة الخاصَّة عندما يقرِّر المُشرِّع تجرِّم فعل يرتكب من طرف شَخْص طبيعيٍّ بسبب صفة يملكها الشَّخْص المعنويّ - كصفة التعاقد مع الإدارة العموميَّة في جريمة المادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01- بحيث تحقُّ المسؤوليَّة الجزائيَّة على الشَّخْص المعنويّ أيضاً بدون واسطة إنسانيَّة في هذه الحالة². ومن نتائجها أنَّ القاضي الجزائيَّ يستطيع مساءلة الشَّخْص المعنويّ دون الحاجة إلى إثبات أنَّ هناك شَخْصاً طبيعياً محدَّد تدخَّل في ارتكاب الجريمة³. وهذا يعني أنَّ المُشرِّع يضع في بعض الأحيان قرينة تدلُّ على أنَّ الجريمة منسوبة إلى الشَّخْص المعنوي، الشيء الذي يؤدي إلى التخفيف من قيمة بعض شروط المسؤوليَّة الجزائيَّة للشَّخْص المعنوي⁴. ويبدو أنَّ هذه الفكرة تُصلِّح خطأ المُشرِّع بإدراج الشَّخْص المعنويّ في تعريف صفة الفاعل المباشر في الجريمة، وتراعي الحالات التي يكون فيها التعاقد مع الإدارة العموميَّة شَخْصاً معنوياً والفاعل المباشر فيها شَخْصاً طبيعياً.

ليس هذا فقط. بل إنَّ التعاقد في القانون الإداري لا يتم بين أيّ شَخْصان كما ذهب المادَّة 26-2 من القانون رقم 06-01. إذ يجب أن يكون أطراف هذا العقد مختلفان تماماً الأوَّل عن الثاني. وبمعنى آخر، إنَّ الشَّخْص الطبيعيَّ أو المعنويَّ المتعاقد مع الإدارة العموميَّة يجب أن يكون مختلفاً عن الإدارة العموميَّة التي يتعاقد معها⁵. فليس جميع الأشخاص الطبيعيَّة والمعنويَّة تستطيع التعاقد مع الإدارة العموميَّة، ومن ثمَّ يمكن أن تكون فاعلاً مباشراً في جريمة المادَّة 26-2 من القانون السابق.

خلاصة القول إنَّ الفقه يعتبر مجرَّد مصدر تفسيري للقانون⁶. فعبء تحديد الشروط الأوَّلية في الجريمة، علاوة عن أركانها المؤسَّسة، يقع على عاتق المُشرِّع في الأصل. إنَّ تحديد الشرط الأوَّل للجريمة لا يثير أية مشكلة خاصَّة، ما لم يشر نصَّ التجريم إليها بعبارات غير دقيقة⁷. وهذا هو الحال في المادَّة 26-2. حيث إنَّ تحديد ما إذا كانت صفة الفاعل المباشر فيها لازمة في الجريمة يعتريه الغموض الذي يمس، فوق مبدأ الوضوح *Principe de clarté*⁸، بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجنائيَّة حيث إنَّه يعطي القاضي الجزائيَّ سلطَةً تفسير ذلك النصَّ بصورة واسعة⁹. بل يتعارض مع إرادة المُشرِّع أيضاً، إذا ما حصر القاضي الجزائيَّ الأشخاص التي يمكنها ارتكاب الجريمة بينما اتجهت

¹- V. C. MANGEMATIN, *La faute de fonction en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, France, 2012, p. 648 § 734.

²- C. MANGEMATIN, préc., pp. 650-651 §§ 735-736.

³- J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », R.S.C., 2012, n° 1, p. 36.

⁴- V. J. TRICOT, préc., p. 36.

⁵- V. B. SEILLER, préc., § 39.

⁶- يراجع: حول الفقه كمصدر للقانون: ع. فيلاي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 267.

⁷- X. PIN, préc., pp. 131-132 § 144.

⁸- يقتضي هذا المبدأ الناتج من مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة (X. PIN, préc., p. 50 § 54) تحديد الجريمة بعبارات واضحة ودقيقة بما فيه الكفاية لتجنُّب التَّعَسُّف. X. PIN, préc., p. 51 § 56.

⁹- مبدأ التفسير الضيق للنص الجنائيّ تقرّر لمنع القاضي الجزائيّ من معاقبة أفعال لم يرد المُشرِّع حظرها. يراجع:

X. PIN, préc., p. 44 § 50.

إرادة المُشرّع في الواقع إلى تطبيقها على أشخاص أخرى¹.

مع الملاحظة أنّ التفسير الضيق للنص الجنائي، ومبدأ الشرعية الجنائية أيضا، ملزمان ما لم يتعارضوا مع فكرة الأمن القانوني التي تسمو عليهما². لكن يبدو أنّ هذه الفكرة بدورها تنتهكة بنص المادة 26-2 من القانون رقم 06-01. ذلك أنّ مبدأ الوضوح يعد من العناصر الضرورية للأمن القانوني في القانون الجنائي³.

ب- التعاقد مع الإدارة العمومية بصفة عرضية

أشارت المادة 26-2 المتعلقة بجريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية إلى أنّه يعتبر فاعلا مباشرا الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بإبرام العقد أو الصفقة المعنيين بميدان ارتكاب الجريمة السابقة "ولو بصفة عرضية *à titre occasionnel*". ولقد فسّر جانب من الفقه الجزائري هذه العبارة بأنّها تعني أنّ "الفقرة الثانية من المادة 26 لا تشترط ممارسة العمل التجاري بصفة اعتيادية، [...]"⁴. لكنه يحصر الطابع العرضي الذي تكلمت عنه المادة 26-2 في صفة التاجر فقط⁵، بينما توجد صفات أخرى نصت عليها المادة السابقة (صفة الصناعي والحرفي والمقاول من القطاع الخاص).

في مقابل ذلك، يظهر أنّ الطابع العرضي لإبرام العقد أو الصفقة التي تدخّل في ميدان ارتكاب الجريمة قد يتحدّد إما بالقياس إلى طبيعة الحاجات التي ترغب الإدارة العمومية في إشباعها. إذ توجد في قانون الصفقات العمومية حاجات خاصّة تسمى "بالمشتريات العرضية *Achats occasionnels*" تشبعها الإدارة العمومية عن طريق إبرام صفقات عمومية أيضا⁶. ومن الممكن أنّ المادة 26-2 قصدت هذا المعنى.

أو بالقياس على تعريف المتعامل الاقتصادي في قانون الصفقات العمومية. حيث يعتبر الطابع العرضي في هذه الحالة من عناصر تعريفه. إذ جاء في حكم صادر عن الغرفة الرابعة لدى محكمة العدل للجماعة الأوروبية بتاريخ 23 ديسمبر 2009 في قضية *Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare* (CoNISMa) ضد *Regione Marche*⁷ أنّ: "[...] ينتج من القواعد الجماعية [للجماعة الأوروبية] ومن

¹- V. X. PIN, préc., p. 44 § 50.

²- V. M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

³- G. VALDELIÈVRE, « La sécurité juridique. Le point de vue de l'avocat », *Revue Titre VII*, 2020, n° 5, pp. 11, 12, 14.

⁴- ك. علة، المرجع السابق، ص 235.

⁵- ك. علة، المرجع السابق، ص 235. حيث تناولت ذلك العنصر أثناء الحديث عن صفة التاجر في تلك الجريمة.

⁶- V. S. PIGNON, D. BANDET, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics (JO 8 mars 2001, annexe MP, p. 37003) », *A.J.D.A.*, 2001, n° 4, p. 367 sq.

⁷- C.J.C.E. (4^e ch.), 23 décembre 2009 (Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche), C-305/08, curia.europa.eu (29/10/2022), cité dans : C.J.C.E. (5^e ch.), 18 décembre 2014 (Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl), C-568/13, considération n° 35, curia.europa.eu (29/10/2022).

وتلخص وقائع هذه القضية في قيام مقاطعة Marche بإيطاليا، المصلحة المتعاقدة، بإجراء طلب عروض لإبرام صفقة عمومية للخدمات يتمثل موضوعها في القيام بمسوح جيوفيزيائية وجمع عينات من البحر. فقام الجمع الوطني ما بين الجامعات من أجل العلوم البحرية، والمُسَمَّى اختصارا CoNISMa، بالترشح، غير أنّه أُقصي من قبل المصلحة المتعاقدة. فقام هذا الجمع، عن طريق طعن غير عادي أمام رئيس الجمهورية الإيطالية، بالاعتراض على إقصائه من المنافسة على الصفقة العمومية. فقام وزير البيئة وحماية الإقليم الإيطالي بطلب رأي مجلس الدولة الإيطالي حول ما إذا كان شخص، كالجمع السابق،

الاجتهاد القضائي للمحكمة [محكمة العدل للاتحاد الأوروبي] أنه يجوز لأي شخص أو كيان يعتبر نفسه قادرا على ضمان تنفيذ هذه الصفة مباشرة أو باللجوء إلى التعامل الثانوي، بصورة مستقلة عما إذا كان خاضعا لنظام القانون الخاص أو القانون العام، وأيضا بغض النظر عن مسألة معرفة ما إذا كان هذا الشخص يشارك بصفة منتظمة في السوق أم كان يتدخل بصفة عرضية، أو إذا كان ممولا من الأموال العامة أم لا، أن يقدم عرضا أو أن يترشح، بالنظر إلى الشروط المنصوص عليها في الإعلان عن الصفة. [...]»¹. وخلصت إلى أن: "أحكام التوجيه 18/2004، وبخاصة تلك الواردة بمادته الأولى، الفقرة 2، مطة أ) والفقرة 8 (الفقرة الفرعية 1 و2) والتي تشير إلى مفهوم "المتعامل الاقتصادي" يجب أن تفسر على أنها تسمح لكيانات لا تستهدف الربح، ولا تملك بنية تنظيمية لمؤسسة، ولا تتدخل بصفة منتظمة في السوق بالمشاركة في صفة عمومية للخدمات، مثل الجامعات ومعاهد البحث، بالإضافة إلى التجمعات المتكوّنة من جامعات وإدارات عمومية"².

كذلك، تأييدا للحكم السابق، قضت الغرفة الخامسة لنفس المحكمة في 18 ديسمبر 2014 في قضية Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze ضد Data Medical Service Srl بأنّه: "[...] ينتج من قواعد الاتحاد [الأوروبي] ومن الاجتهاد القضائي أنه يجوز لأي شخص أو كيان يعتبر نفسه قادرا على ضمان تنفيذ هذه الصفة، بصورة مستقلة عما إذا كان خاضعا لنظام القانون الخاص أو القانون العام، وأيضا بغض النظر عن مسألة معرفة إذا كان هذا الشخص يشارك بصفة منتظمة في السوق أو إذا كان يتدخل بصفة عرضية، أن يقدم عرضا أو أن يترشح، بالنظر إلى الشروط المنصوص عليها في الإعلان عن الصفة [...]»³.

يبدو من هذين الحكمين عدم أهمية التمييز بين الشخص الذي يتدخل في السوق بصفة منتظمة أو بصفة عرضية

يعتبر متعاملا اقتصاديا في مفهوم التوجيه الأوروبي رقم CE/18/2004، وإذا كان يجوز له بالتالي أن يترشح في إجراء طلب العروض. فقرّر مجلس الدولة الإيطالي أن يحيل المسألة إلى محكمة العدل للجماعة الأوروبية. يراجع:

J. MAZÁK, concl. sur C.J.C.E. (4^e ch.), 23 décembre 2009 (Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche), C-305/08, curia.europa.eu (29/10/2022), considérations n^{os} 9-12.

¹- C.J.C.E. (4^e ch.), 23 décembre 2009 (Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche), C-305/08, préc., considération n^o 42 : « [...] il ressort tant des règles communautaires que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas. [...] » (nous soulignons).

²- C.J.C.E. (4^e ch.), 23 décembre 2009 (Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche), C-305/08, préc., considération n^o 45 : « [...] les dispositions de la directive 2004/18, et notamment celles de son article 1^{er}, paragraphes 2, sous a), et 8, premier et deuxième alinéas, qui se réfèrent à la notion d' "opérateur économique", doivent être interprétées en ce sens qu'elles permettent la participation à un marché public de services à des entités ne poursuivant pas principalement un but lucratif, ne disposant pas de la structure organisationnelle d'une entreprise et n'assurant pas une présence régulière sur le marché, telles que les universités et les instituts de recherche ainsi que les groupements constitués par des universités et des administrations publiques. » (nous soulignons).

³- C.J.C.E. (5^e ch.), 18 décembre 2014 (Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl), C-568/13, préc., considération n^o 35 : « La Cour a ainsi conclu qu'il ressort tant des règles de l'Union que de la jurisprudence qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel [...] » (nous soulignons).

لتعيين المتعامل الاقتصادي الذي يجوز له الترشُّح إلى الصفقات العمومية، وبالتالي التعاقد مع الإدارة العمومية. ويلزم في الشَّخص الذي يتدخَّل بصفة عرضية في السوق حسب ما سبق أن يكون: 1- كيانا لا يستهدف الربح، 2- ولا يملك بنية تنظيمية كتلك البنية التي تتكون منها المؤسسات التجارية. ومن المحتمل أن تكون المادة 2-26 قد قصدت بإبرام عقد أو صفقة مع الإدارة العمومية بصفة عرضية هذه الحالة بالتحديد. وعلى المُشرِّع أو القاضي الجزائي تفسير المقصود بتلك العبارة لتحديد العنصر السلبي غير اللازم في تعريف الفاعل المباشر في تلك الجريمة.

المطلب الثاني: استكمال تعريف الصفة في الفاعل المباشر في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات

العمومية

لا يكفي التعريف العام لصفة الفاعل المباشر في الجريمة لتحديد الأشخاص التي ترتكب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بدقة. ذلك أمَّا جرائم مرتبطة بنشاط معين - أعني نشاط الصفقات العمومية - الذي يقتضي تدخُّل أشخاص يضطلعون بدور مُحدَّد. هذا الدَّور يشير بالنسبة إلى الموظف العمومي إلى الوظيفة العمومية. إذ يقصد بها "المهام العمومية والأدوار المختلفة التي يضطلع بها الأشخاص الذين يشاركون في تحقيق مصلحة عامة سواء كانوا موظفين عموميين أو متعاقدين"¹. أما الموظف العمومي فليس سوى التجسيد الواقعي لها². وعليه، فإنَّ هذا المطلب يتناول تعريف الوظيفة العمومية في القانون الجنائي المتعلقة بالصفقات العمومية (الفرع 1). وبالنسبة إلى الفاعل المباشر في جريمة المادة 2-26 من القانون رقم 06-01، فإنَّه يشير إلى المركز العقدي الذي يجب أن يحتله ذلك الشَّخص المسؤول جزائياً في إطار العلاقة العقدية مع الإدارة العمومية (الفرع 2).

الفرع الأول: ربط الصفة باختصاص محدَّد في نطاق الوظيفة العمومية

يشترط القانون رقم 06-01، للمعاقبة، في ثلاثة جرائم فساد خاصة بالصفقات العمومية، أن يكون فاعلها المباشر موظفاً عمومياً وهي، جريمة المحاباة (المادة 1-26)، وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27)، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية (المادة 35). وسنحاول فيما يلي تحديد مفهوم الموظف العمومي حسب كل جريمة منها. حيث سيتبين أنَّ جريمة المادة 1-26 وجريمة المادة 35 تتطلب في الموظف العمومي الذي يخالف التكليف الجنائي الذي تتضمنه، وبالعكس جريمة المادة 27 (الفقرة 2) التي يبدو أنَّها تشمل أيَّ وظيفة عمومية (الفقرة 2 من هذا الفرع)، أن يمارس مهاماً معينة لكي يعتبر فاعلاً مباشراً فيها (الفقرة 1 من هذا الفرع).

أولاً: الأصل العام

تشمل القاعدة العامة كلا من جريمة المحاباة (الفقرة "أ")، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية (الفقرة "ب") حيث لا يكفي بصدها أن يكون الفاعل المباشر موظفاً عمومياً بمفهوم المادة 2-ب من القانون رقم 06-01، وإنما يجب أن يكون مكلفاً بمهام محدَّدة ترتبط بالصفقات العمومية.

¹- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

²- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

أ- جريمة المحاباة

يتطوّر القسم الخاصّ من قانون العقوبات باستمرار، تارة بإدراج سلوكيات جديدة ضمن دائرة التجريم، وتارة أخرى من أجل تكثيف جهده في مكافحة بعض السلوكيات عندما يتضح أنّ النصوص القانونية الموجودة ليست كافية¹. فسنة التطوّر والتغير متبعة في القانون الجنائي أيضا. وتلاحظ بجلاء فيما يتعلّق بصفة الفاعل في جريمة المادّة 1-26. فقد مرت هذه الصفة بتطوّر تشريعي هام منذ إنشائها. فقد كانت تنصّ في القديم على أنّ: "كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا [...] يرتكب الجريمة. وكانت تدل عبارات "يقوم بإبرام" و "يؤشر" على مهام الموظف العموميّ الفاعل المباشر في الجريمة التي بمقتضاها تسند الجريمة إليه. وكانت بالتالي تشكل تعريفا لذلك المساهم الأساسي في الجريمة.

لكن القانون رقم 06-01 تخطى عن ذلك التعريف بموجب القانون رقم 11-15 الذي استبدل تلك الجملة بقوله: "عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا" التي تدلّ على زمان ارتكاب الجريمة. وتتوصل إليه في نصّ المادّة 1-26 بعبارة "عند" وفي النصّ الفرنسي "Lors de" التي تعبر عن معنى الوقت الذي يجب أن ترتكب الجريمة أثناءه. ويشكل زمان ارتكاب الجريمة في النظرية العامة "الملازمات المكونة للسلوك الإجرامي"²، و "يعتبر بمثابة المحيط المادي الذي يسلك فيه الفاعل سلوكه"³. ويجب ألا يتداخل هذا التكييف مع الشرط الأولي في الجريمة المتمثّل في الصفقة العموميّة. ومن أجل فهم هذا الاختلاف نستند إلى ذلك التمييز القائم بين العقد كنتيجة وكإجراءات. فلمصطلح "العقد" معنيان في القانون. إذ يقصد به من ناحية ما ينتج عن تطابق الإرادات⁴. ولكنه قد يعني كذلك الأعمال الإجرائية التي أفضت إلى العقد - أيّ، إلى نتائج تطابق الإرادات بمفهومه السابق، والذي يرجع الفضل في اكتشافه إلى Hans Kelsen⁵ الذي يعرفه - باختصار دقيق - بأنّه يعني إجراءات إبرام العقد Formation du contrat⁶. وبناءً عليه، إنّ الزمان الذي يتعلّق بارتكاب السلوك الإجرامي، إذ يتكون من مراحل وقتية إجرائية (الإبرام والتأشير) - لهذا قد يعتبر الزمان في هذه الجريمة محدّدا بواسطة "عمل إجرائي"⁷ - يشير إلى المفهوم الإجرائي للعقد. أما الشرط الأولي فيتعلّق بالعقد كتصرّف قانوني اتّفاقي، ويشير بالتالي إلى الجانب الغائي للعقد.

غير أنّ التكييف القانوني السابق لا يبت في زمان ارتكاب الجريمة فحسب. إذ نستطيع أن نستدل من خلاله على الموظف العموميّ الذي يمكن - بحكم اختصاصه الوظيفي - ارتكاب جريمة المحاباة أيضا. ليس هذا وحسب. فإضافة إلى الدليل السابق، تحتم طبيعة الركن الماديّ المكوّن للجريمة أن يوكل إلى الموظف العموميّ مهمة تتعلّق

¹- J.-B. PERRIER, « L'adaptation des incriminations », R.S.C., chron. législative, 2017, n° 2, p. 373.

²- ر. بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 656 الفقرة 89.

³- ر. بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 640 الفقرة 83.

⁴- N. DISSAUX, préc., § 2.

⁵- N. DISSAUX, préc., § 2.

⁶- N. DISSAUX, préc., § 3.

⁷- اقتبسنا التعبير عن: ر. بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 658 الفقرة 89. يستطيع المُشَرِّع أن "يحيل [...] في تحديده لزمان السلوك إلى عمل إجرائي"، ومثاله الجرائم التي ترتكب أثناء انعقاد جلسة المحكمة. نفس المرجع، نفس المكان.

إبرام صفقة عمومية. حيث إن هذه الجريمة تتألف من مخالفة لأحكام تشريعية وتنظيمية تتعلق بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية التي ينبغي أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة -أي، الموظف العمومي- مكلّفا بتطبيقها لكي يستطيع مخالفتها. فارتكاب الركن المادي لجريمة المحاباة إذن ليس متاحا لجميع الموظفين العموميين، وأيا كانت اختصاصاتهم الوظيفية. وعليه، يمكن ربط ارتكاب جريمة المحاباة بالنظر إلى صفة الفاعل المباشر في الجريمة إما بوظيفة إبرام الصفقة العمومية (الفقرة 1) أو التأشير عليها (الفقرة 2).

1- وظيفة إبرام الصفقة العمومية

لا خلاف بين الفقه في الجزائر بشأن إلزامية تولي الموظف العمومي - الفاعل المباشر في الجريمة لوظيفة الإبرام حتى تقوم جريمة المحاباة. فقد أشار بوسقيعة إلى أنه "يشترط أن يكون للموظف العمومي شأن في إبرام الصفقات أو تأشيرها أو مراجعتها"¹. كذلك ترى علة أن "كل من ساهم في إتخاذ قرار منح الصفقة معرض للمتابعة من أجل جريمة المحاباة"²، وتقصّد بذلك، فوق الموظف الذي يؤشر على الصفقة، الموظف الذي يبرمها. غير أنّها حصرت مفهوم الموظف الذي يبرم صفقة عمومية في "الشخص المؤهل لتوقيعها بإسم الشخص العمومي"³. والواقع إن أي موظف عمومي حتى ذلك الذي يملك سلطة توقيع العقد كما يشير الفقه، والذي يستطيع انتهاك القواعد التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية يرتكب جريمة المحاباة⁴. لهذا، ينبغي أن يقصد بالموظف العمومي المبرم لصفقة عمومية في مفهوم جريمة المحاباة الشخص الذي يستطيع التدخّل في إبرام الصفقات العمومية عن طريق المشاركة في عملية اتخاذ القرارات المتعلقة بصفقة عمومية معينة⁵.

ومن الأمثلة -العديدة والمتنوعة- عن الموظف العمومي الذي يتدخّل في إبرام صفقة عمومية، والذي يتابع بارتكاب جريمة المحاباة: المنتخب العمومي، إذ يملك هذا الشخص سلطة تقديرية واسعة وصلاحيات كبيرة في مجال الصفقات العمومية⁶، إضافة إلى أعوان الدولة والجماعات الإقليمية، وأعضاء لجان طلب العروض، وأعضاء المصالح التقنية التابعة لجماعة محلية⁷. بل أيضا جرت في فرنسا متابعة رئيس جامعة Lyon الفرنسية بناءً على جريمة المحاباة -وهي سابقة في فرنسا بالنظر لصفة المتهم بهذه الجريمة⁸- لأنّه انتهك الأحكام المتعلقة بالتعاقد عن طريق المنافسة طوال مدّة عهده (1997-2002)⁹، حيث إنّه أبرم الصفقات العمومية بالتراضي رغم أنّ قيمتها المالية كانت

¹ - نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 141.

² - نقلا عن: ك. علة، المرجع السابق، ص 212.

³ - نقلا عن: ك. علة، المرجع السابق، ص 212.

⁴ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 50-51.

⁵ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 50.

⁶ - وهذا ما يلاحظ مثلا في القانون الفرنسي. يراجع: C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 203-204.

⁷ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 51.

⁸ - C. MASCALA, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.): un président pénalement sanctionné », cass. crim., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-82.319, R.S.C., 2010, n° 1, p. 142.

⁹ - Cass. crim., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-82.319, Bull. crim., n° 261, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020064291> (19/03/2023); AJ Pénal, 2009, n° 3, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE; C. MASCALA, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.): un président pénalement sanctionné », préc., pp. 141-143.

تقتضي قانونا اللجوء إلى إجراء شكلي. ولتبرير الإدانة، رأى قضاة الموضوع أنّ المتهم، بصفته آمر رئيسي بالصّرف، كان مكلفا بأعداد الميزانية الاجمالية للجامعة، وبالتالي كان في استطاعته ملاحظة القيمة المالية السنوية للصّفقات العمومية محل الخصومة الجنائية، وبرغم ذلك قرّر مواصلة إبرامها بالتراضي مانحا بذلك امتيازاً غير مُبرّر إلى الغير عن علم¹.

2- وظيفة التأشير على الصّفقة العمومية

يضطلع بهذه الوظيفة في القانون الجزائري موظفان عموميّان هما: أعضاء لجنة الصّفقات العمومية، وهذا في الأساس (البند 1)، والمراقب المالي أيضا في بعض الحالات (البند 2).

البند الأوّل: أعضاء لجان الصّفقات العمومية المختصة

يسود في الفقه الجزائري أنّ التأشير المذكور في نصّ التّجريم المتعلّق بالمحاباة يخصّ التأشيرة التي تصدرها لجان الصّفقات العمومية في إطار الرّقابة القبلية الخارجية التي تمارسها على الصّفقات العمومية². وهي من الرّقابات الإدارية التي تهدف إلى فحص مدى شفافية إجراءات إبرام الصّفقة العمومية³. وهذا الأمر صحيح. فقد منح المرسوم رقم 15-247 للجنة الصّفقات العمومية سلطة الرّقابة الخارجية على دفاتر الشّروط، وإبرام الصّفقات العمومية، وملاحقها⁴، وتهدف هذه الرّقابة إلى "التّحقق من مطابقة الصفقات العمومية [...]"، للتّشريع والتنظيم المعمول بهما، و"التّحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية"⁵، والتي تتوجّ إما بمنح التأشيرة أو برفضها⁶. وطلب التأشيرة ملزم للإدارة العمومية. حيث جاء في المادّة 196 (الفقرة 1) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا التأشيرة". وهذا يعني أنّه لا توجد صّفقة عمومية مبرمة دون الحصول على هذه التأشيرة⁷.

مع الملاحظة في هذا الإطار أنّ المادّة 1-26 من القانون رقم 06-01 اختارت تطبيق الجريمة على أعضاء لجان الصّفقات العمومية -الذين ينطبق عليهم وصف الموظف العموميّ حسب المادّة 2-ب من نفس القانون⁸- عند ممارستهم لمهمة التأشير أيّ، بصدد القيام بالرّقابة الخارجية على الصّفقات العمومية وملاحقها. فهذه اللجان

¹- V. C. MASCALA, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.) : un président pénalement sanctionné », préc., p. 142.

²- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص157-158؛ ك. علة، المرجع السابق، ص216-217.

³- J. ALFONSI, préc., p. 66.

⁴- يراجع: ت.ص.ع.، المواد 171 (الفقرة 1)، 172 (الفقرة 1)، 173 (الفقرة 1)، 174 (الفقرة 1)، 175 (الفقرة 1)، 182.

⁵- ت.ص.ع.، المادّة 163.

⁶- ت.ص.ع.، المادّتان 178، 196.

⁷- ع. بوضياف، المرجع السابق، ص311-312.

⁸- فهذه اللجان تتشكل من موظفين عموميين طبقا للقانون الإداري ومن منتخبين محليين، المشمولين جميعا بالأحكام الجزائية الواردة بالقانون رقم 06-01 ومنها أحكام المادّة 1-26. ويراجع حول تشكيلة لجان الصّفقات العمومية: ت.ص.ع.، المواد 171 (الفقرة 2)، 172، 173 (الفقرة 2)، 174، 175 (الفقرة 2)، و185.

تختص بمهام أخرى كذلك وهي إستقبال الطعون التي يرفعها المتعهد ضد قرارات المنح المؤقت للصفقة العمومية أو إلغائها أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء إجراء الإبرام، وتقديم المساعدة للمصلحة المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها¹، وتندرج هذه الوظيفة الأخيرة، فيما يتعلق بجريمة المحاباة، في وظيفة إبرام الصفقة العمومية التي تطرقنا إليها من قبل. أما الوظائف الأخرى فيبدو أنها مستبعدة من نطاق الجريمة، لأنها لا تدخل في مفهوم التأشير أو الإبرام.

البند الثاني: المراقب المالي

لكن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قيد اختصاص لجان الصفقات العمومية السابقة بالمراقبة الخارجية على الصفقات العمومية بسقف مالي محدد². فالعقود المتعلقة بالأشغال، أو باللوازم، أو بالخدمات، أو بالدراسات، التي تقل قيمتها المالية عن ذلك السقف تخرج من نطاق اختصاصها الرقابي³. لكنها لا تفلت، من جهة، من تطبيق المبادئ الأساسية للصفقات العمومية التي تشكل مخالفتها أول عنصر مادي في الجريمة، ولا تفلت أيضا من الرقابة، من جهة أخرى وأهم عند هذه النقطة من الدراسة. بحيث يضطلع شخص آخر بمهمة مراقبتها، ويتعلق الأمر بالمراقب المالي الذي يمنح التأشيرة بشأنها.

وهذا المراقب المالي قد يكون عضوا في لجنة الصفقات العمومية، باعتباره ممثلا -ينتمي لمصلحة الميزانية- عن الوزير المكلف بالمالية⁴. غير أن المراقب المالي، ويسمى أيضا "بمراقب النفقات الملتزم بها Contrôleur de dépenses engagées"⁵، يمارس، فضلا عن ذلك، وظيفة المراقبة قبلية على ما التزم به الأمر بالصرف تحت سلطة وزير المالية⁶. حيث تنص المادة 7-1 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، يتعلق بالمراقبة قبلية على النفقات التي يلتزم بها⁷، المعدلة والمتممة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009⁸ على ما يلي: "يخضع أيضا لتأشيرة المراقب المالي: - كل التزام مدعم بسندات الطلب والفاتورات الشككية والكشوف أو مشاريع العقود، عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المحدد من قبل التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية". وتهدف إلى السماح له بمتابعة ومراقبة، فوق العمليات المالية والعمليات التي يقوم بها الأمر بالصرف ذات الآثار المالية، العمليات المرتبطة بتنفيذ الميزانية⁹.

هذا، ولقد حصرت المادة السابقة نطاق اختصاص ذلك الموظف العمومي، فيما يتعلق بالصفقات العمومية.

¹ - يراجع: ت.ص.ع.، المادتان 82، 169. وقد أنط القانون هذه المهمة باللجنة القطاعية للصفقات العمومية. ت.ص.ع.، المادة 180.

² - وهذا ما أشار إليه بوضياف عندما رأى أن اختصاص لجان الصفقات العمومية يستند في القانون الجزائري إلى المعيارين العضوي والمالي. ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 260.

³ - يراجع حول هذا السقف المالي: ت.ص.ع.، المواد 139، 173، 184.

⁴ - A. BISSAAD, préc., p. 117.

⁵ - A. BISSAAD, préc., p. 116.

⁶ - A. BISSAAD, préc., p. 116.

⁷ - ج.ر. رقم 82 مؤرخ في 15 نوفمبر 1992، ص 2101.

⁸ - ج.ر. رقم 67 مؤرخ في 19 نوفمبر 2009، ص 3.

⁹ - V. A. BISSAAD, préc., p. 120.

حيث يراقب النفقات الملتزم بها بموجب صَفقة عُمومية لا تتعدى قيمتها السقف الماليّ المحدّد في قانون الصَّفقات العُمومية. وهذا يعني أنّ رقابته تتعلّق بالصَّفقات العُمومية غير الشكليّة أيّ، أنّها تتعلّق بسندات الطلبية والأشغال بناءً على فاتورة. وهذه التصرّفات القانونيّة الاتّفاقية مشمولة بحكم المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01، لأنّها تندرج ضمن معنى الاتّفاقية.

وكلجان الصَّفقات العُمومية المختصّة، يستطيع المراقب الماليّ إما أن يمنح التأشير أو يرفض منحها (المادّتان 9 و10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414). كما أنّ رقابته القبلية للنفقات الملتزم بها تنفذ بشأن ميزانيّات المؤسّسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيّات الملحقّة، وعلى الحسابات الخاصّة للخزينة، وميزانيّات الولايات، وميزانيّات البلديّات، وميزانيّات المؤسّسات العُمومية ذات الطّابع الإداري، وميزانيّات المؤسّسات العُمومية ذات الطّابع العلمي والثقافي والمهني، وميزانيّات المؤسّسات العُمومية ذات الطّابع الإداري المماثلة¹. غير أنّه يستثنى منها ميزانيّة مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني².

كذلك يمارس المراقب الماليّ رقابته المذكورة لكن بشكل لاحق على ميزانيّات المؤسّسات العُمومية ذات الطّابع العلمي والثقافي والمهني وعلى ميزانيّات مراكز البحث والتنمية والمؤسّسات العُمومية ذات الطّابع العلمي والتكنولوجي والمؤسّسات العُمومية ذات الطّابع الصناعي والتّجاري والمؤسّسات العُمومية الاقتصاديّة، عندما تكلف بإنجاز عمليّة مولة من ميزانيّة الدولة³. مما يعني أنّ تقريباً جميع الأشخاص المعنويّة العامّة الخاضعة لقانون الصَّفقات العُمومية، ولأحكام المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01 من باب الموافقة، يجب أن تحصل على تأشير المراقب الماليّ الذي إذا منحها بصورة مخالفة لأحكام المادّة 26-1 السابقة سيرتكب جريمة المحاباة التي تعاقب عليها، لأنّه قام بالتأشير على اتّفاقية الذي يندرج ضمن صلاحيّاته الوظيفية المشروطة قانوناً لقيام الجريمة.

وعليه، فإنّ التأشير على الصَّفقات العُمومية يصدر، بالنظر أساساً إلى القيمة الماليّة للعقد، إما عن لجان الصَّفقات العُمومية المختصّة أو عن المراقب الماليّ الذين يتمتعون بصفة الموظف العموميّ، ويدخلون بالتالي في مفهوم الفاعل المباشر في جريمة المحاباة حسب المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01.

ومن باب المقارنة التّشريعية، يشار هنا إلى أنّ القانون الفرنسي، وبعكس القانون الجزائري، لا يطبّق جريمة المحاباة على الأشخاص المُكلّفين بمراقبة الصَّفقات العُمومية بصورة لاحقة، والسبب أنّه يجب لمخالفة القواعد التّشريعية أو التّنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصَّفقات العُمومية أن يتدخّل الموظف العموميّ قبل منح العقد، وهذا بحسب رأيّ الفقه الفرنسي⁴.

ب- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العُمومية

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المُعدّل والمُتمّم، المادّة 2 (الفقرة 1).

² - المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المُعدّل والمُتمّم، المادّة 2 (الفقرة 2).

³ - المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المُعدّل والمُتمّم، المادّة 2 مُكرّر.

⁴ - J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 61.

يُتم تعريف الموظف العمومي كفاعل مباشر في هذه الجريمة بسلطات الإدارة والإشراف وإصدار إذن بالدفع أو القيام بتصفية أمر ما التي نصت عليها المادة 35 من القانون رقم 06-01. وقد حلّ لها البعض إلى شرط أولي ثاني تتكون منه الجريمة¹. غير أنّها في الواقع عنصر في نفس الشرط وليست شرطاً قائماً بذاته. وهذه السلطات قيمة كبيرة في تكوين الجريمة، لأنّها هي التي تقيم الصلة بين الفاعل المباشر والعمليّة التي يحظر القانون -الجنائي- عليه الحصول منها على فائدة، ويتمثّل جزاء عدم توافرها فيه انعدام الجريمة². كما أنّه يتعين -حسب محكمة النقض الفرنسية التي يصلح اجتهادها للتطبيق على القانون الجزائري في هذه الجريمة كما لاحظ الفقه- على المحكمة أن تتأكد من أنّ الموظف العمومي وقت ارتكاب السلوك الإجرامي كان مكلفاً فعلاً بالإدارة أو الإشراف على العمليّة³. لكن، نظراً لطبيعتها المختلفة، سنقسمها إلى مجموعتين.

1- السلطات الإدارية البحتة

تتعلّق في الأساس بسلطات التقرير التي يملكها الفاعل المباشر في الجريمة، بالإضافة إلى سلطات التحضير للقرارات التي ستتخذ من طرف غيره⁴، والتي أدرجتها محكمة النقض الفرنسية ضمن نطاق الجريمة⁵. ولقد أشارت إليها المادة 35 من القانون رقم 06-01 بسلطتي الإدارة والإشراف بصفة كلية أو جزئية الذي يعني أنّه لا يجب أن يكون الفاعل حائزاً للسلطات لوحده بالنسبة إلى العمليّة المقصودة، فقد يتشارك مع غيره في ممارستها⁶، وبالتالي فإنّ الجريمة تشمل ممارسة السلطات بصفة فردية أو في إطار هيئة جماعية⁷. حيث يعتبر موظفاً عمومياً مكلفاً بالإدارة أو الإشراف على عمليّة معينة، كالصفقات العموميّة، من يملك شخصياً سلطة اتخاذ القرار فيها -بحكم وظيفته أو بناءً على تفويض⁸- أو على الأقل سلطة تحضير القرار الذي سيّخذ بشأنها، أو سلطة التأثير على مضمونه من خلال تقديم توجيهات أو آراء أو اقتراحات⁹. وإذا كان الموظف العمومي يعتبر ممارساً لهذه السلطات طيلة مدّة خدمته، فإنّها قد تزول عنه، ويعتبر معفيّاً منها، بسبب شغور منصبه، كأنّ تمنعه قوة القاهرة من الالتحاق بمنصبه أو في حالة غيابه بشرط ألا يكون ذلك نتيجة مناورة احتيالية من جانبه لدفع الشخص الذي سيستبدله لأخذ فائدة لصالحه، عندما يقرّر القانون ذلك¹⁰.

هذا من جهة. لكن من جهة أخرى، إنّ التفويض الإداري -سواءً انصب على الامضاء، وهنا يبدو تميز القانون

¹- V. DARSONVILLE, « Les conditions préalables du délit de prise illégale d'intérêts », préc.

²- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 32.

³- V. A. CHRISTOPHE, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., France, Dalloz, 2015, p. 389 § 518.

⁴- V. J. BÉNOIT, préc., §§ 19-20.

⁵- J. BÉNOIT, préc., § 25.

وعلى سبيل المقارنة، تعطي محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الجنائية) لمعنى واجبات الموظف العمومي في جريمة الرشوة تفسيراً متطابقاً مع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة، حيث إنّ ذلك يشمل الحالة التي يكون فيها المرتشي الذي لا يتولى شخصياً أداء الواجب الوظيفي وإنما يضطلع بالتحضير له أو اقتراحه. يراجع:

W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 65.

⁶- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 35.

⁷- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 40.

⁸- V. J. BÉNOIT, préc., § 23.

⁹- V. J. BÉNOIT, préc., § 22.

¹⁰- V. J. BÉNOIT, préc., § 51.

الجنائي عن القانون الإداري الذي يعتبر فيه هذا النوع من التفويض غير ناقل للاختصاص¹، أو على الاختصاص - لا يعني المُفَوِّض من المسؤولية الجزائية عن جريمة المادة 35 من القانون رقم 06-01، لأن ذلك التفويض لا يعفيه من ممارسة سلطة الإشراف والإدارة المطلوبة لقيام الجريمة. أما المُفَوِّض له فلا يستطيع، لتجنُّب الوقوع في المسؤولية الجزائية بناءً عليها، الادعاء بأن المفوض يحتفظ، برغم التفويض، بسُلطاته في الإدارة والإشراف². فلا يهم قيام موظف عمومي يشارك في إبرام صفقات عمومية مع شركة له فيها مصلحة بتفويض اختصاصه بالامضاء إلى موظف آخر، وأبدى من خلال تصرفاته الرغبة في الانسحاب من لجنة طلب العروض التي منحت تلك الصفقات³، طالما أنه احتفظ بسُلطاته، الإدارة والإشراف، على العملية التي أخذ منها أو تلقى فيها فائدة⁴. ومنه يتبين أن تفويض الإمضاء في هذه الجريمة لا يُحصِّن المُفَوِّض من مسؤوليتها الجزائية.

هذه الجريمة تخاطب بالدرجة الأولى المُكَلَّف بسُلطة عمومية. إذ إنه يعتبر الشَّخص الأصيل الذي يتمتع بسلطة الإدارة والمراقبة⁵. غير أنَّها تشمل الأشخاص المُكَلَّفين بمهمة مرفق عمومي أيضا ولو كانوا غير مزودين بسلطات عمومية كسلطة التقرير مثلا، فما يهم في هذه الحالة هو أن تندرج المهمة في إطار تحقيق مصلحة عامة⁶. ومثال ذلك في مجال الصفقات العمومية المهندس الذي زودته إدارة عمومية بمهمة إدارة مشروع *Maîtrise d'oeuvre* لحسابها، حيث قضى في فرنسا أن ذلك المهندس يعتبر شخصا مُكَلَّفا بمهمة مرفق عمومي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، لأنَّها لا تشترط في فاعلها أن يكون مُزوَّد بسُلطة اتخاذ القرار باسم السُلطة العمومية⁷. تجب الملاحظة أنَّ المحكوم عليه شارك بهذه الصفة في مهمة تتعلق بمرفق عمومي دون وجود عقد التزام بين شَّخص خاص والإدارة العمومية على المرفق العمومي⁸. فاكْتِسَاب صفة الشَّخص المُكَلَّف بمهمة مرفق عمومي، بالنسبة للشَّخص الخاص، ليست موقوفة دائما على وجود عقد التزام. كما أنَّ سُلطة المحكوم عليه جزائيا في الإدارة والإشراف تجسدت في قضية الحال في مجرَّد سُلطته في التحضير لمنح صفقات العمومية حيث إنَّه اضطلع بتحليل عروض المنافسين والتعليق عليها⁹.

¹- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 37.

²- V. J. BÉNOIT, préc., § 24. V. aussi, *ibid.*, § 50.

³- مع التحفظ. فقد قضى في فرنسا بأنَّ إبداء الرغبة في الانسحاب من لجنة طلب العروض ينفي الجريمة، وإنَّ شارك الموظف، بناءً على طلب من الأعضاء الآخرين، في أعمال اللُّجْنة لكن دون ممارسة حق التصويت، ثُمَّ وقع على العقد، وهذا التوقيع لا يكفي لارتكاب الجريمة، لأنَّه يهدف إلى تجسيد قرار تلك اللُّجْنة فقط.

T.G.I. Bastia, 21 décembre 2001, comment. Ch. CABANES, O. LEMAIRE, « Prise illégale d'intérêts et intérêt moral », CP-ACCP, juin 2002, n° 12, p. 47-49.

⁴- Cass. crim., 9 février 2005, pourvoi n° 03-85.697, cité dans : P. CASSIA, « Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », A.J.D.A., 2012, n° 19, p. 1040 sq.

⁵- J. BÉNOIT, préc., § 16.

⁶- V. J. BÉNOIT, préc., § 18.

⁷- J. BÉNOIT, préc., § 17.

وذكر Bénait الحكم القضائي التالي :

Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-84.054, Bull. crim., 2000, n° 221, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068799/> (19/03/2023).

⁸- J. BÉNOIT, préc., § 18.

⁹- J. BÉNOIT, préc., § 26.

يشار إلى أنَّ محكمة النَّقض الفرنسية -الغرفة الجنائية- قد توسعت كثيرا في تفسير مدلول الإدارة والإشراف في هذه الجريمة. فقد اعتبرت أنَّ سلطتي الإدارة والإشراف تنطوي أيضا على سلطات التحضير أو اقتراح قرارات سيتخذها الغير¹. وأيد الفقه الفرنسي ما ذهب إليه المحكمة بالمقارنة مع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بعد انتهاء الوظيفة العمومية التي تنص عليها المادة 432-13 من قانون العقوبات الفرنسي حيث إنَّها تعاقب على مجرد إبداء موظف سابق لرأي مما يسمح بالقول أنَّ جريمة أخذ فائدة بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية يجب أن يعاقب على ذلك أيضا، فمن غير المعقول أن يُعاقب الموظف السابق لرأيه في عملية ما وأن يخرج إبداء الرأي من نطاق الجريمة إذا ارتكبت أثناء الوظيفة العمومية².

نفس الشيء ينطبق على القانون الجزائري، حيث إنَّ الأمر رقم 07-01 الذي يعاقب على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بعد انتهاء الوظيفة العمومية يُجرَّم أخذ فائدة لدى مؤسسة أو هيئة أصدر رأيا يتعلّق بإبرام صفقة معها³. أكثر من ذلك فإنَّه يمنع حتى على الموظف العمومي الذي يزاول وظيفته أخذ فائدة من عند مؤسسة أو هيئة والذي أصدر رأيا يتعلّق بإبرام صفقة عمومية (المادة 2). وعليه، يجب أن تعاقب المادة 35 من القانون رقم 06-01، من باب أولى، لأنَّها أسبق من حيث التشريع، وأعم من حيث النطاق، وأشد من حيث العقوبات، الموظف العمومي الذي يصدر رأيا بشأن عملية ما ومنها إبرام الصفقات العمومية أيضا. وللإشارة، فإنَّ تجريم أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية بموجب نصين قانونيين ليس ظاهرة جديدة في القانون الجزائري. فنفس الأمر حدث من قبل سنة 1966 أين كان يُعاقب على جريمة متشابهة معها بالأمر رقم 66-186 (المادة 3، الفقرة الفرعية 3)⁴، وفي نفس الوقت كانت المادة 123 من قانون العقوبات تنص عليها وعلى عقوباتها. مع الملاحظة أنَّ قانون العقوبات صدر، ولو في نفس السنة، قبل الأمر رقم 66-186 بأيام. ويبدو أنَّ حرص المشرع الشديد على معاقبتها دفعه لتكرار تجريمها سنة 1966 ثم سنة 2007.

كذلك قرّرت تلك الجهة القضائية أنَّ المنتخب العمومي الذي لا يشارك في مناقشة أو التصويت على عملية ما يعتبر برغم ذلك مرتكبا للجريمة لمجرد حضوره في اللجنة المختصة بتلك العملية، مما سيعفي القاضي الجزائري من واجب إثبات تأثير ذلك الموظف على عملية اتخاذ القرار، وإعفاء محكمة النَّقض من الرقابة على هذه المسألة⁵. ويعني أيضا أنَّ سلطتي الإدارة والإشراف ذكرها نصَّ التجريم على سبيل المثال لا غير⁶. ولقد تعرضت للانتقاد بسبب ذلك، منها أنَّها توسعت في تفسير التشريع الجنائي، وإحداث الشك لدى الموظف العمومي حول المعنى الحقيقي لسلطتي الإدارة والإشراف في الجريمة نظرا لشموليته، ما قد يخالف مبدأ الشرعية الجنائية -علاوة عن التوسع في تفسير

¹- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 36.

²- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 36.

³- الأمر رقم 07-01، المادة 3.

⁴- وقد عرفها ذلك النص كما يأتي: "الفعل الذي يرتكبه أي موظف أو من يمثله أو مستخدم القطاع المسير ذاتيا وذلك بأخذه -خرقا للقواعد سواء كان بصورة مكشوفة أو بأفعال مصطنعة أو بوساطة الأشخاص- فوائد غير مقرر في الانظمة بمناسبة أو حين ممارسته وظيفته أو مهنته".

⁵- J. BÉNOIT, préc., §§ 31-33.

⁶- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 38.

النصوص الجنائية- المخالفة الناجمة عن عدم وضوح نصّ التجريم¹. ومن الأحسن على القضاء الجزائري ألا يتبع الاجتهاد القضائي الفرنسي السابق حتى لا يخرق بدوره المبادئ الأساسية للقانون الجزائري.

وأخيرا نفترض محكمة النقض الفرنسية وجود سلطة الإشراف على وجه التحديد في بعض الحالات في الشخص مجرد كونه موظفا عموميا، ويتعلق الأمر أساسا بالشخص المزود بعهدة انتخابية، حيث إنهما تستخلص حيازته لسلطة الإشراف بتحديد مركزه في السلم الإداري الخاص بفئة الموظفين العموميين التي يتبعها والذي يكفي بمفرده للتأكد من قيام الجريمة².

2- السلطات المحاسبية والمالية

والملاحظ على هذه السلطات أنها تتعلق بمجال المالية والمحاسبة. وهي، طبقا لنصّ التجريم، ما يأتي. أولا، سلطة إصدار إذن بالدفع التي تسند بوجه عام إلى المحاسب³. وبما أنّ الصّفقة العمومية عقد معاوضة Contrat à titre onéreux - وهو: "العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه"⁴ - ويشمل هذا الوصف في مجال الصّفقات العمومية، والذي ساهم في ضم عدة عقود إلى مجال قانون الصّفقات العمومية من خلال تكييفها كذلك من طرف القاضي الإداري⁵، معنى السعر بالضرورة⁶، ملزم لجانبين Synallagmatique - وهو: "العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين"⁷ - وليس عقد تبرع Contrat à titre gratuit⁸، طبقا للمادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، عبارة عن دين في ذمة الإدارة العمومية المعنية⁹ يتطلب الانفاق من المال العام¹⁰، فلا بد من إصدار إذن بالدفع بشأنها، مما يعني أنها صورة ممكنة لجريمة المادة 35 في مجال الصّفقات العمومية. وثانيا، السلطة المتمثلة في تصفية أمر ما. وتتضمن هذه السلطة قيام الأمر بالصّرف أو تحت مسؤوليته بفحص وجود دين وتحديد قيمة النفقات¹¹. ومن أمثلتها في القانون الفرنسي، والقانون الجزائري قياسا عليه، المتصرفين والوكلاء القضائيين المكلفين بتصفية مؤسسة ما، حسب محكمة النقض الفرنسية¹².

¹- V. J. BÉNOIT, préc., §§ 40-45.

²- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 33.

³- J. BÉNOIT, préc., § 19.

⁴- نقلا عن: ع. أ. السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 174 الفقرة 58.

⁵- V. F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, préc., p. 26.

⁶- D. CASAS, concl. sur C.E., assemblée, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, R.F.D.A., 2005, n° 6, p. 1083 sq.

⁷- نقلا عن: ع. أ. السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 170 الفقرة 54.

⁸- اقتبسنا ترجمة مصطلح Contrat à titre onéreux و Contrat synallagmatique و Contrat à titre gratuit عن: ع. أ. السنهاوي،

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 162 الفقرة 46.

⁹- إذ تعتبر دينا مسجلا في الذمة المالية للإدارة العمومية. A. BISSAAD, préc., p. 16.

¹⁰- فلصّفقات العمومية، كما يقول بوضياف، صلة "وثيقة بالخرينة العامة. فالصفقات العمومية تكلف خزينة الدولة إعمادات مالية ضخمة [...]". ع.

بوضياف، المرجع السابق، ص 7. وأيضا: نفس المرجع، ص 37. وأيضا: ع. حاحا، المرجع السابق، ص 159. وتكفل الخزينة العمومية بتسييره والسهر

على توفيره للعمليات التي تجريها الإدارة العمومية. يراجع: A. BISSAAD, préc., p. 79.

¹¹- J. BÉNOIT, préc., § 19.

¹²- V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., France, Sirey, 2015, p. 422 § 676.

في الأخير تلزم الإشارة إلى أنَّ صفة الموظف العمومي بوجه عام، وباعتبارها شرطاً أولياً في جرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العموميَّة المحدَّدة بالموادَّ 1-26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01، لا تُؤخِّد في الاعتبار إلا إذا كانت هناك علاقة بين الجريمة التي تتطلب هذه الصفة والوظيفة المقصودة. وتقتضي هذه العلاقة الأساسيَّة أنَّ ترتكب الجريمة إما خلال الوظيفة أو بمناسبة. وفي غير هاتين الحالتين، فإنَّ الموظف العمومي س يرتكب نفس الجرائم التي يرتكبها أيَّ شَخْص آخر، إذ يعتبر هذا الموظف العمومي مواطناً عادياً كسائر المواطنين¹. وبمفهوم المخالفة لن يرتكب الجريمة التي تتطلب صفة الموظف العمومي في فاعلها المباشر. مع الملاحظة في هذا الصدد أنَّ هذه العلاقة المطلوبة بين الجريمة والوظيفة تتشابه كثيراً مع مسؤوليَّة المتبوع عن التابع في القانون المدني².

ثانياً: الاستثناء من الأصل العام

قد يبدو في وهلة أولى أنَّ جريمة المادة 27 من القانون رقم 06-01، وكسابقاتها، تشترط في فاعلها المباشر - بمعنى الموظف العمومي وطني³ - أن يضطلع بمهام محدَّدة تتعلَّق بالصِّفقة العموميَّة. فقد أشار النصُّ بصراحة إلى عمليات التحضير والمفاوضات والإبرام والتَّنفيذ التي تشكل مجالا للمهام التي تناط بالموظفين العموميين. غير أنَّ الحقيقة غير ذلك. إذ قصد النصُّ الجنائيُّ بذلك زمان ارتكاب الجريمة⁴. حيث تشير المادة 27 بصراحة إلى أنَّ السُّلوك الإجرامي المُكوِّن لهذه الجريمة يرتكب "بمناسبة" تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صِّفقة عموميَّة أو مُلَحِّقها. أما سلطات الموظف العمومي، الفاعل المباشر في الجريمة، فلا وجود لها في نصِّ التَّجْزيم، ولا يمكن استنباطها منه بطريقة غير مباشرة (من تعريف الرُّكن المادِّي للجريمة مثلاً، كما جرى ذلك فيما يتعلَّق بجريمة المحاباة)، والذي يخلو حتى من شَرْط أساسيٍّ في جريمة الرِّشوة التي تعالجها المادة 27 السابقة وهو الواجب الوظيفي الذي يسعى المرشحي للقيام به أو الامتناع عن القيام به مقابل الأجرة أو المنفعة، والذي كان من الممكن - لو حدَّده القانون - أن يُعَيَّن في تحديد التعريف الخاصِّ لصفة الموظف العمومي في هذه الجريمة.

يبدو أنَّ هذا الفراغ القانوني راجع إلى المصدر التاريخي لهذه الجريمة. لذلك سنحاول من خلال هذا الجزء من الدِّراسة تحديد الصفة التي كان يكتسبها الفاعل المباشر في الجريمة في النصِّ الجنائيِّ الأول الذي وضع الجريمة (الفقرة "أ")، لأنَّه سيكشف عن سبب نقصان نصِّ التَّجْزيم. ليحاول بعد ذلك توضيح إلى أيِّ مدى يمكن لهذه الجريمة أن

¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 82 § 71.

² - يراجع حول هذه المسؤوليَّة: ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 1157 الفقرة 682 وما بعدها.

³ - يتحدَّد وصف جريمة الرِّشوة كخاصَّة بالقطاع العام أو الخاصِّ - وكرِّشوة وطنية أو دولية - بالنظر أساساً إلى صفة المؤثَّشي (موظف عمومي وطني، أجنبي، أو دولي، أو شَخْص من القطاع الخاص).

V. M. SEGONDS, *Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse*, préc., p. 141 marge n° 13. V. aussi M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 287 § 248.

حيث إنَّ القانون رقم 06-01 اشترط في المادة 27 أن يكون هذا الشَّخْص موظفاً عمومياً، وليس موظفاً عمومياً أجنبياً أو تابعا لمنظمة دولية عموميَّة، مما يجعلها جريمة رِّشوة وطنية تخصُّ القطاع العمومي.

⁴ - يراجع حول زمان ارتكاب الجريمة: هذه الدِّراسة، ما سبق. حيث إنَّ نفس الأحكام التي تسري على جريمة المحاباة تنطبق على هذه الجريمة أيضاً.

تعاقب من حيث الأشخاص في القانون الوضعي الجزائري¹ (الفقرة "ب").

أ- صفة الموظف العمومي في المادة 27 من القانون رقم 06-01 من الناحية التاريخية

لا شك إنَّ الطريقة التاريخية تعتبر من بين أساليب تحديد معنى النصوص القانونية (عملية التفسير تحديداً)². حيث يلجأ المفسر فيها إما إلى الأحداث التاريخية التي سبقت صدور النص القانوني أو إلى النصوص القانونية التي كانت موجودة قبله، وهذه النصوص تعتبر إما امتدادا للنص المراد تفسيره أو متعارضة معه³. والتي تعتبر طريقة أساسية في تفسير جريمة المادة 27 من القانون رقم 06-01. ذلك أنَّ هذه الجريمة هي عبارة عن تطوُّر تاريخي لجريمة الوساطة التي يعود تاريخ استحداثها في القانون الجزائري إلى الأمر رقم 66-186، المادة 4-2⁴، وكانت تعتبر في ظله كجريمة اقتصادية بتعيين القانون⁵، وتمتاز الجرائم الاقتصادية أساساً بكونها جرائم موضوعية لا تتألف من الخطأ⁶، والتي أدرجها المشرع ضمن قانون العقوبات، بموجب الأمر رقم 75-47 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975 يتضمن تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، في المادة 423 (الفقرة الفرعية 3). وقد ألغى القانون السابق الأمر رقم 66-186⁷. لكن أهم قانون نظمها كان القانون رقم 78-02 مؤرخ في 11 فبراير سنة 1978 يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية⁸، والذي كانت له انعكاسات، في مجال الصِّفقات العمومية، على المرسوم رقم 82-145 حيث تضمنت تأشيرات هذا المرسوم ذلك القانون مما يبرز توجهه الاشتراكي⁹. وألغى في نفس الوقت جريمة الوسيط من قانون العقوبات، بناءً على القانون رقم 78-03 مؤرخ في 11 فبراير سنة 1978 يتضمن تعديل الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 17 يونيو سنة 1975 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات¹⁰.

وقد جعل القانون رقم 78-02 هدفاً له إقصاء الأشخاص المنتمية إلى القانون الخاص من التجارة الخارجية للدولة الجزائرية¹¹. والأهم من ذلك، منع أشخاص مقربين من أفراد السُّلطة الحاكمة آنذاك من الحصول على

¹ - ويدل تعبير "القانون الوضعي Droit positif" إلى القانون المطبق في بلد معين في الوقت الحاضر. ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 12 الفقرة 6. وهذا هو المعنى الذي أردناه أعلاه.

² - P. DELNOY, *Eléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., Belgique, Larcier, p. 153 § 46.

³ - P. DELNOY, préc., p. 169 § 49.

⁴ - جاء فيها ما يلي: "تعتبر كغش واستغلال من شأنه ان يمس بمجموع الثروة العمومية وحسن تسيير الاقتصادي الوطني: [...] 2- كل تدخل بالمقابل لوسيط جديد بدون سبب حقيقي ملحوظ". وقد أشار نصها الفرنسي إلى أنَّ طريقة التدخل لا تهم "sous quelque forme que ce soit".

⁵ - ويُعرف هذا النوع من الجرائم الاقتصادية بالجرائم الاقتصادية الشكلية، لأنَّ المشرع هو الذي أضفى عليها ذلك الوصف. يراجع:

A.H. BERCHICHE, « La notion d'infraction économique en droit positif algérien », RASJEP, 1972, n° 3, p. 699.

⁶ - A.H. BERCHICHE, préc., p. 705.

⁷ - A. ZAALANI, préc., p. 327.

⁸ - ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 14 فبراير سنة 1978، ص 171.

⁹ - ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 21.

¹⁰ - ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 14 فبراير سنة 1978، ص 175.

¹¹ - T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, Algérie, Berti, 2011, pp. 271-272.

عمليات غير مشروعة في إطار المعاملات التجارية مع الدولة الجزائرية¹. وقد أشار إليهم القانون رقم 78-02 بالوسيط الذي يقصد به، في مفهوم هذا القانون، "كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على مكافأة أو ميزة من أي نوع كانت، عند التحضير، أو التفاوض، أو إبرام أو التنفيذ لصفقة أو عقد، مقابل تدخل من أي نوع كان ومهما كان شكل ممارسته يهدف إلى تيسير إبرام صفقة أو عقد لصالح الطرف غير الجزائري الذي يدفع مقابل هذا التدخل، لهذا الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي، بصفة خاصة، ولهذا الغرض: - يباشر أو يعد مباشرة تدخل أو عدة تدخلات يستعمل فيها علاقات حقيقية أو مفترضة ضمن الدولة أو هيئات الدولة، كما ورد تعريفها في المادة 3 أعلاه، - أو يستعمل طرقا ترمي إلى اقناع الطرف غير الجزائري المذكور أعلاه بقدرته على استعمال علاقاته الحقيقية أو المفترضة لصالحه، - أو يحصل أو يحاول الحصول بمشاركة متعمدة أو غير متعمدة، أو بدونها، من طرف عون من أعوان الدولة أو من أعوان هيئة للدولة، مثلما ورد تعريفها في المادة 3 أعلاه، على معلومات أو وثائق سرية من شأنها أن تسمح للطرف غير الجزائري المعني بتحسين عرضه أو الاستفادة من المعلومات أو الوثائق المحصل عليها على هذا النحو، قصد الوصول إلى إبرام الصفقة أو العقد المذكورين أعلاه لصالحه".

ولا يخفى عن المتأمل في هذا التعريف التشريعي -الطويل²- مدى التشابه الكبير بينه وبين تعريف الجريمة في المادة 27 من القانون رقم 06-01. فمن أوجه الشبه بينهما، السلوك الإجرامي المحظور (الحصول على مكافأة أو ميزة من أي نوع كانت)، ومناسبة ذلك ("عند التحضير، أو التفاوض، أو إبرام أو التنفيذ لصفقة أو عقد"، والتي تعتبر من مراحل إبرام عقود التجارة الدولية كذلك، ومنها بخاصة مرحلة التفاوض³) على سبيل المثال. ولهذا لا ينفك بعض الفقه في الجزائر عن التذكير بأن المادة 27 من القانون رقم 06-01 هي التي تعاقب على جريمة الوسيط من القانون رقم 87-02 في الوقت الحاضر، وأنها تأخذ بنفس عناصر هذه الجريمة⁴.

لنلاحظ من ذلك أنه برغم أن هذه الجريمة كانت جريمة عامة يستطيع ارتكابها أي شخص ما دامت لديه أهلية جنائية -بمعنى القدرة على الإدراك والاختيار⁵- فنص التجريم كان واضحا، إذ عرف الوسيط بأنه "كل شخص طبيعي أو اعتباري"، إلا أن تحديد فاعلها كان يتأثر بنطاق تطبيقها أيضا. حيث كان يشير هذا الأخير إلى ذلك الشخص من القانون الخاص الذي يتدخل لمصلحة غيره -تحديدا الطرف غير الجزائري المتعاقد مع الدولة الجزائرية- لدى إدارة عمومية جزائرية بهدف "تيسير إبرام صفقة أو عقد" لصالحه (المادة 10 من القانون رقم 78-02). فالفاعل المباشر في الجريمة كان إذن كل شخص من القانون الخاص يخالف أحكام القانون رقم 78-02 الذي كان يحيل بشأن عقوبة هذا الأخير إلى أحكام المادة 423 من قانون العقوبات. والذي لا علاقة له بالمهام الناجمة عن

¹- T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., p. 271.

²- ربما جاء ذلك التعريف طويلا حرصا من المشرع على يكون التعريف شاملا لجميع أشكال التدخل.

³- يراجع: ع. سعد الله، قانون التجارة الدولية. النظرية المعاصرة، ط. 1، الجزائر، دار هومه، 2007، ص 163-171.

⁴- V. T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., pp. 270, 282-283.

⁵- ج. ثروت، المرجع السابق، ص 382 الفقرة 404.

القانون الإداري المتعلقة بالصّفقات العموميّة.

فالفاعل المباشر في جريمة المادّة 27 من القانون رقم 06-01 كان في السابق شَخْصًا، أيّا كانت صفته الشّخصيّة، يرتكب السُّلوك الإجراميّ المعاقب عليه في القانون رقم 78-02. بعكس الجريمة حاليا التي تشترط في فاعلها المباشر أن يكون موظفا عموميًا. ومنه يبدو أنّ التّفسير التاريخي لنصّ المادّة 27 عاجز عن تحديد العناصر المكملّة لتعريف الموظف العموميّ، لأنّ هذه الجريمة كان قدما تُطبّق على شَخْص مختلف عن الموظف العموميّ. يشار أخيرا إلى أنّ المُشترع ألغى بصراحة القانون رقم 78-02 المذكور أعلاه، بموجب القانون رقم 88-29 مؤرخ في 19 يوليو سنة 1988 يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجيّة¹ الذي ألغى بدوره بمقتضى الأمر رقم 03-04 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبّقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها². وقبل ذلك، أعاد المُشترع استحداث جريمة الوساطة، ولكن بعناصر جديدة التي ستشكل جريمة الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة فيما بعد في القانون رقم 06-01، في قانون العقوبات في المادّة 423-2، بموجب القانون رقم 82-04 مؤرخ في 13 فبراير سنة 1982 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات. وقد جاء فيها: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 10.000 إلى 50.000 دج كل من يقبض أو يحاول القبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو فائدة مهما كان نوعها، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادّة 119³". ويلاحظ منها أنّ الفاعل فيها كان أيّ شَخْص، وليس شرطًا أن يكون موظفا عموميًا. ولقد دام تطبيق هذه الجريمة من خلال نصّ التّجريم السابق إلى غاية صدور القانون رقم 01-09 مؤرخ في 26 يونيو سنة 2011 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات⁴ الذي نقل تلك الجريمة من المادّة 423-2، وكانت موجودة في الباب المتعلّق بالاعتداءات على حسن سير الاقتصاد الوطنيّ والمؤسّسات العموميّة، إلى المادّة 128 مكرّر 1 -جديدة- من قانون العقوبات في القسم الذي يهتم بالرشوة واستغلال الثّفوذ من الباب المتعلّق بالجنايات والجنح ضدّ الشّيء العموميّ (مما يعني أنّ المُشترع غيّر المصلحة القانونيّة المحمية بموجب الجريمة⁵) التي نصت على نفس الجريمة المحدّدة بالمادّة 423-2 من قانون العقوبات، الملغاة. وكانت خلال كل ذلك تنطبق على أيّ شَخْص، دون أيّ تخصيص بشأنه، الذي يتمكن من إتيان السُّلوك الإجراميّ وهذا، إلى غاية صدور القانون رقم 06-01 الذي حوّلها إلى جريمة تتطلب في فاعلها المباشر صفة خاصّة تتمثّل في صفة

¹ - ج.ر. رقم 29 مؤرخ في 20 يوليو سنة 1988، ص 1062، المادّة 27 منه.

² - ج.ر. رقم 43 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2003، ص 33.

³ - V. T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., pp. 270, 282.

⁴ - ج.ر. رقم 34 مؤرخ في 27 يونيو سنة 2001، ص 15.

⁵ - يقوم المُشترع داخل قانون العقوبات بترتيب محدّد للمصالح والقيم المدبرة بالحماية، وبناءً على هذه المصالح والقيم يقوم بتحديد مكان الجريمة وتغييره إذا دعت الحاجة إلى ذلك. يراجع: M. LACAZE, préc., pp. 127-128 § 264.

الموظف العمومي.

ولابد من الإشارة في الأخير، بعد هذه اللمحة التاريخية حول تجريم الرشوة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري منذ الاستقلال، إلى أن تعاقب عدّة نصوص قانونية لتعريف هذه الجريمة منذ أن كانت عبارة عن جريمة تحظر الوساطة في العقود والصفقات المتعلقة بالاستيراد والتصدير التي تكون الدولة الجزائرية طرفا فيها، ولتحديد عقوباتها أيضا - حيث كانت إلى غاية تجنيحها بالقانون رقم 06-01 عبارة عن جناية¹ - أدى في الحقيقة إلى تشتت أحكامها، وعدم الاستقرار بشأنها، وإلى صعوبة تتبع تطورها التاريخي في القانون الوضعي الجزائري أيضا.

ب- صفة الموظف العمومي في المادة 27 من القانون رقم 06-01 من الناحية الوضعية

بتجريد الجريمة المنصوص عليها اليوم في المادة 27 من القانون رقم 06-01 عن الظروف التاريخية لوضعها المذكورة سابقا (حيث كانت تعاقب على الوساطة في الصفقات العمومية الدولية، وتطبق بالتالي على الشخص الذي يتدخل كوسيط فيها لا غير)، يلاحظ أن عدم ربط نص المادة 27 السابق صفة الموظف العمومي المطلوبة في الفاعل المباشر في الجريمة بسُلطات معينة متعلّقة بالصفقات العمومية، وسكوته عن تحديد الغرض من الجريمة الذي يتعين أن يتعلّق بواجب وظيفي ما مسنود لذلك الموظف يعني أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية التي عرفها ذلك النصّ يمتد تطبيقها ليشمل، فوق الموظف العمومي المُكلّف بإبرام وتنفيذ العقد، أشخاصا أخرى - ينطبق عليها طبعاً مفهوم الموظف العمومي حسب المادة 2-ب من القانون رقم 06-01 - لكنها تكلف بمهام مختلفة تتعلّق بالصفقات العمومية. ويتعلّق الأمر تحديداً بكلّ من القاضي المنتدب في حالة التسوية القضائية لمعامل اقتصادي (الفقرة 1)، والقاضي الإداري في حالة نزاع حول إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية تدرج في نطاق تطبيق الجريمة (الفقرة 2).

1- الموظف العمومي المُكلّف بتنفيذ الصفقة العمومية لحساب متعامل اقتصادي في حالة تسوية قضائية

في هذه الحالة يتصرّف الموظف العمومي لحساب صاحب صفقة عمومية الذي توقف عن الدّفع في تاريخ لاحق على رسو الصفقة العمومية عليه، وتتمثّل، بالتحديد، في قيام القاضي المنتدب لإدارة التسوية القضائية الخاصة بالمتعاقدين المتوقف عن الدّفع أو الوكيل المتصرّف القضائي (وكيل التسوية القضائية)² - علماً أنّ هذا الأخير يعتبر موظفاً عمومياً أيضاً، لأنّه يؤدي مهمة تتعلّق بمرفق عموميّ وهذا، قياساً على صفة وكيل التفلسة³ - بقبض أجرة أو منفعة منحه إياها ذلك المتعاقد - أو أيّ شخص آخر - بمناسبة تنفيذ القاضي المنتدب لصفقة ذلك المتعامل من أجل، مثلاً، تقرير مواصلة تنفيذ العقد، برغم أنّ الظروف التي تمرّ بها المؤسسة لا تسمح بذلك، بل تتطلب، على العكس منه، التوصل إلى اتفاق مع الإدارة العمومية المتعاقدة يقضي بفسخ الصفقة العمومية Résiliation⁴.

¹ - V. T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., p. 282.

² - يراجع: الأمر رقم 96-23 مؤرخ في 9 يوليو سنة 1996، يتعلّق بالوكيل المتصرّف القضائي، ج.ر. رقم 43 مؤرخ في 10 يوليو سنة 1996، ص 13.

³ - V. A. VITU, « Corruption de fonctionnaires », *chron. jurisprudence*, R.S.C., 1973, n° 3, p. 684.

⁴ - فالتسوية القضائية تُبرّر فسخ العقد من طرف الإدارة العمومية، إذا قرّر القاضي المنتدب لإدارة التسوية القضائية الخاصّة بالشخص المتوقف عن الدّفع

ولقد نصت على مآل الصَّفقة العموميَّة في حالة التسوية القضائية للمتعاقد مع الإدارة العموميَّة المادَّة 123 (الفقرة 2.123) من دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 2021¹، بقولها: "يبرر الفسخ التعاقدى بطرُوف خارجة عن إرادة المَقاول وهذا لاسيما، في حالة: [...] - الإفلاس أو التسوية القضائية، إلّا إذا وافقت المصلحة المتعاقدة، في حالة قد يرخّص وكيل الدائنين للوصي عن طريق المحكمة، بمتابعة استغلال المؤسسة ومنه التقدم بعروض لمتابعة النشاط، يقبل إتمام تنفيذ الصَّفقة العمومية للأشغال مع نفس المَقاول. في هذه الحالة، يجب أن يتم التكفل بهذه الوضعية في ملحق يتضمن تحويل التسيير"².

إنَّ التسوية القضائية هي إجراء قضائيّ - إذ لا تتقرَّر إلا بناءً على حكم قضائيّ³ - يتعلَّق بفئة التجار من الأشخاص الطبيعيَّة، والأشخاص المعنويَّة الخاصَّة أيضا، وإن لم تكن لها صفة التَّاجر⁴، بالإضافة إلى بعض الشَّركات العموميَّة⁵، والذي يُطبَّق عندما يتوقف هؤلاء الأشخاص عن الدَّفْع⁶. ويعني التوقف عن الدَّفْع "عجز التَّاجر عن أداء دين تجاري حال في ميعاد استحقاقه"⁷. ومن الآثار الهامة للتوقف عن الدَّفْع والتسوية القضائية في قانون الصَّفقات العموميَّة منع الأشخاص المتواجدين في هذه الحالة من المشاركة في المنافسة على إبرام صَّفقة عموميَّة مع الإدارة العموميَّة، نظرا لوضعيتهم الماليَّة⁸. والأثر السَّابق قاصر على مرحلة الإبرام فقط. فقد تتعاقد شَركة ما مع إدارة عموميَّة وهي في ملاءة ماليَّة ثُمَّ تتوقف عن الدَّفْع أثناء تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة يتعين على تلك الشَركة إبلاغ المصلحة المتعاقدة فوراً بتبديل وضعيتها القانونيَّة، لكي تتفادى فسخ عقدها دون تعويضها بِجُجَّة عدم التَّبليغ⁹.

2- الموظف العموميّ المكلف بالحكم في نزاع يتعلَّق بإبرام أو تنفيذ صَّفقة عموميَّة

كذلك يمكن تطبيق جريمة الرِّشوة في مجال الصَّفقات العموميَّة حتى على القاضي الإداري - أو القاضي المدنيّ إذا

أنَّه غير قادر على مواصلة تنفيذه. راجع:

Les entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public, Fiches techniques de la Direction des affaires juridiques, Ministère de l'économie, des finances, et de la souveraineté industrielle et numérique, France, 2019, <https://www.economie.gouv.fr/daj/entreprises-en-difficulte-pdt-execution-mp-2019> (01/12/2022), p. 3.

- 1- الصادر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219 مؤرَّخ في 20 مايو سنة 2021، ج.ر. رقم 50 مؤرَّخ في 24 يونيو سنة 2021، ص3.
- 2- راجع أيضا: دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر. رقم 6 مؤرَّخ في 19 يناير سنة 1965، ص47، المادَّة 37. ولقد صدر بموجب قرار مؤرَّخ في 21 نوفمبر سنة 1964، ج.ر. رقم 6 مؤرَّخ في 19 يناير سنة 1965، ص46.

3- القانون التجاري الجزائري، المادَّة 225 (الفقرة 1).

4- القانون التجاري الجزائري، المادَّة 215.

5- القانون التجاري الجزائري، المادَّة 217.

6- القانون التجاري الجزائري، المادَّتان 215، 217.

7- ع. البارودي، م. ف. العربي، القانون التجاري، ج 1، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص256 الفقرة 174.

8- ت.ص.ع، المادَّة 75. يقارن: ت.ص.ع، المادَّة 67. حيث إنَّها، وبعد أن اشترطت أن يحتوي ملف الترشيح على اكتتاب المرشَّح لتصريح بالترشح يشهد فيه أنَّه ليس في حالة تسوية قضائيَّة، قرَّرت أن المرشَّح الذي هو في حالة تسوية قضائيَّة يجب أن يرفق مع عرضه نسخة من الحكم القضائي الصادر بالتسوية القضائيَّة. مما قد يعني إمكانية مشاركته في الصَّفقة العموميَّة.

⁹ - *Les entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public*, préc., p. 3.

كان مختصاً بنزاع من هذا النوع- الذي يقبض أجرة أو منفعة بمناسبة البت في نزاع يتعلّق بإبرام أو تنفيذ صفقة عمومية. فإذا كان معظم الأشخاص ذوي المنصب القضائي بعيد من أنّ يشكلوا فاعلا في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي يرتكبها الموظف العمومي، لأنّها تشترط تكليف الفاعل المباشر فيها بمهام إدارية تتعلّق بإبرام صفقة عمومية أو تنفيذها، فإنّ جريمة المادة 27 قد تنطبق على هؤلاء بمناسبة ممارسة اختصاصهم القضائي، لأنّ نصّ التجريم لم يشر إلى الاختصاصات التي يجب أن يتولاها الموظف العمومي لكي تقوم الجريمة.

يمكن أن نذكر أيضا كمثال عن ذلك المحكّم الذي يتولى التحكيم في مجال الصفقات العمومية، وقد أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم بالنسبة إلى الأشخاص المعنوية العامة بالمادة 1800¹. حيث يعتبر المحكّم بمثابة شخص مكلف بمهمة مرفق عمومي²، وينضم بالتالي لتعريف الموظف العمومي في مفهوم القانون رقم 06-01. ويستطيع ذلك الشخص ارتكاب جريمة المادة 27 من نفس القانون عندما يقبض أجرة أو منفعة -عن المتعاقد مع الإدارة العمومية غالبا- بمناسبة ممارسة مهامه التحكيمية فيما يخص إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية جرى عرضها أمامه، لكي تصب نتيجة التحكيم في مصلحة الراشي. وكنتيجة لما سبق، نلاحظ أنّ الموظف العمومي المقصود بالمادة 27 من القانون رقم 06-01 هو كلّ شخص يتمتع بصفة الموظف العمومي حسب المادة 2-ب من القانون ذاته، ويستطيع التدخل في إبرام صفقة عمومية أو تنفيذها أثناء ممارسة نشاطه العمومي سواء كان هذا النشاط إداريا أو قضائيا. ولا يمكن أن يقتصر على الموظفين العموميين المكلفين بإبرام العقد أو تنفيذه فقط، حيث يشمل إلى جانبهم، أشخاصا أخرى لا صلة لها بتلك المهام الإدارية.

الفرع الثاني: ربط الصفة بمركز قانوني محدّد في نطاق عقد الصفقة العمومية

خلصنا في السّابق إلى أنّ جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 2-26 من القانون رقم 06-01 تشترط في فاعلها المباشر صفة المتعاقد مع الإدارة العمومية. ولاستكمال تعريف هذه الصفة بما يناسب الشّروط التي احتواها نصّ التجريم ذاك، يجب البحث في المركز القانوني الذي يجب أن يشغله ذلك المساهم الجنائي الأساسي في العقد. حيث يبدو أنّها تشترط فيه شروطا معينة (الفقرة الأولى) تؤدي إلى استبعاد حالات أخرى من نطاق الجريمة (الفقرة الثانية).

أوّلا: المراكز القانونية المشمولة بجريمة المادة 2-26 من القانون رقم 06-01

الأصل أنّ الفاعل في جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية (المادة 2-26) يجب أن يكون المتعاقد المباشر مع الإدارة العمومية (الفقرة "أ"). غير أنّ هناك من اشترط فوق ذلك أنّ يكون ذلك الشخص هو البائع للإدارة العمومية (الفقرة "ب").

أ- يجب أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة هو المتعاقد المباشر مع الإدارة العمومية

فتعريف الجريمة في المادة 2-26 من القانون رقم 06-01 أشار إلى شخص -باعتباره فاعلا في الجريمة- "يقوم،

¹ - يراجع حول التحكيم في مجال الصفقات العمومية: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 335-347.

² - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 203.

ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع "أشخاص عامة محدّدة". وهذا يدلّ على أنّه يجب أن يكون الفاعل هو بالذات المتعاقد المباشر مع الأشخاص العامّة المذكورة في نصّ التّجريم أو على الأقلّ المرشّح للتعاقد معها في حال قامت الجريمة أثناء مرحلة إبرام العقد. ويعني هذا أنّ الشّخص الأجنبيّ عن العقد أو الصّفقة المبرمة مع تلك الأشخاص المعنويّة لا يعاقب بسبب استغلال سلّطة أو تأثير عون عموميّ من أجل الزيادة في الأسعار أو التعديل على نوعية الموادّ أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين لمصلحة المتعاقد المباشر مع الشّخص المعنويّ العام أو حتى لمصلحته الشّخصيّة، إذا كان من الغير الذي يستفيد من آثار التعاقد.

ولابد من الملاحظة في هذا الصّد أنّ وضعية المتعاقد مع الإدارة العموميّة تتشابه كثيرا مع وضعية الموظف العموميّ -بفهومه الضيق- اتجاه الشّخص المعنويّ العام. ففي القانون الإداري يمكن لأشخاص أخرى، ومن ضمنها الأشخاص الراغبة في التعاقد مع الإدارة العموميّة، أن ترتبط كذلك مع الأشخاص المعنويّة العامّة، لمُدّة زمنية قصيرة أو لمُدّة طويلة، برابطة من القانون العام، كالموظفين العموميين تماما، وهذا بسبب تقديم معاونة إلى الشّخص المعنويّ العام¹. غير أنّ هذا التشابه بين وضعية المتعاقد مع الإدارة العموميّة ووضعية الموظف العموميّ اتجاه الشّخص المعنويّ العام لا يجب أن يعني أنّ المتعاقد مع الإدارة العموميّة يعتبر بمنزلة الموظف العموميّ لدى الإدارة العموميّة المتعاقد معها. فالمتعاقد مع الإدارة العموميّة يختلف عن الموظف العموميّ في أنّه ينتمي إلى طائفة مُستقلّة تسمى "بالمعاونين Collaborateurs" ولا يدخل ضمن طائفة الموظفين العموميين Agents publics². كما تلزم الملاحظة كذلك أنّ الجريمة تنطبق على الشّخص بصفاته المحدّدة بالمادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 (التّاجر، الصناعي، الحرفي، والمقاوم من القطاع الخاص) ولو تعاقد عنه الغير ولكن باسمه ولحسابه بناءً على وكالة. حيث إنّ الوكيل -وهو الفاعل المفترض في الجريمة- يعتبر المتعاقد المباشر الذي تنصّرف إليه جميع آثار العقد، وتقوم بينه وبين الشّخص الذي تعاقد معه النائب باسم ولحساب الوكيل "علاقة مباشرة" في هذه الحالة³.

ب- يجب أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة هو البائع للإدارة العموميّة

ذهب جانب من الفقهاء في الجزائر -بوسقعة تحديدا- إلى أنّ المتعاقد مع الإدارة العموميّة يجب أن يكون البائع. إذ يرى أنّه "[...] في كل الأحوال يكون الجاني بائعا وليس مشتر، ومن ثمة لا يطبق حكم المادة 26-2 على التاجر الذي يكون في مركز المشتري أو المستفيد من خدمة أو صفقة تعود عليه بربح غير مبرر"⁴. وهذا الشّروط المتعلّق بالصفة في الفاعل في جريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العموميّة ينتج من قضية جزائيّة أمام المحكمة

¹- V. R. CHAPUS, préc., p. 16 § 12 : « D'autres personnes que les agents publics peuvent se trouver unies, plus ou moins durablement et à certains égards au moins, à une personne publique par un lien de droit public, et cela en raison de la *collaboration* qu'elles lui apportent. ».

²- V. R. CHAPUS, préc., p. 17 § 12 : « D'une façon générale, il n'y a pas de difficulté à faire le départ entre la catégorie des agents et celle des collaborateurs, dont relèvent notamment ceux qui ont contracté avec une personne publique en qualité de fournisseur ou d'entrepreneurs ou encore de concessionnaires de service public, [...] ».

³- ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 214-215 الفقرة 92 و 94.

⁴- أ. بوسقعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 168.

العليا¹ تمثلت وقائعها في أنَّ مُؤَسَّسة عُمُومِيَّة ذات طابع صناعي وتجاري تعاقدت مع الطاعن (المتهم بالجريمة السابقة) بموجب صفقة أبرمت بإجراء البيع بالمزاد العلني التي تخضع لأحكام المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي كما عُدِّل بموجب المرسوم رقم 88-72. فتبين أنَّ سعرها منخفض جدا. وأنَّ هناك احتمال قيام الطاعن باستغلال سُلْطة عون عُمُومِيٍّ يعمل لدى المُؤَسَّسة المتعاقدة من أجل تخفيضه. وبعد إحالة الواقعة إلى قاضي التحقيق المختصَّ، أصدر هذا الأخير أمرا بانتفاء وجه الدَّعوى. لكن غرفة الاتهام بمجلس قضاء عنابة ألغته بتاريخ 3 أفريل 1991. وأمرت بإحالة الطاعن في قضية الحال بتهمة الاستفادة من سُلْطة عون عُمُومِيٍّ المحدَّدة آنذاك بالمادَّة 423 من قانون العقوبات أمام محكمة الجنايات بعنابة، بدعوى أنَّ الأركان القانونيَّة للجريمة متوافرة. فطعن ذلك الشَّخص بالنَّقْض ضد هذا القرار أمام الغرفة الجنائيَّة بالمحكمة العليا.

ولقد أثير أمامها ثلاثة أوجه للطعن أهمها أنَّ "شروط المادة 423 من ق.ع غير متوفرة فيما يخص الطاعن المتعاقد مع المؤسسة لأن النص يخص الذي يبيع للمؤسسة العمومية وليس الذي يشتري منها ويأخذ أكثر مما يستحقه في الاسعار المطبقة"². والظاهر منه أنَّ الجريمة حتى تقوم قانوناً يجب فعلا أنَّ يكون المتعاقد في مركز البائع للإدارة العموميَّة والإدارة العموميَّة في مركز المشتري في اطار العلاقة العقدية. ولقد قبلت المحكمة العليا ذلك الطَّعن لكنها لم تستند في ذلك إلى مركز المتهم كمشتري، كما طلب منها هذا الأخير. بل استندت إلى عنصر آخر من الجريمة يتمثَّل في غرض الفاعل. حيث قالت: "[...] أنَّ القرار المطعون فيه أحال المتهم الطاعن (ع.ح) على أساس تهمة الاستفادة من سلطة عون الهيئة لإبرام هذه الصفقة في الحين أنَّ المادة 423 فقرة (2) من ق.ع، تنص على أنَّ إبرام هذه الصفقة يكون الغرض منها الزيادة في الاسعار الشيء الذي لا يوجد في قضية الحال"³. وأضافت أنَّ: "[...] غرفة الاتهام أهملت هذا العنصر من الجريمة وراحت في إحدى حيثياتها تذكر أنَّ المتهم (ع.ح) أنكر أنَّ يكون استعمال السلطة لإبرام هذه الصفقة من أجل الزيادة في الأسعار والواقع هو أنَّ المتهم توبع من أجل إستعماله السلطة لإبرام الصفقة كانت نتيجتها التخفيض في الاسعار"⁴.

ولعل المحكمة العليا تجنَّبت تعليل قرارها بعدم توفر صفة البائع في مرتكب الجريمة لسببين. أوَّلا، إنَّ العقود المعنية بالجريمة ربما لا تقتصر على عقد البيع وحسب، وإنما قد تشمل عقودا أخرى تختلف جدا عنه كعقد الإيجار مثلا وعقد المقاولة الذي يشمل تعريف الجريمة الذي يذكر صفة المفاوض من القطاع الخاص. وهذا حال الصَّفقات العموميَّة. إذ يقول Richer و Lichère: "نظرا إلى محلها، فإنَّ الصَّفقات العموميَّة تتشابه مع العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. ففي الواقع، إنَّ الصَّفقات العموميَّة تتمثَّل في عقود تحصل الإدارة بواسطتها على لوازم، أو

¹ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائيَّة، الملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، قضية: (ع.م) ضد: (ع.ح) (النيابة العامة)، المجلة القضائية، ع 1، 1993، ص 188-191.

² - المحكمة العليا، الغرفة الجنائيَّة، ملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 189.

³ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائيَّة، ملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 190.

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائيَّة، ملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 190.

خدمات، أو تقوم بإنجاز أشغال مقابل ثمن. وهذه العقود تتطابق مع عقود البيع، والإيجار، والخدمات من القانون الخاص¹. ويتضح منه أنّ الصّفات العموميّة للوازم، بحكم طبيعة محلها، تقابل عقد البيع للمنقولات في القانون الخاص، كما أنّها تقابل أحيانا عقد إيجار ينصب على المنقولات². بينما تعتبر الصّفات العموميّة للأشغال من قبيل عقد المقاولة في القانون الخاص³. وتهدف هذه الصّفة، طبقا للمادّة 29 (الفقرة 3) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إلى: "إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مكاول". ويختلف عقد المقاولة عن عقد البيع في القانون المدني⁴. وفي قانون الصّفات العموميّة قياسا عليه. ويتمثّل أبرز اختلاف بين العقدين في هذا القانون في الشّيء محل العقد: فبينما تنصب الصّفة العموميّة للوازم على الأشياء المنقولة فقط، فإنّ الصّفة العموميّة للأشغال تنصب على العقارات فقط⁵. على هذا الأساس، إذا كان البيع شُرطا في الجريمة، فيجب على القاضي الجنائي أن يبحث في محل العقد أو الصّفة المعروضة عليه - فالحل كما لاحظ Richer و Lichére هو الذي جعل الصّفات العموميّة مع بعض عقود القانون الخاص في حالة تطابق - هل يتمثّل في اقتناء لوازم، ويمثّل عقد البيع - في الغالب من الأحيان - أم يتمثّل في الأشغال التي تعتبر محل عقد مقاولة الذي يختلف عن عقد البيع، ويتعين، بسبب هذا الاختلاف، أن يخرج من نطاق تطبيق تلك الجريمة. وهذا ما يقتضيه ربط صفة الفاعل في الجريمة بمركز البائع في العلاقة العقدية. وأخيرا، بسبب أنّ جريمة المادّة 26-2 لا تعاقب على حالة التعديل على سعر الصّفة العموميّة - بالزيادة بعكس ما حدث في قضية الحال - وإنما تشمل حالات تعديل أخرى يصب فيها التعديل في مصلحة الفاعل المباشر سواء كان بائعا أو مشتريا في العقد. ومنه نستنتج أنّ المحكمة العليا أصابت عندما ارتكزت إلى أحد عناصر الجريمة التي حددها المشرّع بصراحة في التعريف الجنائي للسُّلوك الماديّ، ولم تأخذ بفكرة ضرورة أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة كبائع للإدارة العموميّة، لأنّها ستقود إلى التضييق من مجال تطبيق النصّ التجرّمي، وتعتبر تجاوزا للحدود التي رسمها المشرّع للجريمة بحيث لم يذكر ذلك الشّروط بصراحة حتى تراقب تلك الجهة القضائية العليا موقف قضاة الموضوع منه.

تجب الإشارة، في الأخير، إلى أنّه قد تجتمع في نفس الشّخص صفتان: صفة المتعاقد مع الإدارة العموميّة التي تتألف منها جريمة استغلال النُّفوذ في الصّفات العموميّة المنصوص عليها في المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 وصفة الموظف العموميّ. على أنّ هذا الظّرف - والمقصود به هو تمتع نفس الشّخص بالصفّتين السّابقتين في نفس الوقت - لا يؤثر على قيام جريمة المادّة 26-2 المذكورة أعلاه، ما دام فاعلها يعتبر متعاقدا مع الإدارة العموميّة

¹ - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 351 § 694 : « Par leur objet, les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux des particuliers. Il s'agit en effet de contrats par lesquels l'administration se procure des fournitures ou des services ou fait réaliser des travaux moyennant un prix. Ces contrats sont identiques aux contrats de vente, de location, de service du droit privé. ».

² - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 400 § 794.

³ - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 395 § 783 : « Le marché de travaux est l'équivalent d'un contrat d'entreprise du droit privé ; il porte sur une opération immobilière dont l'exécution est confiée à un entrepreneur qui travaille pour le compte du maître d'ouvrage public sans être pour autant subordonné à celui-ci. [...] ».

⁴ - يراجع: ع. أ. السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، مج 1، المرجع السابق، ص 23-27 الفقرة 6.

⁵ - يراجع: م. ص. بعلي، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم، 2005، ص 22-23 الفقرة 14-15؛ ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 95.

في مفهوم نصّ التجريم، وليس مِمَّن استثنى من نطاق تطبيق تلك الجريمة. وذلك ما حَدَث مثلاً في قضية عُرِضَتْ أمام القضاء الإداري، وقد دارت وقائعها حول قيام بلدية Saint-Beauzeil الفرنسية بمنح صَفقة عُمومية إلى مَقاول تبين أنَّه كان يشغل في الوقت ذاته منصب رئيس هذه البلدية الأمر الذي يشكل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية، وقد سبق للقضاء الجزائري وأن أدانته بذلك، ويُسَقَط حقّ ذلك المَقاول في الحصول على تعويض -على أساس الإثراء بلا سبب- نتيجة إبطال المداولة التي مُنِح إليه بموجبها ذلك العقد، لأنّ المخالفات التي ارتكبها ذلك الشَّخص بصفته رئيساً للبلدية أثناء إبرام العقد من شأنها أن تُفْسِد رضاء الإدارة المتعاقدة، وأنَّها تشكل خطأ جسيماً من شأنه المساس بمصالح البلدية المعنية¹.

ويلاحظ من الحكم القضائي الفرنسي السَّابق: أولاً، أنَّ المخالفات التي تتشكل منها جريمة الفساد تعتبر في النظرية العامة للعقد كالعيب الذي يصيب الإرادة. وثانياً، أنَّ الإدانة بالجريمة السابقة أمام القاضي الجزائري، والتي توصف بجريمة الفساد بحسب القانون الجزائري، يصلح كسبب لتقرير بطلان العقد أمام القضاء الإداري². ويكون البطلان في هذه الحالة مطلقاً Nullité absolue³، لأنّ قواعد القانون الجنائي -التي تمت مخالفتها- تهدف إلى حماية مصلحة عامة⁴، وطبقاً للنظرية الحديثة للبطلان، لتحديد نوع البطلان الذي يجب أن يُطبَّق على التصرُّف القانوني يستند القاضي لا إلى جسامه العيب وإنما إلى الغاية من القاعدة القانونية التي تمت مُخَالَفَتُها: فالبطلان المطلق يهدف إلى المحافظة على مصلحة عامة (والنَّظام العام أيضاً⁵)، أما البطلان النسبي Nullité relative فإنه يهدف إلى حماية مصالح خاصّة⁶. ويعتد القانون المدنيّ الجزائري بالتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على أساس المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية (مصلحة عامة أو مصلحة خاصّة)⁷. وبالتالي يجب على القاضي الذي يُصرِّح ببطلان الصَّفقة العمومية، تطبيقاً لأحكام المادّة 55 أعلاه، أن يُحدِّد نوع البطلان الذي لحق العقد بسبب الجريمة، وأنّ يُطبَّق عليه الأحكام الخاصّة به.

ثانياً: المراكز القانونية المستثناة من جريمة المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01

ينتج من نصّ المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 أنَّ الجريمة تتطلب في فاعلها المباشر أن يكون ذاته المتعاقد مع الإدارة العمومية. وهذا الشَّرط يقضي حالة من نطاق الجريمة ربما كانت جديرة بالمعاقبة أيضاً. ويتعلَّق الأمر بالتعامل الثانوي. وإنّ التعامل الثانوي Sous-traitance -أو كما يسميه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بالمناولة⁸-

¹ - Cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17BX01026, A.J.C.T., 2019, n° 11, p. 521 sq., note P. VILLENEUVE.

² - P. VILLENEUVE, note sur cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17BX01026, A.J.C.T., 2019, n° 11, p. 521 sq.

³ - J.-F. LAFAIX, préc., p. 159 §159.

⁴ - V. J.-F. LAFAIX, préc., p. 428 § 455.

⁵ - V. A. BÉNABENT, préc., p. 186 § 213.

⁶ - Y. PICOD, préc., § 24.

⁷ - ع. فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 336-337.

⁸ - يراجع: ت.ص.ع، المادّة 142. ويسمى عقده باسم "عقد المناولة". ولقد كان يدعى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 باسم التعامل الثانوي. يراجع: المواد من 140 إلى 144 من هذا المرسوم.

مستبعد كلية من مجال تطبيق جريمة المادة 26-2. حيث إنَّ نصَّ التجريم يشترط بصراحة أن يكون الفاعل المباشر فيها مرتبطاً مباشرة مع الإدارة العمومية بعلاقة عقدية ذات شكل محدّد (عقد أو صفقة). إذ يخاطب ذلك النصّ بالتحديد "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، [...]، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، [...]".

أما التعامل الثانوي فهو عقد "مبرم بين صاحب عقد إداري [المتعاقد مع الإدارة العمومية] وشخص آخر يتمثل موضوعه في إسناد إلى هذا الأخير تنفيذ العقد الإداري"¹. ولهذا يعتبر المتعامل الثانوي أجنبياً عن العقد الأصلي المبرم بين الإدارة العمومية والمتعاقد معها²، بحيث لا يرتبط عقدياً مع الإدارة العمومية، فالعلاقة بينهما واقعية لا غير³. وكان من الأجدر أن يشمل نصّ التجريم حالة التعامل الثانوي أيضاً. لأنَّ التعامل الثانوي يحظى بأهمية بالغة في مجال الصفقات العمومية، طبقاً للتحليل الاقتصادي: إذ أنَّ المؤسسات التي تقبل بتلبية الطلبات العمومية في إطار الصفقات العمومية لا يمكنها في العادة ضمان بمفردها بوسائلها الخاصة تنفيذ جميع الالتزامات العقدية. مما يؤدي إلى تحول التعامل الثانوي في الصفقات العمومية من مجرد خيار إلى ضرورة حتمية⁴. ولأنَّ أجرة المتعامل الثانوي، فإنَّ الإدارة العمومية المتعاقدة تتحمل عبء الوفاء بها مباشرة⁵. فقد يلجأ المتعامل الثانوي إلى استغلال سلطنة أو تأثير الموظف العمومي التابع للإدارة المتعاقدة من أجل الزيادة في الأسعار التي يحصل منها على حقّه الماليّ منها.

وللتذكير، فإنَّ التعامل الثانوي يعتبر عقداً خاصاً ولو كان العقد الأصلي⁶ الذي يعتبر شرطاً ضرورياً لوجود التعامل الثانوي، حيث يتألف من نفس محله وإلا اعتبر عقداً آخر غير التعامل الثانوي وينقضي بزواله⁷ ذو طبيعة إدارية، ويتكون من نفس أركان العقد في النظرية العامة⁸، ويستعمل بصورة كبيرة في تنفيذ الصفقات العمومية الخاصة بالأشغال⁹ التي تثير الشك حول انضمامها إلى مجال تطبيق جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01. ويلجأ المتعاقد الأصلي إلى التعامل الثانوي من أجل تنفيذ صفقته العمومية - ويتم على جزء من العقد، لأنَّ التعامل الثانوي الكلي محظور¹⁰ بسبب الاعتبار الشخصيّ *Intuiti personae* الذي يفرض على المتعاقد مع الإدارة العمومية تنفيذ

¹ - نقلاً بتصرّف عن:

L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 520 § 1103 : « [la sous-traitance est un contrat] conclu entre une personne titulaire d'un contrat administratif et une autre personne et il a pour objet de confier à cette autre personne l'exécution de la tâche confiée par l'administration ».

² - L. FOLLIOT LALLIOT, D. HOUTCIEFF, préc., p. 204.

³ - L. FOLLIOT LALLIOT, D. HOUTCIEFF, préc., p. 204.

⁴ - M. GUÉNOU AHLIDJA, « Le sous-contrat en droit public », R.F.D.A., 2018, n° 5, p. 915 sq.

⁵ - ت.ص.ع.، المادة 143.

⁶ - وهذه هي تسمية ذلك العقد: « Contrat principal ou initial » . M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., p. 915 sq.

⁷ - M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., p. 915 sq.

⁸ - M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., p. 915 sq.

⁹ - V. Ch. LAJOYE, préc., pp. 162-163.

¹⁰ - جاء في المادة 140 (الفقرة 1) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ما يأتي: "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم".

التزاماته بصفة شخصية¹، ويسبب الفساد أيضا² - بغرض منح مؤسسة معينة - عادة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة³ - تنفيذ جزء من التزاماته العقدية، نظرا إلى أنها تمتلك المعرفة Le savoir-faire اللازمة لذلك التي لا يملكها ذلك المتعاقد، أو من أجل ضمان احترام تنفيذ تلك الالتزامات في الآجال المتفق عليها، إذا كان المتعاقد الأصيل لا يملك الإمكانيات اللازمة لذلك⁴. ومن شروطه الرئيسية الحصول بصفة الزامية على موافقة الإدارة المتعاقدة على التعامل الثانوي لحماية هذه الإدارة حتى تتأكد من أن التعامل الثانوي يمتلك القدرات والمؤهلات الكافية لتنفيذ المهام التي أسندت إليها من الباطن، فهذه المهام تهدف إلى التسيير الحسن للمرفق العمومي وتحقيق مصلحة عامة⁵. أما هدف المتعاقد الأصلي -الهدف المشروع- من التعامل الثانوي فيتمثل في اشراك شخص من الغير في تنفيذ العقد الأصلي مع الابقاء على الرابطة العقدية بينه وبين المتعاقد الأصلي الآخر⁶. غير أنه يعتبر -من زاوية النظر الجنائية- من بين طرق المنظمات الإجرامية Organisations criminelles للتدخل -وعرقلة المنافسة- في الصفقات العمومية من خلال الشركات والمؤسسات الواجبة التي تديرها -في الخفاء- بخاصة في الصفقات التي تتطلب امكانيات كبيرة لا تملكها تلك المنظمات أو بسبب التضيق القانوني عليها الذي يمنعها من المشاركة في الصفقة مباشرة⁷.

مع هذا يشار إلى أن استغلال التعامل الثانوي لنفوذ عون عمومي تابع للإدارة العمومية المتعاقدة في اطار صفقة عمومية ينفذ جزءا منها قد يندرج ضمن جريمة استغلال النفوذ في القطاع العام المنصوص عليها في المادة 32-1 من القانون رقم 06-01، لأنها ذات نطاق تطبيق واسع. فقد قضي في فرنسا مثلا بتطبيق هذه الجريمة على عقد مناولة، إذ لا يهم بحسب محكمة النقض الفرنسية أن يكون ذلك العقد مبرما بين شخصين خاصين ما دام يشترط فيه الحصول على موافقة السلطة العمومية⁸. وفي قضية أخرى أكثر ارتباطا بمجال دراستنا، قرّرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 مارس 2008 تطبيق تلك الجريمة على تعامل ثانوي استغل تأثير موظف عمومي في صفقة عمومية⁹، وتلخص وقائعها في قيام رئيس شركة ألمانية تدعى Renk استفادت من عقد تعامل ثانوي بمقتضاه تقوم بإنتاج علب التحكم في السرعة Boîtes de vitesse موجهة لتجهيز 436 دبابة من نوع Leclerc بناءً على طلب من دولة الإمارات العربية المتحدة وجه إلى شركة تسمى GIAT Industries التي تتكفل بموجب عقدها الأصلي مع الدولة السابقة بتوريد تلك الدبابات، باستغلال تأثير موظف عمومي لتسهيل عملية تنفيذ عقد التعامل الثانوي المبرم بين شركة Renk وشركة الأخرى GIAT Industries نظير مزية غير مستحقة.

¹ - V. M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., n° 5, p. 915 sq.

² - ربما لأن المتعاقد الأصلي يتمتع بحرية اختيار المتعاقد الثانوي معه، دون الحاجة إلى تطبيق إجراء تعاقد شكلي يحترم المنافسة والاشهار المسبق. وهذا، ما لم يكن ذلك المتعاقد الأصلي شخصا معنويا عاما. يراجع حول اعفاء التعامل الثانوي من إجراء التعاقد الشكلي، والاستثناء منه:

M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., n° 5, p. 915 sq.

³ - M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., n° 5, p. 915 sq.

⁴ - V. Ch. LAJOYE, préc., p. 163.

⁵ - M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., n° 5, p. 915 sq.

⁶ - M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., p. 915 sq.

⁷ - V. D. RAVENDA e.a., préc., p. 3.

⁸ - Cass. crim., 12 décembre 1989, pourvoi n° 88-83.417, Bull. crim., n° 474 cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 754.

⁹ - Cass. Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, préc.

أخيراً، تجب الإشارة إلى أمر في غاية الأهمية، فيما يتعلق بما يُعرف بالجرائم الخاصة بالصفقات العمومية، وعلاقتها بصفة الفاعل المباشر في الجريمة، وبالتحديد صفة الموظف العمومي. ففي حقيقة الأمر إنّ ذلك التعبير (الجريمة الخاصة بالصفقات العمومية أو الجريمة المتعلقة بالصفقات العمومية أيضاً)، المنتشر، غير دقيق إذا نحن استعملناه في نطاق القانون الجنائي. فعبارة الصفقات العمومية تُطلق في الأصل على ذلك الإطار القانوني الذي يسمح للإدارة العمومية بالقيام بأعمال قانونية خاصة بالشراء العمومي لتطبيق السياسات المتعلقة بالطلب العمومي في مجال الأشغال والوظائف والخدمات¹. غير أنّ هناك عبارات أخرى تستعمل للدلالة على معنى الصفقات العمومية، ولكل منها مجاله الخاص، كالطلب العمومي *Commande publique*، وهي عبارة ذات دلالة اقتصادية ومالية، وعبارة الشراء العمومي *Achat public* وهي تدلّ على الوظيفة التي يمارسها الأشخاص التابعون للإدارات العمومية والمختصون بذلك، وتمثّل أهمية استخدام هذه العبارة في إبراز أهمية الجانب البشري في عقود الصفقات العمومية². وفي هذا المعنى اعتبر Linditch أنّ المشتري العمومي مهنة تقنية تقع بجانب المهن التقنية الأخرى في الإدارة العمومية، مثل الصحة العمومية والشرطة والتعليم لكن، بدون أنّ يعترف القانون للشراء العمومي صراحة بهذا الوصف³. وهذا يعني أنّ تعبير الشراء العمومي يرتبط بالجانب البشري، بمعنى يرتبط بشلوك للموظف العمومي أكثر من الجوانب الأخرى التي تشكل الصفقة العمومية. ولهذا، يجب أنّ توصف تلك الجرائم بأنها خاصة بالشراء العمومي⁴، لأنّ القانون الجنائي لا يهتم -في الأساس- إلا بالجانب البشري من قانون الصفقات العمومية، بمعنى ذلك الجانب المتعلق بالمسؤولية القانونية عن الأفعال المنسوبة إلى الأشخاص الطبيعيين كالموظف العمومي⁵. ولهذا يعتبر القضاء الجنائي قضاء مخصص

¹ M. DOUENCE, « Le contrat de délégation de service public des collectivités locales. Introduction », préc., §2.

² M. DOUENCE, « Le contrat de délégation de service public des collectivités locales. Introduction », préc., §2.

وقد يعني كذلك الجانب الاقتصادي وجانب التسيير في مجال الصفقات العمومية. إذ يقول Peyriral و de Saint-Pol إنّ تقنين الصفقات العمومية لسنة 2001 ينطوي، فوق تبسيط القواعد التي تخضع لها هذه العقود، على نية عدم الأخذ كلياً بالجانب القانوني والشكلي فقط للصفقات العمومية، والأخذ بجانب ذلك بمفهوم الشراء العمومي الذي يعني تفسير الصفقات العمومية من زاوية الاقتصاد والتسيير.

J.-M. PEYRICAL, J. DE SAINT-POL, « Distinguer l'infirmité du sans suite », *Moniteur Travaux Publics*, 30 avril 2004 : « [...] [le] nouveau Code des marchés publics issu du décret du 7 janvier dernier, dont l'apparente simplification masque en réalité une volonté de ne plus appréhender les marchés publics sous un angle uniquement juridique et formaliste, mais au travers du concept d'achat public, et donc sous un aspect économique et gestionnaire ».

³ F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, préc., p. 115 : « Contrairement aux métiers réputés techniques (informatique, santé publique, police, enseignement, etc.) le métier d'acheteur public n'existe pas en tant que tel dans la fonction publique. ».

⁴ ويستعمل بعض الفقهاء في فرنسا هذا التعبير، *Droit pénal de l'achat public*.

F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, p. 12.

⁵ وفي هذا الصدد، قرّرت Prebissy-Schnall في عدّة مواضع من دراستها بالغة الأهمية حول التجريم في قانون الصفقات العمومية على أنّ القانون الجنائي أبرز إلى الوجود الجانب البشري من الصفقات العمومية بسبب أساليبه المتميزة التي تختلف عن أساليب القانون الإداري. يراجع:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 14 : « Ce besoin d'identifier un coupable, de rechercher une responsabilité individuelle ne pouvait être satisfait par la jurisprudence administrative protectrice à l'égard de l'agent public comme le démontre l'extension de la faute de service par rapport à la faute personnelle, la dilution des responsabilités, l'échec de l'action récursoire de la part de l'administration et donc de la mise en cause indirecte de la responsabilité personnelle pécuniaire de l'agent public. Le procès pénal, quant à lui, constitue déjà une première satisfaction puisqu'il désigne la personne fautive à l'issue d'un rituel judiciaire visible, basé sur l'oralité et qui diffère en tous points d'une audience de juridiction administrative rendue sur la base d'une procédure entièrement écrite et beaucoup moins humaine. [...] » ; pp. 16-17 : « [...] Seul le juge pénal et le juge répressif

للأشخاص يهتم، وهذا في مجال الصّفقات العموميّة، بالسلوك الخاطئ الصادر عنها الذي تسبب مثلاً في منح الصّفقة بطريقة غير مشروعة، عكس القضاء الإداري الذي يركز على التّصرّفات القانونيّة، ويقرّر لها جزاءاً قانونيّاً لا يرتب أية آثار مباشرة على الشّخص الذي ارتكب المخالفة¹. أما تعبير الصّفقات العموميّة فيجب استخدامه للدلالة على معنى التّصرّف القانونيّ الاتّفاقي.

خلاصة القول بالنّسبة إلى هذا المبحث، إنّ وجود صفتين خاصّتين ومختلفتين تلزمان لقيام جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة المحدّدة بالموادّ 26، و27، و35 التي تضمنها القانون رقم 06-01 يسمح بتقسيم هذه الجرائم، بالاستناد إلى صفة الفاعل المباشر فيها، إلى نوعين: أولاً، جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة التي يرتكبها الموظف العموميّ بمفهومه التّشريعيّ الواسع، وتشمل، بالتحديد، جريمة المادّة 26-1، وجريمة المادّة 27، وجريمة المادّة 35، وثانياً، جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة التي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة العموميّة، وتنحصر في جريمة المادّة 26-2.

الفصل الثاني: الأركان المؤسّسة

لأركان الجريمة أهميّة بالغة في القانون الجنائيّ، فلا تقوم الجريمة ولا تُطبّق العقوبة بدون أن تتحقّق فعلاً الأركان التي يجب أن تتكوّن منها الجريمة كما حدّدها النصّ القانونيّ². وبرغم هذه الأهميّة لم يتطرق قانون العقوبات الجزائري في قسمه العام، بعكس بعض القوانين الأجنبية³، إلى أركان الجريمة متجنّباً بذلك الخلاف الفقهي الذي ثار حول عددها⁴. كما أنّه لم يستعمل قط تعبيراً يشير إليها في قسميه العام والخاصّ، إلا في حالات نادرة جداً كالمادّة 345 من قانون العقوبات⁵ والمادّة 586 من قانون الإجراءات الجزائيّة⁶ (صدر بالأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو

financier de la Cour de discipline budgétaire et financière [...] peuvent être qualifiés de juges de la personne. » ; et p. 19 : « Le droit pénal procède d'une logique individuelle qui commande l'obligation de caractériser une faute pour déclarer pénalement responsable l'auteur d'un comportement matériel. [...] ».

كذلك أشار Savoye إلى أنّ القضاء الجنائيّ في مجال الصّفقات العموميّة ذو طبيعة شخصيّة بعكس القضاء الإداري الذي يتميز بطبيعته الموضوعية (أي، يقيم الاعتبار للعمل القانونيّ الإداري فقط).

J. SAVOYE, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », D., 1999, n° 16, p. 169 sq.

¹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 482.

²- C. PORTERON, préc., § 55. V. aussi B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 210 § 223.

³- يراجع حول القوانين العربيّة التي قسمت الجريمة إلى أركان: م. م. محمود، أصول قانون العقوبات في الدول العربيّة، ط. 1، مصر، دار النهضة العربيّة، 1970، ص 41 الفقرة 38.

⁴- م. م. محمود، المرجع السابق، ص 41 الفقرة 38، والذي فضل مسلك القانون الجزائري المذكور أعلاه بشأن التحديد التّشريعيّ لأركان الجريمة. ويراجع، حول الخلاف الفقهي المتعلّق بعدد أركان الجريمة: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁵- وقد جاء فيها: "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المواد 342 إلى 344 حتى ولو كانت بعض الأفعال المكونة لعناصر الجريمة قد وقعت خارج أراضي الجمهورية".

⁶- وقد نصت على الآتي: "تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الأعمال المميزة لأحد أركانها المذكورة لها قد تم في الجزائر".

سنة 1966¹) المتعلقان بنطاق تطبيق القانون الجنائي الجزائري من حيث المكان. غير أنّ تهميش المُشرّع لتقسيم الجريمة إلى أركان لا يعني استبعادها من هذه الدّراسة. فقد رأينا في السّابق أهية تقسيم الجريمة إلى أركان، وكيف أنّها تتلاءم مع المنهج التحليلي المطبق في هذه الدّراسة. أضف إليه أنّ القضاء الجزائري يشدد الرّقابة على توافر هذه الأركان، وبالتالي يعترف بأنّها من أقسام الجريمة². وأخيرا إنّ الفقه بالجزائر لا زال يفضل، لدّراسة الجريمة، تقسيمها إلى أركان محدّدة³.

ولهذا سوف نحاول فيما يأتي تحديد ماهية الأركان المؤسّسة في الجريمة، بمعنى الأركان العامّة التي سبق وأنّ أشرنا إليها، لكي نحدّد بعد ذلك مضمونها -أيّ، الأركان الخاصّة- في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. تتألّف جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، فوق الشّروط الأولى الضّروية لقيامها، من نفس الأركان التي تتكوّن منها الجريمة حسب النّظرية العامّة للقانون الجنائيّ، لأنّها جريمة كغيرها من الجرائم. لكن تحديد هذه الأركان، الضّروية لفهم الجريمة من الناحية النّظرية، والتي بدونها لا توجد جريمة، ومن ثمّ لا يمكن تطبيق أية عقوبة⁴، لم يكن قط محلّ إجماع تام بين الفقهاء في القانون الجنائيّ⁵. فما هو معلوم من الناحية التاريخية أنّ تقسيم الجريمة إلى أركان أو عناصر محدّدة ليس قديما قدم الجريمة في ذاتها، فتحليل الجريمة إلى أركان لم يظهر إلا في مرحلة متأخرة من تطوّر القانون الجنائيّ⁶. وحسب النّظرية التقليدية فإنّ الجريمة تتكوّن من أركان أساسية ثلاثة: 1- الرّكن القانوني، بحيث يجب أن يكون السّلوك معاقبا عليه بنصّ، 2- الرّكن المادّي، فيجب أن يتحقّق السّلوك المُجرّم، أو على الأقل، البدء في تنفيذه من الناحية المادّيّة، 3- الرّكن المعنوي، فيجب أن يكون السّلوك السّابق صادرا عن شخص يمتلك حرية الإرادة والوعي⁷.

لكن هناك من أراد إضافة ركن جديد إلى الأركان التقليدية السّابقة⁸ هو ركن اللامشروعية *Élément d'injuste* ou *d'antijuridicité* المبني على اشتراط عدم اقتران الجريمة بأيّ سبب قانوني من أسباب الإباحة⁹. وبمعنى آخر

¹ - ج.ر. رقم 48 مؤرخ في 10 يونيو سنة 1966، ص 622.

² - يراجع مثلا: المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 77162 قرار بتاريخ 12 أبريل 1992، قضية: (د م) ضد: (النيابة العامة)، المجلة القضائية، ع 1، 1994، ص 271-276 (تعلقت القضيّة بجريمة استغلال نفوذ ارتكبتها زبون لدى بنك من أجل الحصول على قرض مالي، حيث أشار الحكم إلى أنّ القرار المطعون فيه أبرز "العناصر" المُكوّنة للجريمة). كذلك: المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 188 (تعلقت القضيّة بجريمة فساد خاصّة بالصّفقات العموميّة، آنذاك المادّة 423 من قانون العقوبات، حيث راقبت المحكمة توافر أركان الجريمة من ركن مادّي ومعنوي، وأسمتها بالأركان).

³ - يراجع مثلا: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 48؛ ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 57، 65-66.

⁴ - C. PORTERON, préc., § 55.

⁵ - C. PORTERON, préc., § 60.

⁶ - V. J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », préc., p. 270.

حيث يشير Robert إلى أنّ فقهاء القانون الجنائي الفرنسي، قبل الثورة الفرنسية سنة 1789، لم يكونوا يقسموا الجريمة إلى عناصر كما هي محدّدة اليوم.

⁷ - C. PORTERON, préc., § 61.

⁸ - C. PORTERON, préc., § 63.

⁹ - C. PORTERON, préc., § 63. V. aussi B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 209 § 223.

يجب أن يكون السلوك الصادر عن الإنسان مخالفا للقانون، لكي يعتبر جريمة في نظر القانون الجنائي¹. غير أن لهذا الموقف عدّة مساوئ. فإذا كانت اللامشروعية ركنًا في الجريمة فعلا، فإنّ هذه الأخيرة تقوم بمعزل عن مسألة عدم اقتراحها بأسباب الإباحة المحدّدة بالقانون، ويجب على من يدعي وجودها أن يثبت ذلك لإزالة الطابع الإجرامي عن الواقعة². أكثر من ذلك، إنّ هذا الركن الإضافي إنما يعتبر "مظهرا سلبيا" للركن الشرعي³، بحيث ينصهر بداخله، ويشكل مانعا لتحقيقه⁴. وبالتالي، فإنّ ركن اللامشروعية لا يتمتع باستقلالية ضمن أركان الجريمة، إذ يمكن إدراجه ضمن ركنها الشرعي المنتقد بدوره. بل ونستنتج أيضا من هذا، أنّه، لكي نعتبر واقعة معينة لا تندرج ضمن الركنين المادّي أو المعنويّ -أو ضمن الركن القانوني حسب أنصار اعتباره من أركان الجريمة- ركنًا مؤسّسا في الجريمة وقائما بذاته، فيجب أن يتمتع هذا الأخير بقدر من الاستقلالية مقارنة مع أركان الجريمة الأخرى. الأمر الذي لا يمكن أن يتحقّق في حالة ركن اللامشروعية. وأخيرا، فإنّ مبدأ الشرعيّة الجنائيّة يحتم أن يتم سن وإلغاء الجريمة بواسطة نصّ تشريعي.

بينما دعى Pradel إلى رأي ثالث مؤداه الاستغناء عن الخطأ كركن من أركان الجريمة، واعتباره من شروط المسؤولية الجنائيّة عوضا عن ذلك. لكن هذا الرأي يتعارض مع الواقع. فهو يحلّل الجريمة بطريقة موضوعية، فيعتبرها مجرد انتهاك مادّي للتشريع الجنائيّ، بينما تتطلب الجريمة عناصر أخرى، يبدو أنّها ذات طبيعة نفسية، تتصل بمرتكبها تتمثّل في تلك الرابطة الضّرورية بين الفعل وفاعله من أجل تحديد طابعها الإرادي⁵.

هناك أخيرا موقف فقهي آخر يبدو أنّه ينال موافقة واسعة بين الفقهاء في القانون الجنائيّ⁶ يقرّر أنّ الجريمة يجب أن تتكون من الركنين المادّي والمعنويّ لا غير، مستبعدا بذلك منها الركن الشرعي⁷. وتكمن العلة من استبعاد هذا الركن من أركان الجريمة فيما يلي. إنّ النصّ التشريعي -ذكرنا هنا النصّ الجنائيّ بخصيصته الشكلية باعتباره نصا تشريعيّا، أما أنّه ذو طابع جنائيّ يتعلّق بالتجريم والعقاب، فذلك يفهم من سياق الكلام- هو شرط أساسي وليس ركنًا في الجريمة. ومن هنا وجب أن نعتبر النصّ الجنائيّ كشرط سابق على الجريمة⁸.

وبالتالي، افترضنا في مرحلة أوّل، لتحديد تقسيمات خطة الفصل الحالي، أنّ الجريمة تنقسم إلى ركنين مؤسّسين: أوّلًا، الركن المادّي وثانيًا، الركن المعنويّ. وهذه هي الأركان التي سوف يدرسها هذا الفصل. وبالنسبة إلى ركن اللامشروعية، فإنّه يخرج من نطاق الدّراسة في هذا المكان، لأنّه من الصعب أن يعتبر من الأركان المؤسّسة في الجريمة. لكن هذا ليس معناه أننا لن نتطرق إليه. فهذه الدّراسة تعتبر أسباب الإباحة من العوارض الموضوعية

¹- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 209 § 223.

²- C. PORTERON, préc., § 63.

³- ج. ثروت، المرجع السابق، ص 137 الفقرة 122.

⁴- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 209-210 § 223.

⁵- C. PORTERON, préc., § 62.

⁶- يراجع: ج. ثروت، المرجع السابق، ص 137-138 الفقرة 122.

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 209-210 § 223 ; E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., France, L. Larose et L. Tenin et G. Pedone, 1906, p. 84 ; C. PORTERON, préc., § 63.

⁷- C. PORTERON, préc., § 62.

⁸- C. PORTERON, préc., § 62.

للمسؤولية الجنائية التي ستكون محل دراسة في الباب الثاني منها. ينطبق نفس الأمر أيضا على الركن الشرعي الذي يستغرق الركن السابق، كما رأينا من قبل، لأنه مجرد شرط أساسي في الجريمة. وفيما يأتي لمحة عامة عن الركنين المادي والمعنوي في الجريمة.

الركن المادي: "لا جريمة بدون فعل مادي *Nullum crimen sine actio*". بهذا المبدأ الأساسي في القانون الجنائي تتجلى أهمية الركن المادي في نظرية الجريمة، وسُمّوه على عناصرها الأخرى، كالشروط الأولية، أو الركن المعنوي¹. فقد تقوم الجريمة، لأن القانون قرّر ذلك، بدون ضرورة توافر أي شرط أولي. كما أنّها قد تقوم بلا أدنى حاجة إلى التحقق من توافر القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدى لدى فاعلها المباشر، كبعض الجرائم الجرمية²، والجرائم الاقتصادية. وتسمى مثل هذه الجرائم "بالجريمة المادية *Délit matériel*"³، ولها تطبيقات في مجال الفساد في الصفقات العمومية، وتترتب عنها مسؤولية جنائية مجردة عن الخطأ. لكنها لا تقوم على الإطلاق بدون الركن المادي⁴. كما أنّ تحقق هذا الركن، في أي جريمة كانت، هو شرط البدء في البحث عن قيام الجريمة من عدمه⁵.

وإذا كان الركن المادي شرطا ضروريا لهذه الدرجة لوجود الجريمة من الناحية القانونية، فإن القانون الجنائي لا يعاقب على النوايا ولو كانت خطيرة إذا بقيت كامنة في نفس الشخص ولم تصدر عنه أفعال خارجية تحدث الاضطراب بداخل المجتمع⁶. فالنية الإجرامية غير كافية لقيام الجريمة، كما يقال⁷. وهذا، كما يبدو، ليس إلا أثرا من آثار التفرقة العامة بين القانون والأخلاق⁸. كذلك فإنّ الركن المادي يُشترط في القانون الجنائي، نظرا لصعوبة إثبات

¹ يُذكر أنّ Mercadal أشار إلى حالات شاذة يكون للركن المعنوي فيها أهمية أكبر من الركن المادي حيث يكفي الركن المعنوي لوحده لإثبات وجود الجريمة. لكنها لا تنال من مكانة الركن المادي في نظرية الجريمة.

B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », R.S.C., 1967, n° 1, pp. 34-46 §§ 34-45 spécialement, pp. 39-46 §§ 38-45.

² V. Ph. de GUARDIA, « L'élément intentionnel dans les infractions douanières », R.S.C., 1990, n° 3, pp. 487-506 ; J.-P. MARTY, « Les délits matériels », R.S.C., 1982, n° 1, pp. 52-53.

³ V. J.-P. MARTY, préc., pp. 41-64.

⁴ لكن، يبدو أنّ هناك جريمة فساد تخالف ذلك المبدأ، وهي جريمة الثراء غير المشروع المحددة بالمادة 37 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01، بحيث تقوم هذه الأخيرة بمجرد فشل الموظف العمومي في إثبات الزيادة التي طرأت في ذمته المالية. والواقع إنّ هذه الجريمة وضعت أساسا كقرينة على قبض فوائد وأرباح غير مشروعة من طرف الموظف العمومي مصدرها نشاط إجرامي مرتبط بالفساد. يراجع حول هذه القرينة بوجه عام:

R. OLLARD, L'incrimination pénale du profit illicite, dans LAGOUTTE Julien et FRELETEAU-CHAIBRASSOU Barbara (dir.), *Le profit illicite*, Observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, 20 octobre 2017, Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, université de Bordeaux, Collection Les colloques de l'ISCI, n° 3, juillet 2018, p. 19 § 13.

⁵ م. ز. أبو عامر، قانون العقوبات: القسم العام، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 111 الفقرة 42.

⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 211 § 224.

⁷ « *Nemo cogitationis peonam patitur* ». V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 400.

⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 211 § 224 : « A la différence de la morale, qui scrute les consciences et sanctionne les mauvaises pensées et les intentions coupables, le Droit pénal qui protège la société ne réprime pas les simples idées et intentions criminelles, non plus que la résolution de commettre un délit, car elles ne troublent pas l'ordre social. Il ne les punit que lorsqu'elles se sont manifestées extérieurement par un fait ou un acte. [...] ».

وفي سياق متصل يذكر فرج الصدة، فيما يتعلّق بمعيار التفرقة بين القانون والأخلاق، أنّ هناك من يرى: "أنّ الأخلاق تحكم أعمال الناس الظاهرة والباطنة، حتى لو كانت هذه الأخيرة ما زالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تتخذ مظهرا خارجيا. بينما يقتصر القانون على الأعمال الظاهرة، فلا يحفل بالنوايا في حالات معينة إلا إذا دلت عليها شواهد وأمارات ظاهرة". ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 26-27 الفقرة 18.

النوايا التي تتميز بطبيعتها النفسية الدَّاخلية¹.

غير أنَّ المبدأ السابق في حقيقة الأمر ضَيِّق بعض الشيء من حيث نطاقه. فهو من جهة لا يشمل على جميع عناصر الرُّكن المادِّي في الجريمة حسب النظرية العامة للجريمة. إذ يتكون هذا الرُّكن، كأصل عام، من ثلاثة عناصر رئيسية هي: أولاً، السلوك الإجرامي، وثانياً، النتيجة الإجرامية أو الضارة، وثالثاً، رابطة السببية بين السلوك السابق والنتيجة التي ترتبت عنه². غير أنَّه لا يُشترط في كل جريمة من الجرائم المعاقب عليها أن تتوافر العناصر السابقة جميعاً؛ بل يكفي في بعض الأحيان أن يتوافر السلوك الإجرامي لكي تقوم الجريمة من الناحية القانونية. وهو لا يشمل من جهة أخرى على جميع صور السلوك الإجرامي، والمقصود بالتحديد هو السلوك الإجرامي السلبي، وإنما يقتصر فقط على السلوك الإجرامي الإيجابي: الفعل Actio³. ومع ذلك تلزم الإشارة إلى أنَّ ذلك المبدأ يستطيع بمفرده أن يعكس حقيقة أساسية في القانون الجنائي تتمثل في أنَّه يجب ألا توجد جريمة يعاقب عليها نص تشريعي بدون عمل خارجي مادِّي⁴.

الرُّكن المعنوي: لا تتقرَّر المسؤولية الجزائية ما لم يتوفر الرُّكن المعنوي⁵، والذي يفضل البعض من الفقهاء استعمال تعبير الرُّكن النفسي L'élément psychologique عوض تعبير الرُّكن المعنوي لتسمية هذا الرُّكن⁶. "فلا جريمة ولا عقوبة دون خطأ nullum crimen, nulla poena sine culpa"⁷. وهذه قاعدة أساسية في القانون الجنائي المعاصر تقتضي وجود خطأ Faute لدى الفاعل، لكي يعاقب⁸. وتستبعد الخطورة الاجرامية كأساس للعقوبة⁹. على أنَّ ذلك الخطأ ليس واحد. فهو ينقسم بالنظر إلى خطورته إلى قصد جنائي -وهو لفظ جنائي من الصعب تحديد تعريفه بسهولة وتحديد ما يعتبر قصداً جنائياً وما لا يعتبر كذلك¹⁰- وخطأ غير عمدي¹¹. وإذا اشترط القانون واحداً منها، فإنَّ الجريمة لن تقوم قانوناً، إذا توافر الآخر عوضاً عنه¹². ما لم يحدِّد التشريع الجنائي مجالاً وشروط تطبيق كل منهما على حدة بالنسبة لنفس الجريمة.

¹ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 400.

² - ر. عبيد، المرجع السابق، ص 228.

³ - يراجع حول تقسيم السلوك الإجرامي إلى إيجابي وسلبي: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 341-344 §§ 400-403. مع التنويه إلى أنَّ تعبير Actio وبالفرنسية Action قد يعني المظهر الخارجي للإرادة الإجرامية والذي يشمل فعلاً acte أو عدّة أفعال. بينما تعبير Acte هو الذي يدلُّ على معنى الفعل في الجريمة. يراجع:

J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, t. I, 2^e éd., France, Recueil Sirey, 1927, p. 98 § 22.

⁴ - يراجع حول هذه الحقيقة: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 400.

⁵ - R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, *Droit pénal et procédure pénale*, 3^e éd., France, P.U.F., 1969, p. 56.

⁶ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 242 § 269.

⁷ - صياغة المبدأ مقتبسة عن: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 453 § 552.

⁸ - R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, préc., p. 56.

⁹ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 453 § 552.

¹⁰ - J.-C. BERREVILLE, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », R.S.C., 1973, n° 4, p. 868.

¹¹ - V. R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, préc., p. 56.

¹² - فالاختيار بين أمران يستبعد الآخر حتمياً، كما يقال. "choisir, c'est éliminer". يراجع:

J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », préc., p. 76 sq.

وإذا كانت الأركان السابقة مشتركة (أو عامة) بين جميع الجرائم (ولهذا تسمى عند الفقه "بالأركان العامة"¹). فإنَّ الأمر يختلف فيما يتعلَّق بالأركان المُؤَسَّسة المُميَّزة Conditions particulières² لكل جريمة خاصَّة Infraction spéciale على حدة (بمعنى، تلك الجريمة المحدَّدة بالقسم الخاصِّ من قانون العقوبات الأساسي أو القوانين الإضافية الأخرى، كالقانون رقم 06-01 فيما يتعلَّق بجرائم الفساد). فلكل جريمة أركانها الماديَّة والمعنويَّة³ الخاصَّة التي تميزها عن الجرائم الخاصَّة الأخرى⁴، والتي تخول القاضي الجنائيَّ تحديد تكييف الوقائع المعروضة أمامه بصورة مطابقة لما جاء بنصِّ التجريم⁵ وهذا، احتراماً لمبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة الذي يتطلب، بكل صرامة، أن يحدِّد النصُّ الجنائيَّ من جهة، السُّلوك المعاقب عليه، والعقوبة المُقرَّرة له، من جهة أخرى، بخاصَّة في القانون الجنائيَّ الخاصِّ⁶ الذي تنتمي هذه الدِّراسة إليه. فهذا المبدأ يهدف بصفة رئيسيَّة إلى حماية الأشخاص من ممارسة سُلطة العقاب Pouvoir de punir بصورة تحكيمية⁷. ولهذا تعين علينا، في مرحلة ثانية، أن ندرس موضوع الأركان المُؤَسَّسة كما تحدَّد من قبل في هذه الدِّراسة (ركن ماديٍّ وركن معنويٍّ) بالنظر إلى كل جريمة من جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة بصفة مُستقلَّة؛ مع الإشارة إلى العلاقة الموجودة بينها كلما كان ذلك ممكناً، مما قد يكشف عن وجود نظرية عامة لأركان جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة في القانون الجزائي، أو ينفيها أيضاً.

يبقى الآن تحديد العلاقة الموجودة ما بين جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة لكي نستطيع وضع خطة لدِّراسة ركنيها الماديِّ والمعنويِّ، ما دامت أغراض المنهجية العلمية تقتضي اتباع تقسيم ثنائي في البحث العلمي. إذ يُجرِّم قانون العقوبات الفرنسي الحالي جرمي رشوة الموظفين العموميين واستغلال نفوذهم في نصِّ جنائي واحد، المادَّة 11-432 منه⁸. وحتى قبل ذلك كان الفقه الفرنسي يدرس هاتان الجريمتين معاً، لأنَّهما متشابهتان⁹. كذلك يدرس الفقه الفرنسي جريمة المحاباة بالاشتراك مع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة¹⁰. ومن حيث ترتيبها داخل قانون العقوبات الفرنسي تأتي جريمة الرشوة واستغلال النفوذ في المُقدِّمة (المادَّة 11-432) تليها جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة أثناء الوظيفة العموميَّة (المادَّة 12-432) وأخيراً جريمة المحاباة (المادَّة 14-432).

كذلك يمكن اتباع المنهج نفسه من أجل دراسة جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة في القانون الجزائي.

¹ - ج. ثروت، المرجع السابق، ص 136 الفقرة 121.

² - تعبير مقتبس عن: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 283 § 329.

³ - إنَّ دراسة القسم الخاصِّ من قانون العقوبات بمفهومه الواسع تخضع، كقاعدة عامة، إلى نفس الأحكام المتعلِّقة بالركنين الماديِّ والمعنوي للجريمة حسب القسم العام. يراجع:

M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 21 : « Le Droit pénal spécial doit remplir concrètement le cadre des notions d'élément matériel et d'élément moral des infractions. Il se situe encore ici, sur un terrain d'illustration du Droit pénal général, [...] ».

⁴ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 283 § 329 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 209 § 223.

⁵ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 156 § 272.

⁶ - M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 19.

⁷ - A. GIUDICELLI, préc., p. 509 sq. § 2.

⁸ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 130.

⁹ - V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., §§ 359, 346.

¹⁰ - V. M.-C. SORDINO, *Droit pénal des affaires*, France, Bréal, 2012, p. 219.

مع الملاحظة أنَّ القانون رقم 06-01، ولم يفعل قانون العقوبات الفرنسي نفس الأمر، جمع بين جريمتين من الجرائم السابقة في نصّ واحد وهو المادة 26 التي تشمل جريمة المحاباة واستغلال سُلطة أو تأثير موظف عموميّ، وكلاهما يتعلّق بمجال الصّفقات العموميّة. ولم تتبع هذه الطّريقة في هذه الدّراسة. كما أننا لم نتبع طريقة القانون رقم 06-01 بالنّسبة إلى التّرتيب الذي وردت عليه الجرائم فيه (جريمة المادة 26-1، ثمّ جريمة المادة 26-2، تليهما جريمة المادة 27، وأخيرا جريمة المادة 35).

مع الملاحظة أنَّ هناك ثلاثة جرائم منها تتساوى من ناحية العقوبة المُقرّرة لها قانونًا. وهذا يعني أنّها متساوية في الخطورة، لأنّ نوع وكميّة العقوبة يعكسان خطورة الجريمة في القانون الجزائري¹. وهذا، بإستثناء جريمة الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة التي قرّر لها عقوبة أشدّ قسوة. تثير هذه العقوبة مشكلة هل تعدّ ظرفًا مُشدّد في القانون الجزائري، لأنّ هناك جريمة رِشوة عامة يرتكبها الموظف العموميّ غير مرتبطة بمجال نشاط معين. كذلك تعتبر جريمة الرّشوة في القانون الفرنسي أعلى جرائم الفساد من حيث العقوبة².

وبناءً عليه، سندرس في هذا الفصل أركان كل جريمة من جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة بصفة منفردة في إطار مطلب مستقل، بسبب أنّ لأركانها الماديّة والمعنويّة محتوى خاصّ يميزها عن بقية الجرائم الأخرى، سواء كانت هذه الأخيرة من جرائم الفساد المدروسة هنا أم جريمة مختلفة عنها. وهذا، من خلال الخطة التالية.

إذ يبدو أنّ تقسيم جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة على ضوء القانون الفرنسي يتناسب مع ما جاء في القانون الجزائري. بحيث نبدأ، بعد تقسيمها إلى مجموعتين، بالجريمة الأشدّ خطورة وهي جريمة الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة، وتليها جريمة المادة 26-2 التي تستجمع شروط الرّشوة واستغلال النّفوذ كما سوف تبين الدّراسة. وتؤلّفان المجموعة الأولى. كما أنّهما تطرحان نفس المشاكل في القانون الجزائري. حيث تنقصها عناصر جريمة الرّشوة واستغلال النّفوذ كما هي محدّدة في النصوص العامّة (المادّتان 25 و32). أكثر من ذلك، لجريمتي الرّشوة واستغلال النّفوذ صورتان احدهما سلبية والأخرى ايجابية³. من هذا القبيل ما نصت عليه المادّتين 25 و32 المتعلقتان بالجريمتين السابقتين. أما المادّتين 26-2 و27 فقد أشارت، على التوالي، إلى الصّورة الايجابية والصّورة السّلبية فحسب. الأمر الذي يطرح السؤال حول أساس المعاقبة على الصور النّاقصة فيها.

ثمّ نتقل بعد ذلك إلى المجموعة الثانية المُتكوّنة من جريمة المحاباة ثمّ جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة. ولم نقدم دراسة جريمة المحاباة كما فعلت Prebissy-Schnall، فنضعها على رأس مصنف جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. فذلك مرتبط بالقانون الفرنسي الذي لا يعرف، فيما يتعلّق بالجرائم الخاصّة بالصّفقات العموميّة، سواها⁴. وتعدّ الأكثر شيوعا في القانون الجنائيّ للصّفقات العموميّة هناك⁵. كما أننا لم نخصص

¹ - يراجع: ق.ع، المادة 27 التي تقول: "تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنابات وجنح ومخالفات وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنابات أو الجنح أو المخالفات".

² - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 130 et 132.

³ - A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 359.

⁴ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 32-33.

⁵ - F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, préc., p. 12.

لها بابا مستقلا كما فعلت علة في دراستها الهامة حول جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري¹. لكننا قدمنا دراستها، بعد ترتيبها بعد جرمي المادّتان 27 و 26-2، على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية، لأنّها تتعلّق بصراحة بالصفقات العمومية، وهذا ما ينتج من نصّ التجريم بعكس الأخيرة التي تنطبق على أنشطة عمومية ثانية، حيث إنّ مجالها لا يقتصر على الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الرشوة واستغلال التّفوذ في مجال الصفقات العمومية

يعالج المبحث الحالي الجريمة المنصوص عليها في المادّة 27 من القانون رقم 06-01 المتمثلة في الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المطلب 1) بالإضافة إلى الجريمة المنصوص عليها في المادّة 26-2 من نفس القانون المتعلقة باستغلال سلطة أو تأثير موظف عمومي في نفس المجال (المطلب 2).

المطلب الأول: الأركان الخاصّة بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

بالإضافة إلى حماية الركيزة الأولى لكيان المجتمع، وفق تعبير بهنام، المتمثلة في "استقامة الأداة الحاكمة"²، تهدف هذه الجريمة بالدرجة الأولى إلى أخلاقية الوظيفة العمومية³، حيث إنّ الأمر رقم 06-03 مؤرّخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمّن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية حظرها بالمادّة 54 المتعلقة بواجبات الموظف العمومي - كما عرفه ذلك الأمر المرتبط بالقانون الإداري- التي تقول: "يمنع على الموظف تحت طائلة المتابعات الجزائية، طلب أو اشتراط أو استلام، هدايا أو هبات أو أية امتيازات من أي نوع كانت، بطريقة مباشرة أو بواسطة شخص آخر، مقابل تأدية خدمة في إطار مهامه". أما في القانون الجنائي، فقد نصت عليها المادّة 27 من القانون رقم 06-01 التي تعد نصّا معقدا نوعا ما⁴. كما أنّها تحدّد جريمة المرتشي فقط⁵. وبالتالي ستتحصر الدراسة في هذا المطلب على الأركان المكوّنة لجريمة المرتشي طبقا للمادّة 27. أما دراسة جريمة الراشي المقابلة لها، فستؤجل إلى الباب الثاني لارتباطها أكثر بموضوع المساهمة الجنائية. وسنقسم الدراسة تبعا لعناصر الجريمة. فنتناول أولا الركن المادّي للجريمة (الفرع 1) وأخيرا ركنها المعنوي (الفرع 2).

لكن قبل الشروع في ذلك، نشير إلى أنّ الفقه الجنائي استطاع تشييد نظرية عامة لجريمة الرشوة⁶. وستأكد على

¹- ك. علة، المرجع السابق، ص 168-281.

²- ر. بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، المرجع السابق، ص 275-276 الفقرة 63. ويعتبر السلوك المخل بالركيزة الأولى لكيان المجتمع صورة خاصّة من السلوك المنافي للقانون (كون السلوك المنافي للقانون يعتد بـ "الإخلال بأي التزام واقع على عاتق صاحبه")، ويشكّل جريمة. نفس المرجع، ص 9 الفقرة 1.

³- V. A. CHRISTOPHE, préc., p. 384 § 513.

⁴- ع. سعد، دراسة وأبحاث تحليلية في قانون العقوبات الجزائري حول جريمة خيانة الأمانة، جريمة تعاطي الرشوة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، الجزائر، دار هوم، 2018، ص 81.

⁵- ع. سعد، دراسة وأبحاث تحليلية في قانون العقوبات الجزائري حول جريمة خيانة الأمانة، جريمة تعاطي الرشوة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، المرجع السابق، ص 82؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 83.

⁶- فقد خصصت Rassat لها جزءا هاما أسمته بالنظرية العامة للرشوة. يضاف إليها تقرير Segonds حول جريمة الرشوة الذي يعتبر بحق دراسة لأحكام النظرية العامة للرشوة. يراجع:

ضوئها من أنّ الواقعة المحددة بالمادة 27 من القانون رقم 06-01 تعتبر رشوة حقيقية. إذ يقوم الشك حولها. فهي لم تجرم أفعال الراشي. واستعملت ألفاظا مختلفة للدلالة على أركان الجريمة. ولم تشترط أن يقبض المرتشي الأجرة أو المنفعة بغرض القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجباته.

وأیضا، تنقسم الرشوة إلى جريمتين تدعى جريمة الموظف العمومي (المرتشي) بالرشوة السلبية، وقد عالجتها المادة 27، وجريمة الشخص الآخر (الراشي) بالرشوة الايجابية. ولفظ الرشوة السلبية والايجابية تكرر بالعادة¹. ويجد أساسه في سلوك الفاعل². لكنه يدل على عكس معنى الجريمة. حيث يبدو منه أن المبادرة تأتي من طرف الراشي دائما، بينما يجوز أن يكون المرتشي هو من يبادر إلى الجريمة عن طريق الطلب³. فالمرتشي قد يلعب دورا ايجابيا أيضا⁴. ولهذا فضلنا تعبير جريمة المرتشي على جريمة الرشوة السلبية في هذه الدراسة. إذ يسمى مرتكب الرشوة السلبية بالمرتشي (الموظف العمومي) Corrompu أما مرتكب الرشوة الايجابية فيسمى بالراشي Corrupteur⁵.

وأخيرا، تنص المادة 27 السابقة على ما يأتي: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية".

الفرع الأول: الركن المادي

لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية -إن صح وصفها بالجريمة أساسا- سلوك ماديّ مُحَصَّن يعكس وجودها في العالم الماديّ. وهو الذي يؤلف ركنها الماديّ. حيث إن هذا السلوك يتجسد ماديا في صورة خاصة (الفقرة الأولى)، ويتطلب شروطا محدّدة لاكتماله (الفقرة الثانية).

أولا: صور السلوك الماديّ المُجرّم بالمادة 27 من القانون رقم 06-01

يتمثّل السلوك الإجرامي حسب المادة 27 من القانون رقم 06-01 في قبض أجرة أو منفعة (الفقرة "أ")⁶.

M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., pp. 285-296 §§ 247-253 ; M. SEGONDS, *Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse*, préc., pp. 133-175.

¹- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 359.

²- C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, 6^e éd., France, Gualino, 2018, p. 293 § 561.

³- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 359.

⁴- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, France, Dalloz, juin 2017, § 253.

⁵- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 359. V. aussi M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 418 § 668.

أيضا فضلت Rassat استعمال المصطلحين السابقين (الراشي والمرتشي)، للتقليل من استخدام عبارتي الرشوة الايجابية والرشوة السلبية المنتقدتين. يراجع:

. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 286 § 247

⁶- يعتبر بعض الفقهاء سلوك الطلب أو القبول الصادران عن المرتشي -ومن باب الموافقة القبض- كوسائل لارتكاب الجريمة. يراجع:

A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., §§369-370 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p.419 §671. Confer W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §27.

غير أنه طبقاً للنظرية العامة للرشوة، فإن جريمة المرتشي تتألف أيضاً من سلوك مادي آخر لم تنص عليه المادة 27 مما يقتضي البحث في مسألة تجريمه وأساس المعاقبة عليه في مجال الصّفقات العموميّة (الفقرة "ب").

أ- قبض أجرة أو منفعة

سنحاول تعريف هذا السلوك الماديّ (الفقرة 1) ثمّ تحديد طرق ارتكابه (الفقرة 2). وفي هذا السياق، يشار إلى أنّ الراشي يستعمل، لتمويل الرشوة التي يمارسها (مثلاً دفع الأجرة أو المنفعة التي تكلمت عنها المادة 27 من القانون رقم 06-01)، وبالتالي لارتكاب ذلك السلوك الاجرامي، ما يعرف بالصناديق السوداء Les caisses noires التي تتكون من المبالغ الماليّة توجه لإبرام اتّفاقات الرشوة؛ والتي تمتاز بطابعها السريّ¹. بالإضافة إلى أساليب أخرى تضع بين يدي الراشي الأموال Fonds الكافية لتمويل دفع الرشوة كالفوترة الزائدة Surfacturation أو القيام بطلبات وهمية والتي يجري تسديد ثمنها برغم عدم تنفيذها في الواقع². وهذه الأساليب تحتل وصفاً جنائياً يتمثل في جريمة التّعسف في استعمال أموال الشركة Abus de biens sociaux، بحيث إنّ مسير الشركة كلما استعمل أموالها لغرض الرشوة يرتكب تلك الجريمة³. فاستعمال أموال الشركة بغرض ارتكاب الرشوة يعتبر بحسب محكمة النقض الفرنسية -وقد تعلقّت القضية بصفقة عموميّة- متعارضاً مع مصلحة الشركة وبالتالي تعسفاً مشكلاً للجريمة⁴.

1- تعريف سلوك القبض في المادة 27 من القانون رقم 06-01

حسب المادة 27 من القانون رقم 06-01، يلزم، لوجود الجريمة من الناحية القانونيّة، أن يقبض الموظف العمومي، المرتشي، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها. فالسلوك الماديّ المُجرّم يتمثل في القبض. ويعتبر لاحقاً على سلوك القبول⁵ الذي يتحقّق في الارتشاء عندما يبادر المرتشي بتقديم عرض إلى الراشي يتمثل في اخلاله بواجبه في النزاهة نظير مقابل معين⁶. وقد يتخذ هذا القبول شكلاً مكتوباً أو شفاهي⁷. ومن المعروف في نطاق قانون العقود المدنيّة أنّ العقد يُبرم بمجرد تلاقي إرادتين أيّ، تطابق عرض أحد الطرفين بقبول الطرف الآخر، بحيث ينتهي إبرام العقد بالقبول، لتنشأ عن ذلك التزامات تتحملها أطراف التصرّف القانوني؛ نفس المنطق ينطبق كذلك على الرشوة في القانون الجنائي، حيث إنّ الاتّفاق ينعقد بصدور القبول عن المرتشي⁸. ويسمى باتّفاق الرشوة Pacte de corruption الذي يشير إلى تلاقي إرادة الراشي وإرادة المرتشي⁹. مع الملاحظة أنّ هذا الاتّفاق لا يقتصر على

لكن يبدو أنّ المقصود بذلك في الأساس هو أشكال المزية غير المستحقة كما نصّ عليها قانون العقوبات الفرنسي. يراجع:

B. PEREIRA, *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, France, EMS, 2011, p.159 ;

C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p.294 §564.

¹- V. J.-P. BUEB, préc., p. 7.

²- V. N. PONS, préc., p. 217.

³- « La corruption », http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2004-7.pdf (09/04/2023).

⁴- V. B. BOULOC, « L'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite », note sur cass. crim., 22 avril 1992, *Revue des sociétés*, 1993, n° 1, p. 124 sq.

⁵- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 32.

⁶- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 28, 31.

⁷- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 31.

⁸- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 28, 31.

⁹- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

الرِّشوة، بل يتعداها إلى جريمة استغلال النفوذ، حيث إنَّها تتكون كذلك منه¹. ولهذا يبدو من الأنسب تسميته باتفاق الفساد، للمحافظة على استقلالية الجريمتين.

وإذا افترضنا بأنَّ القبض يأتي، من حيث الترتيب الزمني، بعد القبول، كما يتضح مما تقدم، وأنَّه يعلن عن بداية تنفيذ اتفاق الرِّشوة، لأنَّه سلوك لاحق على سلوك القبول المُعلن عن نهاية مرحلة إبرامه، فإنَّنا نخلص إلى النتيجة الآتية: إنَّ المادة 27 تُجرِّم تنفيذ اتفاق الرِّشوة، وليس إبرامه². مع الملاحظة أنَّه قد يفصل بين القبول والقبض مُدَّة، طويلة أو قصيرة، من الوقت، وذلك عندما يبادر الراشي بعرض المزية غير المستحقة على الموظف العمومي عن طريق وعده بها³.

ويترتب عن ذلك ما يأتي. أولاً، كل موظف عمومي يقبض أجرة أو منفعة يرتكب الجريمة، "بغض النظر عن الطرف المبادر بعرض المنفعة"⁴. فسواء كان الراشي هو من عرض الأجرة أو المنفعة على الموظف العمومي، أو وعده بها، أو طلبها هذا الأخير من الراشي، فإنَّ الموظف العمومي بمجرد قبض الأجرة أو المنفعة يعتبر مرتشياً في مفهوم المادة 27 السابقة. ويترتب عنها أيضاً أنَّه يلزم أن يقبض الموظف العمومي فعلاً الأجرة أو المنفعة⁵. أخيراً إنَّ القبول لا يعني بالضرورة قبض المزية غير المستحقة⁶. لكن القبول من طرف المرتشي يمكن أن يتزامن مع سلوكه -المُجرِّم بالمادة 27- المتمثل في القبض⁷.

2- طريقة قبض الأجرة أو المنفعة

يقبض المرتشي الأجرة أو المنفعة إما بصفة شخصيّة. وتستخلص من عبارات نصِّ التَّجْزِيم⁸. فقد جاء في المادة 27 من القانون رقم 06-01 أنه: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة [...]، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها [...]". وإما بواسطة غيره من الأشخاص باللجوء إلى طرف ثالث⁹. ويستدل عليه بتعبير "بصفة غير مباشرة" كالوسيط¹⁰ مثل المادة 27 التي تجرم قبض الأجرة أو المنفعة بصورة غير

¹ J. LELIEUR, « Nouvelle avancée jurisprudentielle en matière de prescription des infractions occultes », obs. sur cass. crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, AJ Pénal, 2008, n°s 07-08, p. 319 sq.

² المادة 25-2 من القانون رقم 06-01 هي التي تعاقب على إبرام اتفاق الرِّشوة، لأنَّها تُجرِّم سلوك الطلب أو القبول لا أكثر. وعندما يُجرِّم النص الجنائي قبول المزية غير المستحقة في الرِّشوة، فهذا يعني أنَّ الجريمة تقوم بغض النظر عن قبض هذه المزية فعلاً من طرف المرتشي. مما يعدها كجريمة شكلية. يراجع: § 31, W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 43. فعلاً تنفيذ اتفاق الرِّشوة المُبرِّم. يراجع: نفس المرجع، الفقرة 43.

³ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 32.

⁴ نقلاً عن: ك. علة، المرجع السابق، ص 82.

⁵ ك. علة، المرجع السابق، ص 82.

⁶ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 32.

⁷ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 32.

⁸ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

⁹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., France, Dalloz, 2015, p. 532 § 934.

¹⁰ V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

مباشرة أيضا. ويقع هذا عادة عندما يقبل شَخْص ثالث يَتَصَرَّف لحساب المرتشي المزية ويقبضها في الوقت ذاته¹، كأن تقبل زوجة موظف عُموميّ مزية غير مستحقة لحساب زوجها مقابل أداء المرتشي الخدمة المتفق عليها، كما حدث في فرنسا². لكن الغير قد ينوب عن المرتشي في مرحلة مبكرة من اتّفاق الرِّشوة هي مرحلة الطلب. ولقد وقع في فرنسا وأن قام المرتشي بالطلب، عن طريق غيره، من مُؤَسَّسة مرشحة إلى صَفقة عُموميّة تتعلّق بالنقل بتسليفه حافلات لتنشيط اجتماعات حملته الانتخابيّة³. ويلاحظ من المثال السابق أنّ الغير الذي يوكله المرتشي يرتبط معه عادة بالتزام طبيعي كالزوج وزوجته، ربما لإشعار الراشي المفترض بالثقة في جدية اتّفاق الرِّشوة، وإبقاء اتّفاق الرِّشوة سريّا وبعيدا عن علم السُّلطات المختصة.

هذه الأشخاص، إذا لم تكن موظفا عُموميّا بمفهومه الجنائيّ، لا يصدق عليها وصف الفاعل في جريمة الرِّشوة⁴. لكنها قد تعتبر شريكا في جريمة الراشي أو جريمة المرتشي أو كلاهما، طبقا لنظرية المساهمة الجنائية⁵. ولكي يعتبر الوسيط شريكا، يجب أن يتوسط بين الراشي والمرتشي بترخيص من أحدهما⁶. فإذا تَصَرَّف ذلك الشَخْص باسمه وحسابه، يتحول سلوكه من وساطة في الرِّشوة إلى ارتكاب جريمة استغلال النُّفوذ بين أشخاص من القانون الخاص⁷ التي لا يعاقب عليها القانون رقم 06-01. مع العلم أنّه يمكن عوضا عن ذلك متابعتها جزائيا بجريمة النصب والاحتيال، إذا كان نفوذه مزعوما⁸. ويتضح من هذا مدى تعقيد حالات الرِّشوة بسبب تدخّل أطراف عديدة تلعب أدورا مختلفة في هذه الجريمة، وأبرز هذه الأدوار - ذات الطّابع الاجراميّ - الاشتراك، والذي يعتبر شائعا في هذه الجريمة⁹. حيث يُطبّق على الوسيط¹⁰ وعلى المستفيد أيضا، إذا قام هذا الأخير بقبض المزية غير المستحقة باسم وحساب المرتشي. أما إذا حصل عليها لحسابه الشَّخصيّ، وكان يعلم بمصدرها الجنائيّ، فإنّه يعتبر مرتكبا لجريمة الإخفاء¹¹.

ب- طلب أو قبول أجرة أو منفعة

لا تتطرق المادّة 27 إلى جميع صور السُّلوك المادّيّ في جريمة الرِّشوة. إذ تنصّ على القبض الذي ينحصر في الحصول فعليا على الأجرة أو المنفعة. فما هو مصير الموظف العُموميّ الذي، دون أن يقبضها، يطلب أجرة أو منفعة من الغير، نظرا لخطورة هذا السُّلوك¹²، أو يقبل وعدا بها في مجال الصّفقات العُموميّة. ولقد حاول الفقه إيجاد حلول لهذا (الفقرة 1). غير أنّها حلول منتقدة، لأنّ الطلب أو القبول يندرج ضمن المحاولة المعاقب عليها بالمادّة 27 أيضا

¹- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 33.

²- Cass. crim., 5 mai 1916, cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 33.

³- Cass. crim., 9 novembre 1995, pourvoi n° 94-84.204, Bull. crim. n° 346, cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

⁴- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 532 § 934.

⁵- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 289 § 250.

⁶- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 289 § 250.

⁷- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 289 § 250.

⁸- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 289 § 250.

⁹- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 293 § 253.

¹⁰- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 289 § 251.

¹¹- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 290 § 251.

¹²- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

(الفقرة 2).

1- التكيف الفقهي للطلب أو القبول في مجال الصفقات العمومية

للفقه الجزائري موقفان بشأن المعاقبة على سلوكي الطلب والقبول في مجال الصفقات العمومية. وهما كما يأتي.

البند الأول: إدماج الطلب والقبول ضمن لفظ القبض

يذهب صاحب هذا الرأي إلى أنَّ المُشَرَّع في المادة 27 قصد في الحقيقة من عبارة "يقبض" فعل طلب الأجرة أو المنفعة، وفعل قبولها، بالإضافة إلى فعل القبض بمعناه الضيق، تحت حجة أنَّ كلمة "Percevoir" في النص الفرنسي من المادة 27، والتي تقابلها كلمة "قبض" في النص العربي، هي التي تدل على ذلك المعنى الواسع، لأنَّ النص الجنائي السابق لم يحدِّد أركان الجريمة بدقة¹. ويخلص ذلك الرأي إلى نتيجة هامة تتمثل في أنَّ السلوك المادي في المادة 27 من القانون رقم 06-01 "قد يتخذ إحدى الصور الثلاثة التي تتمثل، في طلب أو قبول عطاء أو أخذ هدية أو فائدة وهي الصور الغالبة في إرتكاب جريمة الرشوة في صورتها الأصلية"². معتبرا بالتالي فعل الطلب والقبول كالقبض سلوكا ماديًا تتألف منه الجريمة التامة المحددة بالمادة 27.

تجدر الإشارة إلى أنَّ فعل الطلب في الرشوة يعني أي طلب مهما كانت صياغته طالما كان صريحاً³. ويلعب فيه المرتشي دور المبادر إلى الجريمة، ويعني أنَّ الجريمة تتألف من فعل (وليس امتناع)⁴. ويعتبر أخطر صورة للرشوة من وجهة نظر علم الإجرام، لأنَّه يعكس انحراف الموظف العمومي⁵. وتحقق فيه الجريمة بصورة تامة - ما دام مجرماً بصراحة- وإن رفض الراشي المحتمل طلب المرتشي⁶. أما القبول فيعني قبول عرض الراشي⁷. ويمثل الدور السلبي للموظف المرتشي، ولهذا يتفق -لوحده- مع تعبير جريمة الرشوة السلبي⁸. ويعاقب القانون عليه، لأنَّ المبادرة لا تأتي دائما من عند المرتشي. فقد يبادر الراشي إلى عرض المزية غير المستحقة عليه⁹. وما على المرتشي في هذه الحالة إلا قبول هذه المبادرة¹⁰ أو رفضها. وكلاهما يعتبر فعلا غير مشروع من وجهة نظر القانون الجنائي، لأنَّهما يخالفان واجبات الوظيفة العمومية، وينطويان على الحصول على مزية غير مستحقة¹¹.

ومن الممكن الاتفاق مع الرأي السابق في نتائجه. حيث إنَّه يؤدي إلى تطبيق المادة 27 على الطلب والقبول فيساوي بينهم من حيث العقوبة. كما أنَّ فعل القبول في ذاته يدل أيضا على الحصول فعليا -بمعنى قبض- على

¹- يراجع: د. جلايلة، "جريمة الرشوة في الصفقات العمومية"، مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المديّة، بتاريخ 20 مايو 2013، ص3.

²- نقلا عن: د. جلايلة، المرجع السابق، ص3. يراجع أيضا: نفس المرجع، ص4، 6.

³- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 532 § 934.

⁴- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

⁵- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

⁶- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

⁷- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 532 § 934.

⁸- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 31.

⁹- V. F. CHOPIN, *Rapports internationaux : France, dans : La corruption et les délits apparentés dans les transactions commerciales*, R.I.D.P., n° 1, vol. 74, 2003, p. 233.

¹⁰- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 31.

¹¹- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 36.

المزية غير المستحقة، إذا نظرنا إليه من جهة المرتشي¹. ولقد تناولت المادة 27 جريمته. غير أنه خاطئ في أساسه. فإعطاء تفسير واسع لذلك اللفظ يخالف مبدأ الشرعية الجنائية، لأنه ينسب إلى إرادة المشرع معنى لم تتجه إليه. كما أن عدم دقة الألفاظ في النص الجنائي ليست سببا قانونيا يجيز التوسع في التفسير، فالقاعدة تقضي بأن النص الجنائي يفسر بصورة مقيدة دائما².

وإن كان معنى عبارة يقبض لا يضم فعلي الطلب والقبول، فهذا ليس معناه أنهما لم يعودا محل تجريم في القانون. فقد يدخلان بالعكس في تكوين جريمة الرشوة التي تعاقب عليها المادة 25-2، كما ذهب البعض³. وسنتطرق إلى هذا الرأي فيما يأتي.

البند الثاني: إدراج سلوكي الطلب والقبول في مجال الصفقات العمومية في المادة 25-2 من القانون رقم

01-06

هناك في الفقه الجزائري من يعتقد برأي مختلف. فحسبهم إن طلب الأجرة أو المنفعة، أو قبولها، لا يكفي لتحقيق السلوك المجرم بالمادة 27، وإنما "يشترط التسليم الفعلي أو محاولة الاستلام الفعلي"⁴، "أما مجرد الطلب أو قبول العرض فإنه يخرج عن دائرة تطبيق المادة 27 و إن كان يمكن أن يخضع لأحكام المادة 25"⁵. ويستنتج منه اختلاف "جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية عن الرشوة العامة من حيث السلوك المجرم، لكون الأخيرة تقوم لمجرد إثبات طلب المزية غير المستحقة أو قبولها بينما تشترط الثانية قبض الأجرة أو المنفعة أو محاولة قبضها، أي التجسيد الفعلي للمقابل الممنوح للموظف العمومي"⁶.

إن الرأي السابق لا يتعارض بشدة مع مبدأ الشرعية الجنائية، لأنه لا يتوسع في تفسير لفظ القبض في المادة 27 السابقة بإعطائه تفسيراً يشمل معاني أكثر مما أراد المشرع كما ذهب الرأي الأول. إلا أنه يتعارض من جهة مع المنطق وقواعد العدالة. فهو يؤدي إلى معاقبة المرتشي بعقوبة أقل شدة من العقوبة المقررة في حالة القبض. وقد يقال في هذا الصدد إن عقوبة المادة 27 أشد لأنها تخص اتفاق رشوة في طور متقدم هو القبض. بينما يعتبر الطلب أو القبول أقل خطورة. وحتى هذا غير صحيح. فمن أخطر صور الرشوة حسب علم الإجرام طلب مزية غير مستحقة من طرف الموظف العمومي، لأنها تعكس انحرافه⁷. كما أن المساواة بينهم ممكنة في القانون الجزائري على أساس شرعي يتمثل في نظرية المحاولة كما يأتي.

وميزة هذا الحل أنه يحترم مبدأ الشرعية الجنائية. فلا يتوسع من جهة في تفسير النص الجنائي. ويستثمر نظرية المحاولة التي يعاقب عليها بصراحة في المادة 27 لتطبيق عقوبة مساوية، من جهة أخرى. فيوفر بذلك حلاً قانونياً

¹- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 288 § 250.

²- X. PIN, préc., p. 44 § 50.

³- ك. علة، المرجع السابق، ص 82.

⁴- ك. علة، المرجع السابق، ص 82.

⁵- ك. علة، المرجع السابق، ص 82.

⁶- ك. علة، المرجع السابق، ص 82.

⁷- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

منطقيًا وعادلاً لطلب وقبول أجرة أو منفعة في مجال الصّفقات العموميّة.

2- التكييف القانوني المقترح لطلب أو قبول أجرة أو منفعة في مجال الصّفقات العموميّة

لتحديد علاقة جريمة الرشوة التامة بنظرية المحاولة هناك نظامان¹. النظام الأوّل يفصل بينهما بتجريم طلب المرتشي وعرض الراشي، الأمر الذي يعني قيام الجريمة حتى في حالة صدور الطلب أو العرض من جانب واحد². ومثال ذلك المادة 25 التي جرّمت فعليّ الطلب والقبول. وفيها تتحقّق المحاولة بقيام المرتشي بالطلب قبل أن يصل طلبه إلى علم الشّخص المستهدف (الراشي المحتمل)، وقيام الراشي بعرضها على الموظف العموميّ قبل أن تصل إلى علم هذا الأخير أيضاً³.

النّظام الثاني يعاقب على المحاولة في جريمة الرشوة على أساس نظرية المحاولة. وفيه لا تشير نصوص التجريم على الإطلاق إلى العرض أو الطلب⁴. وإنما تختصّ بها نظرية المحاولة التي يمكن تعريفها بأنّها عرض مزية غير مستحقة (جريمة الراشي) أو طلبها (جريمة المرتشي)⁵. وهذا يعني أنّ محاولة ارتكاب جريمة المرتشي تقع عندما يبادر الموظف العموميّ شخصيًا بدون عرض أو وعد صادر من قبل عن الراشي إلى طلب مزية غير مستحقة⁶. فالراشي المحتمل عندما يرفض طلب المرتشي فإنّ جريمة المرتشي تخيب لظروف مُستقلّة عن إرادته ما لم يسحب المرتشي طلبه قبل أن يبدي الراشي المفترض موقفه اتجاه ذلك الطلب، قياساً على جريمة الراشي⁷. لهذا فإنّ فعل الطلب، المُجرّم بالمادّة 25-2، يعد بمثابة محاولة قام المُشرّع بتحويلها إلى جريمة مُستقلّة⁸.

للإشارة، فإنّ الجريمة -أيا كانت وليس فقط الرشوة- تعتبر تامة *Infraction consommée* كلما انعدمت لدى الفاعل القدرة -الإرادية- على التراجع عن تنفيذ مشروعه الاجرامي، بحيث يصبح من المستحيل عليه تغيير آثار فعله *Acte irréversible*. فإذا لم تنعدم هذه القدرة لديه، فإنّ فعله يعتبر لا زال في مرحلة البدء في التّنفيذ، وبالتالي محاولة لارتكاب الجريمة التامة⁹.

¹ M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 138.

² V. M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 139.

³ V. M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 139.

⁴ V. M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 138.

⁵ M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 138 : « La tentative de corruption se définit comme le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. ».

⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, 2^e éd., France, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1900, p. 58 § 1176.

⁷ V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., pp. 92-93 § 1195.

تكلم Garraud هنا عن جريمة الراشي، وكيف أنّ رفض المرتشي المفترض لعرضه لا يعني الراشي من العقوبة على أساس المحاولة، لأنّ الجريمة خاب أثرها لظروف مُستقلّة عن إرادة الراشي، ما لم يسحب الراشي عرضه بمحض إرادته قبل أن يقبله الموظف العموميّ. وما ينطبق على جريمة الراشي ينطبق كذلك على جريمة المرتشي.

⁸ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

⁹ L. ROZES, préc., p. 610 § 13.

هذا بالتحديد ما يلاحظ بصدد جريمة المادة 27 من القانون رقم 06-01. بحيث إنَّها من ناحية، تعاقب على المحاولة بصراحة، ومن ناحية ثانية، لا تجعل فعل طلب الرشوة -وقبولها في حالة عرضها مُسَبِّقا على المرتشي- موضع تجرّم خاص. مما يعني أنَّ طلب أجرة أو منفعة يندرج ضمن المحاولة. وأنَّ المُشَرِّع تبنى بالتالي النِّظام الثاني الذي يُطبَّق نظرية المحاولة على فعل الطلب، واستبعد النِّظام الآخر الذي يعاقب عليه باعتباره جريمة تامة. ولقد عرّف قانون العقوبات المحاولة في المادة 30 منه.

تجدر الملاحظة في الأخير أنَّ فِعْلِيَّ الطلب والقبول يعتبران من قبيل الصور "المتناوبة"¹ للسلوك الإجرامي Deux comportements alternatifs في الجريمة، ومعنى ذلك أنَّ ارتكاب أحدهما يؤدي بمفرده إلى قيام الجريمة قانونا². وبالتالي فإنَّ السلوك المُكَوِّن للمحاولة في جريمة المادة 27 "قابل لأن تتعدد صورته"³ بأنَّ يُرتَكَب بالطلب أو القبول. بعكس السلوك الإجرامي في الجريمة التامة المتألف من صورة واحدة هي القبض. كما أنَّ مفهوم الفاعل المادّي ينطبق أيضا على الشَّخْص الذي يحاول تنفيذ الجريمة⁴. وبالتالي يجب، تحت طائلة انعدام الجريمة قانونا⁵، أن تتوفر فيه الصفة المطلوبة في الفاعل المادّي في الجريمة، مثل صفة الموظف العمومي في جريمة الرشوة في مجال الصِّفقات العموميّة. وينطبق الأمر على بقية جرائم الفساد الخاصّة بالصِّفقات العموميّة المدروسة هنا.

ثانيا: شروط السلوك المادّي المُجرّم بالمادة 27 من القانون رقم 06-01

يخضع السلوك الاجرامي في جريمة المادة 27 إلى شروط تتعلّق من جهة بموضوعه (الفقرة "أ") وبوقت ارتكابه من جهة أخرى (الفقرة "ب").

أ- موضوع السلوك المادّي المُجرّم (الأجرة أو المنفعة المقبوضة)

يعالج هذا الجزء من الدِّراسة معنى الأجرة أو المنفعة المقبوضة (الفقرة 1) والشَّخْص الذي يستفيد منها (الفقرة 2).

1- الأجرة أو المنفعة المقبوضة

إنَّ الموظف العمومي الذي يستجيب لاستعطاف شَخْص ما أو لتوجيهاته من أجل أداء واجبه لا يرتكب جريمة المرتشي. ويمكن أن يتعرض بدلا عنها لجزاء تأديبي⁶. إذ ينبغي لقيامها أن يكون موضوع سلوك المرتشي -القبض في المادة 27- بالضرورة شيئا أو أداء خدمة معينة⁷. والتي تعد السَّبَب الرئيسي Cause efficiente لقيام المرتشي

¹ - اقتبسنا ذلك التعبير عن: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 251 الفقرة 30.

² - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 27, 28, 31.

وأیضا: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 251-252 الفقرة 30.

³ - نقلا عن: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 253 الفقرة 30.

⁴ - B. BOULOC, Droit pénal général, préc., p. 273 § 309.

⁵ - وتندعم معها المسؤولية الجزائية عن الجريمة المُخَصَّصة، ما لم تشكل أفعال الشَّخْص الذي حاول ارتكاب هذه الجريمة جريمة أخرى يعاقب عليها القانون.

⁶ - R. GARRAUD, Traité théorique et pratique de droit pénal français, t. IV, préc., pp. 78-79 § 1184.

⁷ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 48.

بواجبه¹. ولقد عبرت المادة 27 عنها بالأجرة والمنفعة. والتي يسميها جانب من الفقه في الجزائر "بالعمولة"²، والجريمة "بقبض العمولات من الصفقات العمومية"³. أما المادة 25 فقد استعملت عبارة "مزية غير مستحقة"⁴. وقد يخل هذا الاختلاف بمبدأ التماثل Symétrie الواجب بين جرائم الرشوة المُجرَّمة⁵.

أما الأجرة، فينطبق معناها على العمولة⁶. والتي تشير إلى معنى الوسيط. فالوسيط يتدخل مقابل عمولة Commission يتلقاها لقاء الخدمة التي أداها⁷. ومن أبرز صورها في مجال الصفقات العمومية، حصول المرتشي على نسبة ما من سعر العقد - كنسبة 10 أو 15 بالمائة - مقابل تسهيل إجراءات التعاقد لمنح العقد إلى الراشي⁸.

أما المنفعة، فتعني في القانون الجنائي بوجه عام "صلة الفائدة القائمة بين مال ما وبين نفس الإنسان"⁹. وتعني كذلك "صلاحية الشيء بالفعل لإشباع حاجة"¹⁰. وتختلف المنفعة بهذا المعنى عن المصلحة التي يقصد بها "اعتقاد بالفائدة" القائمة بين المال ونفس الإنسان، أما المنفعة فهي "صلة بالفائدة"¹¹. وهذه المعاني تدلّ على أنّ المنفعة تقع في الحقيقة في الجانب النفسي للأشخاص. وهذه الأمور النفسية بطبيعتها لا ترى وليس لها كيان مادي محسوس. بعكس القبض في جريمة المادة 27 فهو لا يتصور إلا عندما يكون للشيء جسم مادي¹². وعليه يبدو من المستحيل أن "يقبض" الموظف "منفعة" حسب مفهومها أعلاه. ما لم يرد القانون رقم 06-01 المعاقبة على الرشوة في مجال الصفقات العمومية في الحالتين: 1- إذا كان المقابل فيها ماديًا، وهو الأجرة. 2- أو إذا كان ذلك المقابل

¹- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 16.

² يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 172.

³- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 172.

⁴- ك. علة، المرجع السابق، ص 82. ولقد عَمَّم القانون رقم 06-01 تعبير المزية غير المستحقة على بقية جرائم الفساد. يراجع مثلاً: المادة 28 المتعلقة برشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية، والمادة 32 المتعلقة باستغلال النفوذ، والمادة 38 المتعلقة بتلقي الهدايا، والمادة 40 المتعلقة بالرشوة في القطاع الخاص.

⁵- « Symétrie ». V. M. SEGONDS, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », AJ Pénal, 2006, n° 5, p. 193 sq.

⁶- يرى بوسقيعة أنّ العمولة تشمل الأجرة والمنفعة. أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 172. لكن المنفعة كما سوف نرى ذات طبيعة نفسية. وبالتالي يجب أن يقتصر معنى العمولة في الأجرة فقط.

⁷- K. BOUTALEB, *La corruption, sa nature, son ampleur et ses causes. Le cas de l'Algérie*, Algérie, O.P.U., 2019, p. 36.

⁸- K. BOUTALEB, préc., p. 36 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

⁹- ر. بهنام، "فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1 و 2، 1954، ص 48.

¹⁰- ر. بهنام، "فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب"، المرجع السابق، ص 47.

¹¹- يراجع: ر. بهنام، "فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب"، المرجع السابق، ص 48.

¹²- وهذا ما يستخلص من التعريف اللغوي للقبض. فهو: "القبْضُ جَمْعُ الكَفِّ [أي، يد الإنسان] على الشيء. وقَبَضْتُ الشيءَ قَبْضًا: أَخَذْتُهُ. والقَبْضَةُ: ما أَخَذْتُ بِجَمْعِ كَفِّكَ كَلَهُ، فإذا كَانَ بِأَصَابِعِكَ قَبْضَةً، بالصاد. [...]". ويقال أيضا: "[...] القَبْضُ: التَنَاوُلُ للشيءِ بِيدِكَ مُلَامَسَةً. وقَبْضٌ عَلَى الشيءِ وَهُوَ يَقْبِضُ قَبْضًا: أَخَذَهُ عَلَيْهِ بِجَمِيعِ كَفِّهِ. [...]". ويقال أيضا: "[...] قَبْضُ الشيءِ قَبْضًا: أَخَذَهُ. وقَبْضُهُ المَالُ: أَغْطَاهُ إِتَاهُ. والقَبْضُ: مَا قُبِضَ مِنَ الْأَمْوَالِ. وتَقْبِضُ المَالُ: إِعْطَاؤُهُ لِمَنْ يَأْخُذُهُ. والقَبْضُ: الْأَخْذُ بِجَمِيعِ الكَفِّ". يراجع: ابن منظور، لسان العرب، مج 3، ط. 1، لبنان، دار الفكر، 2008، ص 419-420، مادة "قبض". وهذه المعاني كلها تدلّ على أمور مادية.

معنويًا. وهذا ما يؤكدّه الفقه الجزائري. فحسبه إنَّ المقابل في هذه الجريمة قد يكون مادّيًا أو معنويًا¹. أضف إلى ذلك أنّه عندما يستعمل المُشَرِّع تعبير "مهما يكن نوعها" فإنّه يقصد بذلك تمديد نطاق التَجَرِّيم ليشمل المزايا غير الماديّة². مما يؤكد أنّ الجريمة تشمل الصورتين معا. كذلك إنّ النصّ الفرنسي استعمل لفظ *Avantage* ليدلّ على المنفعة³. ويعني المزية، كما يتضح من النصوص الأخرى المتعلّقة بالرشوة كالمادّة 25 من القانون رقم 06-01. ويتمثّل المقابل المعنوي -والذي لا يشمل إشباع الرغبة في الانتقام أو الكره⁴- في حصول المرتشي على "ترقية أو السعي في ترقّيته أو إعارته أي شيء يستفيد منه ويرده بعد ذلك كإعارته شقة أو مركبة مثلاً"⁵. ويبرز هذا المثال معنى صلة الفائدة لكلمة المنفعة. ففي حالة الترقية، إنّ المنفعة تتجسد في صلة الفائدة القائمة بين الترقية المنشودة ونفس المرتشي. كذلك تبدو إعارة الشقة أو المركبة من قبيل المنفعة بما أنّ هناك صلة فائدة تقوم بين هذين الشّخصين وبين نفس المرتشي، وتمثّل في حقّ الاستغلال المترتب في مصلحة المستعير (المرتشي) الذي يعتبر "الغرض الأساسي الذي قصد إليه من الإعارة"⁶. والحقوق التي تقع على الأشياء الماديّة تكون دائما معنوية⁷. وإذا كانت المادّة 27 تعاقب فعلا على مزية معنويّة أيضا، فيجب على المُشَرِّع أن يختار تعبير آخر لتصوير سلوك المرتشي يشملها. أمثلة أخرى عن مزية غير مستحقة: دفع مباشر لمبلغ نقدي، أو عن طريق شيك⁸، تسليم أشياء ذات قيمة، كساعة ذهبية⁹، أو تزويد المرتشي بكميّة معتبرة من الوقود¹⁰، تسديد دين، منح أسعار تفضيلية¹¹، منح قرض بنكي بشروط تفضيلية¹²، انجاز أشغال مجّانيّة على ملكية تابعة للمرتشي¹³. وصور أخرى تتعدد بتنوع أشكال الأشياء التي يمكن للمرتشي أن يجد فيها منفعة أو تلك التي يعرضها عليه الراشي. فقد قضى في فرنسا مثلاً بأنّ جريمة المرتشي قائمة في حقّ رئيس البلديّة الذي حصل على مزايا وهدايا متنوعة من عند شركة ترغب في الحصول على صَفقة عُموميّة متعلّقة بمرفق المياه، منها تقديم دروس مجّانيّة لتعلّم اللُّغات الأجنبيّة، تسخير شقة بمدينة باريس،

1- أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 173.

2- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 17.

3- استعمله كذلك في جريمة إساءة استغلال الوظيفة في المادّة 33 من القانون رقم 06-01. حيث يترجم لفظ المنفعة إلى *Avantage* في النصّ الفرنسي. غير أنّها تدلّ في هذه الجريمة على الغرض الإجرامي (أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 110). وليس كما في المادّة 27 على موضوع السلوك الماديّ المُجرَّم.

4- C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 295 § 564.

5- أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 173.

6- اقتباس، بتصرف، عن: ع. أ. السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 6، مج 2، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.ت.، ص 1538 الفقرة 855.

7- ع. أ. السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.ت.، ص 274 الفقرة 164.

8- C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 294 § 564.

9- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 256.

10- Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, pourvoi n° 83-93.350, *Bull. crim.*, n° 227 cité dans: C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 294 § 564.

11- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 419 § 671.

12- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 256.

13- Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, pourvoi n° 83-93.350, *Bull. crim.*, no 227 cité dans: C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 294 § 564.

وتسديد أجرة وهمية¹. بل قد تتجسد المزية غير المستحقة في جريمة الرشوة في مزية معنوية².

لكن ما يهم هو أن تكون هذه الأشياء ذات قيمة. فقد استطاعت محكمة النقض الفرنسية تبرئة موظف عمومي من تهمة جريمة الارشاء بدعوى أن قيمة المزية غير المستحقة ضعيفة جدا حيث إنها لا تصلح كمقابل لطلب أو قبول بغرض على الامضاء على عقد ذو قيمة كبيرة³. ويبدو منه أن قيمة المزية غير المستحقة، أو الأجرة أو المنفعة حسب تعبيرات المادة 27، تقاس في مجال الصفقات العمومية بسعر العقد. حيث يجب أن يكون هناك نوع من التناسب بين تلك المزية وسعر الصفقة العمومية.

في الأخير يلاحظ أن المادة 27، بعكس المادة 25-2 التي اشترطت أن تكون المزية "غير مستحقة" (ويقابلها في النص الفرنسي تعبير "Avantage indu") الذي يدل على الطبيعة غير المشروع للسلوك المُجرّم⁴، لا تصف الأجرة أو المنفعة بأي وصف من شأنه أن يدل على ذلك، ولا تشترط أي غرض غير المشروع من الأجرة أو المنفعة. وكأنتها تعاقب على مجرد الشك في وجود انتهاك لواجب النزاهة من طرف الموظف العمومي في مجال الصفقات العمومية. مما يطرح السؤال حول كيفية استخلاص الطبيعة غير المشروعة للقبض في المادة 27.

الواقع إن مجرد طلب أو قبول الموظف العمومي لمزية -ومن باب الموافقة لأجرة أو منفعة- يعكس الطابع الإجرامي وغير القانوني لسلوكه بما أن القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يدخل ضمن واجبات المرشحي الوظيفة الذي يتقلى عنه راتباً نظامياً نظير مقابل آخر يعتبر في ذاته -بغير الحاجة إلى تحديد في نص التجريم- سلوكاً غير مشروع⁵.

2- المستفيد من الأجرة أو المنفعة

يستفيد منها المرشحي أو شخص ثالث مُنح إليه. كأن تمنح المزية غير المستحقة -وقياساً عليه الأجرة أو المنفعة- إلى أحد أقارب المرشحي⁶. بل قد يكون الشخص المعنوي العام في ذاته الطرف المستفيد من المزية غير المستحقة. ومثال ذلك رئيس البلدية الذي يقبض مزية غير مستحقة ويستعملها لتمويل خزينة البلدية، حيث قضى في فرنسا، في قضية تعلق باستصدار رخصة بناء، بمسؤوليته الجزائية بجريمة الرشوة في هذه الحالة⁷. ويبدو منه أنه مهما كان الشخص الذي استفاد من المزية غير المستحقة، فإن جريمة المرشحي تعتبر قائمة⁸. وللطرف الثالث المستفيد من المزية غير المستحقة وصفان. فهو مسؤول جزائياً إما كشريك للمرشحي، إذا سلم بأي شكل من الأشكال المزية غير

¹- Cass. crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83.698, *Bull. crim.*, no 352 cité dans : C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 295 § 564.

²- يراجع: م. رحمان، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، المرجع السابق، ص 73؛ أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 77 و 173؛

M. SEGONDS, *Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse*, préc., pp. 156-157.

³- Cass. Crim., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-83.203, inédit cité dans : C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 295 § 564.

⁴- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 36-38.

⁵- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 38.

⁶- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 419 § 671.

⁷- Cass. crim., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-83.789, cité dans S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 257.

⁸- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 17.

المستحقة بعد أن قبضها، أو كمخفي للأشياء الناتجة من جريمة المرتشي، إذا تسلم تلك المزية لحسابه الشخص وهو عالم بمصدرها غير المشروع¹. أو بريء، إذا حصل على المزية غير المستحقة بحسن النية، كالدائن الذي يحصل عليها للوفاء بدينه². كما يشار إلى أن المادة 27، وبالعكس المادة 25-1³، لم تذكر الكيان أيضا ضمن الأشخاص التي يمكن أن تستفيد من الأجرة أو المنفعة، ويقصد به حسب المادة 2-هـ من القانون رقم 06-01: "مجموعة من العناصر المادية أو غير المادية أو من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المنظمين بغرض بلوغ هدف معين".

ب- وقت ارتكاب السلوك المادي المجرم

يتحدد وقت ارتكاب الواقعة المنصوص عليها في المادة 27 من جهتين. بالنظر إلى ميدان ارتكابها الذي يشير إلى مراحل الصفة العمومية (البند 1)، وبالنظر إلى أسبقية السلوك على الغرض من الجريمة (البند 2).

1- بالنظر إلى ميدان ارتكاب السلوك الإجرامي

في البداية لقد سجل الفقه عيبا شكلي في المادة 27 يتعلّق بوقت ارتكاب الجريمة. فنسختها الفرنسية تقضي بأنّ السلوك الإجرامي يقع "بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق [...]".⁴ أما نسختها العربية فقد اعتبرت أنّ التحضير أو المفاوضات تجري بقصد إبرام أو تنفيذ تلك العقود، وبالتالي فإنّ المادة 27 لا تطبّق إذا ارتكب الفعل أثناء إبرام العقد وتنفيذه⁵. وهذا يُضَيّق كثيرا من مجال تطبيق هذه الجريمة. ولهذا قرّر الفقه أنّ النسخة الفرنسية "أنسب"⁶ من النسخة العربية، وأنّها "أكثر انسجاما مع السياق العام للقانون"⁷، ولا تتنافى مع الغرض من القانون رقم 06-01⁸، والمتمثّل، كما يبدو، في "توسيع مجال التجريم"، و"الوقاية من الفساد"، و"سد كل المنافذ من باب الوقاية من الفساد"⁹.

عليه، تحارب المادة 27 من القانون رقم 06-01 الرشوة في مراحل مبكرة جدا من الصفة العمومية وفي المراحل المتقدّمة منها كالتنفيذ. فبالنسبة إلى تحضير صفقة عمومية، قضي في فرنسا بأنّ جريمة الراشي تقوم قانونا بمجرد

¹- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 290 § 251.

²- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 290 § 251.

³- وبالعكس جرائم فساد أخرى، نذكر منها: رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية (المادة 28-1)، اختلاس الأموال العمومية (المادة 29)، إساءة استغلال الوظيفة (المادة 33). وكان يتعين توحيد النصوص الجنائية بما فيها المادة 27 السابقة.

⁴- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 173. ولقد جاء في النسخة الفرنسية من المادة 27 من القانون رقم 06-01 ما يأتي:

« Est puni [...] tout agent public qui, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché, contrat ou avenant [...] perçoit ou tente de percevoir [...], une rémunération ou un avantage de quelque nature que ce soit » (nous soulignons).

⁵- ك. علة، المرجع السابق، ص 81.

⁶- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 174.

⁷- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 174.

⁸- ك. علة، المرجع السابق، ص 81. كما أنّها تنسجم أيضا، فيما يتعلّق بوقت ارتكاب السلوك الإجرامي، مع أحكام المادة 89 (الفقرة 1) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنصّ على التدابير الإدارية للتصدي للرشوة في مجال الصفقات العمومية التي يرتكبها المتعامل الاقتصادي.

⁹- يراجع حول هذه المقاصد: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 355، 357، 358.

قيامه بالطلب من موظف عمومي تزويده بمعلومات حول الصفقات القادمة التي ستبرمها الإدارة العمومية حتى لو لم تُمنح أي صفقة منها إليه عند الاعلان عنها وإبرامها¹. ويتبين منه أن منح الصفقة العمومية إلى الراشي ليس شرطاً لقيام الجريمة. وكمثال عن جريمة مرتشي ارتكبت أثناء تنفيذ صفقة عمومية، وتعد مرحلة لاحقة على الإبرام (تبدأ مرحلة التنفيذ في مجال الصفقات العمومية من تاريخ تبليغ الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها، ويتم ذلك عن طريق إرسال العقد الذي وقعته إلى ذلك الشخص²)، أدين في فرنسا موظف لدى مديرية المقاطعة Direction départementale المُكَلَّف بمراقبة تنفيذ الأشغال المنجزة من طرف المؤسسة الراشية، والذي حصل منها، مقابل تسهيلات في عملية المراقبة، على مزايا غير مستحقة تمثلت في انجاز أشغال في منزله مجانا بينما تبلغ قيمتها الحقيقية 6.000 يورو بالإضافة إلى تزويده بكمية 3.500 لتر من الوقود كمقابل لما قام به³.

يشار في هذا الباب إلى أن السؤال يقوم بشأن تحديد المقصود بتنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق في المادة 27 من القانون رقم 06-01: هل هو تنفيذ العقد في ذاته أم تنفيذ الالتزامات الموضوعية فيه. ففي بعض الحالات، ينتهي تنفيذ العقد الإداري، لكن بعض بنوده تبقى سارية على المتعاقدين ورغم ذلك⁴. ففي هذه الحالة نكون أمام تنفيذ بنود اتفاقية تتبع لعقد قد انتهى، ولا نكون أمام تنفيذ عقد كما جاء في نص التجريم. وحتى لو أن هذه الحالة تخرج عن نطاق جريمة المرتشي في مجال الصفقات العمومية، فإنها قد تندرج تحت جرائم فساد أخرى كالمادة 25-2 من القانون رقم 06-01 المتعلقة بجريمة الموظف العمومي المرتشي ذات مجال التطبيق العام من حيث الأعمال الإدارية.

2- بالنظر إلى واجب الموظف العمومي المرتشي

لقد ثار في فرنسا السؤال عما إذا كان يجب اعتباره كمرتشي، الشخص الذي يقوم، بدون طلب مُسَبَّق من صاحب المصلحة، بواجباته الوظيفية وهو يأمل في أن يكافئه عن ذلك فيما بعد، ورغم أنه لم يطلب منه بعد تلك المكافأة⁵. فالقانون الفرنسي كان يعاقب على الارتشاء عندما يتم قبل القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل⁶. ولقد أكد القضاء الفرنسي على شرط الأسبقية في عدة مناسبات⁷ عملاً بمبدأ التفسير الحرفي للنص الجنائي⁸. فما يطلبه أو يقبله المرتشي بعد ذلك التاريخ يشكل مجرد خطأ مهني⁹. ما لم يكن نتيجة اتفاق مسبق، كأن يعده الراشي بذلك فيطلب المرتشي تنفيذ الوعد لاحقاً¹⁰.

فمثلاً حَكَمَ القضاء الفرنسي ببراءة المرتشي الذي لعب دوراً ايجابياً في منح صفقة عمومية إلى الراشي، لأن هذا

¹- Cass. crim., 1^{er} octobre 1989, cité dans : C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 134.

²- F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 200.

³- Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, pourvoi n° 83-93.350, Bull. crim., n° 227 cité dans : C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 294 § 564.

⁴- V. Ph. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, octobre 2016, § 76.

⁵- V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 290 § 251.

⁶- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 131 ; A. VITU, « Corruption de fonctionnaires », préc., p. 685.

⁷- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 131 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 39.

⁸- M. SEGONDS, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », dans dossier : « La lutte contre la corruption », D., 2008, n° 16, p. 1068 sq. § 7.

⁹- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 39.

¹⁰- V. A. VITU, « Corruption de fonctionnaires », préc., p. 685.

الأخير قصد بالمزية غير المستحقة مجرد مكافأة المرتشي، ولأنّ منح المزية لم يكن قبلها¹. كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 نوفمبر 1991 بأنّ مُسِير شركة الذي دفع لمرتين مزايا إلى مدير شركة تبادلية Société mutualiste بغرض الحصول على صفقات تتعلّق بلوازم مكتبية بشروط تفضيلية لا يرتكب جريمة الرشوة، لأنّ المزايا المدفوعة تشكل مكافآت لاحقة على الصّفقة وليست تنفيذا لاتّفاق مُسَبَّق يتعلّق بتلك الصّفقة².

غير أنّ هذا الشرط كان محل انتقاد³ رغم محاولة تبريره⁴. وقد صدر القانون رقم 595-2000 مؤرخ في 30 يونيو 2000 الذي يعاقب على جريمة الرشوة أيا كان وقت الطلب أو القبول à tout moment⁵. فسهل إثبات ارتكاب الجريمة، لأنّها أصبحت تقوم بغض النظر عن وقت إبرام الاتّفاق⁶. غير أنّه وقع في تعارض لما لم يكيف صياغة النصّ مع الشرط الجديد⁷. ففيل بأنّ المادّة 432-11 من قانون العقوبات الفرنسي لا زالت تعاقب على اتّفاق الرشوة المُسَبَّق⁸. ولتدارك ذلك أصدر المُشرّع الفرنسي القانون رقم 525-2011 المؤرّخ في 17 مايو 2011 الذي اشترط أن يكون الطلب أو القبول بسبب القيام بعمل أو لعمل قد قام به المرتشي قبلا، أو للامتناع عن القيام بعمل، أو لامتناع قد تمّ من قبل⁹.

أما في القانون الجزائري، فإنّ طلب أو قبول المزية غير المستحقة من طرف الموظف العمومي المرتشي يجب طبقا للمادّة 25-2 أن يتم قبل قيامه بالعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجباته¹⁰. ويبدو أنه يفلت من العقوبة حتى تحت وصف جريمة تلقي الهدايا المنصوص عليها بالمادّة 38 من القانون رقم 06-01، لأنّها تشترط استلام الهدية من طرف الموظف العمومي قبل قضاء حاجة مُقدّم الهدية¹¹. ولهذا اقترح الفقه الجزائري تجريم هذه الحالة بدمجها ضمن جريمة الرشوة في المادّة 25 كما فعل القانون الفرنسي، أو بتجريمها بنص خاص كما حدث في القانون المصري¹².

¹- C.A. Lyon, 30 avril 1986, cité dans : C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 131 marge n° 551.

²- Cass. crim., 26 novembre 1991, cité dans : F. CHOPIN, préc., p. 220.

³- V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., pp. 290-291 § 251 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 40, 46.

⁴- V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 290 § 251.

⁵- V. F. CHOPIN, préc., pp. 220-221. A. aussi M. SEGONDS, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », préc., p. 1068 sq. § 7.

⁶- V. F. CHOPIN, préc., p. 222.

⁷- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 45.

⁸- V. F. CHOPIN, préc., p. 221.

⁹- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 46.

¹⁰- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 82. وتكلم هنا عن جريمة الرشوة المحددة بالمادّة 25-2 من القانون رقم 06-01. وحسبه، فإنّ ما قيل بشأن هذه الجريمة، كوقت ارتكاب السلوك الاجرامي، ينطبق على جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب (نفس المرجع، ص 89)، وجريمة الرشوة في القطاع الخاص (نفس المرجع، ص 96). ومن باب الموافقة على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العموميّة (المادّة 27).

¹¹- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 105. يقارن: م. بن مشيرخ، "خصوصية التجريم والتحرير في الصفقات العمومية"، مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المدية، بتاريخ 20 مايو 2013، ص 7. يرى بن مشيرخ أنّ الجريمة تنطبق سواء كان "هناك اتفاق مسبق أم لا".

¹²- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 82-83.

بالنسبة للمادة 27، فإنها تجاهلت تحديد السبب من قبض الأجرة أو المنفعة - القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل - بمناسبة الصفقات العمومية. إذ لم تذكره مطلقا. ويرجع سبب هذا التجاهل - المنتقد - إلى عوامل سنتطرق إليها لاحقا. ولهذا الصمت تفسيران. فإما أن الجريمة تقوم حتى لو قبض الموظف العمومي الأجرة أو المنفعة لاحقا بعد القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. أو أنها تتكون من نفس الغرض في جريمة المادة 25-2. فيجب في هذه الحالة أن يكون الأداء المتفق عليه - القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل - لاحقا على قبض الأجرة أو المنفعة.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

فهم هذا العنصر يحتاج إلى دراسة الغرض من جريمة الرشوة. إذ ينبغي، لقاء المزية غير المستحقة، أن يقوم المرتشي بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل من واجباته. ولقد تجاهلته المادة 27 حيث إنها تخلو من أي إشارة إليه. علما أنه عنصر يقع في دائرة الركن المعنوي للجريمة¹. وهذا بالتحديد ما سنتناوله الدراسة، وذلك عن طريق بحث مشكلة انعدام الغرض (الفقرة الأولى)، ثم تحديد محتوى الركن المعنوي المكون لجريمة المادة 27 (الفقرة الثانية).

أولا: الغرض من الجريمة في المادة 27 من القانون رقم 06-01

يجب هنا الرجوع إلى النظرية العامة للرشوة، لتأكد من أن المادة 27 من القانون رقم 06-01 تحترم شروط تكوين جريمة الرشوة. ويقتضي هذا الأمر من جهة استعراض موقف تلك النظرية من الشرط السابق (الفقرة "أ"). ثم تطبيق ذلك على المادة 27 (الفقرة "ب"). وسيكشف ذلك عن أن أركان هذه الأخيرة لا تتماثل مع أركان الرشوة طبقا للنظرية العامة.

أ- الغرض من جريمة المرتشي بوجه عام

ونتطرق فيه إلى موقف النظرية العامة للرشوة (الفقرة 1)، وموقف القانون رقم 06-01 بالنسبة إلى جرائم الرشوة الأخرى (الفقرة 2).

1- موقف النظرية العامة للرشوة

المتعارف عليه قانونا أن الرشوة تتألف من عنصر أساسي يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجباته من واجبات الموظف العمومي المرتشي. إذ لا يمكن الحديث عنها عندما لا يكون الغرض من السلوكيات - المُجرّمة - القيام بتلك الأعمال². بل حتى مفهوم المرتشي يتحدّد بواسطته. إذ يقصد به "الشخص الذي يقوم بتصرف يندرج ضمن وظيفته"³. كما أن القيام بهذا التصرف يجسد الاعتداء على النزاهة في الوظيفة العمومية⁴.

¹- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 27.

²- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 371.

³- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 16.

⁴- Cf. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 40.

ففي معرض نقاشه حول شرط الأسبقية، يقرّر Jeandider أن هذا الشرط بالمقارنة مع تجسيد الاخلال بالنزاهة يعتبر عائقا جديا أمام التجريم، لأنه يمنع المعاقبة على الاتفاقات اللاحقة على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. ولقد قصد بتجسيد الاخلال بالنزاهة ذلك العمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

أيضا يعتبر ذلك الغرض -إذا قام به المرتشي في الواقع- عملا تنفيذيا للاتفاق الرشوة القائم بين الراشي والمرتشي¹. فهو إذن مفهوم أساسي في جريمة الرشوة.

ويقصد بعمل من واجبات الموظف -المُكَوَّن للغرض من الجريمة- ذلك العمل غير المأجور الذي يجب على ذلك الموظف أن يقوم به أو أن يمتنع عن القيام به، والذي يدخل صراحة أو ضمنا في صلاحياته². ومثاله صلاحية إبرام الصفقات العمومية³. كتقديم معلومات عن صفقات عمومية ستبرم في المستقبل⁴. ويعطينا ذلك مثال عن ارتكاب الجريمة في مرحلة التحضير. فإذا حصل الموظف العمومي على مزية غير مستحقة للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل لا يندرج ضمن اختصاصاته، فإنَّ جريمته لا تقوم⁵. وإذا كان العمل أو الامتناع عن العمل الذي طلب الموظف العمومي أو قَبِل، للقيام به، مزية غير مستحقة من الراشي بدون أن يقبضها فعليًا، لا يندرج ضمن واجباته، فإنَّ الراشي لا يعاقب بمحاولة ارتكاب جريمة الراشي لوجود استحالة قانونية في تنفيذها⁶.

إلى جانب ذلك فإنَّ قيام المرتشي شخصيا بذلك العمل ليس شرطًا لقيام الجريمة حيث يكفي أن يضطلع ذلك المُجرِّم بمهمة اقتراحه أو تحضير تنفيذه حسب محكمة النُقْض الفرنسية⁷. وهو ما يتلائم جيدا مع أحكام المادة 27 من القانون رقم 06-01 حيث سيشمل ذلك المفهوم -على افتراض اشتراط ذلك الغرض لارتكاب جريمتها- التحضير لإبرام صفقة عمومية والتفاوض بشأن إبرامها الذي يشكل زمان ارتكاب الجريمة.

كذلك تبين سابقا من الدراسة أنَّ جريمة المرتشي، من حيث السلوك الإجرامي، تتحقَّق بمجرد ارتكاب الفاعل للسلوك الإجرامي بغض النظر عن قبول أو رفض الراشي المحتمل لعرضه. ومن حيث الغرض أيضا. فهذه الجريمة تقوم قانونا حتى لو لم يؤدي المرتشي ما التزم به بموجب اتفاق الرشوة مع الراشي⁸. فجريمة المرتشي اذن تعاقب على اتفاق الرشوة المُبرَّم بين الراشي والمرتشي بدون الأخذ بالاعتبار بتنفيذ ذلك الاتفاق فعلا⁹. على أنَّه يجب أن تكون هناك رابطة سببية مباشرة ومؤكدة بين السلوك الإجرامي والعمل الوظيفي¹⁰.

في هذا الصدد، يشار إلى أنَّ أهميَّة ذلك العنصر في تكوين الجريمة كانت محل اختلاف. فالجريمة تتم، حسب رأيي أوَّل، إذا قام الموظف العمومي، من جهة بالحصول على المزية غير المستحقة، أو قَبِل عرض أو وعد الراشي، ونَقَذ،

¹- B. BOULOC, « Le délit de corruption se renouvelle à chaque acte d'exécution du pacte de corruption », note sous cass. crim., 29 juin 2005, pourvoi n° 05-82.265, *Bull. crim.* n° 200, RTD com., 2006, n° 1, p. 226 sq.

²- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 371 : « On appelle acte de la fonction l'acte non sujet à salaire, dont l'accomplissement ou l'abstention est imposée, expressément ou implicitement, par les attributions légales ou réglementaires du titulaire de cette fonction ».

³- A. DECOCQ, « Le risque pénal dans les marchés de construction », actes de colloque sur : « Le risque pénal dans la construction », organisé par le Centre d'études et de recherches sur la construction et le logement et l'Association française pour le droit de la construction le 28 septembre 2001, RD imm., 2001, n° 5, p. 429 sq.

⁴- Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, *Bull. crim.*, n° 277, cite dans: M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 419 § 672.

⁵- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 371 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 64.

⁶- R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 92 § 1195.

⁷- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 65.

⁸- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 255.

⁹- F. CHOPIN, préc., p. 220.

¹⁰- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 419 § 672 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 64.

من جهة أخرى، العمل أو امتنع عن القيام بعمل المندرجان ضمن واجباته¹. لكنه يُصَيِّق نطاق التَّجْرِيم. حيث إنَّ الراشي أو المرششي لا يتعرضان لأيِّ عقوبة، إذا عدَّل أحدهما بمحض إرادته عن مواصلة تنفيذ الجريمة². كما لو أحجم المرششي عن القيام بعمل من واجباته، والذي أراد المتاجرة به، لأنَّ الراشي المفترض طلب من المرششي، قبل أن يشرع الأخير في القيام به، أن يرد إليه المزية التي قدمها إليه³.

وبالعكس فإنَّ الجريمة تستجمع أركانها المؤسَّسة بصورة تامة، وفق رأي آخر، بمجرد قيام الموظف العمومي بقبول المزية غير المستحقة، ولا يهم بعد ذلك إن قام المرششي فعليًا بالعمل أو امتنع عن القيام بالعمل المتفق عليه⁴. فمحل التَّجْرِيم في الرِّشوة لا يتمثل في هذه الحالة في قيام المرششي بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجباته. وإنما ينصب ذلك على فعل طلب مزية غير مستحقة لأداء ذلك⁵.

وللبت في تلك المسألة نرجع إلى النصِّ الجنائي. فإذا كان القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجبات المرششي يعتبر الهدف المرجو من أطراف الاتفاق غير المشروع، وليس عنصراً مؤسَّساً في الجريمة. ولهذا فإنَّ جريمة المرششي تتم، حسبها، بإبرام الاتفاق غير المشروع، بمعنى قيام الموظف العمومي بقبول عرض أو وعد من الراشي بمزية غير مستحقة، أو الحصول عليها⁶. وهذا ما يلاحظ في جرائم الرِّشوة في القانون رقم 06-01 - باستثناء المادة 27 التي لم تذكره - التي تعتبره غرضاً من الجريمة أيضاً.

2- موقف القانون رقم 06-01 في جرائم الرِّشوة الأخرى

طبقاً للقانون رقم 06-01، تتألف جرائم الرِّشوة في القطاعين العام والخاص من غرض محدَّد يتمثل في قيام المرششي بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يدخل ضمن واجباته. وهذا ما نصت عليه بالتحديد المادة 25-2 من ذلك القانون المتعلقة برِّشوة الموظفين العموميين⁷ التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: [...] 2- كل موظف عمومي طلب أو قبل، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته" (البنط العريض Gras من استعمال المُشَرِّع في الجريدة الرِّسْمِيَّة الجزائرية التي نشر فيها القانون بصفة رَسْمِيَّة).

هذا، ويشمل تعبير الواجب ذاك ما يرتبط بالوظيفة العموميَّة بالنِّسبة إلى الموظف العمومي بمفهومه الضيق، وما يرتبط كذلك بالعهد الانتخابيَّة التي زود بها المرششي عندما يتعلَّق الأمر بشخص مُنتَخَب. فتعريف الموظف العمومي في مفهوم المادَّتين 25-2 و 27 من القانون رقم 06-01 يشمل، بناءً على المادة 2-ب من القانون السابق،

¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 89 § 1191. V. aussi M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 287 § 249.

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 287 § 249.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 287 § 249.

⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 89 § 1191.

⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., pp. 287-288 § 249.

⁶ V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 79 § 1184.

⁷ - يراجع أيضاً: القانون رقم 06-01، المادة 40-2 المتعلقة بالرِّشوة في القطاع الخاص.

الأشخاص المنتخبين أيضا. قياسا على القانون الفرنسي الذي يميز بين العمل الوظيفي Acte de sa fonction والعمل في اطار مهمة مرفق عمومي Acte de sa mission وأخيرا العمل النيابي Acte de son mandat (المادة 11-432 من قانون العقوبات الفرنسي)¹.

ولقد اعتبرت المادة 25-2 القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجبات المرتشي كغرض في الجريمة، حيث جاء في نصها الفرنسي تعبير "afin que" والذي يعني الغرض أو الهدف في الجريمة. وبالتالي فإن تنفيذ ذلك العمل أو الامتناع أو عدم تنفيذه لا يؤثر على قيام الجريمة بمجرد حصول الطلب أو القبول بشروطه الجنائية.

ب- موقف المادة 27 من القانون رقم 06-01

تبين مما تقدم أن جرائم الرشوة في القانون رقم 06-01 تشترط جميعا ذلك الغرض لقيامها قياسا على النظرية العامة. وبرغم ذلك فإن المادة 27 تشد عن ذلك المبدأ المشترك بينها بما أنها سككت كليا عن تحديده. ولهذا الشذوذ أسباب تبرره (الفقرة 1). لكن، يمكن تقديم حلول قانونية له (الفقرة 2).

1- أسباب تخلف الغرض في نص المادة 27 من القانون رقم 06-01

سنبدأ بالعامل التاريخي (البند 1). ففوق أسبقيته الزمنية، فإن أغلب الظن أن سبب تجاهل المشرع لعنصر الغرض في جريمة المادة 27 من القانون رقم 06-01 يرجع إلى المصدر التاريخي لهذه الجريمة. وبعد دراسة العامل التاريخي، سنتطرق إلى العامل القانوني (البند 2).

البند الأول: السبب التاريخي

فمن ناحية تاريخية، يرجع مضمون المادة 27 إلى جريمة الوساطة² الموجودة في الأمر رقم 66-186 في مادته 4-2، والتي نقلها المشرع إلى المادة 423 (الفقرة الفرعية 3) من قانون العقوبات بموجب الأمر رقم 75-47 بقولها: "يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج: 3- كل وسيط جديد يكون تدخله المأجور قد تم تحت أي شكل كان من دون حاجة حقيقية ثابتة". وفي سنة 1978 صدر القانون رقم 78-02 مؤرخ في 11 فبراير 1978 يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية. وقد تكفل بتحديد مكونات جريمة الوسيط -الشروط الأولية والأركان المؤسسية- بصورة أكثر تفصيلا من السابق. واستحدثها لمنع حصول شخص جزائري من القانون الخاص على عمولات غير مشروعة من الصفقات العمومية للدولة الجزائرية المبرمة مع أشخاص أجنبية³. ونظرا لصعوبة إثبات الرشوة في التجارة الدولية، بخاصة أمام القاضي المدني الذي يُطلب منه التصريح ببطالان اتفاق الرشوة⁴. حيث حظر بصورة مطلقة الوساطة في الصفقات العمومية للدولة الجزائرية

¹- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 66.

²- T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., pp. 270, 282.

³- V. T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., p. 271.

⁴- V. HEUZÉ, « Corruption », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998, §§ 25, 27.

المُبرمة من طرف مؤسسات أجنبية¹، لأنها غالبا ما تخفي رِشوة أو استغلال نفوذ² بين الوسيط وتلك المؤسسات³. وإذا كانت فعلا هذه هي الغاية من إنشاء جريمة الوساطة في القانون الجزائري، فإنها الوساطة المعاقب عليها ستعتبر كجريمة مُعَيَّنة Infraction-obstacle، وهي سلوك مُجرَّم خطير لكنه لا يُجَدِّث أية نتيجة فورية مضرّة، بحيث يعاقب المُشرِّع من خلالها على سلوك يخلق حالة من الخطر حتى يعيق ارتكاب جريمة محتملة ذات نتيجة ضارة⁴، ويقلل من وسائل ارتكاب هذه الجريمة⁵. وقياسا عليه، فإنَّ تجريم الوساطة -يفترض أنَّها تخلق خطر ارتكاب الرِشوة لأنها توفر وسيلة لارتكابها أيّ، عقد الوساطة- كان يعيق الارتكاب الفعلي لجريمة الرِشوة بمناسبة التفاوض أو إبرام الصّفقات العموميّة الدّولية المبرمة بين دولة الجزائر ومتعامل اقتصادي أجنبي.

فقد كانت المادّتان 9 و26 من القانون رقم 78-02 تجرّم تلك الواقعة، ولكن في مجال الصّفقات العموميّة الدّولية⁶. وهذه التصرفات الاتفاقية المعنية بهذه الجريمة هي ذات طابع دّولي، لأنَّ موضوعها يتمثّل في معاملة اقتصادية دّولية تتمثّل في التصدير والاستيراد من وإلى الجزائر، حيث جاء في المادّة 2 من ذلك القانون بقولها: "لا يجوز إبرام العقود والصّفقات الخاصة باستيراد أو تصدير البضائع والسلع والخدمات، مع المؤسسات الأجنبية، الا من قبل الدولة او من قبل احدى هيئات الدولة، كما هي معرفة في المادة 3 ادناه". مع العلم أنَّ عمليات الاستيراد والتصدير تندرج ضمن التجارة الدّولية التي "تتعلق [...]" بالقواعد المنظمة لانتقال وتبادل السلع والخدمات والتصدير والاستيراد فيما بين الدول وفي نطاق الأقاليم الجمركية والمناطق التجارية الإقليمية⁷، إذ "لا يمكن أن تتحقق التجارة الدولية دون تصدير أو استيراد"⁸. كما أنَّها عمليات تتم مع مؤسسات أجنبية. الشّيء الذي يقود إلى الاستنتاج أنَّ القانون رقم 78-02 كان يتضمن حكما جزائيا يعاقب، ولكن بصفة غير مباشرة، على جريمة الرِشوة الدّولية، وفي مجال الصّفقات العموميّة. والتي تعدّ كسابقة تاريخية في القانون الوضعي الجزائري التي تثبت العلاقة الوثيقة بين الفساد وبين مجال الصّفقات العموميّة على الصعيدين الوطني والدّولي كذلك.

أما بالنسبة إلى مضمون الجريمة، يكفي أن نرجع إلى نصّ المادّتين 9 و10 من القانون السابق حتى نلاحظ التّطابق بين جريمة الوساطة قديما والواقعة المنصوص عليها في المادّة 27 من القانون رقم 06-01 حاليا⁹. حيث

¹- V. HEUZÉ, préc., § 28.

²- فالشّخص الذي يتاجر في نفوذه، كالموظف العموميّ، يعتبر كوسيط بين صاحب الحاجة والموظف العموميّ الذي سبيلها بواسطة عمل من واجباته. راجع: W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 709.

³- V. HEUZÉ, préc., § 27.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 367 § 440.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 44 § 52.

⁶- V. T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., p. 229.

مع ضرورة الملاحظة في هذا الصدد أنَّ العقود المذكورة أعلاه المعنية بالقانون رقم 78-02 لا تعني بالتحديد الصّفقات العموميّة المبرمة وفق إجراء طلب العروض الدّولي في مفهوم القانون الدّاخلي. راجع مثلا: ت.ص.ع.، المادّة 42 التي سمحت بأن يكون طلب العروض المفضي إلى إبرام صفقة عموميّة في مفهوم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وطنيا أو دوليا.

⁷- ع. سعد الله، المرجع السابق، ص31.

⁸- ع. سعد الله، المرجع السابق، ص31 الهامش رقم 26.

⁹- وقد أشار Belloula في هذا الصّدّد إلى أنَّ الجريمة لا زالت تتألّف من نفس عناصر جريمة الوسيط مع بعض الاختلاف.

إنَّ المادَّة 9 من القانون رقم 78-02 نصت على أنَّه: "يمنع قطعاً تدخل أي وسيط والاستعانة بأي وسيط بصورة مباشرة أو غير مباشرة عند التحضير أو التفاوض أو الإبرام أو التنفيذ لأية صفقة أو أي عقد، ويقعان تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المواد 128 و 242 و 243 و 423 من قانون العقوبات". أما المادَّة 10 فقد عرفت الوسيط تعريفاً يتضمَّن وصفاً للسلوك المادِّي المُجَرَّم اليوم في المادَّة 27 بقولها: هو "كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافأة أو ميزة من أي نوع كانت، عند التحضير، أو التفاوض، أو الإبرام أو التنفيذ لصفقة أو عقد، [...]". حيث إنَّها أشارت بكل وضوح إلى كَيْفِيَّة ارتكاب السلوك المخطور (الحصول الذي يعني القبض)، ووقت ارتكابه كما فعلت المادَّة 27 السابقة، ومن قبلها المادَّة 128 مُكرِّراً من قانون العقوبات، الملغاة.

لكن القانون رقم 78-02، وبعبكس النصوص القانونيَّة السابقة، حدَّد ثلاثة أغراض تضافي على الوساطة الطَّابع غير المشروع بموجب مادَّته 9 كغرض الوسيط في استعمال علاقاته الحقيقيَّة أو المفترضة مع أعوان الدَّولة وهيئاتها، وهو نفس الغرض تقريباً المطلوب في جريمة استغلال النُّفوذ¹. وأيضاً غرض الحصول من أعوان الدَّولة على "معلومات أو وثائق سرية من شأنها أن تسمح للطرف غير الجزائري المعني بتحسين عرضه [...] قصد الوصول إلى إبرام الصفقة أو العقد [...] لصالحه". وهذا صحيح، ذلك أنَّ اتِّفاق الرِّشوة يهدف في مجال الصَّفقات العموميَّة إلى تسريع إجراءات الحصول على صَفقة عموميَّة².

بعد ذلك ألغي القانون رقم 78-02 بأكمله بموجب القانون رقم 88-29 الذي حظر بدوره الوساطة بالمادَّة 13 منه³. غير أنَّ النصَّ الجديد حصر الجريمة في مجال عقود الاستيراد فقط⁴. كما أنَّه عَيَّر كثيراً في تعريف الوسيط عما كان عليه في ظل القانون رقم 78-02⁵. وفي ظله لم يكن يشترط، لقيام الجريمة، إثبات القصد الجنائي لدى الوسيط، إلا إذا كان الهدف من الوساطة إذاعة معلومات إلى الخارج من شأنها الإضرار بمصلحة الطرف الجزائري في العقد⁶. يندرج كذلك ضمن أهداف الوساطة المحظورة: السعي لإبرام العقد أو تحريف شروط تنفيذه⁷.

البند الثاني: السَّبَب القانوني

يضاف إلى العامل التاريخي السابق سبب آخر قانوني. إذ يجب على النيابة العامَّة إثبات رابطة السَّببيَّة ما بين المزية غير المستحقة والواجب الوظيفي⁸. وربما أراد المُشَرِّع اعفائها منه. إذ يجوز له تقرير عقوبة للمرتشي بمجرد أنَّ

T. BELLOULA, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, préc., p. 283.

¹ - القانون رقم 06-01، المادَّة 32.

² - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 129.

³ - A. BENCHENEB, préc., p. 791.

⁴ - A. BENCHENEB, préc., p. 792.

⁵ - المادَّة 14 من القانون رقم 88-29 تقول: "يقصد بالوسيط كل شخص يرمي إلى اقتطاع عمولة بصورة خفية أو طفيلية من عملية الاستيراد دون أن تكون هناك خدمة مقدمة طبقاً للأعراف المرعية في مجال التجارة الدولية".

⁶ - A. BENCHENEB, préc., p. 792.

⁷ - A. BENCHENEB, préc., p. 794.

⁸ - M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

يستفيد من مزية بدون أن يلزم على النيابة العامة إقامة الدليل على وجود أية رابطة سببية بين المزية والعمل أو الامتناع عن العمل من واجباته¹. وهذا ما نجده في المادة 59 من قانون الجمارك الفرنسي². فالفقرة الأولى من هذه المادة تعاقب أعوان الجمارك بنفس العقوبات المقررة للموظف العمومي المرتشي عندما يتلقى بصفة مباشرة أو غير مباشرة مزية غير مستحقة³. كذلك حدث بالنسبة إلى المادتين 6-4113 و 2-4163 من قانون الصحة العمومية الفرنسي⁴. ولقد رأينا سابقا أن المشرع الجزائري عندما جرّم الوساطة التي تطوّرت فيما بعد إلى رشوة في مجال الصفقات العمومية تمثل السبب في صعوبة إثبات جريمة الرشوة في الصفقات العمومية الدولية. فلاحظ من ذلك أن المشرع يتخلى عن شرط الغرض عندما يُجرّم الرشوة في مجالات نشاط معينة كالنشاط الجمركي والصحة. هذا المنطق قد ينطبق على مجال الصفقات العمومية في المادة 27 أيضا.

من بين الأسباب الأخرى لهذا الفراغ القانوني زيادة عدد النصوص القانونية التي تُجرّم الرشوة. فقد أكد القانون رقم 06-01 بصراحة على أنها رشوة في مجال الصفقات العمومية⁵. لتضاف بذلك إلى جرائم الرشوة الأخرى التي يعاقب عليها. حيث إن مثل هذا التضخم التشريعي يجعل المشرع عند إنشائه لجرائم رشوة جديدة يقع في العادة في أخطاء بشأن التماثل Symétrie في العناصر المؤسّسة - وهو أمر واجب - بين جرائم الرشوة المعاقب عليها⁶. بل وتؤدي، كما يتبين من المادة 27 من القانون رقم 06-01، حتى إلى الشك في تكييفها كجريمة رشوة.

2- الحلول القانونية الممكنة

لاستكمال عنصر الغرض الناقص من المادة 27 من القانون رقم 06-01 يمكن معاملة مضمون هذه المادة القانونية كجريمة رشوة مُستقلّة ومن ثمّ تطبيق نظرية الجرائم المتشابهة عليها (البند 1). أو معاملتها كطرف مُشدّد لجريمة الرشوة البسيطة (البند 2).

البند الأول: نظرية الجرائم المتشابهة

يستطيع المشرع إنشاء جرائم جديدة مشتقة عن الجرائم من القانون المشترك من خلال تكييف Adaptation ميدان تطبيقها مع الظروف الخاصة التي يرتكب فيها النشاط الإجرامي المراد تجريمه⁷، ومن الأمثلة عن هذه الظروف

¹- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

²- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

³- « 1. Il est interdit aux agents des douanes, sous les peines prévues par le code pénal contre les fonctionnaires publics qui se laissent corrompre, de recevoir directement ou indirectement quelque gratification, récompense ou présent. ». https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006615385 (consulté le 16 novembre 2021).

⁴- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

ولقد ألغي النصاب السابق بموجب الأمر رقم 49-2017 مؤرخ في 19 يناير 2017 يتعلق بالمزايا الممنوحة إلى المصنعين والمسوقين للمنتوجات والخدمات الصحية.

Ordonnance n° 2017-49 du 19 janvier 2017 relative aux avantages offerts par les personnes fabriquant ou commercialisant des produits ou des prestations de santé, Journal officiel français, 20 janvier 2017, n° 17, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033893406> (16/11/2021).

⁵- يراجع: عنوان المادة 27 من القانون رقم 06-01.

⁶- V. M. SEGONDS, « À propos de la onzième réécriture des délits de corruption », préc., p. 1068 sq. § 29.

⁷- R. GARRON, préc., pp. 742-743 § 5.

الخاصّة، القيام بعمليات قانونيّة معينة¹ مثلاً إبرام الصّفقات العموميّة. وميزة هذه الجرائم المستحدثة أنّها تتشابه مع الجريمة من القانون المشترك المشتقة عنها، ويبدو هذا التشابه من حيث الأركان المؤسّسة على وجه الخصوص². بسبب العلاقة والتشابه بينهما يمكن استكمال النقااص الموجودة في النصّ الجنائيّ الذي يحتوي على الجريمة الجديدة بما جاء في النصّ الجنائيّ المتضمن الجريمة المشتركة³، بدون أن يمس ذلك بمبادئ وأصول القانون الجنائيّ التي تحكم محتوى النصوص الجنائية أو أن يشكل قياساً، والقياس من أجل التّجريم محظور في القانون الجنائيّ⁴.

يبدو أنّ الأمر ينطبق على المادّة 27 أيضاً. بحيث يحتمل أنّ المُشرّع اشتقها عن جريمة الموظف العموميّ المرتشي المحدّدة حالياً بالمادّة 25 باعتبارها جريمة رشوة مشتركة مع تحديد ميدان تطبيقها على نشاط الصّفقات العموميّة. وبناءً عليه، يمكن أن تعتبر جريمة المادّة 27 من الجرائم المشابهة لجريمة رشوة الموظفين العموميين مع ما يترتب عنه من آثار قانونيّة، كإمكانية استكمال النقص الموجودة في المادّة 27 بما جاء في المادّة 25-2 كالغرض من ارتكاب الجريمة. وهذه النظريّة تسمح بمعاملة محتوى المادّة 27 كجريمة مُستقلّة. لكن هناك حلاً آخر يسمح بتطبيق نفس الغرض على المادّة 27 ولكن وفق تكييف آخر.

البند الثاني: نظرية الظرف المُشدّد

يقصد بالظرف المُشدّد في الجريمة عارض⁵ يطرأ على جريمة سبق وأن استجمعت كل أركانها المؤسّسة⁶. يتبين مباشرة من هذا التعريف أنّ الرشوة عندما ترتكب طبقاً للمادّة 27 بمناسبة صفقة عموميّة -ظرفها المُشدّد المفترض- إنما تكون قد استجمعت من قبل كلّ أركانها المؤسّسة المُستندة من جريمة رشوة الموظفين العموميين كما نصت عليها المادّة 25-2، التي تشكل جريمة الرشوة البسيطة، وضمنها الغرض المأجور المتمثّل في القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يدخل ضمن واجبات المرتشي.

وتعتبر المادّة 27 كظرف مُشدّد لجريمة الرشوة الموظفين العموميين -ويتعلّق الأمر بظرف موضوعي، لأنّ الوقائع التي تنصّ عليها المادّة السّابقة لصيقة بملايسات ارتكاب السّلوك الاجرامي، وهو الذي يشكلّ الظروف المُشدّدة الموضوعية⁷، وبالتالي لا يُطبّق على من ساهم في الجريمة إلا إذا كان يعلم بهذا الظرف⁸ - لأنّها تعاقب الفاعل بعقوبات أصلية أشدّ من حيث الكميّة من تلك المُقرّرة في المادّة 25-2 - فالظرف المُشدّد يرفع من كميّة العقوبة المُقرّرة للفاعل في الجريمة⁹. ولقد أيد جانب من الفقهاء في الجزائر هذا التكييف. حيث يرى حاحا أنّ: "المشرع الجزائري اعتبر فعل الارتشاء في مجال الصّفقات العمومية ظرفاً مشدداً للعقاب"¹⁰، لأنّ عقوبة الحبس المُقرّرة لها "تمثل الحد

¹- R. GARRON, préc., p. 746 § 9.

²- R. GARRON, préc., p. 753 § 15.

³- R. GARRON, préc., pp. 754-760 §§ 16-20.

⁴- R. GARRON, préc., pp. 754-756 §§ 16-17 et pp. 758-760 § 20.

⁵- R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 92 § 46.

⁶- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 417 § 737.

⁷- V. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », *Rép. pén.*, novembre 2001, § 73.

⁸- ق.ع.، المادّة 44 (الفقرة 2).

⁹- M. DALLOZ, préc., § 1.

¹⁰- ع. حاحا، المرجع السابق، ص 319 ؛ ح. سعدي، المرجع السابق، ص 61.

الأقصى للعقوبات التي يمكن تطبيقها في جرائم الفساد عموماً وجرائم الفساد الإداري خصوصاً في حالة تطبيق الظروف المشددة المنصوص عليها في المادة 48 من [القانون رقم 06-01]¹، ولأنَّ غرامتها "رفعت إلى الضعف مقارنة بباقي جرائم الفساد الإداري"². نفس الرأي تبناه سعدي الذي يقول: "غير أننا نرى بأن المفهوم هو الصفقات العمومية بالمعنى الدقيق للصفقات، أي كل ما يتعلق بقانون الصفقات العمومية، وذلك بدليل تشديد العقوبة الذي أحدثه المشرع، بحيث لم تصبح جريمة الرشوة بسيطة، وإنما جريمة غير بسيطة، ولذلك حدّدت لها عقوبة غير بسيطة وهي من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، وأن الغرامة هي الأخرى من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج"³.

أما عنوان المادة 27 في القانون رقم 06-01، "الرشوة في مجال الصفقات العمومية"، فهو لا يعني أنّها تشكل جريمة مُستقلّة. إذ يجوز للمشرع أن يقرّر الظرف المُشدد في نصّ خاصّ ويعطيه عنواناً قانونياً خاصّ، ولا يُعتبر الظرف المُشدد برغم ذلك ركناً مُؤسّساً في الجريمة⁴. ولهذا السبب، لا يمكن الاستناد إلى ذلك العنوان من أجل إثبات استقلالية الواقعة المنصوص عليها في المادة 27 من القانون السابق أو نفي ذلك.

ومن شأن تطبيق أحد هذين الحلين -أو حل آخر يُبرّر شرط الغرض فيها- سد النقص الذي يعتري المادة 27 من القانون رقم 06-01 وجعلها جريمة رشوة حقيقية تخصّ الصفقات العموميّة.

نشير في الأخير إلى أنّ الغرض من ارتكاب جريمة المرتشي إذا نظرنا إليه من الناحية الماديّة، فإنّه يعتبر أيضاً مناسبة للاشتراك في تلك الجريمة: حيث إنّ الاشتراك في جريمة الرشوة لا يتوقف عند مرحلة ارتكاب السلوك الإجرامي (الطلب أو القبول) بل يمكن أن يقع أثناء قيام المرتشي بعمل من واجباته الوظيفية أو الامتناع عن القيام بعمل منها أيضاً⁵. وفي ظل سكوت المادة 27 من القانون رقم 06-01 عن تحديد الغرض من الجريمة، فإنّ الاشتراك فيها لا يتصور -تأسيساً عليه- إلا في مرحلة إتيان السلوك الإجرامي أيّ، قبض أجرة أو منفعة مهما كانت.

ثانياً: محتوى الركن المعنويّ المُكوّن للرشوة في مجال الصفقات العموميّة

يقتضي بحث محتوى الركن المعنويّ للواقعة المنصوص عليها في المادة 27 من القانون رقم 06-01 تحديد أولاً صورة الركن المعنويّ المشروط لقيام الجريمة (الفقرة "أ")، وتحديد بعد ذلك نوعه (الفقرة "ب").

أ- الركن المعنويّ المطلوب في الرشوة في مجال الصفقات العموميّة من حيث طبيعته

¹ - نقلاً بصُرف عن: ع. حاحا، المرجع السابق، ص 319. يراجع في نفس المعنى: ح. سعدي، المرجع السابق، ص 61.

² - ع. حاحا، المرجع السابق، ص 319. وفي نفس المعنى: ح. سعدي، المرجع السابق، ص 61.

³ - ح. سعدي، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - V. M. DALLOZ, préc., §§ 13-48.

⁵ - M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 293 § 253.

وقد ذكرت Rassat الأحكام القضائيّة التالية: أولاً، حكم محكمة النقض الفرنسيّة في 2 فبراير 1982. وأخيراً، حكمها في 9 نوفمبر 1995 (وقد أشارت Rassat بالخطأ إلى تاريخ 19 نوفمبر 1995)، وتعلّق باشتراك في الأعمال التّفيذية لاتّفاق رشوة تعلّق بصفقة عموميّة. نفس المرجع، هامش

3.

Cass. Crim., 2 février 1982, *Bull. Crim.*, n° 52 ; cass. crim., 9 novembre 1995, pourvoi n° 94-84.204, *Bull. crim.*, n° 346, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007067971> (28/10/2022).

لا شك إنَّ جريمة الرشوة، أيا كان شكلها، سواء كانت جريمة الراشي أم المرتشي، وسواء وقعت في القطاع العام أم الخاص، تعتبر جريمة عمدية¹. حيث يجب أن يرتكبها الفاعل بإرادة ووعي، بمعنى أن يريد الموظف العمومي طلب أو قبول المزية المطلوبة أو المقبولة وهو يعلم بعدم استحقاقها². وهذين الفعلين -الطلب والقبول؛ ومن باب أولى القبض- يعتبران عمديان بطبيعتهما، لأنهما يخالفان بكل وضوح واجب النزاهة المكلف به المرتشي³. كما أنّها عمدية بسبب بحث الفاعل فيها عن فائدة شخصية⁴.

من باب المقارنة، فإنَّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الملزمة للجزائر، شددت في جميع نصوصها المتعلقة بالتجريم على الطابع العمدي لجرائم الفساد بما فيها جريمة الرشوة، كالمادة 15 و 16 و 21 منها. مما يعني أن ركنها المعنوي يتمثل في القصد الجنائي.

وينطبق ذلك على الواقعة المحددة بالمادة 27 من القانون رقم 06-01 باعتبارها جريمة رشوة أيضا - فقد كيفها القانون السابق بذلك. حيث إنَّ القصد الجنائي يعتبر ركنا مؤسسا فيها. ويعني اتجاه إرادة الموظف العمومي إلى قبض أجرة أو منفعة وهو يعلم بأنّه موظف عمومي ينتمي إلى الأشخاص المعنوية العامة التي ذكرها نصّ التجريم، وأنّ سلوكه محظور جنائيا، وأنّه وقع بمناسبة صفة عمومية، وأنّ الأجرة أو المنفعة غير مستحقة. وبعبارة أخرى مجردة، أن يعلم بمختلف الشروط القانونية للجريمة⁵.

غير أنَّ عملية اثبات ذلك العمد بسيطة. ففوق الزامية توفر هذا القصد - كقاعدة عامة وليست خاصة بالجريمة الحالية- أثناء ارتكاب السلوك الإجرامي⁶، يكفي أن يرتكب الفاعل السلوك الإجرامي بغرض أداء واجب أو الامتناع عن أداء واجب للتحقق من وجوده⁷. وهذا موقف القضاء الجزائري الفرنسي⁸. فالركن المعنوي في الرشوة ليس له وجود مستقل عن الركن المادي كما لاحظ Vitu⁹. ولا يتعارض إثبات الجريمة بهذه الطريقة مع ما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد - الملزمة للجزائر - التي تقول في مادتها 28 ما يأتي: "يمكن الاستدلال من الملابسات الوقائعية الموضوعية على توافر عنصر العلم أو النية أو الغرض بصفته ركنا لفعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية". وهذه السمة ستلاحظ أيضا في جرائم الفساد الأخرى الخاصة بالصفقات العمومية.

ب- القصد الجنائي المطلوب لدى الفاعل في الجريمة من حيث نوعه

برغم أنَّ جريمة المرتشي تقتضي وجود قصد جنائي خاص لدى فاعلها -ويقصد به إرادة خاصة تتجه نحو تحقيق

¹- V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 288 « 1. Définition » ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 533 § 936 ; C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 296 § 567.

²- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 533 § 936.

³- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 57.

⁴- Cf. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 21 : « Si, les infractions qui supposent la recherche consciente d'un profit personnel, c'est-à-dire, les infractions intentionnelles liées à la corruption, peuvent difficilement relever du risque [...] ».

⁵- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 215 § 389.

⁶- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 217 § 393.

⁷- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 365.

⁸- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 288 « 1. Définition ».

⁹- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 365.

هدف محدّد¹ - فوق وجود القصد الجنائي العام الذي يعتبر نواة الخطأ العمدي وشروطا ضمنيا لوجود القصد الجنائي الخاص²، إلا أنّ الفقه الجنائي اختلف حول معناه. فحسب البعض فإنّ جريمة المرتشي تتطلب قصدا جنائيا خاصا يتمثّل حصريا في غرض الراشي من الجريمة الذي اقترح المرتشي تحقيقه، بمعنى القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجبات المرتشي³. وبما أنّ المادة 27 لا تذكر مثل ذلك الغرض، فإنّها تقوم، قياسا على هذا الرأي، بالقصد الجنائي العام فحسب. ولا يجب الانتقاص من قيمة هذا القصد في قيام الجريمة. حيث إنّهُ يعتبر عنصرا وجوبيا في القصد الجنائي المطلوب في الجريمة⁴.

بينما يرى جانب آخر من الفقه الجنائي أنّ ذلك القصد يتمثّل في اتجاه نية المرتشي نحو البحث عن مزية معينة، عن ذلك المقابل الذي رغب في الحصول عليه⁵. وهذا المعنى الأخير يتناسب مع ما جاء في المادة 27. حيث إنّ جريمة المادة 27 حتى وإن لم يشترط هذا النصّ الجنائي ذلك الغرض المحدّد - القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجبات الموظف العمومي المرتشي - تتطلب لوجودها القصد الجنائي الخاص أيضا. والذي يتمثّل في نية قبض أجرة أو منفعة طبقا للكييفيات المحددة بنصّ التجريم أثناء صَفقة عموميّة.

يلاحظ أخيرا أنّ الباعث لا يهم، أيا كانت طبيعته، في تكوين جريمة المرتشي⁶. وينطبق ذلك على المادة 27. فما عدا الباعث الذي يعتد به المُشَرِّع في الجريمة والذي يشكل القصد الجنائي الخاص⁷، كالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يدخل ضمن واجبات المرتشي - على افتراض اشتراط هذا الغرض في جريمة المادة 27 - أو قبض أجرة أو منفعة، لا يلعب الباعث - سيئا كان أم نزيها - أيّ دور رئيسي في قيام الجريمة. لكنه قد يقوم بذلك الدور أثناء تحديد العقوبة، فيعتد به القاضي الجزائي لتقدير كميّة العقوبة الواجبة التطبيق على الشّخص المُدان.

خلاصة القول إنّ الرِّشوة في مجال الصّفقات العموميّة تعتبر جريمة عمدية. وهذه السمة، كما سوف نرى، تميز جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة محل الدّراسة هنا عن الجرائم الأخرى غير العمدية التي قد ترتكب في اطار هذه العقود. فهناك جرائم غير عمدية تُطبّق على الصّفقات العموميّة بسبب اخلال المتعاقد مع الإدارة العموميّة مثلا بواجب السلامة⁸.

المطلب الثاني: الأركان الخاصّة بجريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العموميّة

عرّفَتها المادة 26-2 من القانون رقم 06-01 بقولها: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: [...] 2- كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من

¹ V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 63.

² V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 57.

على أنّ جدال ثار بين الفقه حول هل يستغرق القصد العام القصد الخاص أم بالعكس القصد الخاص هو من يستغرق القصد العام. يراجع:

J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp. 221-222 §§ 404-406.

³ V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 63.

⁴ J.-C. BERREVILLE, préc., pp. 869-870.

⁵ S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 262.

⁶ S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 261.

⁷ V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 63.

⁸ V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 176-190.

القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل".

باستثناء الصفة الخاصة لفاعلها المادي¹، وميدان ارتكابها المتعلق بالصفقات العمومية، والغرض المتميز لفاعلها، تتألف هذه الجريمة من نفس العناصر المادية لجريمة استغلال النفوذ². بل وأيضا تشابه مع جريمة الراشي³. وهذا ما يتضح من حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 سبتمبر 2011 جاء فيه أن الجريمة السابقة تقابل في القانون الفرنسي جرمي الرشوة الإيجابية (المادة 433-1 من قانون العقوبات) واستغلال النفوذ المرتكب من طرف الأفراد (المادة 433-2 نفس القانون). وعلى هذا الأساس أيدت المحكمة تسليم شخص يحمل جنسية جزائرية يتواجد على الاقليم الفرنسي ارتكب على الاقليم الجزائري، فوق جرائم فساد أخرى، جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 01-06. ولقد دفع الشخص المطلوب تسليمه، لإنكار توافر شرط ازدواج التجريم لتسليم المجرمين طبقا للقانون الفرنسي، بأن القانون الفرنسي لا يعاقب على الأفعال المذكورة في المادة 26 السابقة. لكنها رفضت ذلك، لأن المادتين 433-1 و 433-2 من قانون العقوبات الفرنسي تعاقبان على نفس الأفعال المنصوص عليها في القانون الجزائري⁴. وهذا يعني أن المقارنة بينها وجرمي الرشوة واستغلال النفوذ أمر حتمي لفهم أركانها المؤسسة. وعليه، ستطرق هذه الدراسة إلى جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 01-06 بالنظر إلى سلوكها المادي (الفرع 1)، وغرضها الإجرامي المتميز (الفرع 2).

الفرع الأول: السلوك المادي المجرم

حدده نص التجريم. ويتمثل في قيام المتعاقد مع الإدارة العمومية باستغلال سلطة أو تأثير موظف عمومي محدد (الفقرة الأولى). غير أن نص التجريم غير كامل، حيث لم يذكر سلوكا إجراميا آخر ضروري لاستغلال السلطة أو التأثير نجده في جرمي الرشوة واستغلال النفوذ (الفقرة الثانية).

أولا: السلوك المادي المطلوب قانونا

ويتمثل في استعمال سلطة أو تأثير موظف عمومي محدد. ويعتبر من أهم عناصر الجريمة. فهو الذي يُحدد متى يعتبر تعديل الصفة العمومية متعارضا مع أحكام القانون الجنائي، وبالتالي غير مشروع، لأن الغرض من ارتكاب

¹- V. A. BENCHENEB, préc., p. 790.

²- القانون رقم 01-06، المادة 1-1.

³- القانون رقم 01-06، المادة 1-25. وقد ذكر Zaalani التشابه بينها وجرمي الرشوة واستغلال النفوذ. يراجع:

A. ZAALANI, préc., p. 335 marge n° 6.

⁴- Cass. crim., 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-84.665, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20110913-1184665> (19/03/2023).

هذه الجريمة، إذا نُظِرَ إليه بمعزل عن عنصر استغلال سُلطة أو تأثير العمومي¹ يكون مشروعا في نظر القانونين الإداري والجنائي. ويقتضي هذا العنصر معالجة مسألتين. أولا، معنى استغلال السُلطة أو التأثير. ويشار في هذا الصدد إلى أنَّ استغلال التأثير يعتبر الغرض من جريمة استغلال النفوذ². وثانيا، تحديد الموظف العمومي الذي يستغل المتعاقد مع الإدارة العمومية سُلطته أو تأثيره. ولم نعالج هذه الصفة في الفصل 1 من هذا الباب، لأنَّ ذلك الشَّخص لا يدخل في مفهوم الفاعل المباشر في الجريمة.

أ- معنى استغلال سُلطة أو تأثير موظف عمومي

يجب التعامل مع لفظ "السُلطة" و"التأثير" الذي ينصب عليهما الاستغلال بانتقاء. فاستغلال السُلطة يدل في الحقيقة على جريمة الرشوة. لأنَّ الرشوة تقوم على أساس المتاجرة بالسُلطة، ويُؤَجَر فيها المرتشي على قيامه شخصا بواجبه³. وتقوم عندما يكون الشَّخص مخولا مباشرة ممارسة السُلطة⁴. أما استغلال التأثير فيدل بالعكس من ذلك على جريمة استغلال النفوذ التي يؤجر فيها المُتاجر بنفوده عن استعماله لنفوذه من أجل حث الغير على القيام بالعمل المرغوب، بحيث يعتبر كالوسيط⁵. ويجب أن يتمتع -ولو ظاهريا- بالنُّفوذ لكي يستطيع التَّعَسُّف في استعماله⁶. على أنَّ النُّفوذ يُعَد من توابع الوظيفة العمومية الذي تمنحه هذه الأخيرة إلى الموظف العمومي⁷. أما الغير فيعتبر صاحب السُلطة، بل ومتجاهلا للاتفاق غير المشروع بين الوسيط وصاحب المصلحة⁸. وهذا يثبت صحة ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في القضيَّة المذكورة سابقا أين اعتبرت هذه الجريمة كمزيج من الرشوة واستغلال النُّفوذ للحكم بتسليم الشَّخص المطلوب إلى العدالة الجزائية.

مع الملاحظة في هذا الصدد أنَّ مدى صعوبة التمييز أحيانا بين العمل الذي تسهله الوظيفة المندرج ضمن جريمة الرشوة -وتعرف حالته باسم Para-corruption⁹ - الذي يشمل أعمالا لا ترتبط مباشرة بسُلطات الموظف، والعمل الناتج عن استغلال النُّفوذ¹⁰. وهذا التمييز غير واجب فيما يتعلَّق بجريمة المادَّة 26-2 أين يزول الفرق بينهما. فأيا كان تكييف القاضي الجزائي لهذا النوع من الأعمال، فإنَّ الجريمة تقوم، لأنَّها تعاقب على استغلال السُلطة المتضمن معنى الرشوة أو استغلال التأثير المتضمن استغلال النُّفوذ.

يلاحظ كذلك أنَّ نصَّ الجريمة لم يذكر بصراحة، بخلاف جريمة استغلال النُّفوذ المنصوص عليها في المادَّة 32 من القانون رقم 06-01، إنَّ كان يلزم لقيام الجريمة أن يكون تأثير الموظف العمومي فعليا أم أنَّ التأثير المفترض يكفي

¹ - ومعزل أيضا عن احترام المبادئ الأساسية للصِّفقات العمومية، لأنَّ مخالفتها قد تشكل جريمة المحاباة.

² - A. CHRISTOPHE, préc., pp. 385-386 § 515.

³ - R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 68 § 1181.

⁴ - C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 299 § 573.

⁵ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 709.

⁶ - C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 299 § 572.

⁷ - R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 68 § 1181.

⁸ - C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 298 § 569.

⁹ - M. SEGONDS, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », préc., p. 1068 sq. § 9.

¹⁰ - V. A. CHRISTOPHE, préc., p. 386 § 515 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 737.

لوحده. ويكون التأثير فعلياً عندما يكون للموظف نفوذ "تمنحه إياه وظيفته أو صفته"¹. حيث يكون للشخص نفوذاً حقيقياً². أما التأثير المفترض، فيقع عندما يدعي الموظف، بواسطة الغش، امتلاكه لنُفوذ مما يضر بالثقة في الوظيفة العمومية³. ويستخلص نوع النُفوذ من عناصر القضية⁴. وإن كان ذلك صعباً في حالة النُفوذ المفترض⁵. وهذا يعني أنَّ جريمة المادة 26-2 تقوم قانونياً إذا كانت السُّلطة أو التأثير مفترضا أيضاً.

ب- الموظف العمومي الذي يستغل الفاعل الماديَّ سُلطته أو تأثيره

اشتراط نصّ التجريم أنَّ يكون الشخص الذي يستغل المتعاقد مع الإدارة العمومية سُلطته أو تأثيره عوناً عند هيئات حدّدها حصرياً. وهي نفس الهيئات التي يجب أنَّ يتعاقد معها الفاعل الماديّ لكي تقوم الجريمة. وهذا منطقي. فالإدارة المتعاقدة بمفردها من تملك سُلطة تحرير البنود الاتفاقية، أثناء الإبرام لإعلانها كشروط للتعاقد أو أثناء التنفيذ كشروط للتنفيذ، دون استشارة المتعاقد معها⁶. فمن البديهي اذن أنَّ يلجأ الفاعل إلى موظف عمومي ينتمي إليها لتعديل تلك البنود. وتتمثل تلك الهيئات في: 1- الدولة. 2- الجماعات المحليّة. 3- المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام. 4- المؤسسات العمومية الاقتصادية. 5- والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. ومبدأ التفسير الضيق للنص الجنائي يقتضي تطبيق الجريمة في حالة استغلال سُلطة أو تأثير هؤلاء الموظفين فقط⁷.

مع الملاحظة أنَّ صفة الموظف العمومي ليست شرطاً حصرياً في جريمة استغلال النُفوذ في القطاع العام، بعكس جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01، حيث يجوز استغلال نُفوذ "أي شخص آخر" سواه⁸. مما يعني أنَّ جريمة استغلال النُفوذ في القطاع العام قد ترتكب من طرف شخصين خاصين⁹. وبالمقابل فإنَّ شرط الصفة في صاحب السُّلطة أو التأثير كموظف عمومي يتطابق مع جريمة الراشي¹⁰. كما أنَّها ليست دليلاً لإثبات وصف الجريمة المُخصَّصة لجريمة المادة 26-2. حيث إنَّ هذا الوصف يحقّ عندما يتطلب المُشعّر في الفاعل الماديّ للجريمة

1- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 99.

2- C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 300 § 574.

3- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 99.

4- A. CHRISTOPHE, préc., p. 386 § 515.

5- C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 300 § 574.

6- V. V. BOUHIER, J. HEINICH, Clause de réexamen, de dureté et de *hardship*, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019, p. 154.

7- وهذا قياساً على جريمة المحاباة. ففي القانون الفرنسي التي عندما يرتكبها موظف عمومي غير مذكور في نصّ التجريم، فإنَّ المبدأ السابق يؤدي إلى عدم اعتباره فاعلاً فيها، ويمكن أنَّ يعتبر بالعكس شريكاً أو مخفياً لا أكثر. يراجع:

J. LASSERRE CAPDEVILLE, note sur cass. crim., 7 septembre 2022, pourvoi n° 21-83.121, AJ Pénal, 2022, n° 10, p. 477 sq.

8- القانون رقم 06-01، المادة 32. يراجع أيضاً: 376 §, A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc.,

9- B. PEREIRA, *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, préc., p. 162 ; C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., pp. 298-299 § 570 ; M.-C. SORDINO, préc., p. 204.

10- القانون رقم 06-01، المادة 25-1.

صفة شخصية خاصة¹.

يتبين من هذا أن جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01، وبعكس جرائم الفساد الأخرى الخاصة بالصفقات العمومية، تتكون من ثلاثة شروط أولية تتمثل في الآتي: أولاً، التصرف القانوني الاتفاقي ثانياً، صفة المتعاقد لدى الفاعل المادي في الجريمة، ثالثاً وأخيراً صفة الموظف العمومي لدى الشخص الذي يستغل الفاعل سلطته أو تأثيره لقضاء حاجته.

كذلك يلاحظ أن القانون رقم 06-01 لم يستعمل، لتحديد ذلك الشخص، لفظ "الموظف العمومي". إنما عبرت عنه المادة 26-2 من القانون رقم 06-01 "بأعوان الهيئات المذكورة". ويلاحظ منه الاختلاف بين تعريف الموظف العمومي الذي يستفيد الفاعل في الجريمة من سلطته أو تأثيره وبين تعريف الموظف العمومي في المادة 2-ب من نفس القانون². بحيث إن المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية لا تدخل في نطاق الجريمة، لأن المادة 26-2 من القانون السابق لم تذكرها³. إضافة إلى مكاتب الدراسات التي قد تستشيرها الإدارة العمومية المتعاقدة بمناسبة إجراء صفقة عمومية⁴.

وكان يجب عليه تطبيق تعريف الموظف العمومي عليها. حيث يجوز مثلاً أن تُبرم مؤسسة خاصة، لغرض تنفيذ عقد امتياز، صفقة عمومية مع شخص خاص آخر، فيستغل المتعاقد معها تأثير أو سلطة أحد أعوانها للغرض المحدد بالمادة 26-2 من القانون رقم 06-01. مع الملاحظة أن الإدارة العمومية صاحبة الامتياز عندما تفسخ عقد الامتياز مع المتعاقد معها -لسبب آخر غير ارتكاب جريمة ما- فإنها تستطيع رفض مواصلة تنفيذ صفقة عمومية أبرمت بين المتعاقد معها ومؤسسة أخرى، لأنه يجوز لها أن ترفض الحلول محل المتعاقد السابق معها لمواصلة تنفيذ العقود التي أبرمها من قبل، إذا ترتبت عنها التزامات غير عادية التزم بها هذا الأخير بدون أخذ موافقتها⁵.

وأخيراً، إن الموظف العمومي السابق الذي ينزل عند رغبة المتعاقد مع الإدارة العمومية فيستغل سلطته أو نفوذه لمصلحة ذلك الشخص قد يرتكب بفعله السابق جريمة الرشوة (المادة 25-2) أو استغلال النفوذ (المادة 32-2) بحسب الشيء المُستغل (سلطة أو نفوذ) لكن، إذا ثبت أنه حصل حقاً على مزية غير مستحقة أو على الأقل على وعد بها. يمكن كذلك متابعته جزائياً بجريمة اختلاس الأموال العمومية (المادة 29 من القانون رقم 06-01) إذا ترتب عن استغلال السلطة أو التأثير زيادة في أسعار الصفقة العمومية -وهو من أغراض المتعاقد من ارتكاب الجريمة حسب نص التجريم- زيادة غير مبررة⁶.

ثانياً: السُّلوك المادي الناقص من نص التجريم

¹- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 126.

²- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 170-169.

³- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 170؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 236.

⁴- ك. علة، المرجع السابق، ص 237.

⁵- V. G. LE CHATELLIER, « Fin de concession : quelles conséquences ? », A.J.C.T., 2019, n° 4, préc., p.173sq.

⁶- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 157.

يتمثل هذا السلوك في وعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحها إليه بشكل مباشر أو غير مباشر. وسنحاول فيما يلي تحديد معناه في جرمي الرشوة واستغلال النفوذ، لتطابقهما مع جريمة المادة 26-2 (الفقرة "أ") ثم محاولة تطبيق ذلك على هذه الأخيرة (الفقرة "ب").

أ- موقف القانون رقم 06-01 في جرمي الرشوة واستغلال النفوذ

يعتبر ذلك السلوك شرطا أساسيا في جرمي الرشوة واستغلال النفوذ¹ المتطابقتان مع جريمة المادة 26-2، وعنصرا مشتركا بينهما². حيث جاء في المادة 25-1 أن جريمة الراشي تقوم في حق "كل من وعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر". أيضا تنص المادة 32-1، وبنفس الصياغة، على أن استغلال النفوذ يعتبر قائما في حق "كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر".

أما الوعد بمزية غير مستحقة وعرضها، فإنه يشكل عرضا لإبرام اتفاق رشوة أو استغلال نفوذ بين الراشي أو الزبون، حسب الجريمة المرتكبة، والموظف العمومي المستهدف³. كما أنه عبارة عن محاولة ضمها المشرع إلى صور الجريمة التامة، ولهذا لا يتوقف قيام الجريمة على قبول الموظف المستهدف ذلك العرض⁴. ومنح تلك المزية، كآخر سلوك مجرم، يدل على الحالة التي يستجيب فيها الراشي أو مستغل النفوذ لطلب الموظف العمومي⁵.

أما معنى ارتكاب الجريمة بشكل مباشر أو غير مباشر فهو أن الوعد أو العرض أو المنح يمكن أن يتم إما من طرف الفاعل شخصيا أو بواسطة شخص آخر - الوسيط الذي يأخذ حكم الشريك في الجريمة⁶.

من جهة أخرى، فإن جريمة استغلال النفوذ تقوم من وجهة نظر قانونية، ولو كان من الممكن الحصول على الحاجة - بمعنى الغرض من ارتكاب الجريمة - بدون نفوذ وتأثير الموظف العمومي⁷. ويبدو أن هذه الحالة لا تندرج في المادة 26-2، لأن نص التجريم يشترط التعديل على العقد لمصلحة الفاعل في الجريمة، وهذه المصلحة لا تسمو على المصلحة العامة التي يحميها العقد الإداري، وبالتالي لا تصلح بمفردها كمبرر لتعديله، ما لم يرتكب المتعاقد جريمة ما لحت الإدارة على ذلك.

ب- موقف القانون رقم 06-01 في المادة 26-2

لم تشترط المادة 26-2 لارتكاب الجريمة أن يقوم المتعاقد مع الإدارة العمومية بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحها إياه. حيث سبق وأن لاحظ الفقه أن الجريمة لا تشترط لقيامها وجود مزية غير

1- A. CHRISTOPHE, préc., p. 385 § 514.

2- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 794.

أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 102، ك. علة، المرجع السابق، ص 68.

3- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 135, 796.

4- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 135, 796.

5- ك. علة، المرجع السابق، ص 69.

6- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 135, 796.

7- V. M.-C. SORDINO, préc., p. 205.

مستحقة¹. إذ تعتبر هذه المزية موضوع *Objet* السلوك الناقص من نص التجريم². ولهذا العيب تفسيران. إما أن المُشرّع تجاهل سهوا الإشارة إلى ذلك العنصر. وهو ما يعني ضرورة توافره لقيام الجريمة. وبناءً على نظرية الجرائم المتشابهة بالنظر إلى مُكوّناتها، يجوز للقاضي الجزائي استدراك ذلك النقص بالرجوع إلى أحكام المادتين 1-25 و32-1 من القانون رقم 06-01، حيث لا يتعارض ذلك بتاتا مع قاعدة حظر القياس في القانون الجنائي، مع ضرورة احترام مبدأ التفسير الضيق للنص الجنائي في كل ذلك³.

أو أنه أراد المعاقبة على الاستغلال المجاني للسلطة أو التأثير. فاستغلال النفوذ مجانا لقضاء مصلحة ما جائز في نظر القانون الجنائي، ما دام لا يشكل جريمة أخرى يعاقب عليها القانون كجريمة المحاباة مثلا⁴. وهذه الإباحة تنطبق عندما يشترط القانون لتكوين الجريمة الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها إلى الشخص المستهدف. فجريمة الرشوة مثلا لا تعاقب على القيام بواجب مجانا نتيجة توسلات أو توصيات، لأنها مأجورة دائما⁵. أما في جريمة المادة 26-2، فيتبين من أنموذجها القانوني سقوط ذلك الشرط، وعدم الاعتداد به كعنصر في الجريمة. ونتيجة لهذا، وعملا بالتفسير الحرفي للنص الجنائي، لا تقتصر الجريمة على الاستغلال المأجور، بل تُطبّق أيضا على الاستغلال المجاني الناجم عن مناشدات أو توسلات من الفاعل الجنائي، خلافا للقاعدة العامة السابقة.

علما أن القاضي الجزائي، ما دام المُشرّع أراد ذلك، غير مخول بتطلب الشرط السابق للقول بوجود الجريمة، لأنه سيخلق جريمة جديدة لم ينص عليها القانون. وسلطة إنشاء جرائم جديدة، فضلا عن أنها محظورة في الوقت الحاضر حتى في القانون الانجليزي الذي كان يمنح هذه السلطة للقاضي الجزائي⁶، تخالف مبدأ الشرعية الجنائية المكرس في الدستور الجزائري⁷ وقانون العقوبات⁸.

ومن نتائج هذا التفسير أن إثبات تحقق ركنها المادي يقتضي أن يقوم القاضي الجزائي بإثبات طلب المتعاقد من الموظف العمومي التدخل لمصلحته في الصفة العمومية أو من خلال جواب هذا الأخير لطلبه⁹. وأن المحاولة فيها متصورة في حالة الوعد بمزية غير مستحقة الصادر عن المتعاقد مع الإدارة العمومية، بما أن المادة 26-2 لا تعاقب على هذه الصورة كجريمة تامة، على عكس الرشوة واستغلال النفوذ، كما يتضح من السابق. فعدم المعاقبة عليه قانوناً لا يعني أنه مستحيل عملياً. غير أن إثبات هذا الوعد يبدو صعبا، نظرا لطابعه الخفي¹⁰.

¹- A. BENCHENEB, préc., p. 790.

²- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 146, 802.

³- R. GARRON, préc., pp. 742-743 § 5, pp. 754-756 § 17, pp. 758-760 § 20.

⁴- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 709.

ولذلك قيل بأنّ تعبير المتاجرة بالنفوذ *Trafic d'influence* منتقد، لأنّ الجريمة تقوم أيضا بدون مقابل. نفس المرجع، نفس المكان.

⁵- V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 369.

⁶- V. E. GRANDE, « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : vision globale », R.I.D.C., 2004, n° 1, p. 122 et marge n° 4, www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252 (09/04/2018).

⁷- الدستور الجزائري لسنة 2020، المادّتان 43 و167.

⁸- ق.ع.، المادة 1.

⁹- V. A. BENCHENEB, préc., p. 790.

نفس المعنى: ك. علة، المرجع السابق، ص238.

¹⁰- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 138, 798.

للتذكير، إنَّ القانون رقم 06-01 يعاقب على المحاولة في جميع جرائم الفساد بموجب المادة 52 (الفقرة 2) بقولها: "يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها"، والمقصود "بنفس العقوبات المقررة للجريمة التامة" طبقاً لنصها الفرنسي¹. ويعتبر النصّ بصراحة في التشريع على المعاقبة على المحاولة في الجرح شرطاً أساسياً، لأنَّ "المحاولة في الجرح لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون"، حسب المادة 31 (الفقرة 1) من قانون العقوبات. فالمحاولة لا تناسب جميع الجرائم التي لا تتطابق مع شروط المحاولة إما بسبب ركنها الماديّ حيث لا يمكن أنْ نتصور البدء في تنفيذها كالجرائم ذات السلوك السلبيّ أو بسبب ركنها المعنويّ وتحديد الجرائم المُتَكَوِّنة من خطأ غير عمدي، لأنَّ المحاولة تتطلب الخطأ العمدي². ومن نتائج تطبيق المحاولة على جرائم الفساد أنَّ القاضي الجزائي يستطيع المعاقبة على الجريمة المستحيلة من خلال تشبيهها بالمحاولة المعاقب عليها أيضاً³. وبالمساواة بين عقوبة الجريمة التامة وعقوبة المحاولة في القانون رقم 06-01، وسبب هذه المساواة أنَّ الفشل في إتمام الجريمة لا يرجع إلى إرادة الفاعل⁴ والتي تضمن أيّ، تلك المساواة، وحدة الأساس الذي يحكم المعاقبة على المحاولة وهو المعاقبة على النية الإجرامية أياً كانت الجريمة⁵، يكون المُشَرِّع الجزائري قد خالف ذلك الرأي -وَمِمَّن نادى به الفقيه الايطالي Beccaria- الذي يذهب إلى تطبيق عقوبة أشدَّ على الجريمة التامة، وتقرير عقوبة أقلَّ للمحاولة لتشجيع المُجرِّمين على التخلي عن إتمام مشروعهم الاجرامي⁶. وهذا الرأي الفقهي يتناسب جيداً مع توجه القانون رقم 06-01 الذي يشجع ببعض أحكامه الفاسدين على التخلي عن المساهمة في الجريمة، وهو ما يتبين بالضبط من المادة 49 منه التي قرَّرت الاعفاء من العقوبة أو تخفيضها إلى النصف في حال قرَّر أحد المساهمين في الجريمة المساعدة في القبض على أطرافها الأخرى⁷. لكن يبدو أنَّ التخفيف من العقوبة في حالة المحاولة ممكن، لأنَّ الحد الأدنى من عقوبتي الحبس والغرامة المُقرَّرة لجرائم الفساد منخفض جداً. فمثلاً تقدر مُدَّة الحد الأدنى من عقوبة الحبس بستين في الجرائم المحددة بالمادتين 26 و 35 من القانون رقم 06-01، وهي مُدَّة بسيطة لو قارناها بالحد الأقصى المتمثِّل في عشر سنوات الذي يمكن تطبيقه على الجريمة التامة.

والأخطر من ذلك أنَّ الموظف العمومي الذي استغل سُلْطته أو تأثيره للحصول على حاجة الفاعل في جريمة المادة 26-2 لا يتعرض للمساءلة الجزائية بالرشوة (المادة 25-2) أو استغلال النفوذ (المادة 32-2) -إذ لا تنصَّ المادة 26-2 على جرمته- عندما يقع الاستغلال مجاناً، لأنَّ المزية غير المستحقة شرط في جرمي الرشوة واستغلال النفوذ التي تنطبق عليه. بينما قد يشكل فعله جريمة المحاباة (المادة 26-1) بشروطها الدقيقة -بخاصة مخالفة حكم

¹- L'article 52, al. 2, de la loi n° 06-01 : « La tentative des infractions prévues par la présente loi est punie des peines prévues pour l'infraction consommée ».

²- D. REBUT, « Tentative », préc., §§ 71-73.

³- V. D. REBUT, « Tentative », préc., § 56.

⁴- D. REBUT, « Tentative », préc., § 62.

⁵- D. REBUT, « Tentative », préc., § 66.

⁶- C. BECCARIA, préc., § XIV, p. 84.

كذلك من الأسباب المؤيدة لسن عقوبة مُحَقَّفة في المحاولة أنَّ النتيجة المحظورة جنائياً في المحاولة تتخلف، وبالتالي لا يوجد هناك اعتداء فعلي على النظام

العام. D. REBUT, « Tentative », préc., § 62.

⁷- يراجع حول ذلك: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

تَشْرِيعِي أو تنظيمي يتعلّق بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية - حيث عادة ما يتابع مع الموظف العمومي على أساس المحاباة والمتعاقد على أساس الجريمة الثانية¹. أو بناءً على مساهمة جنائية أصلية بالتخريض في جريمة المادة 2-26.

يشار في الأخير إلى أمرين. أولاً، إذا تبين أنّ المتعاقد مع الإدارة العمومية وعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحها إليه، من أجل الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، فإنّ سلوكه قد يعتبر الجريمة المنصوص عليها في المادة 2-26 إلى جانب وصفه بجريمة الرشوة أو استغلال النفوذ أيضاً. وفي هذه الحالة يحتكم القاضي الجزائي إلى قاعدة تقول بأنّ النصّ الخاصّ يقيد النصّ العام، والتي تؤدي دائماً إلى تطبيق المادة 2-26، لأنّها تتضمن شروطاً تخصّ قيام الجريمة، والتي استثنى المشرّع بسببها الواقعة المُجرّمة من نطاق النصّ العام³.

ثانياً، إنّ المادة 2-26 إذا ما قارناها بجريمتي الرشوة واستغلال النفوذ، تنصّ على جريمة الشّخص المُستغلّ للسلطة أو التأثير، ولا تنصّ كما عليه الحال في الجريمتين السابقتين على جريمة الموظف العمومي. وقد يتابع هذا الأخير عندما يشارك -الاشتراك هنا ليس بمعنى المساهمة الجنائية في الجريمة- في جريمة المادة 2-26 بالرشوة (المادة 2-25) أو استغلال النفوذ (المادة 2-32) حسب ما إذا قام باستغلال سلطته أو تأثيره.

كما يشار أيضاً إلى عدم أهميّة المزية غير المستحقة في تكوين الجريمة الناحية القانونية. غير أنّ الواقع قد يختلف عن ذلك. فملايسات ارتكاب الجريمة المحددة بالمادة 2-26 قد تكشف عن وجود وعد بمزية غير مستحقة تلقاه العون العمومي، أو مزية مستحقة عرضها عليه الفاعل المباشر في الجريمة أو منحها فعلاً إليه. فمثل هذه الجرائم لا يتصور أنّ ترتكب بدون مقابل. غير أنّ وجود أو انعدام هذا المقابل لن يؤثر على قيام الجريمة. مما يعني أنّ النيابة العامة معفية من تقديم الدليل عليه. لكنه قد يؤثر في تحديد العقوبات.

الفرع الثاني: تعديل عقد الصفقة العمومية

جريمة الرشوة واستغلال النفوذ هدفان عامان لكنهما مختلفان⁴. فجريمة الرشوة تهدف إلى قيام الموظف العمومي المرتشي "بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته" (المادة 1-25). أما جريمة استغلال النفوذ فغرضها "الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص آخر" (المادة 1-32). أما جريمة المادة 2-26، فيجب، كما لاحظ Bencheneb، أنّ يستهدف الفاعل في الجريمة أحداث نتيجة مفيدة له بصورة غير عادية Résultat anormalement avantageux⁵.

¹ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 188. صدر هذا الحكم في ظل المادة 423 من قانون العقوبات الملغاة، والتي تقابل المادة 26 من القانون رقم 06-01 حالياً.

² - يراجع حول المساهمة بالتخريض: هذه الدراسة، ما يأتي.

³ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 294-295 § 341.

⁴ - C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, préc., p. 299 § 571.

⁵ - A. BENCHENEB, préc., p. 790.

هذا النوع من الأغراض محظور في القانون الإداري كذلك بناءً على واجب الوفاء في الروابط العقدية *Devoir de loyauté* الذي يهدف إلى منع المتعاقد من تحويل، عمداً، العقد عن هدفه الاقتصادي من أجل الحصول على ربح غير عادي أو غير نزيه، حيث يعتبر عملاً مخالفاً لذلك الواجب ارتكاب المتعاقد لأي فعل يمس بالنزاهة بدافع الثراء المفرط أو بسوء نية¹. تماماً كجريمة المادة 26-2 الجسيمة السابقة. وهذا بعكس جريمة المحاباة التي يعاقب عليها نص المادة 26-1 التي تحظر مخالفة الإدارة المتعاقدة ممثلة في أحد أعوانها، وهو الفاعل في الجريمة، لمبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، حيث يقتضي هذا المبدأ القيام بالإشهار الذي يعتبر من تطبيقات الوفاء في الروابط العقدية حسب القانون المدني، لأن احترام مبدأ الشفافية لا يجد أساسه في القانون الإداري في واجب الوفاء في الروابط العقدية².

ولقد حدّد نصّ التّجريم -المادة 26-2- بالتحديد- حالات ذلك الغرض على سبيل الحصر. وهي خاصّة وليست عامة كما في الجريمتين السابقتين. ويمكن جمعها تحت موضوع موحد هو تعديل الصفقة العمومية، ودراستها من ناحيتين: من الناحية المادية (الفقرة الأولى)، ومن الناحية النفسية (الفقرة الثانية).

أولاً: التعديل المحظور من وجهة النظر المادية

يتعلّق الأمر أولاً بالجانب المالي للعقد عن طريق الزيادة في الأسعار (الفقرة "أ")، وثانياً بالجانب الموضوعي للعقد بالتغيير في نوعية المواد أو الخدمات (الفقرة "ب")، وأخيراً بالجانب الوقي للعقد من خلال تعديل آجال التسليم أو التموين (الفقرة "ج").

أ- التعديل على سعر الصفقة العمومية

تعتبر الصفقات العمومية، كما سبق القول، من عقود المعاوضة. وهذا الوصف -أي، عقد المعاوضة- يشمل بالضرورة مفهوم السعر في الصفقات العمومية، كما لاحظ محافظ الدولة Casas³، والذي ينصب عليه التعديل المحظور جزائياً بالمادة 26-2 من القانون رقم 06-01. لهذا يعتبر وصف الصفقات العمومية بأنها عقود معاوضة نقطة البداية الصحيحة للدراسة هنا. ويعرف السعر في قانون الصفقات العمومية بأنه مبلغ تدفعه الإدارة العمومية لقاء الأداء المُنفذ *Prestation réalisée*⁴. ويعتبر من حقوق المتعاقد مع الإدارة العمومية⁵ وفي الوقت ذاته من الالتزامات المالية للإدارة العمومية *Obligations pécuniaires*⁶ وهذا، مثل سائر المعاملات الاقتصادية، بحيث يعتبر ديناً بالنسبة إلى المصلحة المتعاقدة (المدين) وحقاً بالنسبة إلى المتعاقد معها (الدائن)⁷. ومن خلاله تتضح

¹ V. Ch.-É. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, France, Dalloz, 2011, p. 102 § 114.

² L. MARGUERY, « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *R.F.D.A.*, 2012, n° 4, p. 663 sq.

³ V. D. CASAS, préc., p. 1083 sq.

⁴ C. BERGEAL, concl. sur C.E., 7 avril 1999, *Commune Guilherand-Granges*, req. n° 156008, *A.J.D.A.*, 1999, n° 6, p. 517 sq. V. aussi M. MORALES, « Le prix négatif dans les marchés publics », *A.J.D.A.*, 2015, n° 27, p. 1527 sq.

⁵ ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 229.

⁶ Ch. LAJOYE, préc., p. 171.

⁷ V. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t.

العلاقة ما بين الصفقات العمومية والمال العام¹، حيث يتم تسديده إلى المتعاقد مع الإدارة العمومية بالإففاق من المال العام². ويعكس باعث الربح لدى المتعاقد مع الإدارة العمومية الذي يدفع بصاحبه إلى حد ارتكاب الجريمة. فـالمتعاقد مع الإدارة العمومية يرغب دائما في رؤية سعر عقده يزيد، بعكس الإدارة المتعاقدة التي تفضل المحافظة على السعر كما هو منذ البداية³.

ومن هنا تظهر العلاقة الوطيدة بين الزيادة في السعر وجريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01. فتعديل هذا السعر يعتبر أول غرض للفاعل المادي للجريمة حسب المادة 26-2 التي اشترطت بوضوح أن يهدف التعديل عليه إلى الزيادة فيه - وبالتالي الزيادة في أحد التزامات الإدارة العمومية⁴. مع العلم أن المقابل المالي في العقد يستلزم ضمينا إثراء الذمة المالية لأحد الأطراف على حساب الذمة المالية للطرف الآخر⁵. مما يعني أن الزيادة في هذه الحالة تصب في مصلحة الفاعل دائما. الأمر الذي يقضي من دائرة الجريمة في حالة التعديل على السعر العقد الذي تكون فيه الإدارة العمومية في منزلة البائع. ولقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 21-219 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال طرق تعديل السعر في الصفقات العمومية للأشغال وهي بتحيينها قبل الشروع في التنفيذ أو مراجعتها خلال مدة التنفيذ⁶.

وعليه فإن التعديل الذي قد يطرأ على السعر لإنقاصه يخرج عن نطاق الجريمة. ولقد سبق وأن نقضت المحكمة العليا في الجزائر بتاريخ 3 ديسمبر 1998 قرار غرفة الاتهام بمجلس قضاء عنابة لأنه أحال الطاعن إلى محكمة الجنايات على أساس أنه ارتكب جريمة استغلال سلطة عون عمومي تابع لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري للتخفيض من سعر الصفقة بمناسبة إجراءات بيع بالمزاد العلني⁷.

كذلك تخرج حالة الإنقاص Réfaction⁸ عن نطاق الجريمة، لأنها جزاء ينفذ ضد المتعاقد مع الإدارة العمومية، ويسيء إلى مصلحته الاقتصادية. وفيها تقوم الإدارة المتعاقدة بإنقاص سعر الصفقة العمومية المدفوع عندما ينفذ المتعاقد معها التزاماته بصورة ناقصة، بحيث يعتبر العقد منقذا بصورة تتطابق جزئيا مع بنوده⁹. وتتجلى أهميته، وبخاصة في العقود الإدارية¹⁰، أنه يمنع زوال العقد بسبب إخلال المدين في تنفيذ التزاماته، بحيث إن العقد الذي أخل أحد

I, 3^e éd., France, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, p. 2 § 2.

¹ - ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 7 و 230.

² - M. GUIBAL, « Codification et simplification du droit des marchés publics », A.J.D.A., 1994, n° hors-série, p. 6 sq.

³ - Ch. LAPP, préc., p. 481 sq.

⁴ - تتشابه هذه الحالة مع المراجعة التي كانت المادة 26-1 من القانون رقم 06-01 تعاقب عليها قبل تعديلها سنة 2011، إذا قام بها الموظف العمومي بصورة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية. حيث إن المراجعة المقصودة آنذاك إجراء ينصب على سعر الصفقة العمومية أيضا.

⁵ - M. MORALES, préc., p. 1527 sq.

⁶ - المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المادة 20.

⁷ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 190.

⁸ - Ch.-É. BUCHER, préc., p. 331 §§ 396-397.

⁹ - Ch.-É. BUCHER, préc., p. 331 § 397.

¹⁰ - V. Ch.-É. BUCHER, préc., p. 332 § 398.

الأطراف بنوده لا ينقطع Rupture، وينتهي، بل يبقى قائما في حالة الإنقاص¹. ومثال ذلك أن تكتشف الإدارة العمومية المتعاقدة عند استلام المواد، ومراقبة مطابقتها مع بنود العقد، أنها ليست متطابقة مع بنود العقد المتعلقة بذلك، ومع ذلك تقرّر استلامها مع إنقاص السعر بما يتناسب مع ما ينقص في المواد². وقد تقع هذه الحالة عندما يستغل المتعاقد سُلطة أو تأثير الموظف العمومي للتعديل في نوعية المواد أو الخدمات.

ولقد وضعت المادة 26-2، لتحديد الزيادة في الأسعار، معيارا يتمثل في السعر المطبق في العادة³ من طرف المتعاقد مع الإدارة العمومية. وهذا هو المقصود بعبارة "الأسعار التي يطبقونها عادة"⁴. وكأنها تعاقب على العَبْن Lésion⁵ في الصّفقات العمومية. علما أنّ العَبْن يدخل العقد عند إبرامه، لأنّه "يقدر وقت تمام العقد"⁶. ولا يعتبر كعيب في رضا كلّ من الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها في العقود الإدارية حسب القضاء الإداري الفرنسي⁷. كما أنّها أحالت أيضا إلى ما جرت عليه العادة عند تحديده. وتطبيقه لا يثير أية مشكلة عندما يكون السعر مُقنّناً Prix réglementé، لكن الصعوبة تقوم إذا كان سعرا حرا Prix non réglementé⁸. ويستطيع القاضي الجزائي التأكّد من أنّ السعر -المرتفع- الذي طبقه المتعاقد مع الإدارة العمومية غير عادي بتحديد تكلفة إنتاج المواد كما هي - بمعنى التكلفة- مسجلة في حسابات المؤسسة المتعاقدة أو من خلال الممارسات المعتادة في المجال المهني لذلك الطرف المتعاقد وهذا، قياسا على حالة السعر المنخفض بشكل غير عادي في مجال الصّفقات العمومية⁹. من الواضح، بالنسبة إلى الممارسات المعتادة في المجال المهني للمتعاقد، أنّ للعرف دورا مساعدا في تفسير محتوى المادة 26-2 من القانون رقم 06-01، وبالضبط عبارة "الأسعار التي يطبقونها عادة"، وبالتالي يعد العرف مصدرا تفسيرا لهذا النص الجنائي التجريمي والمتعلق بجرمة فساد خاصّة بالصّفقات العمومية¹⁰. غير أنّه يشترط في العرف المقبول في مجال القانون الجنائي أن يكون إما عرفا متطابقا مع القانون -بوجه عام وليس القانون الجنائي فقط- أو مكملا له، ويجب أيضا ألا يكون مخالفا للقانون¹¹، كأن يكون العرف المتعلّق بالأسعار في مجال الأشغال العمومية مثلا الذي طبقه المتعاقد مع الإدارة العمومية متعارضا مع القانون الذي ينظم أسعار مواد البناء.

¹- Ch.-É. BUCHER, préc., pp. 331-332 §§ 396, 398, p. 331 § 396 : « La réfaction débouche sur une réduction du prix, son réajustement proportionnelle à la diminution de la valeur de la prestation fournie. Mais elle laisse subsister le contrat. ».

²- Ch.-É. BUCHER, préc., p. 331 § 397.

³- V. A. BENCHENEB, préc., p. 791.

⁴- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 169.

⁵- اقتبسنا الترجمة عن: ع. فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، ط. 3، الجزائر، موفم، 2013، ص 213.

⁶- نقلا عن: ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 386 الفقرة 202.

⁷- L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 150 § 258.

⁸- V. A. BENCHENEB, préc., p. 791.

⁹- Tribunal administratif de Rouen, 9 juin 2000, Société Jean Behotas, requêtes n^{os} 992309, 992310, 992311, cité dans J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 21.

¹⁰- بالنسبة لنصوص التجريم، لا يعد العرف مصدرا مباشرا لها سواء تعلّق الأمر بإنشاء جريمة جديدة أو إلغائها بالعرف، لأنّ ذلك يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية. في المقابل، يجوز الاستنجد بالعرف في تفسير تلك النصوص عندما "تنطوي على أفكار مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويعتمد في تحديد معناها على العرف الجاري في شأنها". ج. ثروت، المرجع السابق، ص 43-45 الفقرتان 28 و 28-تابع.

¹¹- V. J. PRADEL, Droit pénal général, préc., pp. 243-244 § 282.

ومهما يكن الأمر، فإنَّ فحص توافر ذلك المعيار المُكرَّس في المادَّة 26-2 السابقة يستدعي اللجوء إلى الخبرة Expertise، نظرا للطابع التقني للمسألة¹. كما أنَّ عبء إثبات أنَّ السعر المعمول به في الصَّفقة العموميَّة محل الخصومة الجنائية يُطبَّق في العادة يقع على عاتق الفاعل². ومن ثمَّ يمكن أنَّ يعتبر ذلك المعيار كقرينة قانونيَّة لإثبات وجود الرُّكن المادِّي في الجريمة وإسناده إلى شَخْص معين بوصفه الفاعل³. والتي يقع عبء إثبات عكسها على عاتق المتابع جزائيا⁴.

هذا، ويشار إلى أنَّ المعيار السابق معروف كذلك في نوع آخر من جرائم التجار، ويتعلَّق الأمر بجرائم المضاربة غير المشروعة. حيث تعتبر كمضاربة غير مشروعة، حسب القانون رقم 21-15 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2021 يتعلَّق بمكافحة المضاربة غير المشروعة⁵، "تقديم عروض بأسعار مرتفعة عن تلك التي يطبقها البائعون عادة"⁶. يشار كذلك إلى أنَّ الزيادة في سعر الصَّفقة العموميَّة تجوز في القانون الإداري في إطار حقِّ المتعاقد في التوازن الماليّ، إذا دعت إليها أسباب أدت إلى قلب التوازن الاقتصاديّ للعقد (كظرف فعل الأمير أو ظَرْف طارئ)، لإعادة التوازن إلى العقد، ورفع الغبن عن المتعاقد مع الإدارة العموميَّة⁷. غير أنَّها يجب ألا تؤدي إلى تجاوز السقف الماليّ الموجب لاتباع إجراء شكلي يحترم المبادئ الأساسيّة للصفقات العموميَّة⁸ المحمية بموجب جريمة المحاباة المنصوص عليها في المادَّة 26-1 مما يحتمل اجتماعها بهذه الجريمة الأخيرة عند الزيادة في سعر الصَّفقة العموميَّة بشكل يخالف تلك المبادئ. ويبدو منه أنَّ الزيادة التي تعاقب المادَّة 26-2 على السعي إلى تحقيقها هي تلك الزيادة غير المُبرَّرة قانونا بسبب من الأسباب التي تجيزها.

أخيرا، قد يتفق أطراف الصَّفقة العموميَّة على سعر سلبيّ Prix négatif، ويعرف بأنَّه "التنازل عن دين مؤكَّد وحال"⁹، كأنَّ تمنح الإدارة المتعاقدة امتيازًا اقتصاديا للمتعاقد معها يتمثَّل في تخليها عن الحصول على مداخيل معينة كان يتعين على ذلك المتعاقد أدائها، وهذا الأمر جائز حسب ما قضى به مجلس الدَّولة الفرنسي¹⁰. كذلك يشكل سعرا في الصفقات العموميَّة الأجرة التي يتلقاها المتعاقد مباشرة من عند المتفعين من المرفق العموميّ أو الغير المدين وليس من عند الإدارة العموميَّة¹¹. ويبدو أنَّ جريمة المادَّة 26-2 معنية بهذه الحالات أيضا، طالما أمكن فيها الزيادة

¹ - يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 238.

A. BENCHENEB, préc., p. 791.

² - ك. علة، المرجع السابق، ص 237-238.

³ - V. sur la présomption de l'élément matériel J. BUISSON, « Preuve », *Rép. pén.*, février 2003, § 31.

⁴ - J. BUISSON, préc., § 31.

⁵ - ج. ر. رقم 99 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2021، ص 6.

⁶ - القانون رقم 21-15، المادَّة 2 (المطَّة 1).

⁷ - يراجع حول الحق في التوازن المالي في القانون الإداري: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 237-244.

⁸ - V. X. LIBERT, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations », *A.J.D.A.*, 1994, n° hors-série, p. 65 sq.

⁹ - M. MORALES, préc., p. 1527 sq.: « [...] le prix négatif renvoie strictement à la renonciation à une créance certaine et immédiatement exigible ».

¹⁰ - V. M. MORALES, préc., p. 1527 sq. V. aussi S. NICINSKI, préc., pp. 595-596 § 1017.

¹¹ - S. NICINSKI, préc., p. 570 § 1018.

في الأسعار التي يطبقونها عادة بالاتفاق مثلاً على أن تتنازل الإدارة العمومية عن مداخيل تزيد قيمتها عن السعر الحقيقي للوازم الذي يطبقه الفاعل في العادة، أو تطبيق أجرة مرتفعة بشكل غير عادي على المتفعين من المرفق العمومي. وعلى سبيل المقارنة مع القانون الإداري، يلاحظ أن المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تكلمت عند تعريفها للصفقة العمومية عن عقد "يرم بمقابل". ومعنى المقابل المالي أوسع من معنى السعر، ويشمل الحالة الاستثنائية المذكورة أعلاه، ولهذا رحب الفقه الفرنسي بالتعريف التنظيمي للصفقة العمومية الذي أشار إلى السعر فيها بالمقابل المالي¹. وحذا لو استعملت المادة 2-26 من القانون رقم 06-01 نفس التعبير، المقابل المالي، عوضاً عن لفظ السعر المستخدم حالياً حتى يشمل مختلف أشكال الوفاء بالحق المالي للمتعاقد مع الإدارة العمومية في مجال الصفقات العمومية.

ب- التعديل على نوعية المواد أو الخدمات

وهذا يستثني من نطاق الجريمة حالة التعديل على كمية المواد أو الخدمات بالزيادة أو بالتخفيض. ولكن إن أدى ذلك إلى الزيادة في سعر العقد بصورة تعارض مع ما يطبقه الفاعل في العادة، فإن الجريمة تقوم في صورة الزيادة في الأسعار المعاقب عليها أيضاً. ذلك أنه في القانون الإداري، تتزامن الزيادة في الأسعار عادة مع رفع كمية اللوازم والخدمات المطلوبة². لكن بشرط أن تكون الأسعار مرتفعة عن ما جرت عليه العادة. فإذا كانت هذه الزيادة معقولة، ولو تأتت بسبب استغلال سلطة أو تأثير موظف عمومي، انعدمت الجريمة في جميع صورها. ويلجأ الفاعل إلى الجريمة التي حدتها المادة 2-26 في هذه الحالة عندما لا يملك الامكانيات المادية أو الفنية لتوفير المواد أو الخدمات بالمواصفات التي ادعى، للحصول على الصفقة، بقدرته على توفيرها خلال مرحلة إبرام العقد. فهي اذن نتيجة منطقية لوجود غش وتدليس سابق وقع أثناء إبرام الصفقة العمومية. وقد يرتكب الجريمة من أجل الاحتفاظ بالصفقة التي حصل عليها من قبل بصورة مشروعة، كما لو فقد ذلك المتعاقد القدرة على توريد المواد المتعاقد عليها أو أداء الخدمات المتفق عليها لسبب ما، وذلك أثناء تنفيذ العقد حتى لا توقع عليه الإدارة المتعاقدة، إذا هو أخل في تنفيذ التزاماته، جزاءات إدارية تصل إلى درجة إنهاء الرابطة العقدية³. وأياً كان باعث الفاعل في الجريمة، سواء كان سيئاً أم نزيهاً، فإنه لا يشارك في قيام الجريمة قانوناً. لكنه قد يساهم في تحديد عقوبته من طرف القاضي الجزائي⁴.

ج- التعديل على آجال التسليم أو التموين

يتعلق هذا الغرض الإجرامي بمدة العقد. والتي ينبغي تحديدها في الصفقة العمومية تطبيقاً لمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، حسب مجلس الدولة الفرنسي⁵. ويتعين ذلك الغرض، كما يلاحظ من نص المادة 2-26

¹- V. LINDITCH, « Le nouveau code français des marches publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif », préc., p. 331.

²- V. X. LIBERT, préc., p. 65 sq.

³- تنص على هذه الجزاءات المواد 147 و 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴- يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁵- S. NICINSKI, préc., p. 532 § 968.

من القانون رقم 06-01، بعمليات محدّدة هي التسليم والتموين. ويشير تعبير التسليم إلى الصّفقات العموميّة للأشغال¹. أما تعبير التموين فيثير تحديد معناه مشكلة. حيث أشارت المادّة 26-2 باللّغة الفرنسية إلى عبارة Denrées وتعني الموادّ الغذائيّة². مما قاد البعض إلى ملاحظة محدودية نطاق الجريمة في هذه الحالة³. وربما أشار النصّ الفرنسي إلى تلك المواد، نظرا لكونها من بين الحاجات التي تتكفل الإدارة العموميّة بتلبيتها عن طريق الصّفقات العموميّة، من أجل التحكم في أسعارها داخليا بسبب التقلبات في أسعارها على المستوى الدّولي عادة التي تقتضي اللجوء إلى أسلوب التعاقد بالتراضي⁴. أما في النصّ العربي فتدلّ على الموادّ مهما كان شكلها وهذا ما يستخلص من نصّ المادّة 29 (الفقرة 5) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بقولها: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورّد. [...]". وبهذا التّفسير الموسّع الناتج من النصّ العربي للمادّة 26-2 السابقة يجب أن يأخذ القضاء الجزائري، لأنّ نصّ التّجريم سيّشمل، بناءً عليه، جميع الصّفقات العموميّة للوازم مهما كانت طبيعة الموادّ المنقولة المتفق عليها بموجبها. فالزيادة في الأسعار كما تتصور في صفقة عموميّة تتعلّق بمواد غذائيّة، تتصور كذلك بالنّسبة إلى صفقة عموميّة تتعلّق بمنقولات أخرى. زيادة على ذلك، إنّ اللفظ الفرنسي Denrées تسرب إلى نصّ التّجريم، المادّة 423 من قانون العقوبات، في ظل الأمر رقم 75-47 الذي كان ينصّ بصراحة على أنّ الغرض من سلوك الفاعل يكون "بالتعديل لصالحهم نوعية المواد الغذائية". لكن المشرّع حذف عبارة "الغذائية" من النصّ السابق بموجب القانون رقم 82-04. مما يعني أنّ التّفسير الموسع لعبارة الموادّ يتماشى مع إرادة المشرّع.

هناك أخيرا عدّة ملاحظات أساسيّة على الأغراض السابقة. فأوّلًا إنّ الجريمة، لكي تقوم من الناحية القانونيّة، لا تتطلب أن يستهدف الفاعل المادّي من وراء استغلال سلّطة أو تأثير الموظف العموميّ تحقيق جميع الأغراض التي وردت بنصّ التّجريم، بمعنى الزيادة في الأسعار والتعديل في نوعية الموادّ أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين، بل يكفي فقط -ويجب- أن يكون غرض الفاعل المادّي الحصول على أحدها⁵.

ثانيا، إنّ نصّ التّجريم ينطبق في حالة تعديل النوعية أو الآجال مهما كانت نتائج الجريمة، بشرط أن يكون التعديل لمصلحة الفاعل، سواءً تسببت بضرر للإدارة المتعاقدة أو كانت نافعة لها، كما لو استغل المتعاقد سلّطة

¹ - يراجع: المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المادّة 91.

² - أ. سهيل، ع. ن. جبور، المرجع السابق، ص 310.

³ - V. A. BENCHENEB, préc., p. 791.

⁴ - يراجع: س. بوالشعير، المرجع السابق، ص 429.

⁵ - كذلك نصّ القانون الجنائيّ في بعض الأحيان على عدّة صور من السلوك المادّي المُكوّن للجريمة، لكن لا يجب أن يرتكبها الفاعل جميعا لكي تتحقق الجريمة من الناحية القانونيّة، مثل جريمة الرشوة. وتسمى هذه الحالة كما رأينا "بالصور المتناوبة للجريمة الواحدة". يراجع هذا النوع من السلوك الإجرامي: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 251 الفقرة 30. ويمكن أن نسميها في حالة تعدد الأغراض، كما يلاحظ من جريمة المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01، بالأغراض المتناوبة للجريمة الواحدة.

موظف عمومي من أجل تعديل نوعية الأداءات الاتفاقية في صَفقة متعلّقة بدراسات حول بناء سد لزيادة صلابة الأشغال المرتبطة بذلك¹. ولهذا يرى Bencheneb أنّه كان يتعين على المُشرّع أن يشترط، لوجود الجريمة، حدوث ضرر مؤكد Certain للإدارة المتعاقدة².

ثالثا، اشترطت المادة 2-26 من القانون رقم 01-06 أن يستغل الفاعل المادّي في الجريمة سُلطة أو تأثير الموظف العمومي لمصلحته الشخصية. بينما نجد أنّ جريمة استغلال النُفوذ المنصوص عليها في المادة 32 من نفس القانون تقوم سواء قام المُحرّض باستغلال نُفوذ الموظف العمومي لمصلحته الشخصية أو لمصلحة غيره³. مما يجعل نصّ المادة 2-26 السابق ضيق النطاق في هذا الباب.

رابعا، إنّ صياغة المادة 2-26 غير دقيقة⁴، ولا معنى لها⁵. فقد نصت أنّ الفاعل يرتكب الجريمة "من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين". بينما قصدت الأسعار التي يطبقها الفاعل المباشر في الجريمة، وقصدت أيضا التعديل لصالحه على الشروط الأخرى، لأنّ الهاء هناك هي هاء المتعاقد مع الإدارة العمومية، وليست هاء الأشخاص المعنوية العامة المتعاقدة⁶.

خامسا، إنّ قانون العقوبات يعاقب على غش أحد المتعاقدين في نوعية المواد بموجب المادتين 429 و430، والتي تُطبّق على الصفقات العمومية أيضا⁷. ويشترط في هذه الجرائم الغش بعكس جريمة المادة 2-26 التي تتطلب استغلال سُلطة أو تأثير موظف عمومي للتعديل -بصفة قانونية ظاهريا- على السعر أو نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

سادسا، باستثناء تعديل السعر بالزيادة فيه والذي يتم إما بإجراء المراجعة أو بالتحيين في مجال الصفقات العمومية⁸، فإنّ الأغراض الأخرى تستدعي، إذا وقعت بضورة مشروعة أثناء تنفيذ العقد الإداري، ما يعرف في القانون الإداري بتعديل العقد. ويعتبر هذا التعديل من السُلطات الأصلية المنوطة بالإدارة العمومية في العقود الإدارية. وتمارسها الإدارة العمومية بمحض إرادتها⁹، وإن لم ينصّ عليها العقد بصراحة¹⁰، وتنصب على التزامات المتعاقد مع الإدارة العمومية -وتنقسم هذه الالتزامات في قانون الصفقات العمومية إلى التزام بفعل Obligation de faire والتزام

¹- A. BENCHENEB, préc., p. 791.

²- A. BENCHENEB, préc., p. 791.

³- القانون رقم 01-06، المادة 1-32.

⁴- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 169.

⁵- ك. علة، المرجع السابق، ص 237.

⁶- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 169.

⁷- ن. خروشي، الصفقات العمومية: دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، الجزائر، دار الهدى، 2018، ص 276.

⁸- يراجع حول ذلك: ت. ص.ع.، المواد 96 إلى 107.

⁹- ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 212.

¹⁰- Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 430.

بإعطاء Obligation de donner بحسب ما إذا كانت الصّفقة متعلّقة بإنجاز أشغال أو خدمات، أو توريد لوازم¹ على التوالي، المندرجة ضمن نطاق التّجريم- إما بالزيادة أو بالتغيير أو بإنقاصها²، لكنها لا تشمل البنود المتعلّقة بالمقابل الماليّ في العقد³. كما أنّ التعديل يعتبر، إذا وقع بإرادة الإدارة العموميّة من القواعد غير المألوفة في القانون الخاصّ الذي يخضع فيه العقد لمبدأ عدم المساس بالعقد Immutabilité des contrats⁴. لكن يجوز ذلك أيضا عن طريق الاتفاق Modification conventionnelle ما بين الإدارة العموميّة والمتعاقد معها في القانون الإداري، وذلك مثل العقد المدنيّ الذي يعرف من حيث المبدأ هذا النوع من التعديل فقط⁵. ويتجسد التعديل الاتفاقي بإبرام مُلحق Avenant⁶. مع الملاحظة أنّ طريقة تعديل العقد أيا كانت لا تؤثر على قيام الجريمة من الناحية القانونيّة، ذلك لأنّ نصّ التّجريم لم يشترط طريقة محدّدة للقيام بالتعديل المحظور جنائيا.

تجدر الإشارة إلى أنّ تعديل العقد -في المستقبل- ينقسم إلى ثلاثة أنواع مختلفة هي: أوّلا التعديل القضائيّ، ويتمّ بخاصّة في حالة الطّروف الطارئة⁷. وهناك ثانيا التعديل التّشريعي للعقد. ويتجسد بسن نصّ تشريعي يفرض تعديل العقود السارية وينفذ عليها بأثر فوري⁸. ومن أمثله التطبيقية في القانون الإداري التّشريع الفرنسي رقم 95-101 مؤرّخ في 2 فبراير 1995 المتعلّق بتعزيز حماية البيئة⁹ الذي حدّد مُدّة اتفاقات تفويض المرفق العام في مجال الماء الشروب، والتطهير، والنفايات المنزلية والنفايات الأخرى بعشرين سنة يجب على الإدارة العموميّة ألا تبرم عقودا لمُدّة تتجاوزها (المادّة 75 منه)، وهذا بغرض ضمان وضع العقد المتعلّق بالمجالات السابقة في إطار المنافسة بصورة دورية Mise en concurrence périodique¹⁰. ونفس الشّيء ينطبق على الصّفقات العموميّة، حيث يجب أن تبرم لمُدّة محدّدة لضمان المنافسة بصفة دورية¹¹. وأخيرا يوجد التعديل الصادر عن أطراف العقد أو أحدهما¹². ويبدو أنّ جريمة المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 تستهدف هذا النوع من التعديل بالتحديد. أما التعديل القضائيّ فلا ينطبق عليها، لأنّ الجريمة تشترط أن يكون الموظف العموميّ الذي استغل المُجرّم سلّطته أو تأثيره تابعا للإدارة

¹- Ch. LAJOYE, préc., p. 161.

²- V. J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 122 § 119 et pp. 123-124 § 120.

³- J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 126 § 122.

⁴- V. J. RIVERO, *Droit administratif*, 7^e éd., préc., p. 123 § 120.

⁵- H. HOEPFFNER, préc., p. 273 § 458.

⁶- V. H. HOEPFFNER, préc., pp. 273-274 §§ 458 et 460.

⁷- V. A. BÉNABENT, préc., pp. 253-255 §§ 308-311.

⁸- V. A. BÉNABENT, préc., p. 255 § 312.

⁹- Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, Journal officiel français, 3 février 1995, n° 29, p. 1840, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000551804&categorieLien=id> (11/04/2020).

¹⁰- وقد ترتب عن تطبيق هذا النصّ التّشريعي بأثر فوري على العقود الإداريّة السابقة المتعلّقة بمجالات الماء الشروب، والتطهير، والنفايات المنزلية والنفايات الأخرى، إصدار مجلس الدّولة الفرنسي حكما قضائيا شهير مؤرّخ في 8 أبريل 2009 في قضية Compagnie générale des eaux c. Commune d'Olivet الذي أعاد إلى الواجهة جزاء الإلغاء Caducité المطبق، إلى جانب الفسخ Résiliation والبطلان Nullité، على العقود الإداريّة. يراجع: C.E., formation assemblée, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux contre Commune d'Olivet*, req. n° 271737, concl. E. GEFFRAY ; Y. LAURANS, « La caducité des contrats administratifs », R.F.D.A., 2011, n° 3, p. 495 sq.

¹¹- F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, préc., p. 52.

¹²- وذكر منه Bénabent التعديل الاتفاقي فقط، لأنّ القانون المدنيّ لا يعرف التعديل بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة. ويراجع حول التعديل الاتفاقي: A. BÉNABENT, préc., pp. 255-256 § 313.

المتعاقدة. وينطبق نفس الحكم على التعديل التشريعي.

سابعاً، شملت الجريمة نوعان من الآثار القانونية التي يتألف منها محتوى العقد. النوع الأول يتعلق بحق من حقوق المتعاقد مع الإدارة العمومية والمتمثل في المقابل المالي. أما النوع الآخر، فإنه يتمثل في الالتزامات الملقاة على عاتقه. وتنصب الجريمة على شروط هذه الالتزامات من أجل تنفيذها ونوعية المواد المتفق عليها. وما يربط بينها في جريمة المادة 26-2 هو مصلحة الفاعل في الجريمة. فبالنسبة للحقوق، من مصلحة ذلك المجرم بوصفه متعاقداً مع الإدارة العمومية أن يزيد -بصورة غير معقولة غالباً- المقابل المالي الذي سيتقاضاه بالمقارنة مع ما جرى الاتفاق عليه في الأول. أما بالنسبة إلى الالتزامات، فمصلحته تقتضي التخفيف منها بصورة تجعل من تنفيذها أمراً يسيراً عليه. ثامناً، إن الأسعار الزائدة والمرتفعة في الصفقات العمومية قد تدلّ على ارتكاب جريمة رشوة بمناسبة إبرام العقد، حيث تلجأ في العادة المؤسسات والشركات إلى الزيادة في سعر الصفقة العمومية من أجل تعويض خسائرها المالية الناجمة عن تقديم المزايا غير المستحقة للحصول على العقد¹.

أخيراً، إن نطاق الغرض من ارتكاب الجريمة ينحصر في التعديل على عناصر محدّدة من الصفقة العمومية وهي السعر ونوعية المواد أو الخدمات وآجال التسليم أو التموين لمصلحة الفاعل المادي في الجريمة. غير أن هناك أغراض أخرى ذات طبيعة إجرامية يستهدف المتعاقد تحقيقها بواسطة استغلال سلطة أو تأثير موظف عمومي بمناسبة تنفيذ عقده مع الإدارة العمومية. ومثاله تجنّب تطبيق غرامة التأخير على المتعاقد بسبب تأخره في تنفيذ ما التزم به². وتندرج ضمن الجزاءات -غير الجنائية- التي تطبقها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها³. قد يتمثل ذلك الغرض أيضاً في تفادي تنفيذ جزاء الفسخ بإرادة واحدة من طرف الإدارة المتعاقدة بسبب إخلاله بصورة جسيمة بالتزاماته الاتفاقية مع تحميله تكاليف إبرام صفقة جديدة لإتمام ما بقي دون تنفيذ من عقده المنتهي⁴.

وفي كلا الحالتين كان المتعاقد الذي أخل بالتزاماته سيدفع مبلغاً نقدياً من ذمته المالية نظير خطئه -لتسديد غرامة التأخير أو تسديد تكاليف العقد الجديد- ويفقد حقه في تنفيذ ما بقي من صفقته بسبب الفسخ، فيفقد بالتالي حقه في المزايا المترتبة عن مواصلة تنفيذ عقده الأصلي. فحبذا لو فكر المشرع في مراجعة الأغراض من الجريمة بأن يشترط بصورة عامة أن يتمثل ذلك الغرض في الحصول على مزايا غير مستحقة أثناء تنفيذ العقد. ولا بأس أن يشير في نصّ التجريم إلى الأغراض السابقة -التعديل في السعر، والنوعية، والآجال- على أنّها أمثلة لا أكثر.

لكن يبقى التساؤل مطروحاً بالنسبة إلى وقت ارتكاب الجريمة. فهل يشمل التعديل المحظور شروط العقد عندما يكون العقد في طور الإبرام، أم أنّه يتعلّق فقط بمرحلة تنفيذها. فالأشياء التي ينصب عليها الغرض في الجريمة تعتبر

¹- V. RAVENDA e.a., préc., p. 3.

²- تنصّ عليها المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³- ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 219.

⁴- يراجع حول هذا الجزاء: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 225-228.

معايير اختيار المتعامل المتعاقد عند إبرام العقد¹ وبنودا عقدية Clauses عند تنفيذه². إذ يجوز للإدارة العمومية التعديل عليها أثناء مرحلة الإبرام أيضا، بشرط احترام بعض الشكليات أبرزها الإعلان عن هذه التعديلات إلى المرشحين³. وبما أن نص التجريم سكت عن تحديد وقت ارتكاب الجريمة، نفترض أن الجريمة تنطبق على مرحلتَي الإبرام والتنفيذ على حدّ السواء؛ وتبدأ هذه المرحلة الأخيرة في ظل القانون الإداري، للتمييز بينها وبين مرحلة الإبرام، من تاريخ تبليغ الصّفقة العمومية الموقعة من طرف الإدارة العمومية إلى المتعاقد معها، والذي يسجل تاريخ بدء تنفيذ العقد⁴.

ثانيا: التعديل المحظور من وجهة النظر النفسية

إلى جانب معناه الماديّ، يقع التعديل المحظور بموجب المادّة 26-2 في دائرة الرّكن المعنويّ أيضا. حيث يعد غرضا لارتكاب الجريمة. ويستفاد ذلك من عبارات نصّ التجريم بقوله: "من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين". إذ يدلّ تعبير "من أجل" على الهدف من ارتكاب السلوك الإجرامي المتمثل في استغلال سُلطة أو تأثير الموظف العموميّ. وسنحدّد فيما يأتي عناصر هذا القصد (الفقرة "أ") ثمّ نوعه (الفقرة "ب").

أ- عناصر القصد الإجرامي في الجريمة

كجريمة الراشي وجريمة استغلال النّفوذ، تقتضي جريمة المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01 عنصري القصد الجنائيّ المتمثّلان في العلم، وهو عموما "تمثل الواقعة التي يتوقف عليها تحقيق العدوان في الجريمة"⁵، والإرادة، وهي "قوة نفسية تحكمها قوانين نفسية وأساسها الباعث (أو الدافع) والغرض والغاية"⁶. بحيث يجب أولا أن يعلم الفاعل في الجريمة أنه يرتكب فعلا محظورا جنائيا، ويعني، قياسا على جريمة الراشي وجريمة استغلال النّفوذ، علمه بأنّ الموظف العموميّ يخل بواجبه في النزاهة من خلال استغلال هذا الأخير لسُلطته أو تأثيره⁷. وأخيرا يجب أن تتجه إرادة ذلك الفاعل إلى ارتكاب السلوك المُجرّم⁸. وهي عناصر القصد الجنائيّ العام⁹.

إلى جانب ذلك، يجب أن يشمل العلم جميع الشّروط الأولى في الجريمة. ويتعلّق الأمر بالمركز القانوني للفاعل في الجريمة بوصفه المتعاقد مع الإدارة العمومية، وبطبيعة علاقته بالإدارة العمومية بكونها رابطة عقدية تندرج ضمن التصرّفات القانونية المذكورة في نصّ التجريم.

وبرغم وضوح نصّ التجريم بشأن الرّكن المعنويّ اللازم في الجريمة الذي يتمثّل في القصد الجنائيّ، ذهب البعض

¹ - ت.ص.ع، المادّة 78 ؛ ك. علة، المرجع السابق، ص237.

² - V. A. BENCHENEB, préc., p. 790.

³ - V. F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 109.

⁴ - V. F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 208.

⁵ - نقلا عن: ج. ثروت، المرجع السابق، ص177 الفقرة 158.

⁶ - نقلا عن: ج. ثروت، المرجع السابق، ص180 الفقرة 162. وأيضا: نفس المرجع، ص181 الفقرة 162.

⁷ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 150, 804.

⁸ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 150, 804.

⁹ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 150, 804.

إلى الملاحظة أنّها ليست جريمة عمدية¹. ويتعارض هذا الموقف مع كون التعديل المحظور يعتبر موضوعا للغرض في الجريمة، الأمر الذي يؤكد، بعكس ما ذهب إليه الفقه السابق، أنّها جريمة ذات قصد إجرامي خاصّ، وبالتالي عمدية.

ب- نوع القصد الإجرامي المطلوب في الجريمة

فوق القصد الإجرامي العام، يشترط في هذه الجريمة أيضا توافر القصد الإجرامي الخاصّ - ويتشكل حسب النظرية العامة بإرادة تتجه نحو الوصول إلى نتيجة محدّدة². ويتجسد في "نية الحصول على امتيازات مع العلم أنّها غير مبررة"³. مثلها في ذلك مثل جريمة استغلال النفوذ حيث يتمثّل القصد الخاصّ فيها في الغرض أو السبب الذي دَفَعَ الفاعل إلى استغلال نفوذ موظف عمومي، والمتمثّل في قضاء مصالحه⁴. أو بعبارة أخرى، الرغبة في الحصول على منية من عند الإدارة العمومية⁵. إذ يتمثّل هذا الغرض أو السبب في جريمة المادّة 26-2 في التعديل لمصلحة الفاعل في الجريمة على سعر عقده مع الإدارة العمومية بالزيادة، وعلى نوعية الموادّ أو الخدمات، وعلى آجال التسليم أو التموين عن طريق سلّطة أو تأثير موظف عمومي. ونستخلص ذلك من تعبير "من أجل" في المادّة 26-2 الذي يدل على الغرض من الجريمة. فتبعا للقواعد العامة ينتج القصد الجنائي الخاصّ من نصّ التجرّيم وهذا إما من تعريف الركن الماديّ للجريمة أو من الإشارة في نصّ التجرّيم إلى الباعث من الجريمة⁶.

يشار أخيرا إلى أنّ الباعث إلى ارتكاب الجريمة لا يهم لوجود القصد الجنائي في جريمة المادّة 26-2 على ضوء ما هو معمول به في جريمة الراشي وجريمة استغلال النفوذ. فقد حكم في فرنسا مثلا أنّ باعث المحافظة على المصلحة الاقتصادية للشركة لا يكفي لتبرير جريمة التّعسف في استعمال أموال الشركة لأجل ارتكاب جريمة رشوة بهدف الحصول على صفقة عمومية جيدة من الناحية المالية على حساب الشركات المنافسة⁷.

المبحث الثاني: منح امتيازات غير مبرّرة إلى الغير في مجال الصّفقات العمومية وأخذ

فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية

في هذا المبحث سنعالج جريمتان -تنتميان طبعاً إلى جرائم الفساد- تختصّ الأولى مباشرة بالصّفقات العمومية، وهي منح امتيازات غير مبرّرة إلى الغير (جريمة المحاباة) (المطلب 1)، أما الأخرى فتختصّ بذلك المجال بصفة غير مباشرة، ويتعلّق الأمر بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية (المطلب 2).

المطلب الأوّل: الأركان الخاصّة بجريمة المحاباة في مجال الصّفقات العمومية

جاء في المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01 ما يأتي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10)

¹ - A. BENCHENEB, préc., p. 790 : « Mais cette infraction qui n'est pas intentionnelle suppose la réunion de deux conditions ».

² - J.-C. BERREVILLE, préc., p. 870.

³ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 171.

⁴ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 806.

⁵ - M.-C. SORDINO, préc., p. 206.

⁶ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 458 § 560.

⁷ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 152.

سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 1- كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات¹.

سبق القانون الجزائري القانون الفرنسي إلى إنشاء هذه الجريمة التي تعد مصدر قلق بالنسبة إلى الموظف العمومي². فقد نصّ عليها القانون الجزائري منذ الأمر رقم 66-186³ في المادة 3-2 (المطلة "د")، وتتضمن تعريف الجريمة، والمادة 6 (الفقرة 1) التي حدّدت عقوباتها⁴. أما القانون الفرنسي فقد استحدثها، بهدف المحافظة على نزاهة الصّفقات العموميّة، لأنّ خطر الفساد فيها مرتفع جداً مقارنة بغيرها من المجالات، وتدعيم عمليّة مكافحة الانتهاكات التي ترتكب في الصّفقات العموميّة⁵، بالمادة 7 من القانون رقم 91-3 مؤرّخ في 3 يناير 1991 المتعلّق بشفافيّة ومطابقة إجراءات الصّفقات العموميّة والذي يُخضع إبرام بعض العقود لقواعد الإعلان والمنافسة، ثمّ جرى نقلها إلى قانون العقوبات لسنة 1992 في المادة 432-14 تحديداً⁶.

وبرغم هذه الأسبقية التاريخية إلا أنّ القانون الجزائري الحالي يقتدي بالقانون الفرنسي في خصوصها. فقد عدل الجريمة ما بين سنتي 2001 و 2011 بصورة تجعلها متطابقة مع الجريمة في القانون الفرنسي⁷. مما يعني أنّ ما ينطبق عليها في القانون الفرنسي ينطبق كذلك في القانون الجزائري، ما لم توجد أحكام تشريعية خاصّة -أو أحكام قضائية مع ندرتها- تقضي بعكس ذلك.

أما عن أركانها المؤسّسة، والتي يترتب عن عدم إثباتها نقض الحكم القضائي بالإدانة حسب المحكمة العليا

¹ - ونتج نصّ الجريمة السابقة من القانون رقم 11-15.

² - فعلى سبيل المثال، قامت إدارة متعاقدة برفض أحد المرشّحين بحجة أنّها أرادت تفادي خطر المتابعة الجزائية على أساس جريمة المحاباة. غير أنّ المحكمة الادارية الفرنسية في Châlons-en-Champagne بتاريخ 22 يونيو 1998 في قضية Commune de Ville-sur-terre قرّرت بأنّ تلك الحجة لا تصلح مُبرراً لارتكاب تلك المخالفة (استبعاد المرشّح)، لأنّ الخطر الجزائيّ سبب أجنبيّ لم ينصّ عليه القانون.

Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, 22 juin 1998, Commune de Ville-sur-terre, req. n° 98-727, cité dans : Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, note sur tribunal administratif de Rouen, 28 avril 2000, A.J.D.A., 2000, n° 10, p. 842 sq.

³ - يقارن: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 138. الذي يرى أنّه "جرم المشرع الجزائري، لأول مرة، فعل إبرام الصفقات والعقود بصفة غير شرعية بموجب الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17-6-1975 المعدل والمتمم لقانون العقوبات [...]". والواقع، إنّ الأمر رقم 75-47 ألغى الأمر رقم 66-186، وقام بنقل الجرائم التي تضمنها إلى قانون العقوبات، ومنها الجريمة أعلاه. يراجع: A. ZAALANI, préc., p. 327. كذلك، جاء في الأعمال التحضيرية للقانون رقم 06-01 بأنّ المُشرّع استحدثها، لأنّ اتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد نصت عليها. الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الشعبي الوطني، 2005، ع 159، ص 5. والحقيقة أنّها لا هي جريمة جديدة في القانون الجزائري، لأنّه يعاقب عليها منذ سنة 1966، وليست من الجرائم التي نصت عليها الاتفاقية السابقة، وهذا ما يتبين بمراجعة نصّها بأكمله.

⁴ - جاء في المادة 3 ما يلي: "تعتبر من الأفعال التي تضر بالثروة الوطنية وتعرض بصفة خطيرة مصالح الخزينة العامة وحسن الاقتصاد الوطني ومؤسساته، الجرائم التي ترتكب بصفة خاصة في الحالات الواردة بعده. [...] 2- الفعل الذي يرتكبه أي موظف في القطاع المسير ذاتياً أو من يمثله أو المستخدم فيه والذي يخصّص إلى [...] د- [...] عقد وإنجاز اتفاقات أو صفقات تنجّه بكل وضوح ضد مصالح الدولة والمؤسسات أو المنظمات المشار إليها، [...]".

⁵ - M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

⁶ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 33 et marge n° 123.

⁷ - يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 140. وقد ذكر أنّ تعديل سنة 2011 مُستلهم من المادة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي.

الجزائية¹، فإنَّ العادة قد جرت بين فقهاء القانون الجنائي على معالجتها بالبداية أولاً بمنح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير، ثُمَّ الانتقال بعد ذلك إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصِّفقات العمومية². وهذا التقسيم مستمد في الحقيقة من نصِّ التَّجْزِيم بصيغته المُعدَّلة سنة 2011³، وفي القانون الفرنسي منذ استحداث الجريمة⁴. كما أنَّه يؤدي إلى إهمال اشكالية هامة تخصَّ هذه الجريمة. حيث إنَّ البعض من الفقهاء خلص من ترتيب عناصر الجريمة بالشكل السابق إلى أنَّ مخالفة الأحكام القانونيّة تعتبر وسيلة لارتكاب الجريمة⁵. والحقَّ إنَّ التَّرتيب السابق قد يدلَّ على أنَّ الجريمة هي من قبيل الجرائم الايجابية بطريق سَلبي⁶، لأنَّ مخالفة تلك الأحكام تنطوي في الواقع على امتناع عن القيام بعمل ملقى على عاتق الموظف العمومي، والذي يؤدي إلى منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير الذي يعتبر السُّلوك الثاني والايجابي في الجريمة.

وبناءً عليه، يتعين في البداية، لدراسة هذه الجريمة، واكتشاف نوعها -إن كانت فعلاً جريمة ايجابية بطريق سَلبي- تحديد معنى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصِّفقات العموميّة (الفرع الأوَّل)، ثُمَّ تحديد بعد ذلك معنى الامتياز غير المُبرَّر الذي يمنحه الموظف العمومي، وهو الفاعل المباشر في هذه الجريمة، إلى الغير متعمداً (الفرع الثاني).

أما بالنسبة إلى ركنها المعنوي، فبما أنَّ المادَّة 26 -1 تشترط حالياً في سُلوك المنح أنَّ يكون عمدياً، فلزِم أيضاً أنَّ نتطرق إلى الرُّكن المعنوي للجريمة الذي يتمثَّل، كما يتبين في وهلة أوَّلَى من النصِّ الجنائي، في العمد⁷، عند دراسة عنصر الامتياز غير المُبرَّر.

1- المحكمة العليا، الغرفة الجنائيّة، ملف رقم 354438، قرار بتاريخ 15 فبراير 2006، المرجع السابق، ص 513-514. حيث قامت محكمة الموضوع في قضية الحال بالتَّثبت من إبرام صفقة من طرف الشَّخص المتهم فقط دون إثبات العناصر الأخرى من الجريمة وبخاصَّة عنصر ارتكاب مخالفة للتَّشريع أو التَّنظيم وعنصر الغرض من المخالفة أيضاً. مما عرض حكمها بالإدانة للنقض.

2- يراجع في القانون الفرنسي:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 61 ; H. HOEPFFNER, préc., p. 480 §§ 804-805 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 71.

وفي القانون الجزائري: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 141؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 227-228.

3- قبل ذلك كان نصِّ التَّجْزِيم يصف المخالفة أولاً ثُمَّ يتطرق إلى منح الامتياز. يراجع: القانون رقم 06-01، المادَّة 26-1 عند دخوله حيز التَّنفيذ، وق.ع، المادَّة 128 مُكرَّر 1. يراجع كذلك: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 9، المرجع السابق، ص 112، حيث كان يرى أنَّ الرُّكن المادِّي للجريمة "يتحقق بقيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشير أو مراجعته دون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل، وذلك بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير". أولاً، هذا رأيه قبل تعديل الجريمة سنة 2011. لكن الصياغة الجديدة لا تختلف كثيراً عن سابقتها. أضف إلى ذلك إنَّ الغرض (غير المشروع) ليس من عناصر الرُّكن المادِّي في الجريمة، بل من عناصر ركنها المعنوي.

4- يراجع: القانون الفرنسي رقم 91-3، المادَّة 7، وقانون العقوبات الفرنسي، المادَّة 432-14.

5- ك. علة، المرجع السابق، ص 228: "[...] فالرُّكن المادي يقوم على عنصريين أولهما منح مزية غير مستحقة للغير عند إبرام أو التأشير على عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق وثانيهما مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات ويعتبر هذا العنصر الأخير بمثابة الوسيلة المستعملة لارتكاب الفعل".

6- « Infraction de commission par omission ».

7- وإن كان من المبكر جدا الحسم في طبيعة الرُّكن المعنوي فيها. فقد ثار جدل قضائي وفقهي حوله كما سوف نرى.

تجدر الإشارة إلى أنَّ هذه الجريمة تسمى كذلك بجريمة المحاباة *Délit de favoritisme* وهي تسمية ابتكرها الفقه الفرنسي، وليست من وضع المُشرِّع الفرنسي¹، أو الجزائري. ففي القانون الجزائري تسمى "بمنح امتيازات غير مبررة إلى الغير في مجال الصفقات العمومية"، طبقاً لعنوان المادة 26 من القانون رقم 06-01. وهي تسمية مشتركة بينها وبين الجريمة الثانية المنصوص عليها في المادة 26-2 التي تختلف عنها. وكانت تدعى سابقاً بجريمة إبرام عقد مخالف لمصالح الدولة أو أحد فروعها². غير أنَّ تلك التسمية الفقهية -أي، جريمة المحاباة- منتقدة، لأنَّ الجريمة تعاقب على الاختلال بواجب الحياد *Impartialité* ولا تعاقب بالضرورة على انتهاك واجب النزاهة *Probité* حيث إنَّها تقوم حتى ولو لم تنعدم النزاهة *Malhonnêteté* لدى الفاعل³. غير أنَّ الفقه الفرنسي يجذ استعمال التعبير السابق لأغراض الاختصار⁴ كما اختارنا مثله في هذه الدراسة أيضاً.

الفرع الأوَّل: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية

يتكون هذا العنصر الأساسي *Fondamental* كما وصفه *Dal Farra*⁵ من مخالفة. وتتكون هذه المخالفة من موضوع أو محل هو الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على التصرفات الاتفاقية التي تدخل في نطاقها. ويلزم أن تكون هذه الأحكام التشريعية والتنظيمية متعلّقة بحرية الترشح، والمساواة بين المرشّحين، وشفافية الإجراءات.

أولاً: تحديد الموضوع الذي تنصب عليه المخالفة المُجرَّمة

يعتمد المُشرِّع الجزائري على معيارين لتحديد. المعيار الشكلي حيث اهتم بالشكل المادي للنص القانوني فاشتراط أن يكون تشريعاً أو تنظيمياً (الفقرة "أ"). وهذا المعيار هو الذي سيكشف أنَّ السلوك السابق يعتبر في الحقيقة امتناعاً عن القيام بعمل، بما يعني أنَّ الجريمة تتكون من سلوك سلبي. ويتمثّل الثاني في المعيار الموضوعي الذي يعتد بمضمون ذلك النصّ حيث يلزم أن يتعلّق بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية (الفقرة "ب"). ولهذا المعيار الأخير أهمية كبيرة. فقد سبق وأن رأينا أنَّه يساعد في حصر نطاق الجريمة، إن كانت تتعلّق بصفقة عمومية، أو على الأقل عقداً من عقود الطلب العمومي، أو بجميع العقود التي يمكن أن تبرمها الإدارة العمومية، إدارية كانت أم مدنيّة. كما أنَّه يساهم في تحديد عناصر السلوك الإجرامي، وطبيعة الغرض من الجريمة، والمتمثّل في منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير.

أ- المعيار الشكلي

سنحاول أولاً تحديد نوع النصوص القانونية التي تقوم بمخالفتها الجريمة (الفقرة 1). وبعد ذلك نتطرق إلى مسألة أثر هذا المعيار على تحديد نوع السلوك الإجرامي في الجريمة (الفقرة 2).

¹- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 33 et 35. V. aussi J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 1.

²- V. A. BENCHENEB, préc., p. 786.

³- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 35-36.

⁴- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 36.

ك. علة، المرجع السابق، ص 170.

⁵- Th. DAL FARRA, préc., p. 467 sq.

1- نوع النصوص القانونية المعنية بالجريمة

ويمكن تقسيمها، على ضوء النظرية العامة للقانون، إلى نصوص قانونية من حيث قوتها (البند الأول)، ونصوص قانونية من حيث الزاميتها (البند الثاني).

البند الأول: من ناحية القوة

ويقصد بها النصوص التشريعية والتنظيمية التي أشار إليها نص التجريم بصراحة. وانطلاقاً منه، يلاحظ أن الجريمة لا تنحصر في أحكام تنظيم الصفقات العمومية، نظراً لشمولية معنى التشريع والتنظيم¹. فمخالفة ما جاء في الأمر رقم 03-03، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة كقيل بقيام الجريمة، تطبيقاً للقانون الفرنسي²، لأنها تتعلق أيضاً بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية³. مع الملاحظة في هذا الصدد أن هدف فرض حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية يختلف عنه في قانون المنافسة: فهدفها في قانون الصفقات العمومية هو الاستعمال الحسن للمال العام، بينما تهدف في قانون المنافسة إلى تنظيم العلاقة بين المتعاملين الاقتصاديين⁴. يضاف إلى ذلك نص المادة 9 من القانون رقم 06-01 الذي يملّي على الإدارة العمومية احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية. فجريمة المحاباة تقوم بمجرد مخالفة نص من هذا القبيل حتى وإن كان نصاً عاماً أُملي فقط احترام تلك المبادئ⁵.

مع الملاحظة أن القضاء الجزائري ذهب قديماً إلى تطبيق جريمة المحاباة على مخالفة البنود الاتفاقية الموضوعة في عقد يدخل في نطاقها. ربما ظنا منها أن العقد يعتبر بمثابة تشريع في مفهوم الجريمة، عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المكرس بالمادة 106 من القانون المدني الجزائري. وكأنّ قضاة الموضوع في الجزائر في هذه الحالة طبقوا -بالقياس- اجتهاداً قضائياً لمحكمة النقض الفرنسية، لكن في مجال آخر، ساوياً بين الأحكام العقدية والأحكام القانونية لقيام الجريمة في قانون العمل الجنائي⁶. غير أن المحكمة العليا في الجزائر عارضت ذلك، وقررت بأن الجريمة تقوم حصرياً بسبب مخالفة نص تشريعي⁷. ورأيها سليم، لأنّ العقد ليس شريعة بمعنى التشريع الذي يصدر عن السُلطة المختصة⁸.

¹- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 79.

²- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 39.

وإن كان البعض يرى أنه من غير المحتمل أن يُطبق على هذه الجريمة، لأنّ موضوعه الخاص يبحث في تصرفات المؤسسات فيما بينها، وليس في العمل المتعلق بالطلب العمومي، بمعنى أنه ينظم العرض L'offre، وليس الطلب La demande.

J. BÉNOIT, préc., § 239. V. aussi J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 79.

³- جاء في المادة 2 من الأمر رقم 03-03، كما جرى تعديلها بالقانون رقم 12-08، أن: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: [...] الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

⁴- J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 26.

وتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية في مفهوم جريمة المحاباة يُرجح فرضية اعتداء هذه الجريمة على النظام العام العقدي L'ordre public contractuel، فهو يتألف من قانون المنافسة (وقانون حماية المستهلك) الذي يجسد النظام العام الاقتصادي والاجتماعي للتوجيه وللحماية. يراجع: L. MARCUS, préc., pp. 120-121 § 148.

وحول النظام العام الاقتصادي بوجه عام: ع. فيلالي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 291-300.

⁵- F. LINDITCH, *Droit des marchés publics*, préc., pp. 28-29.

⁶- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 245-246 § 283.

⁷- المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 238463، قرار بتاريخ 14 مارس 2000، المرجع السابق، ص 309.

⁸- V. J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, n° 2, p. 265 sq.

كما أنَّ نصَّ التَّجْزِيم لم يُمَدِّد نطاق التَّجْزِيم إلى الأحكام العقدية بصراحة. ولقد نطقت المحكمة العليا بذلك الحكم في ظل أحكام المادة 423 من قانون العقوبات. ولا زال صالحا للتطبيق على الجريمة في الوقت الراهن، لأنها تتألف من مخالفة لحكم تشريعي وتنظيمي أيضا.

أخيرا، إنَّ المقصود بالأحكام التنظيمية -وحتى التشريعية- المُكَوِّنَة للسلوك المادِّي في جريمة المحاباة ليست النصوص التطبيقية للجريمة بمعنى تلك النصوص الصادرة لتنفيذ المادة 1-26 من القانون رقم 06-01. بل تعتبر نصوصا قانونية مُسْتَقْلَة عن الجريمة. إلى جانب ذلك، إنَّ تَكُون الجريمة من مخالفة لنصوص تنظيمية لا يخالف مبدأ الشرعية الجنائية، حيث يجب التمييز بين النص غير الجنائي المُخَالَف (والذي عبَّرت عنه المادة 1-26 بالأحكام التشريعية والتنظيمية) والنص المؤسَّس للتجريم والعقوبة (بمعنى المادة 1-26)، إذ ينطبق مبدأ الشرعية الجنائية على هذا الأخير فحسب، وعليه لا يجب في النص القانوني الذي يعاقب نصَّ التَّجْزِيم على مخالفته أن يكون حصريا نصَّ تشريعيًا¹.

البند الثاني: من ناحية الالزامية

والمقصود في هذه الحالة هي القواعد الآمرة والمكملة². فالقواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد مخالفة حكمها³. أما القواعد المكملة فهي "التي يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها"⁴؛ وقد تتحول إلى آمرة، وتصبح بالتالي ملزمة، إذا قرَّر الأفراد عدم مخالفة حكمها⁵. وجريمة المحاباة تشمل هذين الصنفين من القواعد القانونية، حيث لا تهم طبيعتها من حيث الالزام فمخالفة قواعد تكميلية يؤدي إلى قيام الجريمة أيضا. فقد قرَّرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 فبراير 2007 قيام جريمة المحاباة في حق موظف عمومي، لأنَّه اختار بمحض إرادته تطبيق إجراء تعاقدي يتطلب احترام المبادئ الأساسية للصِّفقات العمومية بالرغم من أنَّ العقد المبرم لا يخضع لها في الأصل، ثُمَّ خالفها فأدى ذلك إلى منح امتياز غير مُبرَّر إلى أحد المتنافسين⁶.

وقد تندرج هذه الحالة ضمن ما يعرف في القانون الجنائي بتجاوز الإباحة، وتعني: "أن الواقعة المرتكبة تخرج من نطاق الإباحة لتدخل في نطاق الفعل غير المشروع موضوعيا"⁷. حيث يتحول السلوك في هذه الحالة من سلوك مباح إلى جريمة، ويُنظر، للمعاقبة عليه، إلى الموقف النفسي للفاعل، حيث يجب أن يكون ذلك السلوك عمديا⁸. وهذا يعني أنَّ الموظف العمومي وقع فيما يعرف باسم "البراءة الظنية"⁹، وفيها: "يعتقد مرتكب الجريمة وجود الظرف

¹- G. EVEILLARD, préc., p. 692.

²- يراجع حول هذا التقسيم: ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 70-71 الفقرة 47.

³- ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 71 الفقرة 48.

⁴- نقلا عن: ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 72 الفقرة 49.

⁵- ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 72 الفقرة 49.

⁶- Cass. Crim., 14 février 2007, no 06-81.924, Bull. crim., n° 47.

⁷- نقلا عن: م. م. سلامة، المرجع السابق، ص 189.

⁸- م. م. سلامة، المرجع السابق، ص 189.

⁹- العبارة مقتبسة عن: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 434 الفقرة 53.

المادّي الذي يعلق عليه القانون إباحة السلوك أو الإعفاء من جزائه الجنائي، بينما يكون هذا الظرف في واقع الأمر متخلفاً¹. وبعبارة أخرى، "في البراءة الظنية يعتقد الفاعل أنه بريء مع أن الواقع يدينه"². وتطبيق هذه الفكرة على المثال القضائي السابق، يلاحظ أن الظرف المادّي المبيح يتمثل في ما يأمر به القانون³، حيث اعتقد الموظف العمومي أنه ما دام القانون لا يأمر باتباع اجراء تعاقب تنافسي، فإن مخالفة المبادئ الأساسية للصّفات العموميّة لا يؤدي إلى ارتكاب جريمة المحابة. ولكي يُعاقب الشخص الذي اعتقد أنه بريء بينما ارتكب في الواقع جريمة يجب أن يكون مصدر ذلك الظن لديه هو الغلط غير المغتفر⁴، وستتطرق هذه الدّراسة لهذا الغلط في الباب الثاني. ويكفي عند هذا الحدّ من البحث أن يشار إلى أن المسؤولية الجزائية عن جريمة المحابة لا تنعدم بسبب الغلط أيا كان نوعه في القانون الفرنسي، والقانون الجزائري قياساً عليه. ومنه، يمكن القول أن القضاء الجزائري الفرنسي لا يأخذ بالبراءة الظنية كسبب لانعدام المسؤولية الجزائية في جريمة المحابة، لأنّ الغلط لا يقبل في هذه الجريمة من أجل دفع المسؤولية الجزائية عن الموظف العمومي.

يشار في الأخير إلى ما يلي. أولاً، برغم أن هذا السلوك الإجرامي يستوعب مخالفات عديدة لا حصر لها، فإنّه يجب على القاضي الجزائري في القضايا المعروضة أمامه أن يحدّد بدقة النصوص المخالفة⁵ قبل أن يطبق المسؤولية الجزائية على المخالف⁶. فإذا لم يثبت القاضي الجزائري ذلك -وهذا قد يعني أن الموظف العمومي احترام بصورة تامة النصوص القانونية- فإنّ الجريمة لا تقوم في حقه⁷. وهذا ما قضت به محكمة النقض الجزائرية أيضاً⁸.

ثانياً، تتميز هذه الأحكام التشريعية والتنظيمية بأنّها غير جنائية. حيث إن القانون لم يحدّد عناصر السلوك الاجرامي في جريمة المحابة، بعكس ما عليه الحال في جرائم أخرى، بالعودة إلى نصّ التجريم. وإنما بالاحالة إلى نصوص قانونية حدّد شروطها. ويسمى ذلك بالتجريم بالإحالة. ويمكن تعريف الإحالة التشريعية بأنّها قيام نصّ قانوني بالاحالة أو التوجيه إلى نصّ قانوني آخر بحيث يلزم لفهم الحكم القانوني الذي أراد المشرّع تقريره فهما صحيحاً، من ناحية موضوعه وآثاره، العودة إليها معاً⁹. لكن يجب استعمال هذه الطريقة (الإحالة) بحذر لأنّها قد تخالف قواعد توزيع الاختصاص بين السّلطين التشريعية والتنظيمية عندما يحيل التشريع إلى التنظيم أو الإدارة العموميّة -فتدخل هذه الأخيرة عن طريق عمل إداري أقلّ قوة من التنظيم- من أجل تنظيم مسألة تندرج في الأصل ضمن

¹ - ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 434 الفقرة 53.

² - ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 435 الفقرة 53.

³ - يراجع حول هذا السّبب للإباحة: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁴ - يراجع: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 435-436 الفقرة 53 و ص 448-449 الفقرة 54.

⁵ - V. S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 338.

⁶ - J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 78.

⁷ - V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 78.

⁸ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، المرجع السابق، ص 189.

⁹ - GIUDICELLI, préc., p. 509 sq. § 13 : « Au sens légistique, il y a renvoi quand une norme se réfère ou invite à se reporter à une autre norme [...], la consultation des deux textes étant nécessaire à l'achèvement de la règle de droit, à la parfaite compréhension de son objet ou de ses conséquences. ».

اختصاصه¹؛ وتسمى هذه الحالة بعدم الاختصاص السلبي Incompétence négative²، وتؤدي -لكونها مخالفة للدستور³- إما إلى عدم إصدار النص التشريعي إذا كانت الرقابة الدستورية الممارسة من طرف المؤسسة المكلفة بها (تتمثل في الجزائر في المحكمة الدستورية حالياً⁴، والمجلس الدستوري في فرنسا - وسابقاً في الجزائر⁵) قبلية، أو إلى فقدان ذلك النص لأثره إذا كانت هذه الرقابة لاحقة على إصداره⁶. وقد يمس كذلك بمبدأ الشرعية الجنائية الذي يقتضي أن يحدّد الجناح والجنايات نصّ تشريعي فحسب⁷.

ثالثاً، يتعين في فرنسا انتهاك إما نصّ تشريعي أو نصّ تنظيمي⁸، في حين يلزم في الجزائر مخالفة النصان معاً، وهذا طبقاً للمعنى الحرفي لنصّ التجريم، إذ تقول المادة 26-1: "مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية"⁹. بينما قصد المشرّع في الحقيقة مخالفة أحد النصان. فقد جاء في الأعمال التحضيرية لتعديل قانون العقوبات سنة 2001 أين أضاف المشرّع للجريمة فعل مخالفة نصّ تنظيمي بأنّ الجريمة ترتكب ضد "الأحكام التشريعية أو التنظيمية"¹⁰. علماً أنّ ما ورد بالأعمال التحضيرية من آراء لا يعني بالضرورة أنّ نصّ التشريع قد تبناها فعلاً¹¹. ومن شأن تطبيق المعنى الحرفي أن يؤدي، نظرياً، إلى حصر مجال تطبيق الجريمة في المخالفة لحكم تشريعي وتنظيمي معاً. ولتفادي ذلك يمكن من جهة تفسير حرف الواو في نصّ التجريم بأنّه يدلّ على الترتيب وليس الجمع (أي، ترتيب النصوص القانونية التي تشكل مخالفتها جريمة من الأقوى المتمثل في التشريع إلى الأقل قوة منه، بمعنى التنظيم). ومن جهة أخرى، عملاً باجتهاد لمحكمة النقض الفرنسية رأت فيه أنّه يكفي لقيام الجريمة مخالفة نصّ قانوني يملّي بوجه عام احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية¹²، فإنّ مخالفة نصّ تنظيمي يتعلّق بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية سينطوي دوماً على مخالفة لنصّ تشريعي يتمثل في المادة 9 من القانون رقم 06-01 التي تملّي احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية¹³. أو أنّ يعتبر القاضي الجزائي ذلك خطأ مادياً في نصّ التجريم يجوز

¹- V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 54.

²- V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 54.

³- V. Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 54.

⁴- يراجع: الدستور الجزائري لسنة 2020، المواد 185 إلى 198.

⁵- يراجع: الدستور الجزائري لسنة 2016، المواد 182 إلى 191.

⁶- نصت على هذا الجزء المادة 198 (الفقرتان 2 و 3) من الدستور الجزائري لسنة 2020. وهذا في إطار الرقابة الدستورية العادية. أما الدّفع بعدم الدستورية، فإنّه لا يجوز بشأن المسائل المتعلقة بالاختصاص التشريعي والتنظيمي، لأنّها لا تتعلّق بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. يراجع:

Ch. DEBBASCH, F. COLIN, préc., p. 68.

⁷- V. GIUDICELLI, préc., p. 509 sq. § 13.

⁸- V. l'article 432-14 du Code pénal français.

قانون العقوبات الفرنسي الحالي متوافر على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/

⁹- وقد ورد نفس المعنى في النسخة الرّسمية الفرنسية من المادة 26 السابقة.

¹⁰- الجريدة الرسمية للمدائلات، المجلس الشعبي الوطني، ع 10، 2001، ص 16.

¹¹- V. M. GÉGOUT, « L'interprétation littérale des lois pénales », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1934, n°s 1-2-3, pp. 152-153.

¹²- Cass. crim., 14 février 2007, pourvoi n° 06-81.924, Bull. crim., n° 47, cité dans : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 46.

¹³- لا يعيق اختلاف المبادئ التي تنصّ عليها المادة 9 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01 (المنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية) عن المبادئ المذكورة

له إصلاحه من تلقاء نفسه وهو بصدد عمليّة تفسير ذلك النص¹.

رابعا، إنّ مخالفة وحيدة للأحكام السابقة كقيلة بقيام جريمة المحاباة. بحيث لا يلزم معاناة عدّة مخالفات لاستخلاص ارتكاب الجريمة². فتعدد المخالفات ليس شرطا في الجريمة، وإنما يفيد في إثبات هذه الشروط كالقصد الجنائي في الجريمة.

خامسا، يتطلب البحث من طرف القاضي الجزائي عن المخالفات للقواعد القانونية المتعلقة بالصّفقات العموميّة دراية كبيرة بأنظمة القانون الإداري. ففي جريمة المحاباة يتعين على القاضي الجزائي أن يقدر مدى مطابقة إبرام صّفقة عموميّة لأحكام قانونيّها الأساسي (أي، قانون الصّفقات العموميّة)³. وهذا أمر صعب جدا نظرا لعدم تكوينه المعرفي بالقانون الإداري، وتنظيم الإدارة العموميّة وطريقة عملها⁴. كذلك إنّ دوره لا يقتصر على تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالصّفقات العموميّة فقط. بل يجب أن يحيط بالأحكام والآراء- الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية أيضا. فللقاضي الإداري وظيفة أساسيّة في القانون الإداري تتمثل في القيام بتطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالصّفقات العموميّة وتحديد نطاقها⁵؛ علما أنّ الاجتهاد القضائي الإداري في تغير دائم ومستمر. وهذا، ناهيك عن السّلطة الواسعة للقاضي الإداري التي تخوله حتى إلغاء نصوص تنظيمية تتعلّق بالصّفقات العموميّة عندما تتعارض مع المبادئ والقواعد العامّة كما حدث في فرنسا⁶. هذه النصوص التي تشكل مخالفتها جريمة المحاباة. مما يعني أنّ القاضي الجزائي، وهو قاضي أجنبي عن الموادّ الإدارية⁷، يتحتم عليه بشكل مستمرّ متابعة الاجتهاد القضائي الإداري بكل أشكاله وحالاته أثناء تطبيقه للنصوص الجنائيّة. لكن يشار أنّ القاضي الجزائي ليس مجبرا على الالتزام بما يتوصل إليه القاضي الإداري⁸. فقد يُخرج القاضي الجزائي من دائرة التجرّيم ما يعتبره القاضي الإداري انتهاكا للمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة. ويتشدد بشأن مخالفة أخرى فيعتبرها سلوكا معاقبا عليه بجريمة المحاباة بعكس القاضي الإداري⁹. مما يعني أنّ القاضي الجزائي والقاضي الإداري قد يختلفان بشأن تكييف نفس المخالفة¹⁰.

في المادّة 26-1 تطبيقها على هذه الجريمة. حيث إنّ الوضع في إطار المنافسة -الذي يجسد احدي مظاهر المنافسة الشريفة- يعكس احترام المبادئ الواردة بالمادّة 26-1 التي جاءت هذه الأخيرة لتعاقب على مخالفتها. راجع:

M. GUIBAL, « Grandeurs et servitudes de la concurrence », éditorial, CP-ACCP, 2003, n° 20, p. 3 : « [...] On relèvera ensuite, et surtout, que le principe juridique de mise en concurrence tel qu'il est reçu dans le droit de la commande publique n'est analysable et applicable qu'en fonction des trois composantes (impressionnantes) que lui confèrent le juge et les textes : la liberté économique, la liberté d'accès et l'égalité de traitement ! [...] ».

¹ - إذ يجوز للقاضي الجزائي تصحيح الأخطاء المادّية التي وقع فيها المُشَرِّع أثناء صياغة نصّ التجريم. راجع:

X. PIN, préc., p. 49 § 53 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 138 § 139.

² - V. Cass. Crim., 13 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 374, RTD com., 2001, n° 2, p. 527, note B. BOULOC.

³ - F. THIRIEZ, « L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif », A.J.D.A., 1999, n° 2, p. 105 sq.

⁴ - F. THIRIEZ, préc., p. 105 sq.

⁵ - J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., § 6.

⁶ - V. J.-M. PEYRICAL, « Marché public : notion », préc., §§ 43, 86-87.

⁷ - V. F. THIRIEZ, préc., p. 105 sq.

⁸ - باستثناء حالة إلغاء القاضي الإداري لحكم تنظيمي يتعلّق بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة، والذي تشكل مخالفته جريمة المحاباة. فهذا الإلغاء ملزم للقاضي الجزائي أيضا، ويقتضي العودة إلى أحكام تطبيق القانون من حيث الزمان لتحديد أثر ذلك الإلغاء على قيام الجريمة.

⁹ - Th. DAL FARRA, préc., p. 467 sq.

¹⁰ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 290-291.

وأخيراً، قد يثور السؤال بشأن الصّفقات العموميّة التي يتم إبرامها من طرف شخص معنويّ عام جزائري يقع موطنه بالاقليم الجزائري أو خارجه كالفنصليات الجزائرية، وتنفيذها في الخارج، فهل تنطبق عليها جريمة المحاباة أيضاً. إنّ الإجابة عن ذلك تقتضي تحديد مدى انطباق قانون الصّفقات العموميّة عليها. فحسب الرأي الغالب في القانون الإداري الفرنسي لا يخضع هذا النوع من العقود إلى قواعد قانون الصّفقات العموميّة الخاصّ بالإدارة العموميّة المتعاقدة، ما لم تتجه إرادة أطرافه إلى عكس ذلك. غير أنّ ذلك يتوقف على مدى احترام المبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة. أو بعبارة أخرى، إنّ الصّفقة العموميّة المبرمة والمنفذة في الخارج تبقى برغم استثنائها من أحكام قانون الصّفقات العموميّة خاضعة لتلك المبادئ¹. وبالتالي، إذا كانت مخالفتها تشكل جريمة المحاباة حسب المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01، فهذا معناه أنّ الصّفقات العموميّة المبرمة والمنفذة في الخارج تدخّل في نطاق تطبيق تلك الجريمة أيضاً. لاسيّما وأنّ للقانون الجنائيّ الجزائري تطبيقاً شخصياً، حيث يسري على الوقائع الموصوفة فيه أو في قانون مكان ارتكاب الجريمة بأنّها جنحة - بنفس وصف جريمة المحاباة - ولو ارتكبت الجريمة في الخارج عملاً بأحكام المادّة 583 من قانون الإجراءات الجزائريّة التي تميز متابعة أيّ جزائري ارتكب جريمة خارج الاقليم الوطنيّ الجزائري².

2- طبيعة المخالفة المنصبة على النصوص القانونيّة المعنية بالجريمة

إنّ جريمة المحاباة تعاقب على مخالفة للأحكام التّشريعية والتنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة. وهذه الواقعة تتوفر على شروط السّلوك السّلبيّ. إذ يجب لمعاقبة السّلوك السّلبيّ في القانون الجنائيّ استجماع ثلاثة شروط رئيسيّة. أولاً، الامتناع عن القيام بعمل محدّد، وثانياً يجب أن يكون في وسع الممتنع القيام بذلك العمل، وثالثاً أن يكون هناك واجب ملقى على عاتقه بالقيام بعمل، وهو شرط ضروريّ في السّلوك السّلبيّ³. ومخالفة هذا الواجب - السابق Préalable⁴ - هي التي تشكّل السّلوك المعاقب عليه بالقانون الجنائيّ⁵. وبهذا يمكن أن تعتبر

¹ - إراجع الأحكام القضائيّة والآراء الفقهيّة التي ذكرها:

N. NORMAND, concl. sur cour administrative d'appel de Bordeaux, 17 décembre 2015, *Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, n° 13BX03486, A.J.D.A., n° 15, 2016, p. 863 sq.

² - ولا يتكلم الفقه الإداري كثيراً عن الصّفقات العموميّة ذات البعد الدّولي - حتى لا نقول الصّفقات العموميّة الدّولية التي قد يختلف معناها عما نحن بصدد الحديث عنه - والتي لا تشير إلى الصّفقات العموميّة المبرمة باتّباع إجراء طلب العروض الدّولي. وفيما يأتي قائمة بأهمّ المراجع التي تطرقت إلى هذا الموضوع:

C.E., 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, req. n° 316028, A.J.D.A., 2008, n° 25, p. 1359 sq. ; C.E., 29 juin 2012, *Société PRO2C*, req. n° 357976, A.J.D.A., 2012, n° 24, p. 1314 sq., sommaire D. POUPEAU ; M. LAZOUZI, « La nature des contrats administratifs internationaux. L'emprise du droit national applicable », A.J.D.A., 2012, n° 44, p. 2420 sq. ; S. BRACONNIER, « La prise en compte de l'extranéité dans les contrats de construction publique signés et exécutés à l'étranger », C.E., 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, req. n° 316028, RD imm., 2008, n° 10, p. 497 sq. ; S. BRACONNIER, « Les marchés passés et exécutés à l'étranger sont soumis aux principes généraux de la commande publique », C.E., 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, req. n° 357976, RD imm., 2012, n° 11, p. 560 sq. ; S. HUL, « Marchés publics : vérité que des montagnes bornent ? », comment. sur C.E., 4 juillet 2008, *Société Cola Djibouti*, req. n° 316028, A.J.D.A., 2009, p. 430 sq.

³ - A. DAN, *Le délit de commission par omission : éléments de droit suisse et comparé*, Genève, Schulthess, 2015, p. 76 § 187.

⁴ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 189 § 337.

⁵ - A. DAN, préc., p. 41 § 106.

الجريمة بمثابة "جريمة امتناع"¹، فالامتناع "يمثل الشكل السلبي للسلوك الانساني"².

هذا التحليل ينطبق تماما على المخالفة المؤلفة لجريمة المحابة. ذلك أنَّ السلوك "يعتبر سلبيا حينما يخالف نصا قانونيا يأمر بالاتيان بفعل معين"³. وهذا ما يلاحظ أيضا في جريمة المحابة. فالقانون يأمر الموظف العمومي بتطبيق القواعد القانونية⁴ المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية كالمادة 9 من القانون رقم 06-01، وأيضا المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وجريمة المحابة تقوم قانونا لأنَّ الموظف امتنع عن واجبه السابق.

لكن جريمة المحابة تتطلب، فوق المخالفة السابقة، سلوكا آخر يتمثل في منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير. وتقودنا هذه الملاحظة إلى مسألة "الجريمة الايجابية بطريق سلبي"⁵، وتسمى بذلك لأنَّ النتيجة المحظورة، وهي عنصر ايجابي⁶، تقع بسبب سلوك سلبي⁷. وتقوم هذه الجريمة ماديا عندما يُجْحَم الشَّخص "عن منع حدث وقع وكان يجب أن يتخلف"⁸. تماما كجريمة المحابة. حيث إنَّها تهدف إلى منع استفادة الغير من امتياز غير مُبرَّر في مجال الصفقات العمومية يجب على الموظف العمومي أن يمنع حدوثه. وذلك عن طريق احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المُقرَّرة لضمان حرية الترشح والمساواة بين المرشَّحين وشفافية الإجراءات. علما أنَّ الالتزام باحترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية يقع على عاتق الموظف العمومي أو من تكلفه الإدارة العمومية بالتدخل في الصفقات العمومية⁹. وتطبيقها على جريمة المحابة يتطابق تماما مع المبادئ الأساسية للقانون الجنائي، وبالتحديد مبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية الذي يحظر تطبيق نظرية الجريمة الايجابية بواسطة سلوك سلبي¹⁰، لأنَّ النصَّ الجنائي (المادة 26-1) في ذاته يشترط لقيام الجريمة تحقق هذين السلوكين. حيث إنَّ تلك النظرية تُطبَّق عندما ينصَّ عليها القانون بصراحة¹¹.

على أنَّ صورة التأشير على صفقة عمومية قد تثير بعض الشك حول صحة التحليل السابق. فهذه الأخيرة ورغم أنَّها لا تعتبر مخالفة للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية، لأنَّ التأشير، وإنَّ كان قانون الصفقات العمومية وضعه لحماية الشفافية¹²، لا يخالف مبدأي حرية الوصول والمساواة في الصفقات العمومية، غير أنَّ نظرية الجريمة الايجابية

1- التسمية مقتبسة عن: م. العوجي، القانون الجنائي، ج 1، ط. 3، لبنان، دار الخلود، 1999، ص 413.

2- نقلا عن: م. م. سلامة، المرجع السابق، ص 132.

3- م. م. سلامة، المرجع السابق، ص 133.

4- السلوك السلبي قد يتحقق أيضا بمخالفة قواعد أخلاقية أو دينية. م. م. سلامة، المرجع السابق، ص 134.

5- التسمية مقتبسة عن: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 555 الفقرة 71.

6- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 204.

7- يراجع: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 555 هامش 1.

8- نقلا: ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 555 الفقرة 71.

9- ويسمى ذلك بالالتزام المهني أو الوظيفي الذي يقع "على عاتق أفراد ينتمون إلى مهنة أو وظيفة معينة". ويختلف عن الالتزام العام الذي يقع على عاتق أيِّ شخص.

ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 558 الفقرة 71.

10- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 191 § 341.

11- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp. 191-192 § 342.

12- V. J. ALFONSI, préc., pp. 65-66.

حيث يشير إلى أنَّ شفافية إجراءات منح الصفقات العمومية تكون محل رقابات إدارية استشارية أو بَعْدِيَّة A. posteriori.

بطريق سَلبي تستطيع تبرير المعاقبة عليه في جريمة المحاباة.

فالتأشير كسلوك مَادِّي، مُجَرَّم¹، يَتِمُّ أيضا بالمخالفة لواجب قانوني ملقى على عاتق موظف عُموميٍّ محدّد هو عضو الهيئة المخولة قانونا منح أو رفض منح التأشيرة. ويتمثّل هذا الواجب في منع العدوان على حرية الوصول والمساواة في مجال الصّفقات العُموميّة عن طريق رفض منح التأشيرة للصّفقات العُموميّة التي تنتهك تلك المبادئ. وحدّدته المادّة 195 (الفقرة 3) من المرسوم الرئاسي رقم 15-247². حيث إنّ الشّخص الذي يتعين عليه - بموجب القانون أو العقد مثلا- منع اعتداء على مصلحة قانونية يحميها القانون الجنائيّ يعتبر كذلك مقترفا لجريمة ايجابية بطريق سَلبي³.

يبدو مما تقدم أنّ شروط الجريمة الايجابية بطريق سَلبي تتوفر في عناصر الرُّكن المادّي لجريمة المحاباة، ما دامت المخالفة المُجَرّمة تشكل سلوكا سَلبيا، ومنح الامتياز غير المُبرّر يعتبر سلوكا ايجابيا. وعليه، نخلص إلى أنّ لجريمة المحاباة وصف الجريمة الايجابية بطريق سَلبي. ومن الأنسب أن يتبنى القضاء الجزائري نظرية الجريمة الايجابية بطريق سَلبي بشأن جريمة المحاباة لتحديد أحكامها الجزائية.

ب- المعيار الموضوعي

لا يكفي أن يخالف الموظف العُموميّ نصّا تشريعيّا أو تنظيميّا لكي يقترب جريمة المحاباة. إذ لابد، فوق ذلك، من أن تكون هذه النصوص متعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العُموميّة⁴. واختيار المُشرّع المعاقبة على مخالفة قواعد قانونيّة معينة يعكس الأهميّة الشديدة التي يعطيها المُشرّع لاحترام تلك القواعد⁵. على أنّ هذا الشّرط الأخير جديد في القانون الجزائري، حيث كان في السابق يحفل بمخالفة نصّ تشريعي أو تنظيمي لقيام الجريمة.

1- موقف القانون الجزائري قبل تعديل الجريمة سنة 2011

كانت في مرحلة أوّلَى عبارة عن جريمة تلحق ضررا بالمصالح الاقتصادية الخاصّة بالأمة أو الدّولة حسب المادّة 423 من قانون العقوبات. وكانت لهذا تتكون من قصد جنائي خاصّ يتمثّل في نية الاضرار⁶. أما بالنسبة للأحكام القانونية التي يخالفها الفاعل، فكانت غير محصورة، بحيث يشمل نصّ التّجريم مخالفة جميع الأحكام القانونية التي يمكن أن تخضع لها العقود المعنية بالجريمة مما قاد البعض إلى التساؤل حول امكانية ادراج مخالفة الأحكام القانونية

1- لو لم يُجرّمه المُشرّع، لتعين تطبيق نظرية المساهمة الجنائيّة عليه. وهو أمر يثير عدّة اشكالات، أبرزها أنّه يكون دائما لاحقا على ارتكاب الجريمة الأساسيّة مما يجعل تطبيق نظرية الاشتراك عليه أمرا مستحيلا. يراجع حول الاشتراك: هذه الدّراسة، ما يأتي.

2- وتقول: "ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/ أو التنظيم المعمول بهما تعابنها اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة، إذا كان ذلك مبررا بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم".

3- A. DAN, préc., pp. 32-33 §§ 84-85.

4- حاول البعض، لتحديد نطاق تطبيق جريمة المحاباة، التمييز كما في القانون الإداري بين المخالفات الجوهرية Irrégularités substantielles التي تصيب العمل الإداري، والمخالفات غير الجوهرية Irrégularités non substantielles التي لا يمكن أن يترتب عنها امتياز غير مُبرّر، لأنّها لا تلحق أيّ اعتداء بحرية الوصول إلى الصّفقات العُموميّة والمساواة بين المرشّحين إليها، وبالتالي يجب ألا تخضع لأحكام المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي. يراجع: J.-F. LAFAIX, préc., pp. 127-129 §§ 126-127.

5- C. LOMBOIS, préc., p. 14.

6- V. A. ZAALANI, préc., p. 333.

المنتمة إلى القانون الخاص ضمن نطاق التجريم¹. وفي سنة 2001 تحولت إلى جريمة تتطلب اعطاء امتياز غير مُبرّر إلى الغير بواسطة مخالفة لأحكام تشريعية وتنظيمية². وفي سنة 2006، جرى نقلها إلى القانون رقم 06-01 ولكن بدون إجراء أيّ تغيير يذكر في عناصرها، ما عدا بعض التعديلات الطفيفة التي دعت إليها الصياغة الفنية لأحكام القانون الجديد. وربما كانت تتطلب ضمينا ارتكاب مخالفة لقواعد تتعلّق بالمبادئ الأساسية للصّفات العموميّة. ونستنتج ذلك من وجوب اعطاء امتياز غير مُبرّر إلى الغير. فالامتياز في جريمة المحاباة يعتبر غير مُبرّر إذا نتج عن مخالفة لتلك الأحكام عندما تكون متعلّقة بالمبادئ الأساسية للصّفات العموميّة.

2- موقف القانون الجزائري بعد تعديل الجريمة سنة 2011

استمر الوضع القانوني لجريمة المحاباة على هذا الحال إلى غاية صدور القانون رقم 11-15 الذي اشترط، لأوّل مرة في القانون الجزائري، أن يخالف الفاعل أحكاما تشريعية وتنظيمية تتعلّق بالمبادئ الأساسية للصّفات العموميّة. ومن شأن هذا الشرط الجديد (اشتراط في الأحكام القانونية أن تكون متعلّقة بتلك المبادئ) أن يُضيق من نطاق الجريمة. ولهذا يعتبر ذلك التعديل من قبيل الأحكام الجزائية الأقلّ شدّة، لأنّ القانون الجديد يعتبر أقلّ شدّة، وبالتالي يسري بأثر رجعي على الماضي، عندما يعدل العناصر المؤسّسة للجريمة بصورة أقلّ شدّة مما كان عليه الأمر في السّابق³. حيث إنّ مخالفة القواعد المنظمة لفسخ العقد⁴، والقواعد التي تحمي الإدارة العموميّة كتلك المتعلّقة بطرق الوفاء بالأداءات العقدية والاستلام لا تؤدي إلى ارتكاب الجريمة، لأنّها لا تخالف تلك المبادئ⁵. وبالتالي أصبحت تخرج عن نطاق الجريمة.

كذلك أصبحت الجريمة، بموجب التعديل السّابق، مقيدة من حيث وقت ارتكابها. حيث إنّها أصبحت لا تعاقب إلا على مخالفة القواعد المطبقة على إبرام العقد، لأنّ المبادئ التي نصت عليها لا تتعلّق سوى بالمرشّحين إلى الصّفة وليس بأصحاب الصّفة أيضا⁶. ولا أدلّ على ذلك أنّ المُشرّع حذف سنة 2011 مراجعة العقد من شروط قيام الجريمة. والمراجعة إجراء يخصّ سعر الصّفة العموميّة⁷ وتنطبق أثناء تنفيذ العقد أساسا.

ولقد انتقد الفقه التعديل السّابق بحجة أنّ المراجعة تعتبر سببا للمحاباة ومنح امتياز غير مُبرّر للغير واستثناء الفساد الإداري في الصّفات العموميّة⁸. لكن المراجعة أثناء تنفيذ العقد لا تخضع للمبادئ الأساسية للصّفات العموميّة، إذ تُطبّق عليها قواعد ذات طابع ميزاني وماليّ تهدف إلى حماية المال العام والإدارة العامّة المتعاقدة، والتي لا علاقة لها بالمبادئ السّابقة التي تهدف، بعكس القواعد الأخرى، إلى حماية المرشّحين في الصّفات العموميّة⁹.

¹- V. A. ZAALANI, préc., p. 334.

²- وتمّ هذا التعديل بموجب القانون رقم 01-09.

³- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 155 § 163.

⁴- V. GIMENO-CABRERA, préc., p. 37.

⁵- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 80.

⁶- V. H. HOEPFFNER, préc., p. 475 § 795.

⁷- يراجع: ت.ص.ع، المادّة 97.

⁸- يراجع: ع. حاحا، المرجع السّابق، ص114، 116.

⁹- V. G. PANCRAZI, note sous cass. crim., 2 avril 1998, pourvoi n° 97-84.191, Gazette du Palais, 2000, n° 57, p.

والحالة الممكنة لتشملها جريمة المحاباة، فيما يتعلّق بالمراجعة هي عند تحديد شروط المراجعة أو إجرائها أثناء إبرام الصفقة، فقد أجاز القانون ذلك¹. لكن، حتى في هذه الحالة، تُطبّق الجريمة بلا حاجة لإشارة صريحة في نصّ التجريم، بسبب أنّ المخالفة تمت أثناء إبرام العقد.

أما عن المبادئ التي ذكرها نصّ التجريم في صيغته الجديدة، فهي أولاً حرية الترشح والمساواة بين المترشحين. ويقصد بحرية الترشح واجب الإدارة المتعاقدة "بعدم خلق مناخ غير تنافسي أو السماح به لكي يكون الوصول إلى الطلبات العمومية حراً ونزيهاً"²، ما لم يكن ذلك مُبرّراً بمصلحة عامة أو مسألة تتعلق بالنظام العام³. أما المساواة بين المرشّحين، وهو مبدأ قانوني عام وليس خاصاً بالصفقات العمومية فقط⁴، فتعني "منع أي نوع من التمييز ضد أي مرشّح"⁵. وبالتالي، فإنّ جميع القواعد القانونية التي تهدف إلى توفير مناخ تنافسي في إبرام الصفقة، وكذلك منع التمييز بين المرشّحين إليها تشكل مخالفتها جريمة المحاباة. وبهذا أصبح القانون الجزائري يتشابه مع القانون الفرنسي الذي نصّ على هذين المبدأين الأخيرين منذ إنشاء الجريمة سنة 1991.

كذلك ذكر القانون رقم 06-01 شفافية الإجراءات. ومن تطبيقاتها في قانون الصفقات العمومية الإشهار بصورة دورية لنتائج كل مرحلة من مراحل إبرام الصفقات العمومية⁶، كالإعلان مثلاً عن المنح المؤقت للصفقة⁷. وفي القانون الفرنسي تعاقب الجريمة على مخالفة المبدأين السابقين عدا مبدأ الشفافية، ربما لأنّ مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية ينتج عن مبادئ حرية الوصول إلى الصفقات العمومية والمساواة بين المرشّحين⁸. يبدو لهذا أنّ الحاجة إلى ذكره في نصّ التجريم تزول، ما دامت مخالفة المبدأين السابقين تؤدي إلى انتهاكه أيضاً. أما في الجزائر، فأغلب الظن أنّ إدراجه تم لأنّ الجريمة تقوم كذلك في حقّ عضو لجنة الصفقات العمومية، وهي لجنة مكلفة بمراقبة مطابقة إجراءات إبرام الصفقات العمومية للأحكام التشريعية والتنظيمية، حيث إنّ مهمة الرقابة الملقاة قانوناً على عاتق هذه اللجنة تمثل إحدى المظاهر الأساسية لاحترام مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية⁹.

ثانياً: صور مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية

حدّدت المادة 1-26 من القانون رقم 06-01. ولقد تناولناها في السابق كاختصاصات تحدّد لنا صفة الموظف العمومي في الفاعل في الجريمة. أما الآن فنتناولها كصور للسلوك الإجرامي في الجريمة التي تحدّد لنا وقت ارتكاب الجريمة. القانون الجزائري، بعكس القانون الفرنسي الذي فضل السكوت في هذا الخصوص، يتطلب في الجريمة أن

38 sq. V. aussi C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 77.

¹ - يراجع: ت.ص.ع.، المادّتان 97 و101.

² - C. LAJOYE, préc., p. 59.

³ - F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, préc., p. 23.

⁴ - F. ALLAIRE, *L'essentiel du droit des marchés publics*, préc., p. 24.

⁵ - C. LAJOYE, préc., p. 61.

⁶ - C. LAJOYE, préc., p. 62.

⁷ - ت.ص.ع.، المادّة 52 (الفقرة 8).

⁸ - V. Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001), *Journal officiel français*, n° 208, 8 septembre 2001, p. 14385.

⁹ - V. J. ALFONSI, préc., p. 66.

ترتكب أثناء إبرام (الفقرة "أ") أو التأشير (الفقرة "ب")¹.

أ- أثناء إبرام التصرف القانوني الاتفاقي

تشمل هذه الصورة جميع المخالفات المرتكبة بمناسبة إبرام العقد (الفقرة 1). لكنها تشمل أعمالاً قانونية أخرى أيضاً، بالتحديد عندما تلجأ الإدارة العمومية إلى إبرام ملحق يُعَدِّل الشروط الأساسية للصفقة، أو باللجوء بصفة غير قانونية إلى التعامل الثانوي (المناولة)² الذي يعتبر إستثناءً من مبدأ التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية الذي يجب على المتعاقد مع الإدارة العمومية احترامه³. وستركز الدراسة على الملحق (الفقرة 2). إذ لا بد من رفع اللبس عن هذه الحالة المندرجة ضمن جريمة المحاباة التي ترتكب في مرحلة الإبرام برغم أن الملحق يخص مرحلة التنفيذ.

1- إبرام الصفقة العمومية الأصلية

يتعلّق الأمر أولاً بإبرام الصفقة العمومية الأصلية. فحسب محكمة النقض الفرنسية إنَّ الجريمة ترتكب في أي مرحلة كانت عليها عملية الإبرام⁴. ويشمل ذلك جميع المخالفات -التي لا يمكن إحصائها بشكل حصري⁵- المرتكبة في مرحلة ما قبل بدء إجراء الإبرام، ومرحلة فحص العروض⁶، بالإضافة إلى مراحل أخرى داخلية في مفهوم الإبرام. وسنسوق فيما يأتي أمثلة قضائية تطبيقية من القانون الفرنسي عن ذلك.

لكن لا بد من التنبيه في هذا الصدد إلى المسألة الهامة الآتية. فالفقه يقسم في العادة هذه الأمثلة إلى أقسام تعكس مراحل حياة العقد وهي الإبرام والتنفيذ⁷. وكأنَّ مرد ذلك هو قانون العقود أين يتم التمييز بين مرحلتين تكوين العقد وتنفيذه⁸. بينما نجد أساسه النظري من القانون الجنائي في فكرة السلوك السليبي. فأحكام الصفقات العمومية التي

1- نظراً لندرة الأحكام القضائية الجزائية المتعلقة بهذه الجريمة في الجزائر، سنلجأ كلما اقتضت الضرورة إلى ذكر أمثلة تطبيقية عنها من القانون الفرنسي. لكن تجب الملاحظة أنَّ هناك مصدراً قانونيً رسمي يمكن الاعتماد عليه لاستخلاص أمثلة من القانون الجزائري يتمثل في تقارير مجلس المحاسبة. يراجع مثلاً: التقرير السنوي 1995، ج.ر. رقم 76 مؤرخ 19 نوفمبر سنة 1997، ص2؛ التقرير السنوي 1996-1997، ج.ر. رقم 12 مؤرخ في 28 فبراير سنة 1999، ص2، التي سجلت عدّة مخالفات على مستوى صفقات عمومية تابعة لمختلف قطاعات الدولة. غاية ما في الأمر أنَّها تتكلم عن أفعال قد يصدق عليها وصف جريمة المحاباة وقد تخرج عن نطاقها. لذلك فضلنا عدم استعمالها في هذه الدراسة.

2- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 115.

3- Ch. LAJOYE, préc., pp. 161-162.

4- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 339.

5- تعتبر المبادئ الأساسية للصفقات العمومية من المبادئ التقنية التي يحتاج فهمها إلى فحص نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وأي نص قانوني آخر من المحتمل أنَّه يُطبَّق على الصفقات العمومية، مادّة بعد مادّة لاستخلاص التطبيقات التشريعية، والتنظيمية، والقضائية المقرّرة لتلك المبادئ والتي تشكل بالتالي مخالفتها جريمة المحاباة. لكن هذا الأمر مستحيل في هذه الدراسة، فموضوعها لا يقتصر على دراسة هذه الجريمة فحسب.

6- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 81.

7- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 78-79. V. aussi circulaire CRIM. 98.4/G3 du 2 juillet 1998 la synthèse de la jurisprudence relative à l'application de l'article 432-14 du Code pénal réprimant les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics (NOR : JUSD9830085C), II, B., 3- Les manquements constatés.

انطلقت Prebissy-Schnall من فكرة أنَّ الخطأ كما هو مطلوب في الجريمة يصدر في إطار إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وكذلك أثناء تنفيذها. لتقرّر على ضوء ذلك أنَّها ستتطرق إلى بعض الأمثلة عن الامتيازات غير المبرّرة -بما أنَّها لا تستطيع على حدّ زعمها (وهو زعم صحيح) تحديد قائمة تحصر جميع المخالفات التي ينطبق عليها نص الجريمة- التي تتحقق في جميع مراحل العقد.

8- فالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 يميز بين موضوع تكوين الصفقة العمومية ونظمه في الفصل 3 المُسمّى "إبرام الصفقات العمومية" من الباب الأوّل، وذلك من المادّة 39 إلى المادّة 94، وتنفيذها الذي خصّص له الفصل 4 بعنوان "تنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية"، المواد من 95 إلى 155

تعاقد المادة 26-1 على مخالفتها تعتبر من قبيل القواعد المُقَرَّرة لسلوك معين يجب على الشَّخص الذي تخاطبه -أي، الموظف العمومي- القيام به أو الامتناع عن القيام به خلال فترة زمنية تتحدَّد بالمرحلة التي بلغها العقد، كمرحلة إبرامه أو مرحلة تنفيذه. ومن المعروف أنَّ الجرائم ذات السلوك السِّلبي تَتم عند انتهاء موعد تطبيق القاعدة القانونية التي امتنع الفاعل عن احترامها كما يجب عليه قانوناً، حيث يصبح من المستحيل عليه العدول عن سلوكه الإجرامي¹. وبالتالي، فإنَّ مرحلة الإبرام -والتي يقسمها الفقهاء عند بحث المخالفات المُكوِّنة لجريمة المحاباة إلى مراحل فرعية (كالمرحلة السابقة على إجراء التعاقد، ومرحلة تقييم العروض)²- ومرحلة التَّنفيذ تعتبر الوقت الذي يجب على الموظف العمومي أن يحترم فيه الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية، ومن ثمَّ تشكل مخالفتها سلوكاً سلبياً جرَّمه القانون بموجب المادة 26-1 من القانون رقم 06-01.

أضف إلى ذلك أنَّ اعتبار المخالفة مرتكبة أثناء تنفيذ العقد تتعارض مع المنطق. فالجريمة ترتكب دائماً بمناسبة إبرام الصَّفقة العمومية سواءً أكيفها الأطراف كعقد جديد أم كملحق. ففي هذه الحالة الأخيرة يعتبر الملحق كعقد جديد أبرم بطريقة مخالفة للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية. برغم هذا التعارض، سنتبع نفس الخطة التي انتهجها فقهاء القانون الجنائي، لأنَّها أكثر تعبيراً عن حالات المخالفة المُجرَّمة. أما بالنسبة إلى الأمثلة الواقعية، فهي مستقاة من القانون الفرنسي. ولا بد هنا من الإشارة إلى أنَّ هذا القانون يعتبر بحق قانوناً رائداً فيما يتعلق بجريمة المحاباة.

وعليه، قضي في فرنسا مثلاً بأنَّ طلب الموظف العمومي من شركات تقديم عروض للتغطية Offres de couverture حتى يبدو أنَّ عمليَّة إبرام العقد خضعت للمنافسة، لمنح الصَّفقة في الأخير إلى شركة محدَّدة يؤدي إلى قيام الجريمة³. كذلك إنَّ رئيس البلدية الذي قرَّر تقسيم صَّفقة عمومية للأشغال إلى عدَّة حصص -وهي مناورة كثيرة الوقوع في مجال الصفقات العمومية⁴- بهدف التحايل على الشُّروط الماليَّة -الملزمة- لإبرام العقد وفق إجراء طلب العروض يرتكب جريمة المحاباة، وإن تمثل ركنها المادِّي في قضية الحال في مخالفة وحيدة⁵. ومثال ذلك أيضاً في القانون الفرنسي منح معلومة امتياز لمرشَّح إلى صَّفقة عمومية كأن تتعلَّق بفحوى عرض أحد المنافسين أو تكلفة الانجاز⁶. أيضاً يرتكب جريمة المحاباة الموظف العمومي الذي يلجأ إلى إبرام صَّفقة عمومية وفق إجراء تعاقد استعجالي لا يحترم المبادئ الأساسية للصفقات العمومية برغم أنَّ شُروط حالة الاستعجال غير متوفرة في الواقع⁷. يضاف إلى ذلك

من نفس الباب. كذلك يدرس الفقه عقود الصفقات العمومية من حيث إبرامها Passation ومن حيث تنفيذها Exécution. يراجع:

Ch. LAJOYE, préc., pp. 57 et 159.

¹- L. ROZES, préc., p. 611 § 14.

²- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 81-91.

كذلك، قسمت Prebissy-Schnall المخالفات بالنظر إلى مرحلة التعاقد إلى: مخالفات مرتكبة قبل إبرام العقد، وأثناء إبرامه، وتليها المخالفات المرتكبة خلال مرحلة مستقلة هي تنفيذ الصَّفقة. يراجع:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 78-120.

³- Cass. crim., 16 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.433, RTD com., 2012, n° 2, p. 409 sq., note B. BOULOC.

⁴- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 85.

⁵- Cass. Crim., 13 décembre 2000, Bull. Crim., n° 374, préc., p. 527, note B. BOULOC.

⁶- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 86.

⁷- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 84.

استعمال معايير حسب المقاس لا يمكن أن تتوفر إلا في مرشّح وحيد¹ -الذي يريد الفاعل تفضيله- أو استعمال معايير اختيار غير مشروعة². وقد أثبتت بعض الدّراسات أن هذه المخالفة تنتج في العادة عند مشاركة منظمة إجرامية في الصّفقة العموميّة بهدف إبعاد جميع المؤسّسات -غير التابعة لمنظمة إجرامية- من المنافسة معها على الحصول على العقد³. مما يعني أن جريمة المحاباة تعتبر أداة لمكافحة الجريمة المنظمة في الصّفقات العموميّة. وأخيرا قد تتمثّل المخالفة المعاقب عليها في قيام موظف عمومي بالتوقيع على قرار الالتزام المتضمن منح صّفقة عموميّة إلى شركة محدّدة قبل اجتماع لجنة طلب العروض المُكلّفة باختيار المتعاقد⁴.

2- إبرام المُلحق للصّفقة العموميّة الأصليّة

قد يبدو أن هناك تعارضا بين كون الجريمة لا تُطبّق إلا على عمليّة إبرام العقد، واعتبار إبرام مُلحق بصوّة غير قانونيّة كمخالفة مُكوّنة لجريمة المحاباة. والواقع إنّ الجريمة تشمل هذه الحالة على أساس نظرية العقد الجديد المستمدة من القانون الإداري. فالمُلتحق عمل تعاقدية فرعي لا يشكل عقدا مستقلا⁵. غير أنّه يعتبر في نظر القانون -بمعنى وفق التكييف الصحيح للواقعة، فعادة ما يعلن المتعاقدان عن أنّه مجرد مُلحق لإخفاء طابعه غير المشروع- عقدا جديدا، إذا أدى إلى تغيير أساسي في موضوع الصّفقة العموميّة الأصليّة⁶. والعقد الجديد يجب أن يخضع للمبادئ الأساسيّة التي تدير الصّفقات العموميّة، وهذا ما لا يتوفر في المُلتحق الذي يبرم بدون إجراء شكلي يقتضي المنافسة والإعلان⁷. ومن أمثلته، أنّه قضي في فرنسا بأن إبرام المُلتحق الذي أدى إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد يشكل جريمة المحاباة، لأنّه كان يقتضي اللجوء إلى إجراء جديد للتعاقد يخضع للمنافسة⁸.

يضاف إلى ذلك أن المُلتحق الذي يعدل العقد الأصلي بإدراج أشغال إضافية كبيرة سيؤدي إلى الاختلال بأثر رجعي في الماضي مبدأ المساواة بين المرشّحين، حيث لو علم المرشّحون إلى الصّفقة الأصليّة أثناء عمليّة إبرامها بتلك الأشغال المضافة لقاموا بتعديل عروضهم⁹. وعلى أيّ حال فإنّ الملحق حتى في هذه الحالة سيعتبر عقدا جديدا¹⁰. عليه فإنّ الحصول على إدانة جنائية للفاعل بجريمة المحاباة لإبرامه ملحق يتم على أساس مخالفة ارتكبت أثناء إبرام

¹- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 87.

²- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 101.

³- V. D. RAVENDA, préc., p. 3.

⁴- Cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85.003, Bull. crim., n° 217, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017912601> (19/03/2023) ; RTD com., 2008, p. 431, note B. BOULOC.

يراجع حول أمثلة أخرى عن هذه الجريمة: C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 78-116.

⁵- ت.ص.ع، المادّة 136 (الفقرة 1) التي جاء فيها: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصّفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصّفقة".

⁶- V. H. HEOFFNER, *La modification du contrat administratif*, préc., pp. 484-489 §§ 812-816.

وأبضا: ت.ص.ع، المادّة 136 (الفقرة 8).

⁷- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 115-116.

⁸- C.A. Colmar, 14 novembre 1997, cité dans C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 116.

⁹- H. HEOFFNER, *La modification du contrat administratif*, préc., p. 481 § 805. V. aussi J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 92.

¹⁰- V. H. HEOFFNER, *La modification du contrat administratif*, préc., p. 485 § 813.

عقد جديد، وأيضاً بسبب مخالفة المبادئ الأساسية للصفقات العمومية بأثر رجعي. وكلاهما يندرج ضمن مرحلة الإبرام.

ب- أثناء تأشير التصرف القانوني الاتفاقي

ويقصد النص الجنائي بهذا التصرف جزاء الرقابة الإدارية الخارجية التي تمارسها لجنة الصفقات العمومية المختصة. ولقد حدّد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أحكامها حيث تهدف حسب المادة 163 (الفقرة 1) إلى "التحقق من مطابقة الصفقات العمومية [...]"، للتشريع والتنظيم المعمول بهما". ولممارسة هذه المهمة أناط القانون بها منح التأشيرة أو رفضها، مع واجب تعليل قرار الرفض¹. الأهم من ذلك ما جاء في المادة 195 (الفقرة 3) بقولها: "ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/ أو التنظيم المعمول بهما تعانينها اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة، إذا كان ذلك مبررا بمخالفة بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم". وهذا يعني أنّ السلوك الإجرامي الذي تتألف منه جريمة المحاباة عند التأشير يتمثل في منح أعضاء لجنة الصفقات المختصة التأشيرة إلى مشروع عقد برغم وجود مخالفة للمبادئ السابقة.

على أنّ هناك من يضيف إلى ذلك رفض التأشيرة وتجاوزها². غير أنّ هذه الإضافة متقدمة. فبالنسبة إلى رفض التأشيرة، إنّ النصّ يذكر التأشير فقط. وعملاً بالتفسير الضيق للنصّ الجنائي، يجب أن يخرج رفض التأشيرة من نطاق الجريمة. فهذا السلوك قد يشكل اشتراك في جريمة المحاباة أو جريمة أخرى. وبالنسبة إلى تجاوز التأشيرة، فإنّ مقرر تجاوز التأشيرة يختلف عن التأشير. فهو إجراء مضاد لرفض التأشيرة، يتّخذهُ شخص يختلف عن منحه التأشيرة أو يرفضها. وبهذا فإنّ تجاوز التأشيرة يجب أن ينضوي تحت صورة إبرام صفقة عمومية بصورة مخالفة للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية، وليس تحت صورة التأشير عليها.

مع الملاحظة في الأخير أنّ منح التأشيرة لصفقة عمومية تخالف المبادئ الأساسية للصفقات العمومية - بل وحتى اتخاذ مقرر تجاوز رفض تأشيرة لنفس السبب - لا يعفي مرتكب المخالفة للحكم التشريعي والتنظيمي المتعلق بتلك المبادئ - ويفترض أنّه مختلف عن العضو في لجنة منح التأشيرة - من المسؤولية الجزائية على أساس أن الترخيص الإداري لا يمحي الجريمة³.

الفرع الثاني: الامتياز غير المُبرّر الممنوح إلى الغير

يعتبر الامتياز غير المُبرّر "جوهر" جريمة المحاباة⁴. فقد اشترطته المادة 1-26 من القانون رقم 06-01 لقيام الجريمة قانوناً. ويعتبر من عناصر الجريمة المادية. لكنه يتميز بارتباطه بسلوك مستقل عن المخالفة ويتمثل في سلوك المنح. وعليه، سنتطرق في فقرة أولى إلى سلوك منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير. وبعد إلى هذا الامتياز في حد ذاته.

¹ - ت.ص.ع، المادة 195 (الفقرة 2).

² - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 158: "[...] يتعرض للمساءلة الجزائية من أجل جنحة المحاباة كل من يخالف الأحكام المذكورة بخصوص التأشيرة كأن يمنحها أو يرفضها بصفة غير قانونية أو يتجاوزها".

³ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 313 § 358.

⁴ - ك. علة، المرجع السابق، ص 228.

أولاً: منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير

ويعتبر السلوك المادّي الثاني الذي تتكون منه الجريمة السابقة. ويتميز بكونه سلوك إيجابي، بعكس السلوك المادّي السابق الذي يصنف كسلوك سلبي كما رأينا. لهذا يبدو أنّ الجريمة تنتمي إلى فئة الجرائم الإيجابية بطريق سلبي. وبرغم وضوح الوصف القانوني لهذا السلوك، حيث إنّه يقتضي أن يمنح الموظف العمومي إلى شخص آخر امتيازاً ذو طابع غير مُبرّر (الفقرة "أ")¹، إلا أنّ القضاء الجزائي الفرنسي على وجه التحديد توسع في تفسيره من خلال تطبيق الجريمة على حالة اقضاء الغير من الصّفقات العموميّة. فإذا كان الأصل العام أنّ مخالفة الأحكام المتعلّقة بالمبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة ينبغي أن تهدف إلى منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير²، فإنّ القضاء الفرنسي قرّر تطبيق الجريمة على الحالة المعاكسة، بمعنى اقضاء شخص من العقود الإدارية بغض النظر عما إذا ترتب عن ذلك امتياز غير مُبرّر لفائدة غيره من الأشخاص. الأمر الذي حتم علينا دراسة امكانية تطبيق هذه الحالة في القانون الجزائري أيضاً (الفقرة "ب")، نظراً للتشابه الكبير بين القانونين في خصوص الأركان المؤيِّسة في جريمة المحاباة.

أ- مخالفة الأحكام التّشريعية والتّظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة من أجل منح

امتياز غير مُبرّر إلى الغير

تتناول الدّراسة هنا مسألة المحاولة ما دامت دراسة السلوك الثاني المُكوّن للجريمة تفترض أنّ تحقيق النموذج الإجرامي للجريمة وصل إلى مرحلة جاوزت فعلاً القيام بالأعمال التحضيرية التي لا يعاقب عليها في القانون الجزائري معتمدين في ذلك على الأمثلة القضائية الفرنسية.

1- المعاقبة على محاولة منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير

يعاقب القانون رقم 06-01 على محاولة ارتكاب جريمة المحاباة بالمادّة 52 (الفقرة 2) منه، وبنفس العقوبات المُقرّرة قانوناً للجريمة التامة: الحبس والغرامة الماليّة³. وكذلك فعل القانون الفرنسي⁴. ومعناه أنّ القانون يعاقب على هذه الجريمة حتى وإن لم يترتب عن المخالفة أيّ امتياز غير مُبرّر للغير، ولهذا السّبب اعتبرها الفقه كجريمة شكلية⁵. وإن كانت الجريمة الشكلية تعد في الأصل مجرّد محاولة يجعلها المُشرّع جريمة تامة⁶. ويقترب هذا الرأي الفقهي من موقف القضاء الجزائري قبل سنة 2011. حيث كان يعتبر جريمة المحاباة من قبيل المحاولة، لأنّ المادّة 26 من القانون رقم 06-01 كانت تتطلب منح الامتياز غير المُبرّر كغرض من الجريمة يندرج ضمن عناصر الرّكن المعنوي. وعندما يشترط المُشرّع الغرض في الجريمة - وإنّ لفظ الغرض لا يؤدي معنى القصد الخاص، لأنّ مداه

¹ - كان نصّ التّجريم قبل سنة 2011 يشترط إعطاء امتياز غير مُبرّر إلى الغير ثمّ بعد ذلك أصبح يشترط منح ذلك الامتياز للغير.

² - P. GRELIER WYCKOFF, *Pratique du droit de la construction. Marchés publics et privés*, 5^e éd., France, Eyrolles, 2007, p. 385.

³ - يراجع حول هذه العقوبات: هذه الدّراسة ما يأتي.

⁴ - J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 76, 112.

⁵ - V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 76 ; S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelle », préc., § 340.

⁶ - S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 68.

يتوقف عند إتيان السلوك الاجرامي ولا يتعداه، ولهذا فهو مُنْتَقَد في مجال الرُّكن المعنوي¹ - فإنه يعني أنها تتكون من قصد جنائي خاص². فندخل المُشَرَّع سنة 2011 وغير موضع ذلك العنصر، فاشتراطه كعنصر مادي للجريمة³. وهذا يعني أنَّ مخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصِّفقات العمومية بمفردها تشكل محاولة لارتكاب الجريمة حتى وإن كان الفاعل يقصد بانتهاكه منح ذلك الامتياز إلى شخص معين.

تجب الملاحظة بِشِدَّة في هذا الصدد، لأنَّ احتمالات وقف تنفيذ جريمة المحاباة قبل تمامها مرتفعة بسبب كثرة الرقابات التي تمارس على الصِّفقات العمومية، والتي تثير السؤال حول أساس المعاقبة على المخالفة في حالة اتخاذ إجراء من طرف مرتكب الجريمة جراء تلك الرقابة، أنَّه يشترط لكي يتوافر العدول عن الجريمة الذي لا يعاقب عليه جنائيا أن يتم العدول بمحض إرادة الفاعل، فإذا توقف تنفيذها بسبب ظروف مُسْتَقَلَّة عن إرادته، فإنَّ المحاولة تعتبر قائمة وهذا، طبقا للمادة 30 من قانون العقوبات⁴. وانعدام المحاولة في حالة العدول الاختياري، وبالتالي عدم العقاب عليها، يعتبر من وسائل المُشَرَّع لتحريض المُجرمين على التوقف عن نشاطهم الاجرامي وهو لا زال في مرحلة البدء في التَّنفيذ⁵. وعلى هذا الأساس، قضي في فرنسا -ويتعلَّق الأمر بمحكمة جزائية في الموضوع ومخالفة تمثَّلت في استعمال شخص ظاهر لإبرام صَفقة عمومية دون احترام القواعد الشكلية المُفَرَّدة بحجة أنَّ هذا الشخص يُبرم عقودا تخضع للقانون الخاص ولا يُبرم صَفقات عمومية- بأنَّ فسخ عقد الصَّفقة العمومية Résiliation من طرف مرتكب جريمة المحاباة الذي قام بذلك نتيجة الرقابة على الصَّفقة العمومية التي مارسها الجهات المختصة لا يرقى لمرتبة العدول الاختياري، وأدين المتهم بارتكاب جريمة المحاباة فيما يتعلَّق بالصَّفقة المفسوخة، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف، والذي اعترض عليه الطاعن، ورأت بأنَّ قضاة الموضوع أثبتوا ارتكاب الجريمة في ركنيها المادي والمعنوي⁶.

هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإنَّ وصف جريمة المحاباة، كما أوضحنا من قبل، بأنها جريمة سلوك ايجابي بطريق سَلبي لن يؤثر على المعاقبة على المحاولة فيها. إذ تجوز المحاولة أيضا في هذا النوع من الجرائم⁷. بل حتى رابطة السَّببية يجب أن تتوافر أيضا في الجريمة الايجابية بطريق سَلبي. وذلك بين الامتناع وبين النتيجة المحظورة التي تحققت⁸. وتتميز المحاولة في هذا النوع من الجرائم بأنها تكون مزيجا من الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة بحيث لا تقوم أية أهمية للتمييز

1- أ. محدودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 2، ط. 3، الجزائر، دار هوم، 2017، ص 235. ويبدو أنَّ لفظ الغاية هو الذي يشمل معنى القصد الجنائي الخاص. نفس المرجع، نفس المكان.

2- أ. محدودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 2، المرجع السابق ص 235.

3- يراجع: الجريدة الرسمية للمداوولات، مجلس الأمة، 2011، ع 19، ص 6.

4- يراجع أيضا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 98-99.

5- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 98.

6- Cass. Crim., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-82.961, Bull. crim., 2012, n° 243, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026607502> (14/03/2023).

7- ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 559 الفقرة 71.

8- ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 559 الفقرة 71.

بين الجريمتين في حالة محاولة ارتكاب جريمة ايجابية بطريق سَلبي¹. وهذا ما يمكن أن نلاحظه من خلال التطبيقات القضائية الفرنسية للمحاولة فيما يتعلّق بجريمة المحاباة.

2- أمثلة قضائية تطبيقية عن محاولة منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير

في هذا الصّدّد، يشار إلى أنّ أغلب الحالات التي تتجسّد فيها المحاولة في جريمة المحاباة حدثت عندما تدخّل أحد الأطراف التي يكلفها القانون بمهمة مراقبة شرعيّة الصّفقات العموميّة أثناء ارتكاب الجريمة، فحال تدخّله دون إتمام الجريمة². لنلاحظ من هذا أهية الرّقابة -الإدارية أو القضائية- على الصّفقات العموميّة حيث إنّها تؤدي إلى وقف تنفيذ الجريمة أو إلى تحلّف أثرها (الجريمة الخائبة) بسبب ذلك³. وسنذكر فيما يأتي أمثلة قضائية من القانون الفرنسي تبين ذلك.

ففي حكم قضائيّ لل غرفة الجنائية لمحكمة النّقض الفرنسية بتاريخ 21 سبتمبر 2005 في قضية تعلقت بارتكاب مخالفة مكونة لجريمة المحاباة تجسّدت مادّيّاً في شكل قرار، معيب بسبب تلك المخالفة، صادر عن لجنة طلب العروض يتضمّن اختيار متعاقد، لم يدخل حيز التنفيذ بسبب مخاصمته أمام القضاء الإداري، أيدت فيها الغرفة الجنائية لدى محكمة النّقض الفرنسية ما ذهبت إليه محكمة الموضوع الجزائية بأنّ المحاولة قائمة في هذه الحالة، في جانبها المادّي والمعنوي، ويعاقب عليها الجاني⁴. فمخاصمة ذلك القرار أمام القضاء المختصّ حالت بين تنفيذ ذلك القرار، وبالتالي إتمام الجريمة بمنح الامتياز غير المُبرّر إلى المستفيد منه⁵، حيث إنّها منعت إتمام إبرام الصّفقة العموميّة⁶، علماً أنّ منح الصّفقة العموميّة إلى صاحبها يعتبر من أشكال الامتياز غير المُبرّر⁷. وبالتالي نلاحظ في المثال القضائي السابق تحلّف الشّرط الثاني الواجب لإتمام الجريمة المتمثّل في منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير. وقيام حالة المحاولة فقط. وكأنّ القاعدة، فيما يتعلّق بجريمة المحاباة، تقضي بأنّه لا جريمة تامة بدون عقد مُبرّم. ربما يستثنى منها حالة منح معلومات امتيازية أين تقوم الجريمة قبل إتمام العقد.

كما أنّ المخاصمة القضائية للقرار كانت ظرفاً مستقلاً عن إرادة الفاعل، كما يبدو من وقائع الحكم القضائي. والظروف المُستقلّة عن إرادة الفاعل التي تؤدي إلى وقف التنفيذ بعد البدء فيه أو يترتب عنها خيبة أثر التنفيذ تعتبر شّرطاً ثانياً وضرورياً للمعاقبة على المحاولة⁸. ولهذا لا يمكن أن تشكل المخاصمة القضائية عدولاً اختيارياً عن ارتكاب

¹ - ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 559 الفقرة 71.

² - يراجع الأحكام القضائية المذكورة عند: C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 73-74.

³ - أو إلى اكتشاف الجريمة بعد أن ترتكب هذه الأخيرة بصورة تامة. يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁴ - V. Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-83.868, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007640899> (19/03/2023), cité dans: J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 76.

⁵ - ولو أنّ محكمة الموضوع، المؤيدة من محكمة النّقض، أشارت فقط وهذا، بناءً على ما جاء في مضمون الحكم أعلاه، إلى نية اقضاء تجمع المُؤسّسات.

.Cyclergie

⁶ - V. Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-83.868, préc.

⁷ - J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 74.

⁸ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 98.

الجريمة الذي لا يعاقب عليه لا في فرنسا¹ أو الجزائر². وهذا ما نستنتجه من رأي سابق لأفضية الموضوع الفرنسي التي عاقبت على محاولة المحابة في الصّفقات العموميّة ولو ألغى العقد عقب ممارسة رقابة الشرعيّة Contrôle de légalité من طرف ممثل الدّولة Préfet، لأنّ وقف تنفيذ الصّفقة العموميّة حدث نتيجة يقظة الإدارة العموميّة المُراقبة وليس بسبب قرار إرادي Décision volontaire للإدارة المتعاقدة³. وأنّ القصد الجنائي في مثل هذه الحالات لا ينعلم لدى الفاعل⁴.

وفي قضية أخرى أمام نفس الجهة القضائية، والتي يشير الفقه الفرنسي إليها ليدل على المعاقبة على المحاولة في المحابة⁵، بتاريخ 23 يناير 2008 أدين فيها الطاعن، وهو موظف عمومي لدى مدينة Vitrolles الفرنسية، بمحاولة الاعتداء على حرية الوصول والمساواة بين المرشّحين في الصّفقات العموميّة، لأنّه طلب من شركة Sergie، وقد كُلفت هذه الشركة بتقييم العروض في صّفقة عموميّة، بتعديل تقريرها الأوّل الذي خُصّص إلى ترتيب شركة Idex أوّلًا ثمّ شركة Elyo ثانيًا، وهذا يجعل هاتين الشركتين في مرتبة متساوية، فأيدت محكمة النّقض الفرنسية ما ذهب إليه محكمة الموضوع بأنّ ذلك السّلوّك يشكل مخالفة لمبدأ المساواة، وبالتالي محاولة لارتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي، وخلصت محكمة النّقض بالتالي إلى أنّ محكمة الموضوع أقامت الدليل، بدون نقص أو تعارض، على وجود الرّكنين الماديّ والمعنويّ للجريمة⁶.

ب- مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة من أجل اقضاء

الغير

تعد هذه الحالة من اكتشاف القضاء الجزائيّ الفرنسي. وتسمى عند الفقه الفرنسي بعدم المحابة أو عدم التفضيل Défavoritisme⁷. ونتجت عن عملين قضائيين: أوّلًا، حكم المحكمة الابتدائية Draguignan مؤرّخ في 13 يناير 2005 (الفقرة 1)، وأخيرًا قرار للغرفة الجنائيّة لدى محكمة النّقض مؤرّخ في 21 سبتمبر 2005 (الفقرة 2).

1- حكم المحكمة الابتدائية الفرنسية Draguignan المؤرّخ في 13 يناير 2005

في سنة 1999 رفضت بلدية Ramatuelle الفرنسية، بناءً على تعليمات من ممثل الدّولة Préfet، تحديد عقد

¹ - V. D. REBUT, préc., §§ 33-39.

² - يراجع: ق.ع.، المادّة 30؛ أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 98.

³ - C.A. de Rennes, 3^e chambre, 21 novembre 1996 ; T.G.I. Strasbourg, 19 janvier 1996, cité dans : circulaire CRIM. 94./G3 du 2 juillet 1998, préc.

حيث أشار قرار محكمة الاستئناف Rennes إلى أنّ محاولة المحابة في الصّفقات العموميّة المعنية تمت من خلال البدء في تنفيذ الجريمة عن طريق تبني مداولة وتنفيذها، والتي خاب أثرها بسبب ظروف مُستقلّة عن إرادة الفاعلين والتي تمثلت في تدخّل مصالح ممثل الدّولة المختصّ. وبذلك استجمعت الواقعة شروط المحاولة المعاقب عليها.

⁴ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 73.

⁵ - V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 76, 112.

⁶ - Cass. crim., 23 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.356, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018131821> (19/03/2023), cité dans : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 76, 112.

⁷ - V. W. SALAMAND, « Marchés publics : Vous avez dit “défavoritisme” ? », Le Moniteur TP, 2006, <https://www.lemoniteur.fr/article/marches-publics-vous-avez-dit-defavoritisme.769009> (18/03/2023).

يجوز استغلال ملكية عمومية والمُبَرَّم مع المتعاقد معها، والذي دام لمدّة 30 سنة، وكان يتضمّن اقامة حفلات ليلية على شاطئ بحري أدت -هذه الحفلات- إلى اطلاق راحة السكان، برغم توجيه عدّة انذارات للمتعاقد من أجل اجباره على احترام راحة السكان. فادعى المتعاقد أمام القضاء الإداري ضد قرار رفض تجديد العقد. فقام القاضي الإداري بتعليق تنفيذه مؤقتاً، لأنّه يخالف مبدأ المساواة، ولأنّه استند إلى سبب أجنبي لاستبعاد التعاقد مع المدعي. وبعد انقضاء مدّة التعليق، جددت الإدارة المتعاقدة نيتها في إقصاء ذلك المتعاقد، والتخلي عن العقد نهائياً، لعدم احترام المتعاقد لراحة السكان. فقامت بمنح 35 رخصة مؤقتة باستغلال الملكية العمومية، باستثناء الحصة التي كانت ممنوحة لذلك المتعاقد¹. لكن هذا الأخير رفض اخلاء الملكية العمومية المُستَعْلَة. فرفعت البلدية دعوى أمام القضاء الإداري على أساس أنّه يستولي بصورة غير شرعية على ملكية عمومية. غير أنّ القضاء الإداري رفض الدعوى بحجة أنّ المخالفة غير موجودة، وأن قرار الإدارة المتعاقدة، فيما يتعلّق برخصة الاستيلاء، باطل لأنّه يخالف إجراءات وضع المؤسسات في اطار المنافسة التي كان يجب على الإدارة المتعاقدة أن تطبقها من أجل منح رخصة مؤقتة للاستيلاء على الملكية العمومية. فأعطى الحقّ مرة أخرى للمتعاقد المُقْصَى. وبناءً على هذا الحكم القضائي، قدم هذا المتعاقد شكوى أمام القضاء الجزائي بوقوع جريمة المحاباة كان ضحيتها².

والاشكالية الرئيسية التي تثيرها القضية تتمثّل في أنّ الحصة المتنازع عليها لم تُمنَح لأيّ شخص، بعد اقصاء المتعاقد الأصلي، نظراً لتخلي الإدارة العمومية عنها نهائياً، وبالتالي لا يوجد أيّ شخص استفاد من امتياز غير مُبرّر من المخالفة لمبدأ المساواة، وهذا يعني أنّه لا يوجد أيّ امتياز غير مُبرّر مُنَح إلى الغير حتى تقوم جريمة المحاباة المنصوص عليها في المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي³.

لكن المحكمة الابتدائية Draguignan الفرنسية حكمت بتاريخ 13 يناير 2005 بإدانة المتابعين جزائياً بارتكاب جريمة المحاباة⁴ بسبب مخالفة مبدأ المساواة نتيجة سحب حصة المشتكي من إجراء التعاقد بدون إعلامه مُسبقاً بذلك مما أدى إلى اقصائه من إجراء التعاقد المتعلّق باستغلال الشاطئ البحري⁵. على أساس أنّ مخالفة مبدأ المساواة تكفي للتأكد من وجود امتياز غير مُبرّر، حسب المحكمة الابتدائية Draguignan⁶. وهذا التفسير ناتج أساساً من طريقة نظر القضاء الجزائي الفرنسي للعلاقة بين مخالفة الأحكام القانونية المتعلّقة بالصّفقات العمومية والامتياز غير المُبرّر، حيث إنّ الأخيرة تنتج آلياً بمجرد ارتكاب المخالفة، ومن ثمّ فإنّ التّثبت من وجود المخالفة يؤدي بالضرورة إلى وجود

¹- V. N. LAVAL MADER, chron. jurisprudence pénale de la gestion locale, Annuaire des collectivités locales, t. 26, 2006, p. 447, https://www.persee.fr/doc/coloc_0291-4700_2006_num_26_1_1772 (09/11/2021) ; Observatoire SMACL, « Marchés publics : Extension du domaine du favoritisme ? », <https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article206> (09/11/2021).

²- V. Observatoire SMACL, préc.

³- V. Observatoire SMACL, préc.

⁴- N. LAVAL MADER, préc., p. 447.

⁵- E. GALLARDO, « La Voile Rouge voit rouge ou de l'imputation d'une infraction aux membres d'un organe collégial », comment. sur C.A. Aix-en-Provence, chambre correctionnelle, 16 mai 2007, D., 2008, n° 1, p. 53 sq. § 10.

⁶- E. GALLARDO, préc., p. 53 sq. § 11.

امتياز غير مُبرَّر منح إلى الغير¹ وهذا، بغض النظر عما إذا كان هذا الامتياز قد منح فعلا إليه أم أنه تمثل في اقصائه من المشاركة في العقد، كما توصل إليه الحكم القضائي السابق. مما يعني أنَّ منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير يؤدي في نفس الوقت إلى إقصاء آخرين. وتوفر أحدهما يكفي لقيام الجريمة.

ولقد اعتبر البعض هذا الحكم القضائي المهم توسيعا لنطاق تطبيق الجريمة، حيث إنَّها ستطبق بسببه على المخالفات لأحكام الصَّفقات العموميَّة المتعلِّقة بالمبادئ الأساسيَّة، حتى وإن لم يترتب عن هذه المخالفات منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير فعلا². كما أنَّه اعتبر حلا متطابقا مع التَّفسير الغائي للنصوص الجنائيَّة³ الذي يبحث في إرادة المُشرِّع من التَّجريم⁴، حيث إنَّ القاضي الجزائي، بناءً على ذلك التَّفسير، لا يكفي بتطبيق النصِّ الجزائي على الحالات التي حدَّدها المُشرِّع، وإنما يجيز له تمديد النصِّ الجنائي إلى حالات أخرى لم ترد به، إذا كانت تندرج في الأنموذج القانوني للجريمة⁵ وهذا ما وقع تماما في قضية الحال. وهذا التَّفسير القضائي الموسَّع لنطاق المادَّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي سيُطرح مرة جديدة، وفي نفس السنة، أمام محكمة النَّقض الفرنسية، ولكن في قضية أخرى تعلقت بصفقة عموميَّة، والتي سنعالجها فيما يأتي.

2- قرار الغرفة الجنائيَّة لمحكمة النَّقض الفرنسية المؤرَّخ في 21 سبتمبر 2005

تبين مما سبق أنَّ إقصاء الغير من المشاركة في صفقة عموميَّة أثر يحدث بصورة متلازمة مع منح الامتياز غير المُبرَّر إلى الغير بمجرد انتهاك حكم تشريعي أو تنظيمي يتعلَّق أساسا بمبدأ المساواة. وهذا ما يتضح من وقائع قضية جزائيَّة عرضت على محكمة النَّقض الفرنسية. فقد قامت نِقابة معالجة النفايات الفرنسية المُسمَّاة Sytrad في شهر نوفمبر سنة 1998 بإبرام صفقة عمومية، وفق إجراء طلب العروض، متعلِّقة بإنجاز واستغلال مركب لمعالجة النفايات، والتي تكونت من حصتين خصصت احدهما لتجمع مُؤسَّسات، والأخرى لمُؤسَّسة عامة entreprise générale. وبتاريخ 11 أكتوبر 1999 اختارت لجنة طلب العروض تجمع المُؤسَّسات Cyclergie، فيما يتعلَّق بالحصَّة المخصَّصة لتجمع المُؤسَّسات. وبتاريخ 19 أكتوبر 1999 اجتمعت اللجَّة مجددا بطلب من رئيس النِّقابة بغرض تسبيب قرار منحها العقد إلى ذلك التجمع. ولقد غاب عن الاجتماع مدير المنافسة والاستهلاك ومكافحة الغش⁶. فوافقت اللجَّة على اختيار ذلك التجمع بواسطة قرار مسبب. لكن رئيس النِّقابة رفض الإمضاء على محضر الاجتماع. وبتاريخ 18 نوفمبر 1999 قامت نِقابة Sytrad بمبادرة من رئيسها بتبني مداولة تضمنت إلغاء

¹ V. E. GALLARDO, préc., p. 53 sq. § 11.

أشار Gallardo إلى حكم المحكمة الابتدائية Orléans المؤرَّخ في 5 يونيو 1996، قضية رقم 0338/96 نقلا عن Matsopoulou (H.) (MATSOPLOULOU, J.-Cl. Pénal, art. 432-14, Fasc. 10). ودُكر هذا الحكم أيضا في:

Circulaire CRIM. 98.4/G3 du 2 juillet 1998, préc.

² Observatoire SMACL, préc.

³ V. E. GALLARDO, préc., p. 53 sq. § 11.

⁴ C. PORTERON, préc., § 48.

⁵ C. PORTERON, préc., § 49.

⁶ ولقد أشار إلى ذلك حكم محكمة النَّقض. ولعل هناك حكمة معينة من الإشارة إلى ذلك. إذ تعتبر مشاركة هذا العضو في اللجان المتعلِّقة بالصفقات العموميَّة من أهم عوامل اكتشاف الفساد في الصفقات العموميَّة. يراجع:

Ch. MIRABEL, « L'enquête de police en matière de corruption », AJ Pénal, 2006, n° 5, p. 197 sq.

قرار اختيار تجمع Cyclergie المؤرخ في 19 أكتوبر 1999، لأسباب راجعة إلى مصلحة عامة. قام بعدها رئيس النّقابة بالإعلان عن إجراء طلب عروض جديد من أجل منح تلك الحصة إلى مُؤَسَّسة عامة. وبتاريخ 27 يناير 2000 قامت لجنة طلب العروض، بتشكيلة مختلفة، بإقصاء عرض تجمع Cyclergie. وفي اجتماع لاحق، اختارت اللّجنة شركة ABB-Alstom. غير أنّ الصّفقة لم تُبرَم بسبب الطعن ضد قرار المنح السابق. وكذلك توبع جزائيا رئيس نقابة Sytrad بتهمة محاولة الاعتداء على حرية الوصول والمساواة بين المرشّحين في الصّفقات العموميّة المنصوص عليها في المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي. ولقد قرّرت محكمة الاستئناف Grenoble بتاريخ 2 أبريل 2004 معاقبته بالحبس لمدّة 3 سنوات مع وقف التنفيذ، وغرامة تساوي 4.000 يورو. فطعن المحكوم عليه أمام الغرفة الجنائية لمحكمة النّقض الفرنسية بحجة أنّ محكمة الاستئناف خالفت القانون. وبتاريخ 21 سبتمبر 2005 أصدرت محكمة النّقض حكمها في القضيّة رافضة طعنه، لأنّ الجريمة قائمة في ركنيها المادّي والمعنوي¹.

فمن جهة إنّ الطاعن خالف قواعد إبرام الصّفقات العموميّة، لأنّه بادر شخصيّا إلى اتخاذ المداولة الصادرة عن النّقابة التي ألغت قرار منح الحصة إلى تجمع Cyclergie. ولهذا استبعدت محكمة الاستئناف دفاعه بأنّ القرار صدر عن هيئة جماعية، ولم يكن نتيجة فعل شخصي. ويبدو أنّ محكمة النّقض، لأنّها أشارت إليه، أيدت رأي محكمة الاستئناف السابق. ولأنّ الطاعن قام في القضيّة بتعديل شروط طلب العروض الثاني. وتمثل غرضه في إقصاء ذلك التجمع. بحيث أعلن عن طلب عروض جديد يهدف إلى منح الحصة إلى مُؤَسَّسة عامة بدلا عن منحها إلى تجمع مُؤَسَّسات. وهذا، ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف. وأيدتها في ذلك محكمة النّقض. لأنّ الفاعل في الجريمة تعرض إلى العقوبة بسبب اتجاه ارادته نحو خرق مبدأ المساواة في المعاملة بين المرشّحين من خلال إقصاء الغير². ويعني أنّ جريمة المحاباة تقوم حتى ولو تمثل غرض الفاعل في إقصاء مرشح معين لا أكثر، ما دام ذلك يخالف مبدأ المساواة. ومن هذا يبدو أنّ مشكلة عدم المحاباة تتعلّق بالرّكن المعنويّ في الجريمة في القضيّة الحالية. بعكس القضيّة السابقة، أين تم التخلي نهائيا عن الحصة المتعلّقة بالاستيلاء على الملكية العموميّة. وتعلّقت بالتالي بالرّكن المادّي في الجريمة أساسا، نظرا لتخلف عنصر منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير. غير أنّها تعلّقت، كالقضيّة السابقة، بمخالفة مبدأ المساواة³. ونستنتج منه أنّ إقصاء المرشّحين يخالف مبدأ المساواة الذي تعاقب الجريمة على انتهاكه. ومن جهة أخرى فإنّ الطاعن كان يعلم جيدا، بحكم خبرته الطويلة باعتباره مُنْتخَب ومُسيّر Gestionnaire، بقواعد منح الصّفقات العموميّة. مما يعني أنّ قصد ارتكاب الجريمة كان متوافرا لديه⁴.

ولقد أيد البعض ما ذهبت إليه محكمة النّقض الفرنسية. فقبل بأنّ محكمة النّقض الفرنسية لم تُشَوِّه Déformer، بموجب حكمها السابق، جريمة المحاباة، وإنما قامت فقط بتمديد نطاق تطبيقها إلى حالات جديدة، على أساس

¹- Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi no 04-83.868, préc. ; W. SALAMAND, préc.

²- P. GRELIER WYCKOFF, préc., p. 385.

³- W. SALAMAND, préc.

⁴- V. Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-83.868, préc.

أنَّ الجريمة تقوم عند استبعاد مرشح بدون سبب مشروع من المشاركة في صفقة عمومية، لأنَّ هناك مرشح آخر استفاد من اقصاء ذلك المرشح¹. وهذا صحيح. فصورة عدم التفضيل لصيقة بمنح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير. فمن يفضل شخصاً ما لا بد وأنَّه يقضي في الوقت ذاته شخصاً آخر. وهذا ما يتبين من قضية جزائية عرضت على محكمة استئناف Rennes بتاريخ 30 أبريل 2009 تمثلت في قيام موظف عمومي، المتابع بجريمة المحاباة في الصفقات العمومية، بالمشاركة في اجتماعات لجنة طلب العروض المتعلقة بمنح صفقة عمومية، حيث إنَّ هذه اللجنة قرَّرت استبعاد العرض التقني الخاص بمؤسسة ARTBAT برغم تطابقه مع شروط التعاقد، وقبول عرض مؤسسة GADBY المنافسة لها الذي تربط المتابع جزائياً برئيسها علاقة صداقة وعمل². وباستبعادها خالف الموظف العمومي مبدأ المساواة في الصفقات العمومية.

ويبدو أنَّ مُبرَّر المعاقبة على حالة التفضيل لا يجد أساسه في الرُّكن المادي للجريمة، لأنَّ النصَّ الجنائي واضح بهذا الشأن: الجريمة تتطلب منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير. وإنما يتمثل مصدره في الرُّكن المعنوي، نظرية القصد غير المباشر Dol indirect على وجه التحديد. فهذا القصد يقتضي أنَّ يعلم الفاعل بأنَّ فعله، الذي يرتكبه بصورة إرادية، سيؤدي إلى نتيجة ما لكن إرادته لا تتجه إلى تحقيقها، وهذا القصد يتساوى في نظر القضاء الجزائري الفرنسي مع نظيره، القصد المباشر Dol direct الذي تتجه فيه إرادة الفاعل نحو تحقيق نتيجة محدَّدة³. وبناءً عليه، فإنَّ الموظف العمومي الذي يخالف أحكام الصفقات العمومية المتعلقة بالمبادئ الأساسية يقع في جريمة المحاباة حتى وإن لم تتجه إرادته إلى منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير، ولكنه كان يعلم، بسبب خبرته واختصاصاته الوظيفية، أنَّ هذه النتيجة ستتحقق تبعاً لمخالفته، وإن كان يقصد بفعله اقصاء الغير من صفقة عمومية لا أكثر.

يشار إلى أنَّ باعث عدم التفضيل قد يكون شخصياً. فقد ينتقم مثلاً عامل سابق من الشركة التي طردته، بأنَّ يطلب استبعاد عرضها أمام لجنة طلب العروض يشارك في أشغالها بوصفه عضواً منتخباً محلياً. وقد سجلت هذه المخالفة في نزاع قضائي إداري أمام مجلس الدولة الفرنسي -في إطار دعوى إدارية استعجالية- الذي قضى، نظراً للمدَّة الطويلة التي مرت على تسريح عضو لجنة طلب العروض من عمله لدى الشركة، وعدم وجود اتهامات محدَّدة تمسَّ بحياده، بأنَّ تشكيلة اللُّجنة لا تكون مخالفة لواجبات الإعلان والوضع في إطار المنافسة⁴. ومن الممكن أنَّ القاضي الجزائي كان سيحكم بقيام جريمة المحاباة في هذه الحالة. والسبب أنَّه غير ملزم بموقف القاضي الإداري⁵.

ومن الأحسن أنَّ ينصَّ المُشرِّع الجزائري على المعاقبة على عدم التفضيل بصراحة في المادَّة 1-26 من القانون رقم 06-01 بحيث يقول: "كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر، أو يقصيه عمداً عند إبرام أو

¹- P. GRELIER WYCKOFF, préc., p. 385.

²- C.A. Rennes, chambre 3^e, 30 avril 2009, dossier n° 08/ 00043, arrêt n° 745/ 2009.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 455 § 554.

⁴- C.E., 27 juillet 2001, *Société Degremont Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon La Valette La Garde*, req. n°s 232820, 232950, *Recueil Lebon*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008016503/> (28/05/2023).

⁵- يراجع حول وجود تعارض موقف القضاء الجزائي والإداري في مجال الصفقات العمومية:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 290-291.

تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات". وهذا حتى يضمن احترامه لمبدأ الشرعية الجنائية، ولا يقع القضاء الجزائي في عيب مخالفة القانون، إن هو طبق الجريمة، بدون نص تشريعي يقرّر ذلك بصراحة، على حالات عدم التفضيل.

ثانيا: الامتياز غير المُبرّر الممنوح إلى الغير

لقد أثار مفهوم الامتياز غير المُبرّر في جريمة المحاباة، وبخاصّة معنى عدم التبرير، تساؤلات عديدة في القانون الفرنسي¹. ومن الممكن أن ينطبق نفس الشيء على القانون الجزائري، لأنّه يعاقب على نفس الجريمة. ولمعالجة هذا العنصر الهام في جريمة المحاباة، لا بد من التطرق إليه من ناحيتين. أولاً من الناحية المادية (طابع) (الفقرة "أ"). وأخيراً من الناحية النفسية المتعلقة بالركن المعنوي في الجريمة (الفقرة "ب").

أ- الامتياز غير المُبرّر من وجهة النظر المادية

سنحاول في هذا الجزء من الدراسة تحديد الشروط القانونية للامتياز غير المُبرّر، وهي أن يكون امتيازاً، وأن يكون غير مُبرّر. ثمّ نتطرق إلى مسألة المستفيد من هذا الامتياز. فالنص الجنائي يشترط أن يكون هذا الشخص من الغير حصرياً.

1- العناصر القانونية المُحدّدة للامتياز غير المُبرّر

برغم أن النص الجنائي -الفرنسي² والجزائري أيضاً³- لم يُحدّد شكل معيناً للامتياز غير المُبرّر الذي يشترط لقيام جريمة المحاباة قانوناً⁴، فإنّ ما هو معلوم عنه أنّه يجب أن يكون من جهة امتيازاً (Avantage) (البند 1)، وغير مُبرّر من جهة أخرى Injustifié⁵ (البند 2).

البند الأول: طابع الامتياز

إنّ وجود الطابع الامتيازي Caractère avantageux يعتبر مسألة ضرورية لقيام جريمة المحاباة⁶. ويتمثّل ذلك الامتياز في العادة في إرساء الصّفقة العموميّة على أحد المرشّحين أو في المعلومات الممنوحة بصورة غير قانونيّة إلى أحد المرشّحين الذين يريد الفاعل تفضيلهم في الصّفقة العموميّة⁷. ولقد مر هذا الطابع بتطوّر تاريخي هام في القانون الجزائري. إذ لم يشترطه القانون الجزائري في جريمة المحاباة إلا منذ سنة 2001، بموجب القانون رقم 01-09. أما قبلها فقد كانت الجريمة تتألف من عنصر آخر، مختلف بعض الشيء عن الامتياز غير المُبرّر، يتمثّل في المس بمصالح

¹- J. BÉNOIT, préc., § 235.

²- V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 74.

بدأنا بالقانون الفرنسي أولاً لأنّه المصدر الماديّ لهذا الشّرط في الجزائر.

³- يراجع: القانون رقم 01-06، المادّة 1-26.

⁴- تجب الإشارة إلى أنّ أعضاء البرلمان اقترحوا أثناء مناقشة القانون رقم 01-06 أن تقوم وزارة العدل بتفسير معنى الامتياز غير المُبرّر والمزية غير المُبرّرة المُكوّنة لبعض جرائم الفساد حتى يتحدّد نطاق كل واحدة منها. يراجع: الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، ع 8، 2005، ص 21.

⁵- ولقد أشار إلى هذا الطابع Lasserre-Capdeville. يراجع:

J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 75.

⁶- J. BÉNOIT, préc., § 254.

⁷- J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 74.

الدولة أو الجماعات المَحَلِّيَّة أو الهيئة التي يمثلها الموظف العمومي، الفاعل في الجريمة¹. وكان يشكل الرُّكن المعنوي، وليس المادي، في الجريمة²، وتحديدًا القصد الجنائي الخاص³. وكانت تشتق منه تسمية الجريمة آنذاك -من طرف الفقهاء- حيث كانت تدعى بجريمة إبرام عقد مخالف لمصالح الدولة أو أحد فروعها⁴. غير أنَّ علاقة الجريمة آنذاك بالامتياز لم تكن معدومة. ولفهم هذه العلاقة لابد من الاستعانة في هذا الصدد بمفهوم جرمية المُشَرِّع/ جرمية الفاعل⁵.

فالمُشَرِّع الجزائري كان ينظر إلى أثر الجريمة من زاوية الضحية في الجريمة، بمعنى الشَّخص المعنوي العام المتعاقد الذي يتضرر من إبرام عقد مخالف للقانون. وهذا وفق مفهوم جرمية المُشَرِّع. أما وفق مفهوم جرمية الفاعل، فلا يستبعد أن يتزامن ذلك الاضرار مع منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير، لأنَّ منح مثل هذا الامتياز قد يثبت وجود ذلك الضرر. فمن غير المتصور أن يقصد الموظف العمومي الاضرار بمصلحة الدولة فقط من إبرام صفقة عمومية مع شَخْص آخر. ليصبح الامتياز الممنوح إلى الغير (المتعاقد مع الإدارة العمومية في الغالب) كقرينة إثبات واقعية⁶ في الجريمة. وتستعمل هذه القرائن في العادة لإثبات الرُّكن المعنوي في الجريمة، وتعفي النيابة العامة من عبء الإثبات⁷. وبالتالي يتحول الامتياز غير مُبرَّر في هذه الجريمة إلى الواقعة المعلومة التي تبنى عليها قرينة إثبات الرُّكن المعنوي في تلك الجريمة.

وفي سنة 2001 نَقَدَ مفهوم الامتياز غير المُبرَّر إلى القانون الجزائري من خلال القانون الفرنسي. حيث قام المُشَرِّع الجزائري بتعديل مكان جريمة المحاباة داخل قانون العقوبات، فنقلها إلى الجزء المتعلِّق بالجنايات والجناح ضد السلامة العمومية ضمن جرائم الرشوة واستغلال النفوذ كما فعل المُشَرِّع الفرنسي قبله في قانونه للعقوبات لسنة 1992، ونصَّ عليها في المادة 128 مُكرَّر¹. وعدل مضمونها، فالجريمة أصبحت تتطلب لقيامها قانونا اعطاء امتيازات غير مُبرَّرة إلى الغير بدلا من "المس بمصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو الهيئة التي يمثلها" الفاعل في الجريمة. غير أنَّه لم يشترط آنذاك في النصِّ التشريعي والتنظيمي أن يكون متعلقا بالمبادئ الأساسية للصِّفقات العمومية.

¹ - يراجع: ق.ع، المادة 423 (الفقرة الفرعية 1) طبقا لتعديلها بالقانون رقم 88-26. وفي ظل القانون رقم 82-04 كانت تشترط أن يعلم الفاعل أنَّ العقود التي أبرمها "مخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للأمة". أما بالأمر رقم 75-47 فكان يشترط أن يقوم الفاعل "لأغراض شخصية" بإبرام عقود "يعلم أنها مخالفة للمصالح الاقتصادية الأساسية للدولة". وكانت تقع المادة 423 السابقة في قانون العقوبات في الجزء المتعلق بالاعتداءات الأخرى على حسن سير الاقتصاد الوطني والمؤسسات العمومية، والذي يتطابق مع الشرط المذكور أعلاه. أخيرا بموجب المادة 3 من الأمر رقم 66-186 كان يلزم أن: "تتجه [العقود] بكل وضوح ضد مصالح الدولة والمؤسسات أو المنظمات".

² - V. A. BENCHENEB, préc., p. 789.

³ - A. ZAALANI, préc., p. 333.

⁴ - « La passation d'un contrat contraire aux intérêts de l'État ou à un démembrement de l'État ». A. BENCHENEB, préc., p. 786.

⁵ - يقصد بجرمية المُشَرِّع الواقعة التي ينصَّ عليها التشريع ويعطيها وصفاً جنائياً ويعاقب عليها بعقوبة. بمعنى هي الجريمة التي ينظر إليها من الجانب القانوني. أما جرمية الفاعل فيعتقد فيها بالواقع المادي، بمعنى بالسُّلوك المادي الذي صدر في الواقع عن الشَّخص المكلف باحترام القانون الجنائي، والضرر الذي تسبب فيه. يراجع: G. RABUT-BONALDI, préc., p. 41 § 26.

⁶ - « Présomption de fait ».

وتعتبر هذه القرائن من طرق الإثبات في القانون الجنائي. يراجع: J.-C. SOYER, préc., p. 287 § 702, p. 293-294 § 715.

⁷ - J. BUISSON, préc., §§ 26, 36.

تجدر الإشارة إلى أنَّ مفهوم الامتياز غير المُبرَّر في جريمة المحاباة في الصَّفقات العموميَّة يرجع في القانون الفرنسي إلى القانون رقم 48-1484 مؤرَّخ في 25 سبتمبر 1948 الذي يهدف إلى مكافحة أخطاء التسيير المرتكبة ضد الدَّولة والجماعات الإقليمية الذي استحدث لأول مرة ذلك المفهوم¹، والذي تنصَّ عليه حاليا المادَّة 313-3 من قانون الأفضية الماليَّة Code des juridictions financières²؛ وقد نصت على جزاء ينطبق، فوق العقوبات المُقرَّرة للجريمة، على مرتكب جريمة المحاباة في الصَّفقات العموميَّة بدون أن يخالف ذلك مبدأ عدم جواز معاقبة نفس الشَّخص مرتان بسبب نفس الأفعال³. فهو اذن ليس مفهوما قاصرا على جريمة المحاباة في مجال الصَّفقات العموميَّة فقط.

البند الثاني: طابع عدم التبرير

بالإضافة إلى كونه امتيازاً، يجب أن يتميز ذلك العنصر أيضاً بطابع عدم التبرير. فقد قضى في فرنسا، فيما يتعلَّق بمنح معلومات إلى الغير، بأنَّه يتعين على القاضي الجزائي أن يثبت أنَّ المعلومات التي أذاعها الفاعل لأحد المرشَّحين إلى الصَّفقة العموميَّة هي ذات صبغة غير مُبرَّرة⁴. فهو اذن شرَّط أساسي في الامتياز المؤيِّس لجريمة المحاباة. على أنَّ تحديد الطَّابع غير المُبرَّر للامتياز في جريمة المحاباة يقتضي تحديد العلاقة الموجودة بين سلوك المخالفة الواردة على المبادئ الأساسيَّة للصَّفقات العموميَّة وسلوك منح الامتياز⁵. ويقود ذلك إلى طرح الاشكالية التالية: هل بالضرورة يؤدي خرق قواعد قانونيَّة تهدف إلى ضمان حرية الوصول والمساواة بين المرشَّحين في الصَّفقات العموميَّة إلى إحداث امتياز غير مُبرَّر⁶.

فقد قرَّرت محكمة النقض الفرنسيَّة في حكم قضائي لها مؤرَّخ في 2 أبريل 1998⁷ بأنَّه يلزم على قضاة الموضوع أن يبينوا بأنَّ المخالفة أفضت فعلاً إلى منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير⁸. مما يعني أنَّ مخالفة النصوص القانونيَّة المتعلِّقة بالمبادئ الأساسيَّة للصَّفقات العموميَّة لا تُكسِّب دائماً الامتياز الممنوح إلى الغير الطَّابع غير المُبرَّر اللازم لتكوين الجريمة قانوناً⁹. غير أنَّ الحكم السَّابق يبدو أنَّه حكم قضائي معزول، فحسب Benoît لم يفرض القضاء الفرنسي أن تكون المخالفة لتنظيم الصَّفقات العموميَّة قد أدت فعلاً إلى تفضيل (أو محاولة تفضيل) مرشح معين، مما يعني أنَّ إقامة الدليل على وجود رابطة السَّببيَّة بين المخالفة والامتياز يرجع إلى حرية التقدير لقاضي الموضوع¹⁰. لهذا فإنَّ

¹ - ونفس المفهوم مستعمل كذلك في قانون سوق الأموال الجنائي في فرنسا. يراجع:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 61 ; J. BÉNOIT, préc., § 235.

² - V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 73. V. aussi C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 61.

³ - « Non bis idem ». V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 120, 122.

⁴ - V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 86.

⁵ - وهذا ما يلاحظ من مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بخاصَّة. يراجع مثلاً:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 61-64.

⁶ - نقلاً عن: C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 61.

⁷ - Cass. crim., 2 avril 1998, pourvoi no 97-84.191, Bull. crim. no 2219, cité dans : C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 62.

⁸ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 62-63.

⁹ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 63.

¹⁰ - J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 258.

معظم أفضية الدرجة الأولى في فرنسا اعتبرت أنّ الامتياز الممنوح عن طريق سلوك مخالف لقواعد الصّفات العموميّة هو غير مُبرّر، أو رأت بالمثل أنّ أيّ امتياز غير مُبرّر لم يمنح، نظريا، إلا عن طريق سلوك مخالف لتلك القواعد¹. وهكذا فإنّ القاضي الجزائريّ الفرنسي يعتبر أنّ الطّابع غير المُبرّر للامتياز ينتج بالضرورة عن مجرّد أنّه منح بالمخالفة للقواعد الموضوعية لضمان المساواة بين المرشّحين، وهو ما يعني أنّ القضاء الجزائريّ الفرنسي لا يميز في الحقيقة بين الامتياز المحض والامتياز غير المُبرّر².

وهذا ما ذهب إليه أيضا بعض الفقهاء هناك. فحسبهم إنّ الامتياز يعتبر بالضرورة غير مُبرّر عندما يجد مصدره في مخالفة لحكم تشريعي أو تنظيمي يرمي إلى ضمان حرية الوصول والمساواة بين المرشّحين في الصّفات العموميّة، بحيث أنّ الامتياز الناتج عن هذه المخالفة لا يمكن أن يكون سوى امتياز غير مُبرّر³. وأنّه من غير المتصور أن يترتب عن مخالفة للأحكام القانونيّة المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفات العموميّة امتياز مُبرّر⁴.

على أنّ البعض الآخر اعترض بشدّة على فكرة استنتاج الطّابع غير المُبرّر من المخالفة، لأنّ ذلك يلغي شرطاً أساسياً هو الامتياز غير المُبرّر، الذي يعكس خطورة الجريمة، اشترط نصّ التجريم وجوده بصراحة، مما يخالف فحوى نصّ التجريم. كما أنّه يؤدي إلى تقدير الطّابع غير المُبرّر بصورة مجرّدة Abstraite مما يستبعد الأخذ بالاعتبار بالظّروف الواقعية التي أحاطت بارتكاب الجريمة. وأخيرا فإنّ الأحكام الواردة بالقانون الأساسيّ للصّفات العموميّة لا تهدف حصريا إلى ضمان حرية الوصول إلى الصّفات العموميّة والمساواة بين المرشّحين فيها⁵.

نفس الرأى توصل إليه الفقه الجزائريّ في ظلّ المادّة 423 من قانون العقوبات أين كان يشترط لقيام الجريمة الإضراراً بمصالح الدولة وليس منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير. حيث قيل بأنّ الإضرار بمصالح الدولة أو أحد فروعها يتحقق كلما خالف الموظف العموميّ القواعد القانونيّة المتعلّقة بإبرام العقود المعنية بالجريمة، لأنّ تلك المصالح تُصان عندما يحترم الموظف العموميّ القانون المتعلّق بالصّفات والعقود المعنية آنذاك بالجريمة⁶. وهذا التفسير يؤدي إلى الحدّ من المبادرات التعاقدية، كما أنّ لذلك الضرر المكون للرّكن المعنويّ في الجريمة مفهوم مطاطي يحتمل تفسيرات متنوعة، بحيث تشكل الجريمة بسببه خطورة كبيرة على المخاطبين بالنصّ الجنائيّ⁷. ويمكن أن يسري هذا الاعتراض أيضا على جريمة المحاباة في صورتها الحالية في القانون الجزائريّ، التي تشترط منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير.

فنلاحظ بذلك وجود اتفاق كبير بين الفقهاء الجزائريّ والفرنسي على ضرورة عدم استخلاص الطّابع غير المشروع للامتياز أو الضرر الذي لحق بمصالح الشّخص المعنويّ العام من المخالفة لقانون الصّفات العموميّة فقط في الجريمتين السابقتين.

¹ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 61-62.

² - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 62.

³ - J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 75.

⁴ V. J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 235.

⁵ - F. LINDITCH, « Le délit d'avantage injustifié », Juris-classeur Contrats et marchés publics, fascicule 33, §§ 35-36 cité dans : J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 257.

⁶ - V. A. BENCHENEB, préc., p. 789.

⁷ - V. A. BENCHENEB, préc., p. 789.

2- الشَّخْصُ المستفيد من الامتياز غير المُبرَّر

يتبين من نصّ المادّة 1-26 من القانون رقم 06-01، أنّ شَخْصاً آخر عدا الفاعل المادّي في الجريمة هو الذي يجب أن يُفيد من الامتياز غير المُبرَّر (البند 1). وهذا كأصل عام. لكن هناك احتمال أنّ الفاعل يُفيد أيضاً من الجريمة برغم أنّ نصّ التَّجْزِيم لم يذكر ذلك بصراحة (البند 2).

البند الأوّل: الغير

يلزم، طبقاً للمادّة 1-26 من القانون رقم 06-01، أن يمنح الفاعل المادّي الامتياز غير المُبرَّر - الناتج عن مخالفة أحكام تشريعية وتنظيمية متعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة - إلى شَخْص من الغير. ويقصد به المرشّح إلى صَفقة عموميّة، لأنّ عبارة الغير في نصّ التَّجْزِيم تدلّ على أنّ جريمة المحاباة لا تتطلب لقيامها قانوناً حصول الفاعل المادّي - ولو كان مساعداً Coauteur¹ - على مزية شَخْصيّة². ومثاله صاحب الصّفقة العموميّة (أي، مَنْ رَسى عليه العقد)³ أو المستفيد من المعلومات الامتيازية⁴. ولا اختلاف بين القانون الجزائري⁵ والقانون الفرنسي في ذلك⁶. ومن شأن هذا الشرط تمييز جريمة المحاباة عن جرائم الفساد الأخرى التي يجب أن يفيد منها الفاعل في الجريمة، كالموظف العموميّ في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة⁷. غير أنّ الاختلاف بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي يكمن في تحديد نطاق معنى هذا الغير. ففي القانون الفرنسي يقصد بالفاعل في الجريمة من يرتكب مادّيّاً الجريمة⁸. وبالتالي يمكن أن يعتبر من الغير - وإن كان المقصود بالغير في الجريمة كما رأينا هو المرشّح إلى الصّفقة العموميّة - كلّ من لم يساهم مباشرة وبصفة مادّيّة في ارتكاب الجريمة. أما في القانون الجزائري، فمعنى الفاعل مختلف. إذ يشمل إلى جانب الفاعل المادّي الشَّخْص المُحرَض. وعليه يطرح السؤال الآتي: ما هو المقصود من الغير في المادّة 1-26 من القانون رقم 06-01 بالمقارنة مع مفهوم الفاعل في الجريمة حسب القانون الجزائري. أو بعبارة أخرى، هل يستثنى من مفهوم الغير الفاعل بنوعيه في القانون الجزائري - الفاعل المادّي والمُحرَض - أم أنّ الغير يشمل كذلك المُحرَض إلى ارتكاب الجريمة، بينما لا يضم الفاعل المادّي في الجريمة. من الواضح أنّ نصّ التَّجْزِيم يستبعد الفاعل المادّي من نطاق مفهوم الغير. ولهذا فمن المحتمل أن يكون المُحرَض من الغير، ويؤدي بالتالي الامتياز الممنوح إليه إلى قيام الجريمة قانوناً. مثلاً كأن يكون المُحرَض هو نفسه المرشّح إلى صَفقة عموميّة.

تجب الملاحظة في الأخير أنّ مفهوم الغير في المادّة 1-26 من القانون رقم 06-01 يبدو متطابقاً مع معنى

¹ J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

² V. J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêts », préc., §§ 236-237.

³ « Attributaire du marché public ».

⁴ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 77.

⁵ أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 142؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 232.

⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 77.

⁷ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 77.

⁸ B. BOULOC, Droit pénal général, préc., p. 272 § 309.

الغير Tiers في العقد. إذ يقصد بالطرف في العقد الشَّخص الذي صدر عنه الرضاء عند تكوين العقد¹. وهذا يعني أنَّ كلَّ مَنْ ترشح للعقد لا يعتبر متعاقدًا حتى يتبادل مع الإدارة العمومية الرضاء. ويتم ذلك عندما يمضي معها قرار الالتزام Acte d'engagement، بعد منح الصَّفقة إليه. وبما أنَّ وقت ارتكاب الجريمة يسبق منح الصَّفقة العمومية لأيِّ مرشح. وينطبق ذلك حتى إذا تمثل الامتياز غير المُبرَّر في إبرام مُلحق، لأنَّ الجريمة تُطبَّق في هذه الحالة على عقد جديد كيفه المتعاقدان كُمُلحق، أو إبرام عقد مناولة للمتعاقد من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة إلى الإدارة العمومية، لأنَّه يرتبط معها بعلاقة واقعية وليست عقدية². ومن ثمَّ، فإنَّ جميع مَنْ يستفيد من الامتياز المحظور جنائيًا يعتبر من الغير بالنسبة إلى الصَّفقة العمومية محل الخصومة الجنائية.

وثانياً، إنَّ الغير في المادَّة 1-26 من القانون رقم 06-01 لا يتعلَّق بمفهوم الغير حسن النية في المادَّتين 15 مكرَّر 1 و 2 من قانون العقوبات المتعلِّقة بعقوبة المصادرة. فهذا المعنى ينطبق عند تحديد العقوبة، وليس عند تحديد أركان الجريمة. ويختلف أيضاً عن معنى الغير، حسن النية، في المادَّة 55 من القانون رقم 06-01 المتعلِّقة بآثار الفساد. فالغير في المادَّة 1-26 من نفس القانون عنصر يدخل في تكوين الجريمة. أما الغير في المادَّة 55 فتقوم أهميته في مرحلة لاحقة يبحث فيها القضاء المختص عن الآثار المدنية الناجمة عن الجريمة (إبطال العقود وغيرها من التصرُّفات القانونية المرتبطة بالجريمة).

وأخيراً، إنَّ الغير الذي يفيد من امتياز غير مُبرَّر يسأل جزائياً عن جريمة إخفاء امتياز غير مُبرَّر، إذا توفرت شروط هذه الجريمة الأخيرة³. كأنَّ يقبض المتعاقد مع الإدارة العمومية المقابل المالي في عقد أبرم بصورة مخالفة للمبادئ الأساسية للصَّفقات العمومية، إذ يعتبر السعر - لا العقد - الشَّيء الذي يخفيه الفاعل ويؤدي إلى قيام جريمة الإخفاء، بحسب محكمة النقض الفرنسية⁴. ويعاقب عليها في مجال الفساد، طبقاً للمادَّة 43 من القانون رقم 06-01، بالحبس من 2 سنة إلى 10 سنوات وبغرامة مالية ما بين 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وهي عقوبة مساوية لعقوبة الفاعل في جريمة المحاباة. ولكنها شديدة بمقارنتها مع عقوبة إخفاء الأشياء المنصوص عليها في قانون العقوبات (المادَّة 387 منه التي تعاقب المُخفي بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج والتي يجوز أنَّ تصل قيمتها إلى ضعف قيمة الأشياء المخفاة). ويبدو من هذا أنَّ جريمة الفساد تعتبر كظرف مُشدَّد لجريمة الإخفاء البسيطة في قانون العقوبات.

للإشارة فإنَّ جريمة إخفاء الأشياء المتأتية من جريمة المحاباة تنطبق على الشَّخص الطبيعي (مسير الشركة) والشَّخص المعنوي (الشركة في ذاتها)⁵. وأنَّ الإخفاء يعتبر جريمة عمدية دائماً، بحيث لا يمكن للشَّخص أن يكون مخفياً بدون أن يعلم بذلك On n'est pas receleur sans le savoir، ولهذا يتطلب القصد الجنائي فيها أنَّ يعلم الفاعل

1- L. FOLLIOU LALLIOT, D. HOUTCIEFF, préc., p. 198.

2- V. L. FOLLIOU LALLIOT, D. HOUTCIEFF, préc., p. 204.

3- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 56 ; J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

4- V. cass. crim., 5 mai 2004, Bull. crim., n° 110, RTD. Com., 2004, p. 828 sq., note B. BOULOC.

5- A. BUGADA e.a., « Concurrence interdite – concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2004-2005 », Recueil Dalloz, 2005, n° 35, p. 2454 sq.

بالمصدر الاجرامي للأشياء التي حصل عليها¹. كذلك يشمل الإخفاء في جريمة المحابة المعلومات التفضيلية التي حصل عليها أحد المرشحين التي أعلمه بها الموظف العمومي الذي يرتكب بهذا جريمة المحابة، لأنَّ الامتياز غير المُبرَّر في هذه الجريمة قد يتمثَّل في منح معلومة امتيازية². وتدخل هذه الحالة ضمن جريمة الإخفاء بناءً على فكرة الحيازة غير المباشرة *Détention par equivalent*، المعمول بها تشريعاً وقضائياً في فرنسا، التي تُطبَّق عندما يكون العائد المتأقّي من الجريمة غير قابل للحيازة الماديّة، وأبرز مثال عنه المعلومات والأسرار والتوجيهات، بحيث يعتد فيها للبت في قيام الجريمة بالفائدة التي يحصل عليها المُخفي من ذلك العائد الاجرامي³. وبهذا المعنى، يجوز الإخفاء في الأشياء غير الماديّة أيضاً، كمنح الصّفقة العموميّة⁴، وما ينجم عنها من فوائد ماليّة⁵. وأنّه لا مانع من متابعة الفاعل الماديّ في جريمة الإخفاء بالاشتراك في الجريمة الأساسيّة أيضاً -ولكن ليس كفاعل ماديّ فيها أبداً⁶- بشرط أن تكون كل واقعة منها مُستقلّة عن الأخرى، وأنَّ تُرتكب كل منها في وقت مختلف، بالاشتراك أثناء ارتكاب الجريمة الأساسيّة والإخفاء بعد إتمامها، أو أن يتفق المُخفي قبلها مع الفاعل الماديّ في الجريمة الأساسيّة على إخفاء ما يتأتى من هذه الجريمة من عائدات، وذلك قبل ارتكابها⁷.

وأخيراً، يشار إلى أنَّ المعاقبة عليها قد تحتل عندما يكون فاعل جريمة المحابة مجهولاً وغير معلوم لدى الجهة القضائيّة الجزائيّة، ذلك إنَّ جريمة المحابة تتألف من صفة الموظف العموميّ الضّرورية في فاعلها الماديّ، فإذا كان هذا الأخير مجهولاً ولم يتم تحديده -بعد- فلن تتمكن تلك الجهة القضائيّة من التأكّد من توافر عناصر الجريمة، وبالتالي وجود الجريمة قانوناً، وهي الجريمة الأساسيّة التي تتألف منها جريمة الإخفاء⁸. وقياساً عليه، يمكن القول كذلك بأنَّ الجهة القضائيّة الجزائيّة لا تستطيع اتهام شخص بالاشتراك في جريمة المحابة -أو أيّ جريمة أخرى مُخصّصة- ما دام فاعلها الماديّ لا يزال مجهولاً بالنسبة إليها. مما يدلّ على أنَّ المتابعة الجزائيّة بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة ليست ممكنة في جميع الحالات، نظراً لكونها من الجرائم المُخصّصة.

البند الثاني: الفاعل المباشر في الجريمة

لا شكَّ إنَّ الموظف العموميّ يخالف الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة لمنح امتياز غير مُبرَّر إلى شخص آخر سواه، والذي أشارت إليه المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01 "بالغير"، وفي النصّ الفرنسي للمادّة 26 السابقة "Autrui". فلا يشترط في هذه الجريمة، وعلى العكس من جريمة الرشوة التي يرتكبها الموظف العموميّ بوصفه المرتشي، أن يقبض الفاعل المباشر في الجريمة فائدة شخصيّة أو يبحث عن قبضها

¹- P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., § 47.

²- يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

³- V. P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., §§ 33-34.

⁴- P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., § 18.

⁵- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 108.

⁶- فمركب الجريمة الأساسيّة لا يعتبر مخفياً لو احتفظ بعائدها لنفسه. إذ لا يمكن الجمع بين وصف الفاعل في الجريمة الأساسيّة والفاعل في جريمة إخفاء العائدات التي ترتبت منها. يراجع: P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., § 92.

⁷- V. P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., §§ 38, 93.

⁸- V. P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., § 18.

من ارتكاب الفعل الإجرامي¹، وأيضا على النقيض من جريمة الرشوة التي يرتكبها الراشي، بحيث إنّ "المزية غير المستحقة"، كما عبرت عنها المادة 25-1 من القانون رقم 06-01، و"الأجرة أو المنفعة" كما عبرت عنها المادة 27 من نفس القانون تشكل وسيلة ارتكابها². فهذه الجريمة أنشأها المشرع الفرنسي، والذي اقتدى به المشرع الجزائري عند إصلاحها سنتي 2001 و 2011، وجردها من شرط حصول الفاعل على مزية غير مستحقة، لتجنب النيابة العامة صعوبات إثبات العلاقة بين المزية غير المستحقة التي يقبضها الموظف العمومي والقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجباته³. وبالتالي عندما يتبين للقضاء الجزائري أنّ الموظف العمومي لم يحصل على أيّ مزية غير مستحقة، فإنّه يعاقب بجريمة المحاباة بدلا من الرشوة⁴. فإذا حصل فعلا عليها، فإنّ اجتماعا مادّيّا Concours réel d'infractions يقوم بين بين جريمة المحاباة وجريمة المرتشي⁵. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية⁶.

لكن حصر نطاق التجريم في هذه الجريمة في الامتياز غير المبرر الممنوح للغير كان محل اعتراض من جانب بعض الفقهاء في القانون الفرنسي. فقليل بأنّه من الغرابة أنّ يمنح الموظف العمومي صفة عموميّة إلى شخص من الغير (يكون في العادة أحد المؤسسات المرشحة) بدون أن ينطوي قصده على الحصول على مقابل يعود لفائدته بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ولكن بكيفية لا تؤدي إلى الخلط بين جريمة المحاباة وجريمة المرتشي، كأن يقصد تمويل الحزب السياسي الذي ينتمي إليه عن طريق منح الصفقات العموميّة التي يُكلّف بإبرامها إلى مقاول سيساهم في تمويل ذلك الحزب أو يكون عضوا فيه⁷. أو أن تكون له مصلحة شخصيّة (كحصة مثلا) لدى المؤسسة التي منحت إليها الصفة العموميّة بالمخالفة للأحكام القانونيّة المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصفقات العموميّة. وفي هذه الحالة تقوم حالة اجتماع مادّي بين جرمي المحاباة وأخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة⁸.

مهما يكن في الأمر، فإنّ نصّ التجريم سكت عن ذكر الامتياز الذي يعود على الفاعل المادّي من جرمته، وبناءً على مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، فإنّه لا يشكل عنصرا مؤسّسا فيها. لكن يبدو أنّ ذلك قد يساهم في عمليّة تحديد العقوبة المطبقة على المُدان جزائيا الذي أخذ أو لم يأخذ أية فائدة من الجريمة. كالتخفيف من كميّة العقوبة التي ستطبق عليه. أو التخفيف من آثار العقوبة عليه، كعدم تسجيل العقوبة المحكوم بها ضد شخص لم يأخذ أيّ فائدة من جريمة المحاباة في صحيفة سوابقه القضائيّة⁹.

¹- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 70.

²- V. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, France, Ellipses, 2008, pp. 563-564 §§ 1299-1300 ; A. BUGADA e.a., préc., p. 2454 sq.

³- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18. V. aussi F. CHOPIN, préc., p. 243.

⁴- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., pp. 18-19.

⁵- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

⁶- Cass. crim., 17 juin 2009, pourvoi no 08-88.116 ; cass. crim., 12 septembre 2012, pourvoi no 11-87.281, *Bull. crim.* n° 185, cités dans : M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18.

⁷- V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 288 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 70.

⁸- J.-P. GOHON, « Le délit de favoritisme », A.J.D.A., 1994, n° hors-série, p. 109 sq.

⁹- V. C.A. Rennes, chambre 3^e, 30 avril 2009, dossier n° 08/ 00043, arrêt n° 745/ 2009.

ب- الامتياز غير المُبرَّر من وجهة النظر النفسية

إذا كانت جميع الجرائم، بما فيها جريمة المحاباة، لا بد وأن تتألف من ركن مادّي يعكس وجودها في العالم الواقعي، فإنَّ التساؤل قد قام بشأن الرُّكن المعنويّ لجريمة المحاباة¹، حيث إنَّ طبيعة عناصرها المادّيّة، وموقف القضاء الجزائيّ منها حرك الشكّ حول طبيعتها العمدية (الفقرة الأولى)². فإذا تبين لنا طابعها العمدي، وجب تحديد عناصر هذا العمد في الجريمة السابقة (الفقرة الثانية)³.

1- الشكّ القائم حول الطبيعة العمدية لجريمة المحاباة

لقد أثار الرُّكن المعنويّ لهذه الجريمة جدلا قضائيا (البند 1) وفقهيا (البند 2)، أكثر من العناصر الأخرى في الجريمة⁴، دار أساسا حول النطاق الصحيح لعناصره وصعوبة إثبات توافره مما أدى إلى اعتبار الجريمة السابقة كجريمة مادّيّة، بمعنى تلك الجريمة التي تقوم قانونا دون ضرورة توافر أيّ خطأ جنائيّ (سواء كان عمديا أم غير عمدي) لدى فاعلها⁵ - ويرجع منشأها، في القانون الفرنسي، إلى القضاء الفرنسي⁶ - برغم الحجج القوية على أنّها جريمة عمدية.

البند الأول: موقف القضاء الجزائيّ

فعلى صعيد القضاء الجزائيّ الجزائري، يوجد هناك موقفان مختلفان بشأن الرُّكن المعنويّ في جريمة المحاباة. فقضاة الموضوع في الجزائر كانوا يعتبرون الجريمة قائمة بدون البحث في توافر قصد اعطاء امتياز غير مُبرَّر إلى الغير مكتفين، لإدانة المتابع بارتكاب الجريمة، بالتأكّد من وجود مخالفة لأحكام قانون الصّفقات العموميّة، مما جعلها أقرب إلى الجريمة المادّيّة منه إلى الجريمة العمدية. وكان هذا الموقف القضائيّ سائدا قبل تعديل الجريمة في سنة 2011⁷. وكان متماشيا أيضا مع موقف محكمة التّقصّ الفرنسية، كما سوف نرى فيما بعد.

وهذا ما نستخلصه أيضا من الأعمال التحضيرية للقانون رقم 11-10. فقد جرى الاعتقاد قبل سنة 2011 بأنّ المادة 1-26 من القانون رقم 06-01 تُجرّم محاولة إعطاء امتياز غير مُبرَّر إلى الغير. ويرجع ذلك الاعتقاد إلى

1- يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 266-267.

2- أكبر عقبة أمام الاحاطة بهذا الشكّ في القانون الجزائري، وتحديد حل قانوني مناسب له تمثلت في انعدام الأحكام القضائيّة بشأنه المنشورة رسميا، وهي بالغة الأهميّة في اكتشاف موقف القضاء الجزائيّ من هذا الرُّكن، وكيف كان ذلك القضاء يستخلصه من الوقائع المعروضة عليه.

3- نظرا إلى الطبيعة المعقدة لهذا الرُّكن في جريمة المحاباة، فإنّ الأمر تطلب الرجوع إلى المراجع التي أُفردت لدراسة الرُّكن المعنويّ للجريمة، وعدم الاكتفاء بمراجع القانون الجنائيّ الخاصّ.

4- Y. GOUTAL, « Le délit d'octroi d'un avantage injustifié », R.L.C.T., 2014, n° 98, p. 62.

5- يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 266 ؛ J.-P. MARTY, préc., p. 41.

6- J.-P. MARTY, préc., p. 42.

7- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 160. ويراجع أيضا: المحكمة العليا، الغرفة الجنائيّة، ملف رقم 354438، قرار بتاريخ 15 فبراير 2006، المرجع السابق، ص 513. أين أبرزت المحكمة العليا، تبعا لما جاء في الحكم في الموضوع محل الطعن، أنّ "الإجابة بالإيجاب عن السؤال الإحتياطي الأول حول واقعة إبرام إتفاقيات مخالفة للتشريع ثم الإجابة عن السؤال الثاني بالنفي حول عنصر الغرض من الإتفاق خلق تناقضا بين السؤالين [...]". ولقد نقضت المحكمة العليا هذا الحكم القضائي. وهو نفس الحكم القضائي الذي استند إليه بوسقيعة لإثبات موقف المحكمة العليا من عنصر الغرض في جريمة المحاباة الذي يجب بحسبها أن يتم إبرازه للبت في قيام الجريمة. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 160.

إعطاء تفسير خاصّ لجملة "بغرض إعطاء امتياز غير مبرر للغير" الموجودة آنذاك في تلك المادة. فقليل بأنّها قصدت تجزيم محاولة إعطاء امتياز غير مُبرّر بحجة أنّ الغرض في القانون الجنائيّ يدلّ على مسألة نفسية (النية) التي لا يجب قانوناً أن تتحقق مادّيّاً حتى يعاقب الجاني¹. كما أنّ الجريمة -غير التامة حسب الاعتقاد السابق- كانت تُطبّق على جميع المخالفات سواءً كانت عمدية أو غير عمدية². مما يعني أنّها كانت جريمة مادّيّة من وجهة النظر النفسية. وربما يرجع ذلك إلى صعوبة التمييز بين العمد وبين الخطأ غير العمد في الجريمة السابقة، لأنّ للخطأ غير العمد صور متعددة في القانون الجنائيّ الجزائري منها عدم مراعاة الأنظمة والقوانين³ الذي يصدق كذلك على سلوك مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العموميّة الذي تتكون منه الجريمة. فمحتوى الركن المادّي لهذه الجريمة قد يعني أنّها تتكون من خطأ غير عمدي. فسُلوّكها المادّي يقتضي مخالفة واجب مفروض بموجب القواعد القانونية باتباع إجراء معين، وهذه المخالفة تشكل في نظر القانون الجنائيّ خطأ غير عمدي⁴. لكن ما يفرق الخطأ الجنائيّ في جريمة المحاباة عن الخطأ غير العمد هو أنّ تلك المخالفة، بالإضافة إلى منح الامتياز غير المُبرّر إلى الغير الناتج عنها، يجب أن تكون مقصودة.

لكن المحكمة العليا الجزائرية كانت تتشدد على قضاة الموضوع، فيما يتعلّق بعنصر الغرض من الجريمة. فقد نقضت هذه المحكمة، حسب بوسقيّة، في عدّة مناسبات أحكاماً وقرارات قضائيّة صادرة عن محاكم الموضوع لم يبين فيها القضاة الغرض من مخالفة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العموميّة⁵. لكن من المحتمل جداً، حسب نفس المؤلف، أن يتغيّر موقف تلك المحكمة من الركن المعنويّ في الجريمة بعد تعديل الجريمة في سنة 2011، لأنّ النصّ أصبح يتطلب، لقيامها، القصد العام فقط، مما قد ينبئ بتخلي القضاء الجزائري، بمختلف رتبته، عن شرط القصد الجنائيّ لقيام الجريمة⁶. والحقّ أنّ صياغة المادة 26 من القانون رقم 06-01 تدلّ على العكس على ضرورة القصد الخاصّ في الجريمة، لأنّها تشترط منح الامتياز -غير المُبرّر- إلى الغير بصورة عمدية.

أما على صعيد القضاء الفرنسي، أين تبدو المشكلة أكثر تعقيداً، فقد ثارت نفس الاشكالية، لكن المواقف بشأنها كانت معكوسة. إذ يشير الفقه هناك إلى أنّه بينما يلتزم قضاة الموضوع بمعاينة تعمد الفاعل منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير بواسطة انتهاك حكم تشريعي أو تنظيمي يتعلّق بحرية الوصول إلى الطلبات العموميّة أو المساواة بين المرشّحين إلى الصفقات العموميّة، وبالتالي تفضيل أحد المرشّحين في الصفقة العموميّة⁷. ويتفق هذا الاجتهاد

¹ - إراجع: الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، 2011، ع 19، ص 6.

² - إراجع: الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، 2011، ع 19، ص 6.

³ - إراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 271-273.

⁴ - C. LOMBOIS, préc., p. 67.

⁵ - أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 160.

⁶ - أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 160.

⁷ - V. J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., §§ 259, 260 ; M. DESPLANQUES, E. DAOUD, « Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique anticonstitutionnelle », Constitutions, 2012, n° 2, p. 324.

القضائي مع أحكام القانون الفرنسي¹. تبنت الغرفة الجنائية لمحكمة التّقصّ الفرنسية رأياً مخالفاً بمقتضاه يقوم القصد الجنائي في جريمة المحاباة في الصّفقات العموميّة عندما يخالف الموظف العمومي عن وعي En connaissance de cause - وهذه العبارة تشير إلى الطّابع العمدى في الفعل واستبعاد الخطأ غير العمدى² - الأحكام التّشريعية أو التّنظيمية التي تهدف إلى ضمان حرية الوصول والمساواة بين المرشّحين إلى الصّفقات العموميّة وتفويضات المرفق العمومي³، والذي يعتبر كمبدأ ثابت لديها⁴. وهذا الوعي بمفرده كاف لقيام الجريمة⁵. ولقد نقضت على أساسه عدّة أحكام وقرارات قضائية لمحاكم الموضوع برأت المتابع جزائياً من تهمة ارتكاب جريمة المحاباة في الصّفقات العموميّة، لأنّه لم يقصد منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير⁶. وبهذا التّفسير القضائي للقصد الجنائي في جريمة المحاباة، تعتبر هذه الجريمة كجريمة مادّيّة⁷.

البند الثاني: موقف الفقه الجنائي

رفض الفقه الجنائي، وبخاصّة الفرنسي، معاملة جريمة المحاباة كجريمة مادّيّة. والأدلة الآتية تثبت أنّها جريمة عمدية. فالمُشرّع الجزائري يتطلب منذ إنشاء الجريمة القصد الجنائي فيها⁸. ويتبين ذلك حالياً من نصّ المادّة 26-1 الذي يشترط بصراحة ارتكاب الجريمة عمداً. ويجب أن يقتزن هذا العمد بمنح امتياز غير مُبرّر إلى الغير. وبالتالي يعتبر العمد ركناً مُؤبّساً فيها⁹. وفي فرنسا قيل بأنّ المادّة 121-3 من قانون العقوبات هي التي تكسب الجريمة طابعها العمدي لأنّ جميع الجرائم، بحسبها، تعتبر عمدية ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك¹⁰. وللإشارة، تعتبر الجريمة المادّيّة إستثناءً من المبدأ الذي قرّره القانون السّابق، بمعنى مبدأ لا جريمة بدون قصد جنائي¹¹. وحتى لو كانت إستثناءً من المبدأ العام، فإنّ الجريمة المادّيّة ألغيت نهائياً من القانون الجنائي الفرنسي بموجب القانون المؤرّخ في 16 ديسمبر 1992، ما لم يتعلّق الأمر بإهمال أو عدم احتياط¹². وبالتالي فإنّ جريمة المحاباة في الصّفقات العموميّة

¹- J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 263.

²- B. BOULOC, note sur cass. crim., 14 janvier 2004, *Bull. crim.*, n° 11, et cass. crim., 28 janvier 2004, *Bull. crim.*, n° 23, RTD com., 2004, n° 3, p. 623 sq.

³- J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., §§ 259, 261, 262.

⁴- Cass. crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83.396, *Bull. crim.*, n° 11, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069694/> (19/03/2023).

وقد أشار الحكم السّابق إلى موقف محكمة التّقصّ الفرنسية بشأن الرّكن المعنوي في تلك الجريمة إلى المبدأ المشار إليه Principe susénoncé. مما يعني أنّ تعريف الرّكن المعنوي بذلك المعنى مبدأ ثابت في جريمة المحاباة.

⁵- Y. GOUTAL, préc., p. 63.

⁶- V. Cass. crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83.396, préc. V. aussi S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 24.

⁷- D. SEBAN, I. GUTTADAURO, « Délit de favoritisme : nul n'est censé ignorer le CMP ? », *La Gazette des communes*, 2005, n° 42, p. 60.

⁸- أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 158.

⁹- يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 159.

¹⁰- J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 259. V. aussi S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 341.

¹¹- V. J.-P. MARTY, préc., p. 41.

¹²- J.-P. GOHON, préc., p. 109 sq.

ليست جريمة مادية، وإنما جريمة عمدية في القانون الفرنسي. وفي القانون الجزائري بالقياس على ذلك. أيضا إن القانون يعاقب على محاولة منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير¹. والمحاولة، كالجريمة التامة، تتطلب في مرتكبها ركن معنويًا يتمثل في العمد². وهذا يعني بالضرورة أنَّ الجريمة - التامة في نصِّ التجريم - عمدية، لأنَّ المحاولة لا تكون إلا في الجرائم التامة العمدية أما الجرائم غير العمدية فلا يمكن منطقيًا أن تتصور فيها المحاولة³. وبالتالي لا بد وأنَّ جريمة المحاباة تنتمي إلى صنف الجرائم العمدية في القانون الجزائري كما في القانون الفرنسي.

يذكر في الأخير أنَّه في سنة 1982 تفرعت عن جريمة المادة 423 (الفقرة الفرعية 1) من قانون العقوبات الجزائري جريمة جديدة نصت عليها المادة 423-1، وقد أضيفت إليه بموجب القانون رقم 82-04، وجاء فيها: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 1.000 دج كل من يعمل لمصالح الدولة أو لإحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويقوم بإبرام عقد يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو صك خرقا للأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية". وتميزت بكونها من جهة لا تتطلب أيّ مساس أو اضرار بمصالح الأشخاص المعنوية العامة المتعاقدة. وأنها مادية تقوم بغض النظر عن الخطأ عمديا كان أم غير عمدي. ولقد ألغيت هذه الجريمة بالقانون رقم 88-26 عملا بتوصيات التقرير العام حول المؤسسة الاقتصادية، لكي يتماشى ذلك مع اصلاحات النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية، ولرفع التجريم عن فعل التسيير العمومي⁴.

2- القصد الإجرامي اللازم في جريمة المحاباة

توصلنا مما سبق إلى أنَّ جريمة المحاباة تتطلب العمد لقيامها في القانون الجزائري. غير أنَّ محتوى هذا العمد تعرض بدوره للتساؤل حول نطاقه الحقيقي. فهو بالتأكيد قصد عام (البند 1)، لأنَّ القصد العام يعتبر النواة الأساسية للقصد الجنائي⁵. كما أنَّه قد يكون كذلك قصدا خاص (البند 2)، وهذا القصد ينضاف إلى القصد العام ويُكمله⁶.

البند الأول: القصد الإجرامي العام

يتكون الركن المعنوي لجريمة المحاباة من القصد الجنائي العام⁷. ويُعرَّف هذا القصد في النظرية العامة بأنه: "إرادة ارتكاب جريمة كما حددها القانون، وعلم الفاعل بخرقه للقواعد الجنائية التي تحظر فعله"⁸. ولقد جرت محكمة النقض الفرنسية على تعريفه في جريمة المحاباة على أنَّه مخالفة واعية En connaissance de cause للأحكام التشريعية أو التنظيمية التي تهدف إلى ضمان حرية الوصول والمساواة بين المرشحين إلى الصفقات العمومية وتفويضات

¹ C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 74 ; J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 259.

² J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 259 ; D. REBUT, « Tentative », préc., § 73 ; J.-P. GOHON, préc., p. 109 sq.

³ V. D. REBUT, « Tentative », préc., § 73.

⁴ - يراجع: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، 1988، ع 1، ص 244-245، 271. التقرير منشور باللغة الفرنسية فقط.

⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 457 § 558.

⁶ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 457 §§ 558, 560.

⁷ S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 341.

⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., préc., p. 454 § 554.

المرفق العمومي¹. وهذا معناه أنَّ العمد في جريمة المحاباة يتوفر بالعلم فقط، بدون الحاجة إلى إثبات العنصر الثاني من القصد الجنائي العام، والمتمثل في الإرادة²، إذ يتكون القصد الجنائي من علم وإرادة حسب النظرية العامة³. أما لإثباته، فإنَّ القضاء الجزائي الفرنسي يفترض - نظرا لصعوبة إثبات القصد الجنائي ذو الطبيعة النفسية الدَّاخلية⁴ - توافر ذلك الوعي لدى الموظف العمومي بالاستناد إلى وظائف الفاعل المرتبطة بالصِّفقات العمومية ومُدَّة ممارستها. فخبرة الفاعل المادي في الجريمة - سواء كانت هذه الخبرة فعلية أم مفترضة - بالإضافة إلى مُدَّة ممارسة وظيفته العمومية كعدد العهود الانتخابية التي أمضاها الفاعل، ومدة خبرته الطويلة، وصفته كرئيس للجنة الصِّفقات العمومية، أو صفته كمحامي ومزود بعدة عهود انتخابية، كلها عناصر تدلّ، حسب القضاء الجزائي الفرنسي، على العمد في جريمة المحاباة⁵. ولقد أيدت محكمة النَّقض الفرنسية في حكمها بتاريخ 21 سبتمبر 2005⁶ اجتهاد محكمة موضوع فرنسية، حيث إنَّ خبرة الفاعل تكفي لإثبات علمه بقواعد منح الصِّفقات العمومية التي خالفها. لكن القضيّة تعلقت بحالة عدم المحاباة، الشّيء الذي يثير التساؤل حول حقيقة مضمون هذا القصد. فنية الفاعل انحصرت، كما يتبين من الحكم القضائي، في اقضاء تجمع Cyclergie الذي رست عليه الصِّفقة العمومية قبل إلغاء منحها إليه من طرف المتابع جزائيا. ولم تناقش محكمة الاستئناف المطعون في حكمها ولا محكمة النَّقض الفرنسية ما إذا كان من الضروري أن يتجه قصد الفاعل حصريا إلى منح امتياز إلى الغير. كذلك يستنتج القضاء الجزائي توافر ذلك العمد من جساممة المخالفات المرتكبة وتكرارها⁷. غير أنَّ استنتاج القصد الجنائي العام من هذه القرائن قد يؤدي إلى إسناد كل المخالفات التي ترتكب أثناء منح الصِّفقات العمومية إلى ذلك الموظف العمومي⁸. كما أنه يجعل هذه القرائن غير قابلة للدحض الأمر الذي يخالف المبادئ الأساسية للقانون الجنائي⁹. زيادة على ذلك يعتبر من قبيل الإضافة المحظورة إلى النص الجنائي ما دام هذا الأخير لم يقرّر القرينة، وما دامت هذه القرينة القضائية تسيء إلى مركز الشَّخص وليست في صالحه¹⁰.

البند الثاني: القصد الإجرامي الخاص

¹- Cass. crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83.396, préc. : « Attendu que l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du Code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ; ».

وقد أشار الحكم السابق إلى موقف محكمة النَّقض الفرنسية بشأن الرُّكن المعنوي في تلك الجريمة بالمبدأ المشار إليه Principle susénoncé. مما يعني أنَّ تعريف الرُّكن المعنوي بذلك المعنى مبدأ ثابت في جريمة المحاباة.

²- V. S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 24.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 454 § 554.

⁴- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « favoritisme (Marchés publics) », préc., § 100.

⁵- Y. GOUTAL, préc., p. 63.

⁶- Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-83.868, préc.

⁷- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « favoritisme (Marchés publics) », préc., § 102 ; D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

⁸- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 343.

⁹- D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

¹⁰- V. J.-B. PERRIER, La jurisprudence en droit pénal, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, L.G.D.J., 2015, p. 127 § 22.

لمعرفة نوع القصد الجنائي في جريمة ما، إن كان عاما أم خاصا، يتعين الرجوع إلى النص الجنائي: فهي ينتج إما صراحة باشتراط نص التجريم باعثا محدّد دفع الفاعل لارتكاب الجريمة، وإما من الوصف القانوني للركن الماديّ المُكوّن للجريمة¹. ويعني القصد الخاص: إحداث ضرر عن وعي أو البحث عن أحداث نتيجة محدّدة؛ ويختلف عن القصد العام الذي تتجه فيه الإرادة إلى الفعل فقط². وبتطبيق ذلك على جريمة المحابة يلاحظ أنّها جريمة ذات قصد جنائي خاص، لأنّ نصّ التجريم يعتبر منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير من العناصر الماديّة فيها³، وهي بمثابة النتيجة التي يبحث عنها الفاعل في القصد الجنائي الخاص⁴. وبالتالي فإنّ القصد الجنائي الخاص في جريمة المحابة يتمثّل في اتجاه إرادة الفاعل عن وعي نحو تفضيل مرشح معين⁵. ويجعل القصد الخاص تطبيق الجريمة صعبا، على عكس لو كان القصد العام وحده مطلوبا في الجريمة، حيث يؤدي هذا إلى توسيع نطاق التجريم، وتسهيل تطبيقه من الناحية الواقعية⁶.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية، وعلى خلاف جزء من أقضية الموضوع التي تشترطه لقيام الجريمة⁷، لا تعتد بالقصد الجنائي الخاص للتثبت من توافر الركن المعنوي لجريمة المحابة⁸. فهذا الركن يقوم حسبها كلما خالف الموظف العمومي الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي عن وعي⁹. وهو ما يستبعد إرادة تفضيل أحد المرشحين من نطاق القصد الجنائي في الجريمة¹⁰. ولقد نقضت عدّة أحكام اعتدت بالقصد الخاص¹¹. ويعني أنّ هذه الإرادة تشكل الباعث الذي دفع الفاعل إلى ارتكاب الجريمة¹². هذا الباعث، وأيّ باعث آخر سواء كان إجراميا أم نزيها، يقوم بوظيفة تشديد أو تخفيف العقوبة فقط¹³. بل إنّ الباعث قد يلعب دورا أثناء مرحلة البحث والتحري، بحيث يساعد على الكشف على هوية الفاعل الحقيقي¹⁴. وفي نفس المعنى، يرى كلّ من بوسقيعة وعلة أنّ المادّة 1-26 حاليا تتطلب فقط القصد العام المتمثّل في العلم والإرادة¹⁵. وحسبهما، كانت قبل سنة 2011 تتطلب القصد الخاص يتجسد في إرادة إعطاء الغير امتياز غير

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 458 § 560.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 457-458 § 560.

³- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 342.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 457-458 § 560.

⁵- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 97.

⁶- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 222 § 406.

⁷- V. D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

⁸- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « favoritisme (Marchés publics) », préc., § 99 ; S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 342.

⁹- يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

¹⁰- D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

¹¹- V. par exemple cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-82.854, *Bull. crim.*, n° 209, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037850930> (19/03/2023), RTD com., 2012, n° 2, p. 409 sq., note B. BOULOC.

¹²- D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

¹³- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 62. ; D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

¹⁴- V. J. BUISSON, préc., § 23.

¹⁵- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 159؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 267.

مُبَرَّر¹. وإن كان التفسير السابق مطابق لنص القانون آنذاك، والفهم الصحيح لأحكامه، لأن الغرض But يشير إلى القصد الخاص في الجريمة²، إلا أننا نرى، بعكسهما، أن الجريمة لا زالت حتى اليوم تتطلب ذلك القصد الخاص، لأن من يمنح عمدا إلى الغير امتيازاً غير مُبرَّر، كما تشترط المادة 26 أعلاه، لا بد وأن يتمثل غرضه، لا محالة، في القيام بمنح ذلك الامتياز. غاية ما في الأمر أن القضاء الجزائي قد يفترض توافر القصد الجنائي اللازم في الجريمة مما سيؤدي إلى التقليل من أهمية الركن المعنوي في قيام الجريمة. إذ يبدو أن تعديل سنة 2011 أضاف لفظ "عمدا" إلى النص الجنائي لإبراز لزوم الركن المعنوي لقيام المسؤولية الجزائية عن الجريمة، وحتى لا تلبس بالجرائم المادية -المتجردة من الخطأ- وأخطاء التسيير التي لا يعتد فيها بالغرض أيضاً³.

أيا كان الرأي الصائب حول نوع القصد الجنائي في جريمة المحاباة، فإن البحث عن مضمون نظري لهذا العنصر المؤسس في تلك الجريمة يبدو أمراً مستحيل، لأن القضاء الجزائي لا يملك في الواقع، وهذا بوجه عام وليس فقط في جريمة المحاباة، نظرية محدّدة لتفسير القصد الجنائي والبحث في مشكلاته، وإنما يملك سياسة جنائية خاصّة بالقصد الجنائي⁴. فالقصد الإجرامي بالنسبة إلى القضاء الجزائي مجرد سبب يستعمله لكي يُبرَّر قراره بالادانة أو البراءة⁵. وهذا ما يمكن ملاحظته في جريمة المحاباة حيث تستخدم محكمة النقض الفرنسية القصد الجنائي في أضيق معانيه كسبب لتبرير الحكم بالادانة ضد الموظف العمومي.

المطلب الثاني: الأركان الخاصة بجريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية

لفعل أخذ فوائد بصفة غير قانونية صورتين، تشكل كل واحدة منهما جريمة مُستقلّة بذاتها، وهما: أخذ فوائد بتلك الصفة أثناء الوظيفة العمومية، وأخذها بعد انتهاء الوظيفة العمومية⁶. وتعرف هذه الأخيرة، في القانون الفرنسي، باسم *Pantouflage*⁷. وقد واجه تطبيقها في القانون الجزائري عدّة صعوبات، نتيجة صدور القانون رقم 01-06. فقد ألغى هذا الأخير نصها القديم (المادة 124 من قانون العقوبات)⁸ الذي استبدله بنص المادة 35

1- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 159؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 267.

2- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 27.

3- V. Cour de discipline budgétaire et financière, 16 décembre 2012, *Agence nationale pour l'emploi*, affaire n° 186, A.J.D.A., 2013, n° 28, pp. 1625-1628.

4- B. MERCADAL, préc., p. 1 sq., spécialement n° 6, cité dans : J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 461 § 564.

5- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 461 § 564.

6- V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le délit de "pantouflage" », A.J.C.T., 2011, n° 9, p. 395.

7- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le délit de "pantouflage" », préc., p. 395.

للإشارة، فقد اقترح خرشي، لمكافحة الرشوة والفساد في مجال الصفقات العمومية، ومكافحة تضارب المصالح أيضاً، حرمان الموظف العمومي -حرماناً وقائياً بما أنه لا يشترط في الاقتراح أن يحكم جزائياً على الموظف العمومي بالفساد- من المشاركة في الصفقات العمومية الخاصة بالإدارة العمومية التي يتبعها وهذا، أثناء ممارسة مهامه -كما يبدو من رأيه- وبعد انتهائها لمدّة سنتين، وحرمان أقربائه من الدرجة الأولى من ذلك أيضاً. واقترح إدراجه ضمن أسباب الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. ن. خرشي، المرجع السابق، ص 241-242. وهذا الاقتراح يبدو مناسباً أكثر لمحاربة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية في الصفقات العمومية أثناء وبعد انتهاء الوظيفة العمومية أيضاً.

8- القانون رقم 01-06، المادة 71.

منه¹ الذي لا يحتوي على جميع العناصر الضرورية لقيامها، وبالتحديد شرط مُدَّة الحظر الأساسي في هذه الجريمة²، وشرط إنتهاء الوظيفة العمومية، لأنَّه يتعلَّق أساسًا بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة أثناء الوظيفة العموميَّة. مما يعني أنَّ القانون رقم 06-01 ألغاه كليَّة من النِّظام القانوني.

فحاول المُشرِّع تجاوز حالة الفراغ التي خلفها القانون رقم 06-01 بواسطة الأمر رقم 07-01 الذي جرمها من جديد³. فبالنسبة إلى شق التكليف الجنائي فيها، والذي يتأكَّد به اندراج الصَّفقات العموميَّة ضمن نطاقها⁴، فقد حدَّدته المادَّة 3 من الأمر رقم 07-01. وبالنسبة لتعريف الموظف العمومي المنتهية مهامه الذي يرتكبها، فقد نصت عليه المادَّة 2 من ذلك الأمر. أما عقوبة انتهاك التكليف السابق من طرف ذلك الشَّخص، التي تُؤكِّد الطَّابع الإجرامي للانتهاك، فقد قرَّرتها المادَّة 6 من نفس الأمر.

ويؤخذ على هذا الأمر أنَّه حصر نطاق الجريمة من حيث الأشخاص، فقد ضيَّق من تعريف الموظف العمومي الفاعل المادي في الجريمة. وحصره كذلك من حيث العمليات محل التجرُّم، إذ لم يذكر عمليات الدَّفْع والتصفية. أضف إلى ذلك أنَّه حظر أخذ الفائدة لمُدَّة سنتان ينطلق حسابها من تاريخ انتهاء الوظيفة العموميَّة. وهي مُدَّة قصيرة مقارنة مع المادَّة 124 من قانون العقوبات الملغاة التي كانت تحظر ذلك الفعل لمُدَّة 5 سنوات كاملة. أيضًا فإنَّ عقوبتها خفيفة (الحبس من 6 أشهر إلى سنة واحدة والغرامة المالية من 100.000 دج إلى 300.000 دج) بالقياس مع قانون العقوبات سابقا. وأخيرًا، لم يشر إلى تطبيق أحكام القانون رقم 06-01 عليها. لذلك لا تخضع لأحكامه الجزائية القاسية. ولم يعتبرها من جرائم الفساد، علما أنَّ هذا التعبير يشمل حسب تعريف المادَّة 2 من القانون رقم 06-01، الجرائم التي ينصَّ عليها هذا القانون لا غير. والذي تتخذ هذه الدِّراسة مقياسا لتحديد جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة في القانون الجزائري. ولهذا تخرج هذه الجريمة عن نطاق.

لقد أشرنا في مقدمة هذه الدِّراسة إلى أنَّ مكافحة تعارض المصالح في الصَّفقات العموميَّة لا تقتصر على تطبيق الجريمة المنصوص عليها في المادَّة 34 من القانون رقم 06-01⁵. ويقصد بالتعارض ما بين المصالح: "وَضْع يكون فيه للشَّخص المُكلَّف بمهمة عموميَّة مصالح شَخْصِيَّة أو مصالح عامة أخرى يمكن أن تؤثر على استقلاليَّة ممارسة مهامه وحيادها وموضوعيتها"⁶. ويبدو من هذا التعريف أنَّ المصلحة المُتعارضة مع المصلحة العامَّة المتعلِّقة بمهمة الموظف العمومي قد تتمثَّل في مصلحة خاصَّة أو في مصلحة عامة مختلفة عن تلك المصلحة العامَّة. وهذه الحالة الأخيرة متصورة في مجال الصَّفقات العموميَّة أيضا عندما يقوم موظف عمومي بالموازنة ما بين مصلحة الإدارة

1- القانون رقم 06-01، المادَّة 72.

2- يراجع حول هذا الشرط: J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le délit de "pantouflage" », préc., p. 397.

3 يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 92-94.

4- يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق في المُقَدِّمة.

5- يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق في المُقَدِّمة.

6- P. CASSIA, préc., p. 1040 sq.

العمومية التي ينتمي إليها وإدارة عمومية أخرى تشتري منها¹.

إذ توجد إلى جانبها جريمة أخرى تجد أساسها كذلك في فكرة التعارض بين مصالح خاصة ومصلحة عامة، وهي جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية². فعند الفقه الفرنسي تنطوي هذه الجريمة على حالة تعارض المصالح، حتى وإن لم يرد ذلك بصراحة في نص التجريم (وعدم ذكر تعارض المصالح ضمن نص التجريم يرجع إلى حداثة هذا المفهوم بالمقارنة مع تاريخ تجريم تلك الأفعال)³. ويبدو أنها تنطوي أيضا على نفس الغرض في القانون الجزائري، لأنه استمدتها من عند المشرع الفرنسي. لهذا يبدو أن تسمية جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية "بجريمة التربح" في الفقه الجنائي المصري⁴ - التسمية التي نخشى أن تلقى قبولا لدى الفقه والقضاء الجنائيان في الجزائر⁵ - تعتبر في الحقيقة تسمية خاطئة، لأن العلة من وضع تلك الجريمة لا تتمثل، كما يتبين مما سبق، في مكافحة المتاجرة بالوظيفة العمومية، وإنما في مكافحة تعارض المصالح أثناء قيام الموظف العمومي بالأعمال الاقتصادية والمالية باسم ولحساب شخص معنوي عام. أو بعبارة أخرى، فإن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية تتعلق بالأخلاق *Infraction d'éthique* وأخلقة الحياة العمومية وليست جريمة ربح - أو تربح كما تسمى في الفقه المصري - *Infraction de profit*⁶. حيث إن تحققها قانونا لا يتوقف على وقوع إثراء لفائدة مرتكبها⁷. وبالتالي، يلاحظ أن تعبير "التربح" لا يتناسب مع عناصر الجريمة المطلوبة قانونا لقيامها.

مع الإشارة أخيرا أنه في ظل القانون رقم 06-01 فإن الموظف الذي يأخذ فائدة بصفة غير قانونية يرتكب جرمتان: جريمة المادة 35 التي سنعالج أركانها في هذه الدراسة. والجريمة المنصوص عليها في المادة 34، ويتمثل الفعل المادي فيها في عدم إخبار الموظف سلطته السلمية مبكراً، طبقاً للمادة 8 من ذلك القانون، بحالة تعارض المصالح. ويندرج هذا الأمر ضمن حالات التعدد المادي للجرائم⁸.

¹- P. CASSIA, préc., p. 1040 sq.

²- P. CASSIA, préc., p. 1040 sq.

³- V. D. REBUT, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », Pouvoirs, 2013, n° 147, p. 126 ; P. CASSIA, préc., p. 1040 sq.

⁴- يراجع: ر. بجنام، قانون العقوبات: جرائم القسم الخاص، ط. 1، مصر، منشأة المعارف، 1999، ص 400-404 الفقرة 262-266. ويبدو أن تلك التسمية راجعة إلى طبيعة محتوى الجريمة في القانون المصري التي تتميز بعض الشيء عما هو موجود في القانون الجزائري. فقد تكون مبررة في القانون المصري، ولكنها خاطئة في القوانين المختلفة عنه.

⁵- إذ دائما ما يشير الفقهاء في الجزائر إلى تسمية هذه الجريمة المتداولة بين الفقه المصري. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 123؛ ك. علة، المرجع السابق، ص 86-88، وتؤكد هنا علة أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية "ناجمة من إرادة تهذيب الوظيفة العامة من خلال وضع نصوص قانونية وقائية تهدف إلى إبعاد الموظف عن الوقوع في إغراء إستعمال وظيفته لتحقيق أرباح لنفسه على حساب الإدارة التي منحت هذه الوظيفة" (نفس المرجع، ص 87)، وأن "جوهر هذه اللجنة هو إستغلال أعمال الوظيفة العامة التي يختص بها الجاني بقصد تحقيق الربح أو المنفعة" (نفس المكان). ويبدو أن التحليل السابق للعبارة من وضع تلك الجريمة المستفاد من القانون الجزائري في نظر علة هيئ لها صحة استخدام تعبير "التربح" للإشارة بعد ذلك إلى الجرائم المجاورة لها التي نص عليها الأمر رقم 07-01 (نفس المرجع، ص 88). مما يعني أن احتمال انتقال تلك التسمية، الخاطئة، إلى الفقه والقضاء في الجزائر كبير جدا.

⁶- R. OLLARD, préc., p. 17 § 9.

⁷- V. M. BÉNÉJAT, préc., p. 129 § 160.

⁸- يقتضي التعدد المادي ارتكاب نفس الشخص لعدة جرائم "قبل الحكم عليه نهائيا في أية واحدة منها". ويتطلب ذلك "تعدد الأفعال المادية الصادرة

باستثناء هذه الملاحظة، تتكون هذه الجريمة، التي تعد من الجرائم الأساسية للرقابة الجنائية على شفافية الصفقات العمومية¹، من ركنين ماديّ ومعنويّ. والحقيقة إنّ دلالة عناصر هذه الجريمة تتحدّد على ضوء أغراض تجريمها. فإذا كان الهدف منها معاقبة الموظف العمومي الذي يوجد في وضعية تحوله -ولا تمكنه فعلا من- أخذ فائدة ما، كما هو الشأن في القانون الفرنسي²، فستكون عناصرها حتما بسيطة بالصورة التي تحقق هذا الغرض. كأن يكفي في ركنها الماديّ احتمال الحصول على فائدة بدلا من الحصول عليها فعليا، وعدم اشتراط اتجاه نية الفاعل الماديّ نحو البحث عن تلك الفائدة (القصد الخاص)³. وبالعكس، قد تقتضي أغراضها حصر ركنها الماديّ في الفائدة الفعلية فقط، ومن ثمّ تطلب القصد الجنائي الخاص لقيامها.

وقبل البدء في تحليل هذه الجريمة، نستعرض نصّ التجريم الخاص بها -أو بعبارة أخرى ركنها القانوني- حيث تنصّ المادة 35 من القانون رقم 06-01 على أنّه: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت".

الفرع الأول: الركن الماديّ

يتميز الركن الماديّ لهذه الجريمة بأمرين. فالجريمة تتطلب ارتكاب سلوك ماديّ من طبيعته أن يؤدي إلى حالة التدخّل Ingérence التي تؤدي إلى تعارض في المصالح بين الوظائف العمومية للفاعل وأنشطته الخاصة⁴. ويتمثّل ذلك السلوك في أخذ فائدة أو تلقيها أو الاحتفاظ بها. وسنخصص له الفقرة الأولى. أيضا فإنّ ميزة الجسم الماديّ لهذه الجريمة أنّه يتركب، فوق ذلك، من فائدة قد تعود إلى الغير، كما في جريمة المحاباة، أو تعود إلى الفاعل الماديّ شخصيا، وهو ما يميزها عن جريمة المحاباة القاصرة على الغير فقط. وسنتطرق إلى هذا العنصر الماديّ الأساسي في الفقرة الثانية.

أولا: السلوك الماديّ المُجرّم

للسلوك الإجرامي في هذه الجريمة صُور متعددة (الفقرة 1)، رغم وجود اختلاف في القانون الجزائري الحالي حول عددها، كما أنّه سلوك يتم بكيفيات مختلفة (الفقرة 2).

أ- صور ارتكاب السلوك الإجرامي

من الجاني". ر. عبيد، المرجع السابق، ص 741.

¹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 129.

²- J. BÉNOIT, préc., § 66.

³- V. J. BÉNOIT, préc., § 66. V. aussi Ch. CABANES, O. LEMAIRE, préc., p. 47.

يشير Cabanes و Lemaire إلى أنّ القضاء الجزائري الفرنسي يتبنى بخصوص معنى "فائدة أيا كانت" و"الاشراف، الادارة، التصفية والدفع" تفسيرا يتماشى مع غرض الجريمة المتمثّل في أخلاق الحياة العامة.

⁴- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 300.

تُرَكَّب الجريمة بأخذ فائدة أو تلقيها من العمليات المحددة قانونا (البندين 1 و 2). كذلك يمكن أن تقع بالاحتفاظ بفائدة حسب النص الفرنسي للمادة 35 من القانون رقم 06-01 (البند 3).

1- أخذ فائدة

ذكرت المادة 35 من القانون رقم 06-01 ثلاثة صور متغيرة *protéiforme*¹ للسلوك الإجرامي في هذه الجريمة، كما تبين أعلاه، وعلى رأسها أخذ الفائدة. على أن نطاق كل منها يتحدد بالنظر إلى العملية التي يمنع القانون الجنائي التدخل فيها: فأخذ الفائدة يرتكب في مرحلة مبكرة من العملية، أما أثناء العملية فيوصف الفعل بأنه تلقي فائدة، وأخيرا بعد انتهائها يتمثل الفعل في الاحتفاظ بفائدة². ولا يلقي القضاء الجزائري -الفرنسي تحديدا- أي أهمية للتمييز بين هذه الصور طالما تبين له أن الجريمة قائمة³.

هذا ما يصعب مهمة تحديد مفهوم كل سلوك على حدة بالاستدلال على التطبيقات القضائية، الفرنسية بخاصة. ولهذا يمكن تعريف سلوك أخذ فائدة في هذه الجريمة، على ضوء الفقه، بأنه: "أن يكون الجاني على نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود عليه بالفائدة"⁴. وهذا النصيب لا بد وأن يكون موجودا قبل العملية حتى يأخذ الفاعل منها فائدة في مرحلة مبكرة، كما يتبين مما سبق. ومن أمثله أن يمتلك الفاعل حصة في مؤسسة كُلف بمراقبتها، أو أن يستعمل سلطاته، وبخاصة عند اتخاذ قرار يتعلق بأحد أفراد عائلته، في عملية تكون له فيها مصلحة⁵. وكأن القانون يعاقب على حالة ظاهرة توجد فيها مصلحة خاصة للموظف العمومي في تعارض مع مصلحة عامة.

2- تلقي فائدة

مع أن اسم هذه الجريمة في القانون الجزائري لا يشير إلا إلى فعل واحد هو أخذ فائدة، فإن الجريمة تقوم كذلك في حالة تلقي الموظف العمومي فائدة من العمليات المحددة بنص التجريم. ويقع هذا السلوك الثاني أثناء العملية التي يحظر القانون الجنائي على الموظف العمومي التدخل فيها⁶. وتعتبر التجسيد المادي للصورة السابقة، أخذ فائدة بصفة غير قانونية⁷. ففي هذه الحالة يتلقى الفاعل الفائدة التي أخذها -عملا بالظاهر أي تعارض مصالحته الشخصية مع مصلحة عامة- من قبل.

في هذا الصدد، تجب الملاحظة أن هناك حالة وحيدة استثنى فيها المشرع فعل التلقي، عندما يكون الموظف العمومي مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما. حيث جاء في المادة 35 أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي [...]"، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه

¹ - تعبير مقتبس عن: *Lamy droit pénal des affaires*, mise à jour 06/2022, § 959.

² - *Lamy droit pénal des affaires*, mise à jour 06/2022, § 959.

³ - *Lamy droit pénal des affaires*, mise à jour 06/2022, § 959.

⁴ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 127.

⁵ - M.-C. SORDINO, préc., p. 221.

⁶ - *Lamy droit pénal des affaires*, mise à jour 06/2022, § 959.

⁷ - M.-C. SORDINO, préc., p. 222.

فوائد أيا كانت" (التسطير إضافة). ويبدو منه أن تلقي فائدة في هذه العمليات يعتبر أمراً مشروعاً في نظر المادة 35 السابقة.

3- الاحتفاظ بفائدة

لكلمة حفظ التي يشتق منها الفعل الإجرامي "احتفظ" في جريمة المادة 35 من القانون رقم 06-01 أربعة معاني رئيسية من الناحية اللغوية¹ أهمها² معنى: "احتفظ الشيء لنفسه: حصَّها به. [...] "³ الذي يبدو أن المُشترع الجزائري قصده في المادة 35 من القانون رقم 06-01. ويتحقق الاحتفاظ المُجرَّم بفائدة عندما يقوم الفاعل، والذي أشرف من قبل على إبرام صفقات عمومية للأشغال مع شركة يديرها ابنه، وأخذ بالتالي فائدة من ذلك، بتمديد تنفيذ هذه العقود بصورة ضمنية Tacite reconduction⁴. ويتضح من هذا أن هناك تلازم - شبه ضروري - بين فعل الاحتفاظ وفعل أخذ فائدة المُجرَّم بدوره.

يشار إلى أن تعبير تمديد العقد reconduction عرّف معنيين في القانون الإداري الفرنسي. حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في مرحلة أولى إلى اعتباره استمراراً لنفس الرابطة العقدية بين الأطراف الأصلية. غير أنه تراجع عن هذا الموقف فيما بعد قاضياً بأن التمديد الضمني يؤدي إلى إنشاء عقد جديد⁵. ونظراً إلى الآثار الخطيرة التي تنشأ عن وصفه بالعقد الجديد - ضرورة إبرام عقد جديد وفق الإجراءات الشكلية المحددة، بشرط أن يكون العقد الأصلي قد خضع أيضاً لهذا الإجراءات - فإن التمديد يمنع كأصل عام، ويسمح به إستثناء ولكن بشروط ضيقة⁶. وأيضاً إلى أن تمديد العقد ضمناً قد يشكل جريمة المحاباة، لأنه ينطوي على إبرام عقد جديد بدون احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية⁷.

لكن مشكلة هذا الفعل أن نص المادة 35 السابقة ذكره في النسخة الفرنسية فقط. أما نسخته العربية فتُجرّم فعلياً الأخذ والتلقي فقط تماشياً مع أحكام المادة 123 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة التي اقتبسها المُشترع

¹ يجوز في علم القانون استخدام الأدوات اللغوية لتحديد معنى الكلمات المستعملة في القواعد القانونية. يراجع:

F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. I, 2^e éd., L.G.D.J., 2016, p. 23 § 15, p. 188 § 100.

فعلى سبيل المثال، لجأ Jeandidier إلى التعريف اللغوي لتحديد صور السلوك الإجرامي في جريمة رشوة الموظفين العموميين. يراجع مثلاً:

W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 135.

² أما المعاني الأخرى فهي: 1- معنى: "الحفظ نقيض التسيان وهو التعاقد وقلة الغفلة". ابن منظور، لسان العرب، مج 3، المرجع السابق، ص 578، مادة "حفظ". وهو معنى نفسي داخلي. 2- معنى: "حفظ المال والسير حفظاً: رعاه. [...] والاحتفاظ: خصوص الحفظ، يقال: احتفظت بالشيء لنفسي، ويقال: استحفظت فلاناً مالا إذا سألته أن يحفظه لك، واستحفظته سراً واستحفظه: استرعاه. [...]". ابن منظور، لسان العرب، مج 3، المرجع السابق، ص 578، مادة "حفظ". ويدل هذا المعنى على الرعاية. 3- معنى: "وَحَفِظْتُ الشيءَ حِفْظاً أي حَرَسْتَهُ، [...] والمحافظة: المراقبة. [...]". ابن منظور، لسان العرب، مج 3، المرجع السابق، ص 578، مادة "حفظ". ويدل على الحراسة والمراقبة.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ص 578، مادة "حفظ".

⁴ Cass. crim., 3 mai 2001, pourvoi n° 00-82.880, Bull. crim., 2001, n° 106, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071024/> (19/03/2023).

⁵ V. H. HOEPFFNER, préc., pp. 228-229 § 369.

⁶ H. HOEPFFNER, préc., pp. 229-230 § 370.

⁷ V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 117-118.

عن المادة 175 من قانون العقوبات الفرنسي القديم التي كانت تحظر الفعلان السابقان فقط إلى غاية المصادقة على نص المادة 432-12 من قانون العقوبات لسنة 1992 الذي أضاف فعل الاحتفاظ إلى الجريمة. ولهذا دعاها البعض بجريمة أخذ فوائد والاحتفاظ بها بصفة غير قانونية *La prise et la conservation illégales d'intérêts*.¹ وبهذه الإضافة وسع المشرع من نطاق الجريمة.²

وبالنظر إلى أحكام تنازع القوانين الجنائية من حيث الزمان، فإن ذلك يعني أن نص المادة 35 من القانون رقم 06-01 أشد قسوة من المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة، لأنها وسعت من نطاق الجريمة بإضافة سُلوك مُجرّم جديد، والنص الجديد الذي يقوم بذلك يعتبر نصاً أشدّ يتعين تطبيقه بأثر فوري لا غير.³ غير أن هناك من الفقهاء في فرنسا من يرى بأن هذا الفعل كان مُجرّماً قبل ذلك.⁴ فالموظف العمومي الذي يستعمل سُلطاته في عملية يملك فيها من قبل فائدة ما، كأن يتدخل في عملية منح صفقات خاصة بالأشغال إلى شركة يديرها فعلياً⁵، لا يأخذ أو يتلقى أي فائدة منها، لأنه يملك هذه الفائدة مُسبقاً، وإنما يحتفظ بها فحسب.⁶ وقياساً عليه، يرى هؤلاء أن الجريمة تبقى، حتى في هذه الحالة، ذات طابع فوري.⁷

وللبت في مسألة أحق النصين بالتطبيق في الجزائر ينبغي العودة إلى إرادة المشرع -بمعنى تطبيق التفسير الغائي للنص الجنائي- كما تذهب المحكمة العليا في حالات مماثلة -اختلاف النصين العربي والفرنسي- حيث تقرّر سمو النص الفرنسي، لأنه النص الأصلي لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، عن النص العربي.⁸ هذا الرأي قد يتعارض مع رسمية اللغة العربية في الجزائر.⁹ كما أنه ملزم في حالة تفسير قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية فحسب. وإذا كانت نية المشرع اتجهت، من خلال سن القانون رقم 06-01، إلى ضرب مختلف أشكال الفساد، فإن النص الفرنسي للمادة 35 واجب التطبيق في هذه الحالة، لأنه يوسع من ميدان جريمة المادّي.

يشار إلى أن إدراج هذه الصورة في المادة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي أثار الشك حول طبيعة الجريمة إن كانت فورية أم مستمرة، فانعكس ذلك على طريقة حساب مدة تقادم الدعوى العمومية بشأن هذه الجريمة.¹⁰ فالأصل أنها جريمة فورية، وهذا عندما يأخذ الفاعل أو يتلقى فائدة.¹¹ بينما يجب أن تعتبر كجريمة مستمرة في حالة

¹- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

²- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 423 § 677 ; M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 49.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 154 § 179.

⁴- *Lamy droit pénal des affaires*, mise à jour 06/2022, § 961.

⁵- وقد قضي في فرنسا بأن ذلك يشكل تلك الجريمة. يراجع:

Cass. crim., 21 juin 2000, pourvoi n° 99-86.871, *Bull. crim.*, n° 239, cité dans : M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 50.

⁶- V. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 50.

⁷- V. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 50.

⁸- يراجع حول موقف المحكمة العليا الجزائرية: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 63.

⁹- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 63.

¹⁰- يراجع حول تقادم الدعوى العمومية في جرائم الفساد الخاصة بالصفتقات العمومية: هذه الدراسة، ما يأتي.

¹¹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 150-151.

احتفاظه بفائدة، حيث إنّ السلوك الإجرامي في هذه الحالة يستمر في الزمان ما دام الفاعل محتفظا بالفائدة¹. ونستنتج من ذلك أنّ تعدد صُور السلوك الإجرامي بالنسبة إلى جريمة ما قد يؤثر على النظام القانوني للجريمة بحسب الصورة التي تتحقق بها الجريمة في الواقع.

أخيرا، إنّ محاولة ارتكاب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لا يعاقب عليها، حيث إنّ الجريمة تعتبر تامة ولو توقفت العملية التي تدخّل فيها الموظف العمومي². وسبب عدم العقاب عليها ليس لأنّ القانون لم ينصّ على ذلك. فالمادة 52 (الفقرة 2) من القانون رقم 06-01 قرّرت بوجه عام المعاقبة على المحاولة في جرائم الفساد، عملا بمبدأ لا عقاب على المحاولة في الجحح إلا بنصّ خاص، الذي كرسه قانون العقوبات الجزائري³. لكن العلة تكمن في عدم توافر الشروط الموضوعية للمحاولة في الأعمال المُحضّرة لارتكابها.

ب- كيفية ارتكاب السلوك الإجرامي

ميزت المادة 35 من القانون رقم 06-01 بين ثلاثة طرق لارتكاب الأفعال الإجرامية التالية: أخذ فائدة أو تلقيها أو الاحتفاظ بها في العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات. أما فعل أخذ فائدة من عملية كُلف الفاعل فيها بأنّ يصدر إذنا بالدفع أو كلف بتصفية أمر ما، فإنّه يقوم بأيّ كيفية كانت، لأنّ نصّ التجريم لم يحصرها بشأنه. وتتمثّل تلك الطرق فيما يأتي.

1- الطريقة المباشرة

وهي من أبسط طرق أخذ فائدة بصورة غير قانونية، إذا ما قارناها بالطرق الأخرى التي تتميز بتعقيدها كالتدخل في عملية معينة باسم مستعار de personnes Interposition التي تتجسد بواسطة مُركّبات -قانونية- معقدة Montages complexes كتأسيس شخص معنوي، أو التعامل ثانويا في الصفقات العمومية⁴. والطريقة المباشرة موجودة في مجال الصفقات العمومية، وذلك عندما يتعاقد الفاعل المادي مباشرة مع الإدارة العمومية التي يتولى سلطات الإدارة أو الإشراف لحسابها.

فمثلا قضت في فرنسا محكمة الاستئناف في Nancy بتاريخ 22 فبراير 1906 بأنّ نائب رئيس البلدية الذي حل مكان رئيس البلدية الغائب في إبرام صفقات عمومية تتعلّق باللوازم، والذي تعاقد مباشرة مع الإدارة المتعاقدة برغم أنّه مزود، نظرا لصفته تلك، بسلطات الإدارة والإشراف، وبرغم تحذيره من طرف عضو في لجنة طلب العروض بأنّه يخالف أحكام المادة 175 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، يعتبر مرتكبا لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية⁵. ولإثبات برائته احتج ذلك الشخص بحسن النية. غير أنّ طبيعة الركن المعنوي في هذه الجريمة -إذ تتطلب قصدا عاما فقط- تأبى الاعتداد بهذا السبب لانعدام المسؤولية الجزائية. لكنها اعتبره برغم ذلك سببا مخففا يقتضي

¹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 151.

²- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 145.

³- ق.ع.، المادة 31 (الفقرة 1).

⁴- V. J. BÉNOIT, préc., §§ 69-70.

⁵- C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, Recueil périodique et critique Dalloz, 1907, 2^e partie, pp. 278-280, gallica.bnf.fr (19/03/2023).

الرأفة بالشخص المُدان، فيما يتعلّق بالعقوبات¹.

أو كأنّ يظهر الفاعل مباشرة، دون أيّ تحايل أو تدليس، في صَفقة عُمومية بصفته موظفا مكلفا بإدارتها أو الإشراف عليها، وفي الوقت ذاته كمُسيّر قانوني للشركة التي اختارتها اللّجنة المختصّة للتعاقد معها. فعلى سبيل المثال، تمت متابعة رئيس بلدية فرنسية بجرمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة لأنّه شارك في قرار منح صَفقة عُموميّة تعلقت بتجديد مدرسة بلدية إلى شركة يديرها².

كذلك يرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة مباشرة المهندس الذي اختارته إدارة عامة كُرب مشروع Maître d'oeuvre مُكلّف بمهمة تتعلّق بمرفق عُموميّ تهدف إلى أداء مصلحة عامة الذي تولى، بهذه الصفة، سلطات تدرج ضمن مفهومَي الإدارة والإشراف، وقد تعلّق الأمر في هذه القُضيّة بصفقات عُموميّة، حيث أخذ منها فائدة مباشرة لأنّه يعمل لدى الشركة الخاصّة وفروعها التي حصلت عليها، والتي يديرها أخيه، ويملك فيها حوالي ثلث أسهمها³.

2- عن طريق عقد صوري

ويُمثّل الطّريقة غير المباشرة لأخذ أو تلقي أو الاحتفاظ بفائدة⁴. ومن أمثلته استحداث وظائف صورية Emplois fictifs، وتسمى هذه الطّريقة أيضا بالعقود المُسيّسة Contrats politiques، حيث أنّ الشخص المُستفيد منها يتقاضى أجرة دون حضوره إلى مكان العمل أو مزاولته الفعليّة لعمله⁵. وحتى الشخص المُستخدِم لا يسلم من المسؤوليّة الجزائيّة في هذه الحالة. فإذا كان من أشخاص القانون الخاصّ، فإنّه يرتكب جريمة التّعسف في استعمال أموال الشركة، بينما يعتبر الشخص المُستفيد من عقد العمل الصوري مخفيا للأشياء الناجمة عن هذه الجريمة⁶.

3- عن طريق شخص ثالث

أخيرا، قد يتم السُّلوك الإجرامي للجريمة بواسطة شخص ثالث، سواء كان هذا الشخص طبيعيا أم معنوي⁷. وهي أيضا طريقة غير مباشرة لارتكاب الجريمة⁸. ومثالها عندما يلجأ رئيس البلديّة إلى الاتفاق شفهيّا مع شخص طبيعيّ آخر Un prête-nom، من أجل التمويه، يتضمّن إبرام هذا الأخير مع البلديّة صفقات عُموميّة تتعلّق بلوازم تجهيز مكتبية، وصدور سندات تسديد سعرها باسمه، لكي يستطيع رئيس البلديّة تزويد البلديّة بما تحتاجه، ويقبض هو شخصيا ثمن ذلك⁹.

ومن حالاته أيضا، في مجال الصفقات العُموميّة، استعمال أسلوب التعامل الثانوي Sous-traitance. فمثلا،

¹- V. C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, préc., p. 279.

²- Cass. crim., 4 juin 1996, Bull. crim., n° 231, cite dans : C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 145 et marge n° 603.

³- Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-84.054, Bull. crim., 2000, n° 221, préc.

⁴- Lamy droit pénal des affaires, mise à jour 06/2022, § 962.

⁵- J. LARGUIER, Ph. CONTE, S. FOURNIER, Droit pénal spécial, 15^e éd., France, Dalloz, 2013, p. 339.

⁶- C. BARDON, « Emploi fictifs : quelles définitions, pour quels contrôles et sanctions », Les Echos, 28 septembre 1999, <https://www.lesechos.fr/1999/09/emplois-fictifs-queles-definitions-pour-quels-controles-et-sanctions-777305> (15/09/2022).

⁷- J. BÉNOIT, préc., § 67.

⁸- Lamy droit pénal des affaires, mise à jour 06/2022, § 962.

⁹- Cass. crim., 10 avril 1897, Bull. crim., n° 139, p. 213, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58585453/f39.item.r=Mauguin> (11/09/2022), cité aussi dans : J. BÉNOIT, préc., § 68.

قضي في فرنسا بأنَّ رئيس البلدية يرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية عندما يمنح المجلس البلدي الذي يرأسه صَفقة -أشغال- إلى شركة ستتعاقل ثانويا على جزء من هذا العقد مع شركة أخرى يسيرها ذلك الموظف العمومي¹. كذلك حكم هناك بأنَّ الجريمة تقوم في حقَّ رئيس البلدية الذي ساهم في منح صَفقات عمومية إلى شركات قامت بالتعاقل ثانويا على هذه الصَفقات مع شركات يديرها أبناؤه بينما يعتبر هو مسيرا فعليا لها². مع الملاحظة أنَّ معنى الشَّخص الثالث لا يقتصر على أقارب الفاعل فقط، فهناك أشخاص غيرهم يمكن أن ينطبق عليها أيضا وصف الشَّخص الثالث في تلك الجريمة³ كالشَّخص المعنوي الذي يديره الفاعل. وأنَّه أخيرا يعتبر شريكا، مسؤولا جزائيا، للفاعل المادي في الجريمة، إذا توافرت فيه شروط العقاب على الاشتراك⁴.

ثانيا: الفائدة التي يأخذها أو يتلقاها أو يحتفظ بها الفاعل المادي

للإحاطة بهذا العنصر المرتبط بالرُّكن المادي للجريمة⁵، يجب أولا تحديد خصائصه (الفقرة "أ")، ثمَّ تحديد أنواعه التي يجوز معها تطبيق الجريمة قانونا (الفقرة "ب").

أ- خصائص الفائدة اللازمة لقيام الجريمة

للفائدة في جريمة المادة 35 من القانون رقم 06-01 عِدَّة خصائص. فأولا، لا يقصد بالفائدة في هذه الجريمة الرِّبح أو الحصول على مزية شَّخصية⁶. فمجرَّد الشَّك في أنَّ فائدة، قد يستفيد منها الموظف العمومي، يمكن أن تنتج من تدخُّله في العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يديرها أو يشرف عليها يكفي لقيام الجريمة⁷. أو بعبارة أخرى، لا يلزم أن تطرأ على الدِّمة المالية للفاعل المادي أية زيادة بسبب ارتكاب الجريمة حتى تقوم هذه الأخيرة قانونا أو أن تتحقق فعلا الفائدة⁸. حيث إنَّ امتلاك الموظف العمومي لخصص لدى شركة خاصَّة يتولى عليها احدى العمليات المشار إليها في القانون يحقق الجريمة⁹. ولهذا قيل بأنَّ جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية لها طابع وقائي Caractère préventif¹⁰، وتعتبر جريمة شكلية¹¹.

ويبدو أنَّ هذا التفسير الواسع لمعنى الفائدة في الجريمة السابقة، والتي تقابلها -حسب ما جاء في المادة 35 من القانون رقم 06-01- كلمة Intérêt باللغة الفرنسية، مُبرَّر. ذلك أنَّ معنى الفائدة أوسع من معنى الرِّبح Profit حيث أنَّ هذا الأخير يقتصر معناه على ما يعود على الفاعل بالثراء الشَّخصي على عكس معنى الفائدة الذي يسمح بتطبيق الجريمة على أفعال أخرى¹².

¹- Cass. crim., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-84.504, Bull. crim., n° 231, cite dans: J. BÉNOIT, préc., § 70.

²- Cass. crim., 21 juin 2000, pourvoi n° 99-86.871, précité, cité dans : J. BÉNOIT, préc., § 70.

³- V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 53 § 1171.

⁴- R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 53 § 1171.

⁵- حيث اعتبره Garraud أول شرط لوجود الجريمة، مما يدل على أهميته. يراجع:

R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 52 § 1170.

⁶- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 57.

⁷- J. BÉNOIT, préc., §§ 61 et 66.

⁸- V. J. BÉNOIT, préc., § 66.

⁹- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 57.

¹⁰- J. BÉNOIT, préc., § 61.

¹¹- J. BÉNOIT, préc., § 66.

¹²- V. R. OLLARD, préc., p. 23 § 20.

ثانياً، لا يشترط، أخذاً بما توصل إليه القضاء الجزائري الفرنسي، أن تكون الفائدة المأخوذة أو المتلقاة أو التي احتفظ بها الفاعل المادي في الجريمة متناقضة مع مصلحة عامة¹، كالمصلحة البلدية Intérêt communal² لأنه ليس من شروط قيام الجريمة³. وهذا يعني أن الفائدة التي يسعى الفاعل المباشر لتحقيقها لا يجب أن تكون شخصية صرفة، وإنما هي فائدة أيا كانت⁴. ومن ثم فإن التدرج بخدمة مصلحة عامة لا يسقط المسؤولية الجزائية الناجمة عن هذه الجريمة. فمثلاً رفضت محكمة النقض الفرنسية دفع رئيس البلدية الذي ادعى للإثبات برائته أن الأشغال التي أنجزت - في إطار صفقة عمومية تعلق بكنس مدخل مرفأ Dragage d'avant port - والتي أخذ منها فائدة - معنوية - قامت بسد حاجة عامة للبلدية وللمتنفعين من مرفأ المدينة⁵.

كذلك فإن المحافظة على المال العام من الإهدار - على افتراض أن المصلحة المالية للإدارة العمومية تعتبر مصلحة عامة كذلك⁶ - لا يعد مانعاً لقيام الجريمة كمن يزود إدارة عمومية بلوازم معينة، في إطار صفقة عمومية، بسعر أقل من سعرها المعمول به وقت ارتكاب الجريمة⁷. وذلك استناداً إلى أن الضرر لا يعتبر من شروط ارتكابها⁸.

ثالثاً، تقوم الجريمة حتى إذا كانت الفائدة ستعود على شخص آخر بإستثناء الفاعل المادي كالأبناء أو الأزواج، وتعرف هذه الحالة بالمصلحة العائلية Intérêt familial التي تتخذ فيها الفائدة شكلاً معنوياً⁹، أو شخص تجمع معه علاقة سياسية، إذ لا يشترط في هذه الحالة أن تكون العلاقة عائلية فحسب¹⁰. ومعناه أنه لا يجب أن تتعلق الفائدة بالذمة المالية للفاعل فحسب¹¹. وهذا ما يتبين من نص التجريم الذي يميز بين أخذ أو تلقي فائدة أو الاحتفاظ بها بصفة مباشرة وبين أخذها أو تلقيها أو الاحتفاظ بها بصفة غير مباشرة، كما في القانون الفرنسي¹². فالجريمة تقوم قانوناً حسب المادة 35 من القانون رقم 06-01 عندما يأخذ الموظف العمومي فائدة "إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر".

رابعاً، قيمة الفائدة لا تعتبر شرطاً تتألف منه الجريمة. فسواء كانت هذه الفائدة ضخمة أم ضئيلة، فإن الموظف

¹- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 60.

²- C. MASCALA, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », cass. crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-84.288, R.S.C., 2008, n° 3, p. 592 sq.

³- M. CLÉRY-MELIN, J.-B. BOUÉ-DIACQUENOD, « Prise illégale d'intérêts : une nouvelle définition du délit mais toujours autant d'incertitudes sur son champ d'application », *Lexbase Pénal*, 2021, n° 43, www.lexbase.fr.

⁴- V. C. MASCALA, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », préc., p. 592 sq.

⁵- Cass. crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498, *AJDA*, n° 35, 2011, p. 2015 ; « Précisions sur le régime des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts », note sur cass. crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498, *A.J.D.A.*, 2011, n° 35, p. 2018.

⁶- Comp. J.-F. LAFIAIX, préc., pp. 666-667 § 709.

حيث قضي في فرنسا بأن إخلال بطلان العقد الإداري بالمصلحة المالية لأطرافه، كالبلدية مثلاً، ليست اعتداءً جسيماً على مصلحة عامة تُبرّر المحافظة على العقد الباطل من الزوال.

⁷- V. C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, préc., p. 279.

⁸- V. C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, préc., p. 279. V. aussi cass. crim., 21 février 2001, *Bull. crim.*, n° 46 cité dans : C. MASCALA, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », préc., p. 592 sq.

⁹- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 424 § 678.

¹⁰- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

¹¹- J. BÉNOIT, préc., § 61.

¹²- S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 303.

العمومي الذي يأخذها أو يتلقاها أو يحتفظ بها في العمليات المعنية يرتكب الجريمة قانونا. والسبب أن الإثراء ليس ضروريا لوجود الجريمة¹. مثلا إن ضالة العائدات المالية التي أخذها الفاعل المادي من تنفيذه بصفة مباشرة لصفقة عمومية، نظرا إلى تطبيقه سعر أقل من السعر الحقيقي للأموال المنقولة المتعاقد عليها، لا يمكنها، وإن كانت لا تحدث أي ضرر بالخرينة العمومية، أن تبرر انعدام الجريمة².

أيضا في هذا المعنى، تعتبر الفائدة -المالية- في مفهوم هذه الجريمة قائمة قانونا، حتى إذا كان الربح المادي الذي حصده الفاعل بالفعل أقل مما توقعه، بل وحتى إذا تعرض هذا الفاعل للإفتقار وليس للثراء من العملية التي تدخل فيها³.

وهذا إذا كانت تلك الفائدة مادية أو مالية. نفس الأمر ينطبق على الفائدة المعنوية. حيث لا تهم قيمتها -المعنوية كما يبدو- وإن كانت ضعيفة، في قيام الجريمة⁴. ومثال ذلك عندما يأخذ الفاعل فائدة بتفضيله لأحد أقارب عضو منتخب بالمجلس البلدي، فقد قضى في فرنسا بأن هذه الفائدة كافية تماما لقيام الجريمة برغم ضالتها⁵. خامسا، لا يلزم أن تكون الفائدة -المادية على وجه التحديد- فورية. فمن الممكن أن يتدخل الفاعل المادي المكلف بسلطات الإدارة أو الإشراف -أو حتى الدفع أو التصفية- في عملية مندرجة في نطاق التجريم ولا يأخذ منها فائدة فعليًا إلا بعد انتهائها⁶.

ب- أنواع الفائدة اللازمة لقيام الجريمة

لم تشترط المادة 35 من القانون رقم 06-01 شكلا خاصا للفائدة المجرمة⁷. وهذا يعني أن القانون لا يتقيد، لقيام الجريمة، بنوع محدد⁸، وأنه يوسع من نطاق سلطة القاضي الجزائي في تفسير معنى الفائدة⁹، حيث إنه يحظر على الموظف العمومي الفائدة المادية Intérêt matériel والفائدة المعنوية Intérêt moral أيضا¹⁰. وستتطرق إلى هذين النوعين من الفائدة، وإلى تطبيقاتهما العملية من القانون الجنائي الفرنسي فيما يأتي.

1- الفائدة ذات الطبيعة المادية

¹- M. CLÉRY-MELIN, J.-B. BOUÉ-DIACQUENOD, préc.

²- V. C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, préc., p. 279.

³- V. Th. DAL FARRA, préc., p. 467 sq.

⁴- R. MÉSA, « Précisions sur le régime des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts », note sur cass. crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498, A.J.D.A., 2011, n° 35, p. 2018.

⁵- V. R. MÉSA, préc., p. 2017.

⁶- V. Th. DAL FARRA, préc., p. 467 sq.

⁷- حيث جاء فيها أن الجريمة تقوم بأخذ أو تلقي أو الاحتفاظ بـ "فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات" أو "فوائد أيا كانت" من العمليات المكلف بأن يصدر إذنا بالدفع بشأنها أو أمرا مكلفا بتصفيته، بدون أي تحديد.

⁸- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 145.

⁹- C. MASCALA, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », préc., p. 592 sq.

¹⁰- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 56 ; C. MASCALA, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », préc., p. 592 sq.

أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 131. ويبدو أن هاتان التسميتان من صنع القضاء الجنائي الفرنسي.

يراجع: M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., §§ 57 et 58.

لا تقوم الجريمة قانوناً ما لم تكن الفائدة مادّية أو مالية، لأنّها الفائدة الوحيدة القابلة للقياس Quantifiable¹. هكذا كان معنى الفائدة في هذه الجريمة قبل أن يتوسع القضاء الفرنسي² في تفسيره ليضم الفائدة المعنوية بسبب وجود حالات تدخّل أخرى خطيرة تتطلب العقاب أيضاً، كذلك المتعلقة بمنح صفقات عمومية إلى أحد الأقارب³. هذا وتجسد الفائدة المادّية عندما توجد علاقة مالية بين الدّمة المالية للموظف العمومي وعمليّة يديرها أو يشرف عليها أو كُلف بالدفع فيها أو بتصفيتها⁴. وبهذا يتضح أنّ الفائدة المادّية في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية تتمثّل أساساً في ربح مالي -متوقع أو فعلي- للموظف العمومي يطرأ بسبب التدخّل في عمليّة يديرها أو يشرف عليها.

2- الفائدة ذات الطبيعة المعنوية

لا يقتصر معنى الفائدة فيما هو مادّي فقط في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية. وإنما يشمل أيضاً الفائدة المعنوية. فقد قرّر القضاء الفرنسي -متوسعا، حسب الفقه، في تفسير الركن المادّي لهذه الجريمة⁵- بأنّ الفائدة في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية قد تكون إما مادّية أو معنوية، مما يعني أنّ قيام هذه الجريمة يخضع لتصور شخصي وليس موضوعي⁶، وتفسير واسع لمعنى التدخّل Ingérence الذي تقوم عليه الجريمة⁷. فقد قضى في فرنسا مثلاً بأنّ علاقة الصداقة يمكنها أن تحقق شرط الفائدة المطلوب قانوناً لقيام الجريمة⁸. وتندرج بالتحديد في معنى الفائدة المعنوية⁹. لكن، يبدو أنّ هذا النوع من الفائدة منتشر بكثرة في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما يتضح بأحكام القضاء الجزائي الفرنسي.

حيث توصلت محكمة النقض هناك لأنّ الفائدة المجرّمة تنتج عندما يوقع رئيس البلدية أوامر بالالتزام Actes d'engagement متعلّقة بأشغال تشييد أبنية بلدية أو يأمر نائبه بتوقيعها وذلك، لمصلحة صهره الذي يمارس مهنة مهندس¹⁰، أو عندما يمنحه صفقة عمومية¹¹. كذلك تقوم الفائدة، إذا تدخّل رئيس البلدية بصفته رئيساً للجنة

¹- Ch. CABANES, O. LEMAIRE, préc., p. 47.

²- V. J. BÉNOIT, préc., §§ 73-78.

³- Ch. CABANES, O. LEMAIRE, préc., p. 47.

⁴- M. CLÉRY-MELIN, J.-B. BOUÉ-DIACQUENOD, préc.

⁵- M.-C. SORDINO, préc., p. 222.

⁶- J. BÉNOIT, préc., § 61.

⁷- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 534 § 944.

⁸- Cass. crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.912, *Bull. crim.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036803130/> (03/03/2023), cité dans : M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., §§ 56, 58 ; AJ Pénal, n° 6, 2018, p. 313 sq., note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

في هذه القضية تنازلت بلدية فرنسية بموجب عقد عن عقار تابع لها لمصلحة شخص تجمع بينه وبين رئيس تلك البلدية صداقة طويلة بغرض القيام بإنشاءات. فتوبع رئيس البلدية أمام محكمة الموضوع بجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لأنّه كان يدير العمليّة، ولأنّ الصداقة الطويلة تعتبر كفائدة أيا كان نوعها في مفهوم نصّ التجريم (المادّة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي). وأيدت محكمة النقض حكم قضاة الموضوع السابق.

⁹- J. LASSERRE CAPDEVILLE, note sous cass. crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.912, AJ Pénal, 2018, n° 6, p. 313 sq.

¹⁰- Cass. crim., 29 septembre 1999, pourvoi n° 98-81.796, *Bull. crim.*, n° 202, cite dans : M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

¹¹- Cass. crim., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-87.294, *Bull. crim.*, n° 198, cite dans : M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

طلب العروض وعضوا بمكتب المنطقة العمرانية District urbain في منح عِدَّة صَفَقَات خاصَّة بالأشغال العموميَّة إلى شركات يتولى أبناؤه تسييرها¹. أيضا تعتبر فائدة مهما كان نوعها عندما يشارك رئيس بلدية في التصويت في اللجان التي منحت الصَّفَقَات العموميَّة إلى المؤسَّسة التي يديرها ابنه². وأخيرا، فإنَّ رئيس البلدية الذي يأمر صاحب صَفَقَة عموميَّة، بناءً على طلب من منتخب محلي، بإنجاز أشغال خارجة عن العقد من أجل تفضيل ذلك المنتخب، يرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة بأخذ فائدة معنويَّة³، مما يعني أنَّ الفائدة التي يعاقب القانون على أخذها أو تلقيها أو الاحتفاظ بها تتوافر لمجرَّد وجود علاقة سياسيَّة ولا يشترط أن تكون هذه العلاقة عائلية فحسب⁴.

تجدر الإشارة إلى أنَّه في هذه القضيَّة الأخيرة أبرمت بلدية فرنسية صَفَقَة عموميَّة مع شركة ما، تضمنت كَسَح مدخل مرفأ. بعد ذلك قام ليلا صاحب الصَّفَقَة، بناءً على محضر معاينة وقعه رئيس البلدية بطلب من عضو بالمجلس البلديّ، بإزالة التربة المترسبة في المرفأ بهدف السماح لسفينة أخيه بالرسو في المرفأ، برغم أنَّ العقد الأصلي لا ينصّ على تلك الأشغال، كما أنَّها تمت دون الحصول على الرخصات اللازمة. عقب ذلك أبرم رئيس البلدية مع ذلك المتعاقد مُلْحَق. فألغى ممثل الدَّولة Préfet قرار إبرام ذلك المُلْحَق، لأنَّ رئيس البلدية لم يطلب رأي لجنة طلب العروض المختصَّة قبل التوقيع عليه. ليتابع على إثر ذلك رئيس البلدية بتهمة انتهاك المبادئ الأساسيَّة للصَّفَقَات العموميَّة من أجل منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير (المادَّة 432-14) وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة (المادَّة 432-12)⁵. وأيدت محكمة النَّقض الفرنسية قرار إدانته، لأنَّه أخذ فائدة معنويَّة غير مباشرة تتمثَّل في استفاد أحد أقارب أحد أعضاء المجلس البلديّ في فرنسا من انتهاكه لأحكام قانون الصَّفَقَات العموميَّة⁶.

لا بد من الإشارة في الأخير إلى أنَّ المفهوم الواسع للفائدة المعنويَّة، والذي لم تحدِّده محكمة النَّقض الفرنسية برغم أنَّه من وضعها، من شأنه أن يجعل نطاق الجريمة غير معلوم ومحدَّد⁷؛ فحدود الجريمة، كما تلاحظ Prebissy-Schnall، ستكون بصورة لا نهائية نتيجة ذلك⁸. الأمر الذي قد يخالف مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة ويضعف الخطر الجزائي الملابس للتسيير العموميّ والملقى على عاتق الموظف العموميّ⁹. ولهذا تدخَّل المُشرِّع الفرنسي في سنة 2021 ليشترط في الفائدة المُجرَّمة أن يكون من شأنها الإخلال بحياد الموظف العموميّ، أو استغلاله، أو موضوعيته¹⁰. وعلى المحكمة العليا الجزائرية أن تتنبه لهذه المسألة ما لم تكن تعتد بالفائدة الماديَّة فقط.

¹- Cass. crim., 21 juin 2000, pourvoi n° 99-86.871, précité, cité dans : M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

²- Cass. crim., 3 mai 2001, pourvoi n° 00-82.880, Bull. crim., n° 106, cite dans: M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

³- Cass. Crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498, Bull. crim., n° 153, cite dans M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

⁴- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 58.

⁵- V. R. MÉSA, préc., p. 2015.

⁶- R. MÉSA, préc., p. 2017.

⁷- J. BÉNOIT, préc., § 61.

⁸- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 146.

⁹- V. R. MÉSA, préc., p. 2018.

¹⁰- V. loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, Journal officiel français, 23 décembre 2021 ; M. FRANÇOIS, « Réécriture de l'article 432-12 du code pénal : enfin l'harmonisation ? », Dalloz actualité, 16 septembre 2022.

كما أنَّ هذا التوسع في تفسير عناصر جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية يجعلها متطابقة إلى حد كبير مع جريمة المحاباة، مما يعني تعددها -مادياً- مع هذه الجريمة الأخيرة كلما أدت مخالفة أحكام قانون الصفقات العمومية إلى منح متعامل اقتصادي امتيازاً غير مُبرَّر، وأخذ المُخالف لفائدة بصفة غير قانونية¹. علماً أنَّ جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية غالباً ما ترتكب بالتزامن مع جريمة المحاباة، فيما يتعلَّق بإبرام الصفقات العمومية².

الفرع الثاني: الرُّكن المعنوي

تتطلب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية ركناً معنوياً يتمثَّل في القصد الجنائي. على أنَّ الفقه والقضاء منقسم بشأنه، بين مَنْ يتطلب القصد العام لا أكثر (أولاً)، وبين مَنْ يشترط، فوقه، قصداً خاصاً كذلك (ثانياً).

لكن قبل التطرق إلى ذلك، نشير إلى نقطة هامة حتى لا نرجع إليها أثناء التحليل، وهي أنَّ بعض الأحكام القضائية الفرنسية قرَّرت قيام الجريمة بارتكاب السُّلوك الماديِّ بغض النظر عن حسن نية مرتكبها، الأمر الذي يكسبها وصف الجريمة المادية (بدون خطأ)³. لكن الأحكام السابقة تعتبر شاذة، ولا ينبغي تعميمها. أضف إلى ذلك أنَّ تعديل عناصر الجريمة مؤخراً من طرف المُشرِّع الفرنسي، باشتراط في الفائدة أنَّ تخل بجياد الموظف العمومي أو استقلاليتته أو موضوعيته، يدلُّ على أنَّها أصبحت تتكون من قصد جنائيٍّ موصوف Qualifié لا يتوقف، كما كان في السابق، عند مجرَّد الوعي بوجود مصالح في حالة تعارض⁴، مما يهدم كلية فكرة الجريمة المادية في أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية في القانون الفرنسي.

أولاً: القصد الجنائي العام

يعتبر القصد الجنائي شرطاً لازماً. فهذه الجريمة لا تعاقب على مجرَّد التقصير أو الإهمال كما كان يعتقد بعض الفقهاء في السابق⁵، وإنما تقررت للمعاقبة على تصرُّفات عمدية صادرة عن شخص يعلم -والعلم عنصر من عناصر القصد الجنائي⁶- أنَّ القانون يمنعه من ارتكاب هذه التصرفات نظراً إلى صفته الخاصة (صفة الموظف العمومي)⁷. بمعنى آخر، اتجاه إرادة الفاعل الماديِّ عن وعي إلى أخذ فائدة أو تلقيها أو الاحتفاظ بها بصورة مخالفة لأحكام المادة 35 من القانون رقم 06-01⁸. وهذا المعنى يتطابق مع التعريف الموضوعي Conception abstraite للقصد الجنائي -المتوافق مع تعريف القصد العام⁹- بأنَّه إرادة ارتكاب سلوك مع العلم بأنَّ القانون الجنائي يحظره¹⁰؛ وتتميز هذه

¹- V. R. MÉSA, préc., p. 2018.

²- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 151-152.

³- V. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Prise illégale d'intérêt par un fonctionnaire en activité - délit d'ingérence - (art. 175 c. pén.) », R.S.C., chron. jurisprudence, 1988, n° 1, pp. 83-84.

⁴- V. M. FRANÇOIS, préc.

⁵- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 61 ; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 54 § 1172.

⁶- يراجع: ج. ثروت، المرجع السابق، ص 177 الفقرة 157؛ ر. عبيد، المرجع السابق، ص 284.

⁷- M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 424 § 679.

⁸- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 61.

⁹- V. R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, préc., p. 56 ; C. PORTERON, préc., §§ 87 et 98.

¹⁰- C. PORTERON, préc., § 87.

الإرادة - في إطار هذا التصور - بكونها مجرّدة عن البواعث¹.

كما يقصد أيضا بالقصد الجنائي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية ارتكاب الموظف للجريمة وهو يعلم بأن مصالحه الخاصة قد تكون متعارضة مع مصالح الإدارة العمومية التي يمثلها². وهذا التعريف، فوق أنه يعكس الطابع العام للقصد في هذه الجريمة، يبرز أكثر معنى تعارض المصالح الذي تنطوي عليه. هذا، ويجب أن يشمل العلم جميع مُكَوِّنات الجريمة كما رأينا من قبل. حيث يجب أن يعلم الفاعل الماديّ بتوافر الشروط الأولية للجريمة، بمعنى أنه موظف عموميّ مكلف بأحدى العمليات التي حظر القانون عليه أن يأخذ أو يتلقى منها فائدة مهما كان نوعها أو أن يحتفظ بهذه الفائدة³. ويعلم أيضا بتوافر عناصر ركنها الماديّ، كضرورة علمه بالطابع غير القانوني للفائدة التي أخذها أو تلقاها أو احتفظ بها من العمليات المعنية⁴. وبأن مصلحته الخاصة تتعارض مع مصلحة عامة⁵.

وفي العادة، يكفي القاضي الجزائي، لإثبات القصد الجنائي في الجريمة، أن يكون للفاعل الماديّ خبرة طويلة في مجال الوظيفة العمومية. وهذا ما قضت به محكمة التّقصّ الفرنسية⁶. وهو ما يؤكد تلك العلاقة الموجودة ما بين صفة الفاعل الماديّ والركن المعنويّ في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. وهذه القرينة -القضائية الدالة على القصد الجنائي بافتراض وجوده بالعناصر المادية للجريمة⁷- تتفق مع المقصود بالقصد الجنائي في تلك الجريمة -حسب القضاء الفرنسي- إذ يتأكد بمجرد ارتكاب الأفعال المادية المؤلفة للجريمة عن علم⁸.

لكن الطابع العمدي لسُلوّك الفاعل يتأكد بخاصة عندما يتلقى الفائدة أو يأخذها أو يحتفظ بها بصورة غير مباشرة من العمليات المنصوص عليها في القاعدة الجنائية، كأن يقوم الفاعل الماديّ بذلك عن طريق عقد صوري أو عن طريق شخص ثالث، وهذا الأمر من شأنه أن يثبت سوء النية لديه⁹ نظرا لأنّها "وسائل احتيالية" تهدف "إلخفاء عملية الاستفادة"¹⁰، علما أن بعض الفقه يعتقد أن ذلك إنما يؤكد ضرورة القصد الخاص في الجريمة¹¹. وتقودنا هذه الملاحظة إلى مسألة القصد الجنائي الخاص في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية التي أثارت الجدل.

¹- C. PORTERON, préc., § 89.

²- J.-P. GOHON, préc., p. 109 sq.

³- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 133؛ ع. حاحا، المرجع السابق، ص 125.

⁴- يراجع: ر. بھنام، قانون العقوبات: جرائم القسم الخاص، المرجع السابق، ص 404 الفقرة 266؛ ع. حاحا، المرجع السابق، ص 125.

⁵- V. J.-P. GOHON, préc., p. 109 sq.

وأیضا: ك. علة، المرجع السابق، ص 100-101.

⁶- V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 425 § 679.

⁷- M.-C. SORDINO, préc., p. 223.

⁸- V. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, préc., p. 535 § 945.

ويتشابه في ذلك مع مفهوم القصد الجنائي لجريمة المحاباة في القانون الفرنسي.

⁹- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 61.

¹⁰- ك. علة، المرجع السابق، ص 101.

¹¹- ك. علة، المرجع السابق، ص 101-102.

ثانيا: القصد الجنائي الخاص

للقضاء الفرنسي موقف ثابت بشأن القصد الجنائي الخاص في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية. حيث حَكَمَ بأن هذه الجريمة تقوم قانونا وإن لم يدفع أي سبب ربحي الفاعل إلى ارتكابها، وأنها تتوافر بدون اشتراط نية البحث عن الربح أو البحث عن مزية شخصية¹. بمعنى إن هذه الجريمة تقوم بغض النظر عن وجود أو انعدام القصد الخاص لدى مرتكبها². وقيل في هذا الصدد بأن عدم الاعتداد بالباعث إلى هذه الجريمة يعتبر أحسن وسيلة لردع الممارسات الفاسدة التي تعاقب عليها³. فالباعث السيء لا يعتبر اذن عنصرا من العناصر المؤسّسة للجريمة⁴. مما يفهم منه أن النتيجة الإجرامية التي يجب أن تتجه إليها الإرادة للقول بوجود قصد جنائي خاص لا تعد من عناصر تعريف الجريمة قانونا⁵.

ولقد تبني البعض في الجزائر الرأي السابق. فالقصد العام يكفي بحسبهم لقيام تلك الجريمة، ولا يلزم إلى جانبه أن تتوفر لدى الفاعل المادي نية الغش أو نية الإضرار بالدولة⁶. ويبدو أنه الرأي الراجح فيما يتعلق بالقانون الجزائري، لأنه يتماشى مع ما جاء في الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 الذي اقتبس عنه المشرع الجزائري تلك الجريمة. ومع أحكام قانون العقوبات الفرنسي الحالي الذي لا يشير بالنسبة إلى هذه الجريمة إلى القصد الخاص⁷.

لكن، يبدو أن جانبا آخر من الفقه الجزائري يخالف الموقف السابق الذي يتبناه القضاء الفرنسي. حيث يقول عبد الله سليمان بأن هذه الجريمة تتطلب كذلك قصدا خاصا يتمثل في "اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق منفعة غير مشروعة"⁸، والذي بتخلفه ينعدم الركن المعنوي في الجريمة⁹. كذلك يرى بوسقيعة أن القصد الجنائي فيها "يتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى الحصول على منفعة مع العلم بكل عناصر الجريمة"¹⁰. مما يدل على أن الجريمة تشترط أيضا القصد الخاص، لأن إرادة الفاعل يجب أن تتجه - حسب هذا التعريف - إلى نتيجة إجرامية محدّدة، تتمثل في الحصول على فائدة، والنتيجة الإجرامية عندما تنصب عليها الإرادة فإنها تشكل القصد الجنائي الخاص¹¹. ويترتب عنه نتيجة هامة. فعندما يلزم هذا القصد لقيام الجريمة، فإن القاضي الجزائري مكلف بالتأكد من وجوده لكي يدين المتهم¹².

¹ - M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 62.

² - M. SEGONDS, « Élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts », cass. crim., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-87.532, D., 2003, n° 4, p. 245 sq.

³ - V. J.-P. GOHON, préc., p. 109 sq.

⁴ - R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., pp. 53-54 § 1172.

⁵ - V. C. PORTERON, préc., § 98.

⁶ - ك. علة، المرجع السابق، ص 100-101.

⁷ - M.-C. SORDINO, préc., p. 223.

⁸ - ع. سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم الخاص، الجزائر، د م ج، 1998، ص 115، نقلا عن: ع. حاحا، المرجع السابق، ص 125.

⁹ - ع. حاحا، المرجع السابق، ص 125.

¹⁰ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 133.

¹¹ - V. C. PORTERON, préc., § 98.

¹² - R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, préc., p. 57.

فإذا فشل القاضي في هذه المهمة، فإنَّ الجريمة لا تقوم، ويفلت الفاعل من العقاب بالتالي.

وهذا بدوره رأيّ جانب من القضاء والفقهاء المعارض في فرنسا. حيث إنّ بعض محاكم الموضوع الفرنسية تشترط القصد الخاصّ لقيام الجريمة¹. على أنّه لقي اعتراضاً من جانب آخر من قضاء الموضوع في فرنسا، كمحكمة الاستئناف في Nancy التي قضت في قرارها المؤرخ في 22 فبراير 1906، استناداً إلى الغرض من الجريمة وفحوى نصّ التّجريم، بأنّ الجريمة تقوم بالقصد العام فقط، وأنّ حسن النية لا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن يؤثر على تكوين الجريمة، وإن كانت أهميتها قد تبدو في تحديد عقوبة هذه الجريمة². كما أنّ محكمة النقض الفرنسية ترفض أيضاً هذا الشرط، حيث إنّها لا تتطلب لقيام الجريمة إثبات القصد الخاصّ المتمثّل في البحث عن ربح غير مشروع³. أما في الفقه، فقليل بأنّ الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات لسنة 1810 شبّهت جريمة المادة 175 بخيانة أمانة يرتكبها موظف عموميّ، "وهو الشيء الذي يفترض وجود قصد خاص" في مرتكبها⁴. ولا شكّ في أنّ الأعمال التحضيرية تعتبر من الأدوات المشروعة لتفسير نصوص التّجريم⁵. قيل أيضاً بأنّ "إستعمال أشخاص أخرى لإخفاء عملية الإستفادة و هي وسائل إحتيالية تفترض وجود سوء نية"⁶. كذلك فإنّ "قسوة العقوبة المقررة [للجريمة] [...] تفترض وجود فعل خطير"⁷ بحيث لا يعاقب عليه ما لم يتوافر قصد جنائي متناسب مع تلك القسوة والخطورة. أخيراً، اعتبر قانون العقوبات لسنة 1992 الجريمة كانتهاك لواجب النزاهة⁸ الأمر الذي يقتضي تعليق ارتكابها بنية البحث عن فائدة غير مشروعة⁹.

يمكن الرد على الحجج الفقهية السابقة كما يأتي. فبالنسبة إلى الأعمال التحضيرية، فإنّها تدلّ أيضاً على أنّ الجريمة تتوافر بالقصد العام فقط، حيث يفهم منها، وأيضاً من موقف القضاء الجزائي الفرنسي، أنّ مبدأ حياد السّلطة العموميّة بمفرده يكفي للمعاقبة على الفعل الإجرامي، وهو ما يعني أنّ نية الرّبح ليست ضرورية لقيام الجريمة¹⁰. كما أنّ طريقة ارتكاب السّلوك الإجرامي لا تعد دليلاً قاطعاً على القصد الخاصّ، ذلك أنّ الجريمة ترتكب أيضاً عندما يأخذ أو يتلقّى الفاعل الفائدة بصفة مباشرة لا تنطوي على أيّ احتيال، فهل يلزم أيضاً في هذه الحالة القصد

¹- V. C.A. Rouen, 18 juillet 1896, S. 1898. 2. 273; C.A. Poitiers, 23 mai 1952, D. 1952. 501, cités dans : J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Prise illégale d'intérêt par un fonctionnaire en activité - délit d'ingérence - (art. 175 c. pén.) », préc., p. 83.

²- V. C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, préc., p. 279.

³- V. J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Prise illégale d'intérêt par un fonctionnaire en activité - délit d'ingérence - (art. 175 c. pén.) », préc., p. 83.

⁴- ك. علة، المرجع السابق، ص101.

⁵- V. G. DI MARINO, préc., pp. 506-515.

⁶- ك. علة، المرجع السابق، ص101-102.

⁷- ك. علة، المرجع السابق، ص102.

⁸- « Manquements au devoir de probité ».

⁹- V. M. SEGONDS, « Élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts », préc., p. 245 sq.

¹⁰- V. M. SEGONDS, « Élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts », préc., p. 245 sq. V. aussi R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 54 marge n° 14.

ولقد ذكر Segonds و Garraud رأيّ مستشار الدّولة Berlier حول جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة الذي أدلى به أثناء الجلسة التّشريعية في 6 فبراير 1810.

الخاصّ. أم مجرّد القصد العام يكفي لقيامها. وهل يصح التمييز بينها وبين حالات الاحتيال من حيث القصد المطلوب مع العلم أنّ محاربة الفساد بجميع أشكاله تتطلب تفادي أيّ شكل من أشكال التمييز لتطبيق نصّ التجرّيم (ففي فرنسا مثلاً زعم شخصُ حُكِمَ عليه جزائياً بارتكاب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة بأنّ نصّ المادّة 175 من قانون العقوبات يُطبّق على موظفي السُلطة Fonctionnaires d'autorité لا على موظفي التسيير Fonctionnaires de gestion. غير أنّ محكمة النقض رفضت هذا الدّفع في حكمها المؤرّخ في 21 ديسمبر 1935، وبرر الفقه ذلك بأنّ ضرورة مكافحة الفساد بكل أشكاله تقتضي تفادي ذلك التمييز عند تطبيق نصّ التجرّيم)¹، وأنّ القانون لم يميّز بينها فيما يتعلّق بالرُّكن المعنويّ حتى يجب ذلك². كذلك إنّ مقدار العقوبة هو ضابط يدلّ على ضرورة الخطأ لقيام الجريمة لتمييز الجرائم المادّيّة (بدون خطأ) عن الجرائم ذات الخطأ³، ولا يدلّ على القصد الخاصّ كما قيل. أما اشتراط القصد الخاصّ لمجرّد أنّها انتهاك لواجب النزاهة، فهو دليل خالي من الدقة. فهناك جرائم أخرى، فضلاً عن أنّ عناصرها المؤسّسة تضم "مزية أيا كانت" أو "مزية غير مستحقة"، وصفها قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 بنفس الوصف، غير أنّ ذلك القصد لم يكن قط ركناً فيها⁴.

والواقع إنّ تحديد طبيعة القصد الجنائيّ في هذه الجريمة يتوقف على السياسة الجنائيّة لمكافحة الفساد والأغراض التي يتوخاها المُشرّع من الجريمة أكثر من الحلول الفقهيّة التي يتم تطبيقها عندما لا ينصّ القانون بصراحة على القصد الجنائيّ للجريمة. فإذا كان الغرض من الجريمة يتمثّل في مجرّد منع الموظف العموميّ من أيّ تدخّل خطير - وليس بالضرورة محقق - يعرض لأخذ أو تلقي فائدة من عمليات محدّدة، فإنّ القصد الجنائيّ في صورته العامّة يعد كافياً لقيام الجريمة⁵. وهذا ما يتبين بالتحديد من حكم محكمة الاستئناف الفرنسية Nancy المؤرّخ في 22 فبراير 1906⁶. وإلا فإنّ القصد الجنائيّ الخاصّ مطلوب كذلك لقيام الجريمة.

¹- L. HUGUENEY, « Ingérence d'agent technique punie comme ingérence de fonctionnaire », R.S.C., chron. jurisprudence, R.S.C., 1936, n° 2, p. 234.

²- "لا مجال للتمييز عندما لا يقرّر القانون ذلك"، كما يقال.

« là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu [...] de distinguer ». B. BOULOC, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », R.S.C., 1995, n° 3, p. 466.

³- V. J.-P. MARTY, préc., pp. 50-51.

⁴- M. SEGONDS, « Élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts », préc., p. 245 sq.

⁵- V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., pp. 53-54 § 1172. V. aussi J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Prise illégale d'intérêt par un fonctionnaire en activité - délit d'ingérence - (art. 175 c. pén.) », préc., p. 83.

⁶- V. C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, préc., p. 279.

الباب الثاني
أحكام جرائم الفساد الخاصة
بالصفقات العمومية

على أساس القانون الجنائي تقوم رابطة قانونية بين الفاعل والدولة¹ تنشئ عن ارتكاب جريمة ما. ذلك أن الدولة تحتكر سلطة المعاقبة، والتي تمارسها بواسطة القيام بثلاثة عمليات قانونية أساسية: أولاً، وضع قواعد قانونية تقرّر عقوبة لسُلوك معين، وتستحوذ عليها السلطة التشريعية، وثانياً إصدار أحكام قضائية بالإدانة على أساس تلك القواعد، وتضطلع بها السلطة القضائية، وأخيراً تنفيذ هذه الأحكام، وتقوم بها السلطانان القضائي والتنفيذي². ولما كانت الجريمة موضوعاً للدراسة في الباب الأول، بمعنى القاعدة القانونية التي تصف جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية وتقرّر لها عقوبات، فإنّ الباب الحالي سيعالج موضوع الأحكام القانونية المستندة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، والتي توجد تلك الرابطة القانونية بسبب ارتكابها. ويمكن جمع هذه الأحكام القانونية، الهامة، في الحورين الرئيسيين التاليين. المسؤولية الجزائية La responsabilité pénale التي يقصد بها "التزام يقع على عاتق شخص متورط في ارتكاب جريمة ما بالخضوع لآثار العقابية المتمثلة في الجزاء العقابي والوقائي المقرّر للجريمة"³. وتندرج هذه المسؤولية ضمن أحكام الجريمة، لأنّها تنتج عن ارتكاب الجريمة، وليست من عناصرها المؤسّسة⁴. فضلاً عن العقوبة La peine المترتبة عن الجريمة. فكلاهما يستند في وجوده إلى جريمة سابقة.

يجب كذلك دراسة القواعد المتعلقة بالدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبات. فالتشريع الجنائي - كقانون العقوبات أو التشريعات الجنائية الخاصة - يحدّد العقوبات التي يتعرض لها مرتكب الجريمة. لكن قرار تطبيق هذه العقوبات ليس من حقّ أيّ شخص، وإنما ترجع سلطة ذلك إلى جهة قضائية⁵ (وليست جهة إدارية خالصة⁶)، والتي يجب أن تكون نظامية⁷ (وليست واقعية) وجزائية (وليست مدنية أو تجارية أو إدارية أو غيرها) ومختصة (إقليمياً ونوعياً كقاعدة عامة). فالعقوبات لا تصدر إلا عن القاضي الجزائي وبناءً على جريمة⁸. ولكي يصدر القاضي الجزائي هذه العقوبات، يجب طرح الجريمة أمامه للفصل في مختلف المسائل المرتبطة بها، الأمر الذي يقتضي تحريك الدعوى العمومية أو مباشرتها⁹.

في الأخير، نشير إلى مسألتين. أولاً، أنّ تقسيم الأشخاص إلى طبيعية ومعنوية سيلازماً طوال الدراسة في هذا

¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 72 § 111 : « [...] le droit pénal établit un rapport de droit entre un coupable et un État ».

²- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 53.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 379 § 448 : « La responsabilité pénale est ainsi l'obligation pour une personnes impliquée dans une infraction d'en assurer les conséquences pénales, c'est-à-dire de subir la sanction attachée à cette infraction, cette sanction étant punitive et préventive » (italique souligné par l'auteur).

⁴- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 1.

⁵- ولقد أكدت المادة 41 من الدستور الجزائري لسنة 2020 على الطابع القضائي للهيئة المطبقة للعقوبات بقولها: "كل شخص يُعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية إدانته، في إطار محاكمة عادلة".

⁶- الجهة القضائية لا تعتبر إدارة عمومية في مفهوم القانون الإداري، لا على أساس المعيار العضوي، ولا على أساس المعيار الماديّ اللذين يستخدمان للتعرف على الأعمال القانونية الإدارية كالقرارات الإدارية. يراجع:

B. SEILLER, préc., §§ 14, 17.

⁷- وهذا ما كانت تشترطه بصرحة المادة 56 من دستور سنة 2016 التي تقابلها المادة 41 من الدستور الحالي الحالية من ذلك الشّروط.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 517 § 617. V. aussi X. PIN, préc., p. 2 § 2.

⁹- يراجع حول تعريف تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها: ع. أوهاييه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: التحري والتحقيق، الجزائر، دار هومه، 2008، ص 54، 57.

الباب، لأنَّ هناك في القانون الجنائيّ الجزائري أحكاماً خاصّة بأحدهما لا تصلح للآخر، مما يقتضي في كل مرة التعليق على موقف القانون الجنائيّ من الشّخصين الطبيعيّ والمعنويّ. وأخيراً، سنتطرق إلى أحكام الجناح فقط، لأنَّ جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة تنتمي إليها. فهذه الجرائم تقابلها نفس العقوبات من حيث النوع التي تُطبّق على جرائم الجناح حسب المادّة 5 من قانون العقوبات الجزائري.

وعليه، ينقسم هذا الباب إلى فصلين. يعالج الفصل الأوّل موضوع المسؤولية الجنائيّة، يليه الفصل الثاني المتعلّق بالعقوبة: فلا عقوبة بدون مسؤوليّة جنائيّة، ولا مسؤوليّة جنائيّة بدون جريمة، ولا جريمة أو عقوبة أو إجراءات جنائيّة رامية إلى تطبيق العقوبات المُقرّرة قانوناً بدون نصّ تشريعيّ (وهذا هو مبدأ الشرعيّة الجنائيّة في أوسع معانيه).

الفصل الأول: المسؤولية الجزائية

لا شكَّ إنّ العقوبة تكتسي أهمية شديدة في القانون الجنائي، وإلا كيف نفسر مشاركتها في تحديد اسم القانون الذي يتكفل بتنظيمها، بمعنى قانون العقوبات¹، لتمييزه عن القوانين الأخرى المختلفة عنه، وعدم تسميته بقانون الجريمة مثلا، والشروع في تنظيم أحكامها قبل تحديد أحكام الجريمة -وهي قليلة مقارنة مع أحكام العقوبة في قانون كقانون العقوبات الجزائري²- في قوانين العقوبات³، واستعمالها كمعيار أساسي للتمييز بين الجرائم على أساس خطورتها⁴، وما يترتب عن هذا التمييز من آثار هامة في القانون الجنائي بجانبه الموضوعي (المحاولة في الجريمة مثلا) والإجرائي (تحديد الاختصاص القضائي مثلا)⁵.

غير أنّ تطبيق هذه العقوبة من طرف القاضي الجنائي على الجناة لا يتم بطريقة آلية. ففي القانون الجنائي الحديث، لا بد أن يمر ذلك عبر نظرية المسؤولية الجزائية التي تنتج -كالعقوبة- عن ارتكاب الجريمة ولكنها لا تعد ركنا مؤسسًا في الجريمة⁶، وهذا الاختلاف بينها وبين الجريمة أساسي، لأنّه يفرض -من ناحية نظرية- فصل دراستها عن موضوع أركان الجريمة (وقد كان محل دراسة في الباب الأول)، ودراستها بدلا من ذلك إلى جانب العقوبة باعتبارها من آثار الجريمة.

ولذلك الغرض -أعني هنا تطبيق العقوبة على الجناة- تحتاج هذه المسؤولية الخطيرة أولا إلى تحديد نسبة مساهمة الشخص في ارتكاب الجريمة بتحديد دوره في ذلك طبقا لما نصّ عليه القانون في هذا الشأن، والذي يُعرف في القانون الجنائي بنظرية المساهمة الجنائية. فإذا لم تتوفر في هذا الشخص صفة المساهم طبقا لذلك، فإنّه يتخلص من المسؤولية الجزائية في الجريمة التي يتهم بالمساهمة في ارتكابها⁷. وفي هذا الصدد، تتميز المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية -وسائر الجرائم الأخرى، ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك⁸- بنطاقها الواسع، بحيث إنّها لا تقوم بالنسبة إلى المساهم الأصلي في الجريمة فحسب، وإنما تقوم أيضا في جانب أشخاص

¹ - يراجع: الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات. وحول الاختلاف الفقهي حول تسمية القانون الجنائي، يراجع: أ. بوسقبة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 7-9؛ ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 5-8.

² - بحيث لم يخصص قانون العقوبات الجزائري سوى نصوص قليلة لمعالجة الجوانب المختلفة من الجريمة.

³ - يراجع: الكتاب الأول بعنوان "العقوبات وتدابير الأمن" من الجزء الأول حول "المبادئ العامة" من قانون العقوبات الجزائري التي تأتي بعدها الأحكام المتعلقة بالجريمة والمسؤولية الجزائية في الكتاب 2 من نفس الجزء.

⁴ - يراجع: ق. ع.، المادة 27.

⁵ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 182-185 §§ 192-195.

⁶ - E. LEPOINTE, « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », R.S.C., 1969, n° 3, p. 547 § 2. V. aussi B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 1.

⁷ - غير أنّه قد يتابع بجريمة أخرى، إذا كانت الأفعال الصادرة عنه تشكل ركنها الماديّ، وتوافر لديه، إلى جانب ذلك، الركن المعنويّ اللازم في هذه الجريمة (العمد أو الخطأ غير العمدى مفترض أو واجب الإثبات)، إنّ كانت غير ماديّة (بمعنى لا تتطلب لقيامها قانونا وجود ركن معنويّ).

⁸ - فمثلا لا يُطبّق الاشتراك على المخالفات اطلاقا حسب المادة 44 (الفقرة 4) من قانون العقوبات. وجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية ليست من المخالفات، وبالتالي فإنّها ليست مستثناة من نطاق الاشتراك، وهو من صور المساهمة الجنائية المنشأة للمسؤولية الجزائية في القانون الجزائري. يراجع: ق. ع.، المادّتان 42 و 44 (الفقرة 1).

أخرى ساهموا كذلك، بطريقة أو بأخرى، في ارتكاب تلك الجرائم¹.

بعد ذلك، يجب التحقق من اكتمال مسؤوليته الجزائية، إذ باكتمالها لن يقف بين الشخص وبين العقوبة المقررة قانونا للجريمة أي أمر آخر². فدراسة نظرية المساهمة الجنائية في إطار المسؤولية الجزائية لا يتطلب فقط تحديد دور كل شخص يعتبر مساهما في الجريمة، وإنما يتطلب كذلك التأكد من وجود شروط إسناد الجريمة إلى الأشخاص لديه. فلنقوم المسؤولية الجزائية يشترط إسناد الجريمة إلى شخص طبيعي بسبب فعله الشخصي -أو إلى شخص معنوي بسبب فعل صادر عن شخص طبيعي مرتبط بهذا الشخص المعنوي- وتوافر الإثم اللازم لديه³ الذي يدور حول مسألتين في القانون الجنائي: أولاً الخطأ، وقد كان موضوع دراسة في الباب الأول من هذه الدراسة، ولا محل للرجوع إليه هنا، وثانياً الإسناد النفسي الذي يقتضي وجود إرادة حرة، بالإضافة إلى الإدراك والتمييز لدى المساهم في الجريمة. ولهذا الأخيرة أهمية بالغة في نفي المسؤولية الجنائية، ولهذا ستكون محل دراسة خاصة ضمن عوارض المسؤولية الجنائية.

وتبعاً لما تقدم، قمنا بتقسيم دراسة المسؤولية الجزائية لارتكاب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية إلى موضوعين اللذين أفردنا لهما مبحثين مستقلين. يتناول المبحث الأول موضوع المساهمة الجنائية في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي ستكشف دراستها عن وجود أحكام غير مألوفة في القانون الجنائي الجزائري تُطبق على الجرائم السابقة. أما المبحث الثاني، فقد خصصناه لمبحث موضوع الأسباب التي تعترض تطبيق المسؤولية الجزائية على المساهم الجنائي في الجريمة، والذي سيكشف أيضاً عن بعض الأحكام الخاصة التي تخضع لها تلك الجرائم.

المبحث الأول: الأشخاص المسؤولون جزائياً عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات

العمومية

الجريمة عمل صادر عن إنسان يتمتع بالتمييز Intelligence والإرادة الحرة Volonté فهي ليست عملاً يصدر عن الأشياء أو الحيوانات⁴ التي لا تتمتع بهما⁵. كما أنها تتطلب ركناً معنوياً⁶ لا يتوافر إلا عند الإنسان⁷. أما الأشخاص المعنوية فلا يمكنها تحقيق الركن المعنوي في الجريمة -علاوة عن ركنها المادي- ولهذا كانت تستبعد -قبل

¹- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 195.

وقد أشارت في هذا الصدد إلى كل من الاشتراك في جرائم المحاباة في الصفقات العمومية، وأخذ فوائد بصفة غير قانونية والرشوة، وإخفائها.

²- مع وجود بعض الاستثناءات في هذه الحالة. فعلى سبيل المثال، قد يطرأ على المساهم في الجريمة عارض الجنون بعد تأكد مسؤوليته الجزائية، فيعرض في هذه الحالة لتدابير الأمن المختلفة عن العقوبة، بينما لو لم يطرأ ذلك العارض لتعرض لعقوبة باعتباره مساهماً في جريمة تثبت أنه مسؤول جزائياً عنها. كذلك العذر المعفي من العقوبة.

³- V. MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », dans dossier : « La constitution et le droit pénal », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2009, n° 26, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/responsabilite-et-irresponsabilite-penale> (20/03/2023).

ويبدو أن هذان الشرطان من استنتاج المجلس الدستوري الفرنسي. يراجع: نفس المرجع.

⁴- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 11 § 14.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 271 § 306.

⁶- يراجع حوله: هذه الدراسة، ما سبق.

⁷- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 271 § 306.

تكريس مسؤوليتها الجزائية بنص صريح في القانون- من دائرة الأشخاص المسؤولة جزائياً عن الجرائم من القانون الجنائي¹.

والشخص الطبيعي الذي يرتكب الجريمة يعد مساهماً فيها. وتستند مساهمته الجنائية إلى وجود فعل شخصي. وفكرة إقامة المسؤولية الجنائية على الفعل الشخصي تجد مصدرها في مبدأ أساسي كرسه الدستور هو: مبدأ شخصية العقوبات². ولقد نظم قانون العقوبات موضوع المساهمة الجنائية بالمواد 41 إلى 46 في الفصل 1 المتعلق "بالمساهمون في الجريمة" من الباب 2 حول "مرتكبو الجريمة" من الكتاب 2. وتثور فكرة المساهمة الجنائية عندما يتعدد الأشخاص المساهمين في الجريمة مع وحدة الجريمة³.

ولتحديد المساهم في الجريمة أهمية كبيرة في القانون الجنائي. فهو الشخص الذي يجب أن تمارس ضده الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات⁴. كما أنه الشخص الذي سيتحمل -في حدود ما يسمح به القانون وتوافر جميع الشروط⁵- عواقب ارتكاب الجريمة من عقوبات - كما هي مقررة في النص الجنائي- وجزاءات أخرى غير جنائية، كالتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة، والاسترداد Restitution -وقد نصت عليه المادة 51 (الفقرة 3) من القانون رقم 06-01⁶- وغيرها. كذلك فمن نتائج تعدد المساهمين في الجريمة الواحدة قيام مسؤوليتهم التضامنية⁷ في "رد الأشياء والتعويضات المدنية والمصاريف القضائية مع مراعاة ما نصت عليه المادتان 310 (الفقرة 4) و 370 من قانون الإجراءات الجزائية" وهذا، طبقاً للمادة 4 (الفقرة 5) من قانون العقوبات الجزائري. وهذه المسؤولية قد تنتهك مبدأ شخصية العقوبات⁸. ولقد أضيفت الفقرة السابقة إلى المادة 4 من قانون العقوبات الجزائري بموجب القانون رقم 69-74 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 1969، ولقد كانت تُطبّق آنذاك على عقوبة الغرامة أيضاً، إذ يعتبر التضامن كضمانة لتحصيل مبلغ الغرامة، إلى جانب الإكراه البدني⁹، إذا تبين أنّ المُدان جزائياً الذي حُكِم

¹- R. BERNARDINI, « Personne morale », *Rép. pén.*, octobre 2017, § 18.

بينما كانت تخضع استثنائياً إلى تلك المسؤولية عندما يتعلّق الأمر بجريمة مادية لا تتطلب الركن المعنوي في فاعلها المادي. نفس المرجع، الفقرة 19. ويُقرّب منه: C. PREBISSY-SCHNALL, *préc.*, p. 229. أين لاحظت Prebissy-Schnall بأنّ إدانة الشخص المعنوي جزائياً تُعتبر سهلة في جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية، نظراً لعدم أهمية الركن المعنوي في قيام هذه الجريمة.

²- يراجع: دستور سنة 2020، المادة 167. وفي القانون الفرنسي، ترجع تلك الفكرة، فوق ذلك، إلى مبدأ العقوبة بقدر الضرورة Principe de nécessité des peines ومبدأ قرينة افتراض البراءة Présomption d'innocence وهذا، حسب المجلس الدستوري الفرنسي. يراجع: M.-Th. VIEL, « Errements des sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2007, n° 19, p. 1006 sq.

³- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 185-188.

⁴- V. F. MOLINS, *préc.*, § 16.

⁵- كعدم وجود ظرف معفي من العقوبة.

⁶- بقولها: "وتحكم الجهة القضائية أيضاً برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى".

⁷- والتي يبدو أنّها تختلف عن المسؤولية بالتضامن. يراجع: ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 2، ط. 3، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 1052-1054 الفقرة 620.

⁸- C. DAVID, « Les particularités du droit pénal général algérien », *RASJEP*, 1970, n° 2, p. 315 § 35.

⁹- R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, *préc.*, p. 347 § 184.

عليه بما مُعَسِّر¹. على أنَّ تطبيق التضامن على عقوبة يقتضي أنَّ يكون هناك تعدد في المساهمين في الجريمة (عدة فاعلين مباشرين، أو فاعلين مباشرين وشركاء مثلاً)². غير أنَّ المُشَرِّع ألغى تطبيقه على هذه العقوبة فيما بعد بمقتضى القانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات³ أي، بعد مرور 10 أشهر من صدور القانون رقم 06-01. وهذا يعني أنَّ عقوبة الغرامة المُقرَّرة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 خضعت أيضاً إلى المسؤولية التضامنية بين المساهمين خلال فترة سريانها في قانون العقوبات⁴.

والمسؤولية الجزائية تترتب على عاتق هذا المساهم. والأصل أنَّها تقوم بسبب السلوك الشَّخصي الذي يحقق الجريمة. غير أنَّ القانون يقرّر صُوراً أخرى للمساهمة الجنائية تقوم بسبب سلوك إجرامي صادر عن الغير. وتسمى في هذه الحالة بالمسؤولية الجزائية عن فعل الغير. ولهذه المسؤولية معنيان في القانون الجنائي، إذا نظرنا إليها من حيث الأشخاص. المعنى الأوّل وينحصر في المسؤولية الجزائية للمُسيِّر عن الجريمة التي يرتكبها التابع بدون أمر صادر عنه. وهي جريمة قائمة على أساس خطأ شَّخصي غير عمدي، وليست كما يتصور أنَّها قائمة على أساس المُساءلة الموضوعية بسبب جريمة يرتكبها الغير⁵. وتعد من ابتكار القضاء الجزائي، بحيث لا يوجد نصّ قانوني عام يُقرِّرها بصراحة⁶. مما يعني أنَّها تخالف مبدأ الشرعية الجنائية. وكذلك تخالف هذه المسؤولية المبدأ القائل إنَّ المسؤولية الجزائية يجب أن تقتصر على السلوك الشَّخصي فقط. كما أنَّها لا تُطبَّق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لأنَّ المسؤولية الجزائية عنها تقوم متى ارتكب فاعلها السلوك الماديّ المُكوّن لها بصفة شَّخصية، وأبرز مثال عنها جريمة المحاباة⁷. وأخيراً، برغم تعدد النظريات التي حاول الفقهاء تأسيس تلك المسؤولية عليها، فإنَّ تشبيه المُسيِّر المُخطئ بالشريك في الجريمة يبدو مناسباً أكثر من غيره من النظريات لتطبيق تلك المسؤولية الجزائية على ذلك الشخص⁸، وسوف نعالج نظرية الاشتراك في هذا المبحث. وعليه، نستبعد تلك المسؤولية من نطاق هذه الدراسة، وبالتالي نستبعد المعنى الضيق للمسؤولية الجزائية عن فعل الغير.

غير أنَّ الفقه الجنائي يقصد بما معنى أوسع، والذي يشمل بعض صور المساهمة الجنائية العادية في الجريمة، كالشريك الذي يساهم في ارتكاب جريمة غيره⁹ أو المُحرِّض إلى ارتكاب الجريمة الذي يقوم بتحريضه غيره إلى ارتكاب جريمة ما، ويتعرض -بسبب التحريض- للمسؤولية الجزائية عن هذه الجريمة¹⁰.

¹ - يراجع: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط. 3، المرجع السابق، ص 1128 الفقرة 193؛ ج. ثروت، المرجع السابق، ص 450 الفقرة 522.

² - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 721 § 881.

³ - ج. ر. رقم 84 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2006، ص 11.

⁴ - كما أنَّها خضعت كذلك إلى تلك المسؤولية أثناء تجرّيمها في قانون العقوبات منذ استحداث تلك المسؤولية في سنة 1969.

⁵ - F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », R.S.C., 2010, n° 4, p. 807 § 10.

⁶ - F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », préc., p. 807 § 10.

⁷ - J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

⁸ - V. F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », préc., pp. 807-808 §§ 11-13.

⁹ - C. LOMBOIS, préc., p. 75.

¹⁰ - V. J.-C. SOYER, préc., p. 93 § 171.

ويضاف إليها المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية التي لا تستطيع ارتكاب الجريمة بمفردها إلا بواسطة شخص طبيعي¹، لأنَّ الشخص الطبيعي لوحده من يستطيع استجماع أركان الجريمة²، لذلك فإنَّها تكون مسؤولة جزائياً عن جريمة يرتكبها مادياً شخص طبيعي. وتكتسي هذه المسؤولية أهمية كبيرة في مجال الصّفقات العمومية.

وهذا هو المعنى الذي سنحاول تطبيقه على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية من خلال دراسة نظرية الاشتراك في الجرائم السابقة بدون إهمال صور المساهمة الجنائية الأخرى، وعلى وجه التحديد مساهمة الفاعل في الجريمة. وفضلنا دراسة نظرية الاشتراك، لأنَّ معنى الفاعل في الجريمة يُعرف بالشريك³. وسيكون ذلك في المطلب الأول. ونبدأ أولاً بدراستها، لأنَّها تترتب على عاتق إنسان بسبب سلوك إجرامي منسوب إلى إنسان آخر. أما المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، فإنَّها تقع على شخص افتراضي بسبب سلوك إجرامي صادر عن إنسان، وهذا الوضع شاذ جداً في القانون الجنائي أكثر من المسؤولية الجزائية السابقة، لأنَّ القانون الجنائي يعتد، كمبدأ أول وأساسي، بكل ما هو إنساني، فيما يتعلّق بالمسؤولية الجزائية⁴. ولهذا سنتطرق إليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي

سبق وأنَّ حدّدنا نطاق الدّراسة المتعلّقة بالمساهمة الجنائية بالمسؤولية الجزائية عن جريمة الغير. وقسمناها إلى مسؤولية جزائية للشخص الطبيعي ومسؤولية جزائية للشخص المعنوي وهذه ستكون محل دراسة في المطلب الموالي. أما هذا المطلب فنسخره للمسؤولية الجزائية بالاشتراك في الجريمة، بما في ذلك مساهمة الفاعل الأصلي في الجريمة. يعتبر الاشتراك في الجريمة شكلاً من أشكال المساهمة الجنائية⁵. ولقد عرفته المادة 42 من قانون العقوبات بقولها: "يعتبر شريكاً في الجريمة من لم يشترك اشتراكاً مباشراً، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين⁶ على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك"⁷. وسنركز في هذا الفرع على شروط الاشتراك في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية. أما عقوبته، فتخضع لمبدأ استعارة العقوبة الذي يحظر معاقبة الشريك بعقوبة أعلى من العقوبة المقرّرة للفاعل⁸. إذ تنصّ المادة 44 (الفقرة 1) من قانون العقوبات على أنّه: "يعاقب

للإشارة فإنَّ Soyser أشار إلى التّخريض كصورة للاشتراك في الجريمة حسب قانونه الوطني (القانون الفرنسي)، بينما يعتبر في القانون الجزائري من صور المساهمة الأصلية في الجريمة.

¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 264 § 473.

²- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 271 § 306.

³- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 338.

⁴- يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، ط. 2، الجزائر، دار هوم، 2014، ص 20، ويقول: "[...] والمسلم به في كل التشريعات، أن الإنسان هو المخاطب بأحكام القانون الجنائي، فهو من تقرر أن يكون محل المسؤولية الجزائية. [...]".

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 292 § 337.

⁶- ميّز هنا المُشَرِّع بين الفاعل الوحيد وتعدد الفاعلين، ويبدو أنّه قصد في حالة التعدد من يساهم مع الفاعل المُساعد في الجريمة الأساسية، فلاشتراك يقوم كذلك عندما يساعد الشريك أو يعاون الفاعل المُساعد. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 292 § 337.

⁷- يلاحظ أنّ هذا النصّ قال: "من لم يشترك اشتراكاً مباشراً"، وقد يعني هذا أنّ هناك اشتراكاً آخر مباشراً، والصحيح هو من لم يساهم مساهمة مباشرة، كما جاء في النصّ الفرنسي من المادة 42 (أ). بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 159-160، وبالقياس على ما جاء في المادة 41 من نفس القانون المتعلّقة بالمساهمة الأساسية التي عرفتها كمساهمة مباشرة في الجريمة.

⁸- J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^e éd., France, Dalloz, 2011, p. 484.

الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة" وليس بالعقوبة المطبقة على الفاعل الماديّ فيها. وقد كان قانون العقوبات الفرنسي القديم ينصّ، بعكس قانون العقوبات الجزائري، على معاقبة الشريك بنفس العقوبة التي ينطق بها القاضي الجزائيّ ضد الفاعل. ثمّ صححه المُشرّع الفرنسي في قانون العقوبات الحالي (المادّة 121-6). ومن أسباب ذلك التصحيح أنّ الشّخص المعنويّ أصبح مسؤولاً جزائياً أيضاً في قانون العقوبات الجديد، مما يستدعي التمييز بين الفاعل والشريك من حيث العقوبة المنطوق بها ضدّها، لأنّ الشّخص المعنويّ، بوصفه فاعلاً في الجريمة أو مجرّداً شريكاً، يخضع لعقوبات مختلفة عن تلك المطبقة على الشّخص الطبيعيّ¹. وسنتناول تلك العقوبة في الفصل الأخير من هذه الدّراسة.

في الأخير، يشار إلى أنّ العناصر - كما يشترطها القانون - المؤلفة للاشتراك تُكوّن ما يسمى "بالاشتراك المعاقب عليه"، بمعنى ذلك الاشتراك الذي استجمع كلّ شروطه القانونيّة، أما الجريمة المُشترَك فيها فتسمى "بالجريمة الأساسيّة" Acte principal²، والتي يجب، كما سوف نرى، أن يكون معاقباً عليها كذلك. وهي الألفاظ التي سوف نستعملها فيما يلي.

الفرع الأوّل: وجود جريمة أساسيّة يُساهم فيها الشّخص الطبيعيّ

يعتبر وجود جريمة أساسيّة شرطاً مبدئياً رئيسياً في الاشتراك في الجريمة، بفعل فكرة استعارة الطّابع الإجرامي³. ويمكن، لكي تحيط دراسة نظرية الاشتراك بموضوع المساهم الأصليّ في الجريمة، أن ننظر إلى هذه الجريمة من زاويتين. الزاوية الأولى موضوعية تهتمّ بخصائص الجريمة الأساسيّة (الفقرة الأولى). والزاوية الأخرى شخصيّة تركز على الشّخص الطبيعيّ الذي يساهم في ارتكابها (الفقرة الثانية).

أولاً: من الناحية الموضوعية

يتطلب تحديد الجريمة الأساسيّة من الناحية الموضوعية إلى دراسة طابعها الإجراميّ (الفقرة "أ")، والطبيعة القانونيّة لهذه الجريمة بالنظر إلى مُكوّناتها الأساسيّة (الفقرة "ب") لكي نحدّد فئة الجرائم الأساسيّة التي يتصور الاشتراك فيها.

أ- الطّابع الإجراميّ للجريمة الأساسيّة

ونعالج في البداية مفهوم هذا الطّابع الإلزامي (الفقرة 1) لتتطرق بعد ذلك إلى النتيجة القانونيّة التي تترتب على المساهمة الجنائيّة في حالة تخلّفه (الفقرة 2).

1- مفهوم الطّابع الإجراميّ للجريمة الأساسيّة

إذ يشترط، للاشتراك المعاقب عليه، وجود واقعة ماديّة تدعى بالجريمة الأساسيّة⁴ Infraction principale، وأن تكون هذه الواقعة ذات طابع إجراميّ، فإذا لم تشكل جريمة يعاقب عليها القانون، كأن تبقى مجرّداً مشروعاً في ذهن

¹ E. DREYER, « Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ? », comment. cass. crim., 7 septembre 2005, pourvoi n° 04-84.235, D., 2006, n° 12, p. 835 sq.

² DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., France, Dalloz, 1922, p. 152 § 222.

³ V. J.-C. SOYER, préc., p. 88 § 157.

⁴ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 397 § 469.

الفاعل¹، فإنَّ الاشتراك فيها لا يقوم في نظر القانون الجنائي²، وقد يشكل في هذه الحالة واقعة ذات طبيعة مدنيّة³. لهذا تعتبر الجريمة الأساسية شَرْطاً ضرورياً على الدوام للاشتراك المعاقب عليه⁴، وهو مِنْ نتائج تطبيق مبدأ استعارة التجريم على الاشتراك⁵. وبهذا قضي في فرنسا، حيث تمت تبرئة الشريك في جريمة المحاباة في الصَّفقات العموميّة تبعاً لبراءة الفاعل فيها نظراً إلى تحلُّف الرُّكن المادّي في الجريمة الأساسيّة السَّابقة⁶. لكن في بعض الأحيان حتى إذا لم ترتكب أية جريمة أساسيّة، فإنَّ سلوك الشريك قد لا يخرج عن ميدان القانون الجنائي، إذا شكل جريمة خاصّة⁷. هذا مِنْ جهة. وَمِنْ جهة أخرى، فإنَّ الشَّرط السَّابق، حتى وإن لم تشترطه المادّة 42 مِنْ قانون العقوبات بصراحة⁸، فإنَّه يستخلص مِنْها حيث إنّها اعتبرت الشريك مِنْ ساهم في جريمة ما مساهمة غير مباشرة عن طريق المساعدة أو المعاونة على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها⁹، مما يعني أنّه يجب ضرورة أن توجد جريمة ما فعلاً لكي يقال بأنَّ هناك شريكاً في الجريمة.

2- الأثر القانوني لتخلف الطابع الإجرامي في الجريمة الأساسيّة

لكن قد يطرأ على الجريمة الأساسيّة عوامل يؤدي إلى عدم معاقبة الشريك فيها. فإذا صدر عفو شامل عيني يعتبر الجريمة الأساسيّة كأنّها لم تكن مُجرّمة مِنْ قبل¹⁰، أو كانت هذه الجريمة مشروعة لوجود سبب إباحة¹¹، أو تقادمت الدَّعوى العموميّة الخاصّة بها، فإنَّ الشريك فيها لا يمكن أن يتعرض للعقوبة المُقرَّرة لها¹² (ولكنه قد يتعرض للعقوبة،

¹- S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », R.S.C., 1995, n° 3, p. 475 § 1.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 397 § 470 ; S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 475 § 1 ; L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », obs. sur cass. crim., 20 janvier 2020, pourvoi n° 17-83.577, RTD com., 2020, n° 2, p. 497 sq.

³- L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », préc., p. 497 sq.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 397 § 470.

⁵- V. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 480 § 6 et p. 482 § 10.

ويعتبر هذا الشَّرط مِنْ أهم عيوب نظام وحدة الجريمة الذي يميز بين الفاعل في الجريمة الأساسيّة والشريك فيها الذي يستعير الطابع الإجرامي عن تلك الجريمة. لأنَّ الشريك يفلت مِنْ العقوبة إذا تحلَّفت الأساسيّة. يراجع:

A. DARSONVILLE, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015, p. 153.

⁶- Cass. crim., 17 janvier 2007, pourvoi n° 06-87.833, Bull. crim. n° 11, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017627837/> (19/03/2023) ; RTD com., 2007, n° 3, p. 616 sq., note B. BOULOC.

⁷- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 347.

⁸- هذا ما وقع في قانونا العقوبات الفرنسيان لسنة 1810 و1992. يراجع:

S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., pp. 481-482 § 9, p. 481 marge n° 16.

⁹- V. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., pp. 481-482 § 9.

¹⁰- يراجع حول العفو الشامل: هذه الدِّراسة ما يأتي.

¹¹- فسبب الإباحة، إذا توافر، ينزع عن الواقعة طابعها الإجرامي الذي ينبغي أن يستعيره الشريك لكي يعاقب، طبقاً للقانون الجزائري. والدليل على ذلك أنَّ المادّة 39 مِنْ قانون العقوبات تقرّر أنّه: "لا جريمة" عندما تطرأ أسباب الإباحة التي ذكرتها، مما يعني أنَّ سبب الإباحة يحمي الطابع الإجرامي، وليس المسؤوليّة الجزائيّة فقط، اللازم للمعاقبة على الاشتراك. يراجع في هذا المعنى:

S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., pp. 484-485 § 11.

¹²- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 399 § 472.

إذا شكل فعل الاشتراك في ذاته جريمة أخرى يكون فيها فاعلاً مباشراً¹. ولهذا يقال أنه يلزم أن تكون الجريمة الأساسية معاقبا عليها من الناحية الموضوعية لكي يستحق الشريك فيها العقاب عليها أيضاً²؛ والذي يعتبر من تطبيقات مبدأ استعارة الطابع الإجرامي *Emprunte de criminalité*³ الذي تدور حوله نظرية المساهمة الجنائية في القانون الجزائري⁴.

في المقابل، إذا كان الفاعل المباشر في الجريمة الأساسية غير مسؤول جزائياً لأسباب شخصية، فإن الشريك يبقى في هذه الحالة، وبالعكس ما سبق، مسؤولاً جزائياً عن مساهمته التبعية في الجريمة الأساسية، لأن توافر الأسباب الشخصية لعدم المسؤولية الجزائية لا يؤدي إلى انعدام الجريمة الأساسية⁵. ومع ذلك فالقضاء الجزائري الفرنسي كان منقسماً بشأن تحلّف الركن المعنوي في الجريمة الأساسية، وبالتحديد القصد الجنائي في الجرائم الأساسية العمدية⁶. فقد كان يرى تارة أن السُّلوك يحتفظ بطابعه الإجرامي في هذه الحالة، وبالتالي يعاقب الشريك ولو انعدم الركن المعنوي في الجريمة⁷. وتارة أخرى قضى بالعكس بأن تحلّفه يؤدي إلى تبرئة الشريك⁸. وعلى أية حال فإن تحلّف الركن المعنوي لدى الفاعل المادي في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية أمر شبه مستحيل، نظراً لموقف القضاء الجزائري الفرنسي المتشدد حياله، وبخاصة في جريمة المحاباة في الصفقات العمومية⁹.

ب- الطبيعة القانونية للجريمة الأساسية

لابد أن نبت، قبل الانتقال إلى دراسة المساهمين المختلفين في الجريمة، وشروط الاشتراك المعاقب عليه، في مسألة معاقبة الشريك عن اشتراكه في جريمة أساسية يتطلب القانون في فاعلها المباشر والمادي صفة خاصة (الفقرة 1)، فمن خصائص جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية حسب القانون الجزائري أنها تتطلب، جميعاً، تلك الصفة في فاعلها المباشر¹⁰. ثم في امكانية الاشتراك في الجرائم بغض النظر عن طبيعة ركنها المادي والمعنوي (الفقرة 2).

¹- Cf. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 397 § 470.

²- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 398 § 472 ; C. LOMBOIS, préc., p. 80.

³- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 397 § 468.

⁴- فالقانون الجزائري، كنظيره الفرنسي، يأخذ بفكرة وحدة الجريمة -وليس بفكرة تعدد الجرائم بتعدد المساهمين فيها- مع امكانية تعدد المساهمين فيها الذين يقسمون بحسب دَوْرهم في تنفيذ الجريمة إلى فاعلين وشركاء. يراجع: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 396 § 468.

⁵- V. C. LOMBOIS, préc., p. 80.

⁶- V. B. BOULOC, « Complicité et relaxe de l'auteur », note sous cass. crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 5, R.S.C., 2003, n° 3, p. 553 sq.

وكأن القضاء الجزائري الفرنسي هنا كان متردداً بين المعنى الموضوعي الذي يدرج الخطأ ضمن شروط المسؤولية الجزائية، ومن ثم لا يؤثر تحلّفه على المسؤولية الجزائية للشريك طالما توافر عنده القصد الجنائي اللازم في الاشتراك، والمعنى الشخصي للجريمة الذي يعتد بالخطأ كعنصر مؤسس في الجريمة، والذي ينبغي أن يترتب عن تحلّفه في الفاعل المادي عدم معاقبة الشريك.

⁷- وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 يناير 2003 في قضية تعلقت بالاشتراك في جريمة خاصة بالمخدرات. يراجع: Cass. crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 5, R.S.C., 2003, n° 3, p. 553 sq., note B. BOULOC.

⁸- ويؤيد Bouloc هذا الرأي، لأنه متطابق مع الأركان المؤسسة في الجريمة التي تشمل، فوق الركن المادي، الركن المعنوي. حيث إن الشريك لا يستعير إجرامه من الجريمة الأساسية إلا إذا استجمعت هذه الأخيرة كافة أركانها المؤسسة السابقة. يراجع:

B. BOULOC, « Complicité et relaxe de l'auteur », préc., p. 553 sq.

⁹- يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

¹⁰- تعين علينا التطرق لهذا الموضوع بهدف متابعة تطبيق فكرة الشروط الأولية التي بدأناها منذ الباب الأول، إذ استندنا إليها من أجل تحديد مكانة

وأخيرا في امكانية تطبيق نظرية الاشتراك على فعل الراشي في جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة (الفقرة 3).

1- امكانية الاشتراك في الجرائم المُخصّصة

وهذه مسألة لا بد أن نتطرق إليها في الدّراسة، فقد بينت هذه الدّراسة فيما سبق أن جميع جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة - محل الدّراسة هنا¹ - تدخّل ضمن الجرائم المُخصّصة طبقا للقانون - لتمييزها عن الجرائم الأخرى التي قد يكون فاعلها المباشر والمادّي مكتسبا فعلا لصفة خاصّة (كصفة الموظف العمومي مثلا)، لكن النصّ الجنائي الذي يعاقب عليها لا يتطلب لدى الفاعل المباشر والمادّي مثل هذه الصفة لكي تتحقّق الجريمة قانونا، والتي قد يترتب عنها آثار قانونيّة هامة من الناحية الجنائيّة².

لا يؤدي كون الجريمة الأساسيّة من الجرائم المُخصّصة إلى حصر نطاق الاشتراك فيها من حيث الأشخاص. فحتى في هذا النوع من الجرائم - أقصد هنا الجرائم المُخصّصة طبقا للقانون - فإنّ الشريك فيها يعاقب³، إذا توفرت بقية الشّروط الخاصّة بالاشتراك⁴، وإن لم تكن الصفة الخاصّة المطلوبة قانونا في الفاعل المباشر والمادّي للجريمة الأساسيّة متوافرة فيه⁵. وعليه، يعاقب على الاشتراك، المعاقب عليه، في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة حتى إذا لم تتوفر في الشريك فيها الصفة التي يتطلبها القانون في فاعلها المباشر (صفة الموظف العمومي أو صفة المتعاقد مع الإدارة العموميّة).

ومن هذا نلاحظ أن نظرية الاشتراك تحوّل الجهة القضائيّة الجزائيّة متابعة ومعاقبة أشخاص يتمتعون بصفة أخرى لا تدخّل ضمن تعداد الصفات الخاصّة المطلوبة في الفاعل المادّي في الجريمة كصفة الموظف العمومي في جريمة

التصرّف القانوني الاتفاقي وصفة الفاعل المباشر في الجريمة ضمن مُكوّنات جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، ونحاول الآن التأكّد من تطبيقها كذلك على المسؤوليّة الجنائيّة في شقها المتعلّق بالمساهمة الجنائيّة في خصوص نفس الجرائم.

¹ - تتمثّل بالتحديد في الجرائم المحدّدة بالموادّ 26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01.

² - كتشديد العقوبات التي ستطبق على ذلك الشّخص، إذا نصّ القانون بصراحة على هذا، أو تخفيفها.

³ - ولو أن البعض من الفقهاء، مثل Villey، عارض تطبيقها على الشريك، إذا لم يكن هذا الأخير متمتعا بتلك الصفة. يراجع:

J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 350.

⁴ - وإذا لم يتضمّن القانون أيّ حكم استثنائي يعلق العقاب على الاشتراك في جريمة ما على اكتساب الشريك صفة خاصّة تتطابق مع الصفة التي يجب أن تتوفر لدى الفاعل المباشر والمادّي في الجريمة أو تختلف عنها.

⁵ - V. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., France, Librairie du recueil Sirey, 1947, p.251 §433 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 55 ; M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêt », préc., § 74 ; J. MAGNOL, « Complicité d'un délit supposant pour son existence une qualité personnelle de l'auteur principal », R.S.C., chron. jurisprudence, 1936, n° 3, p.411.

وهذا ما يستنتج من القانون الجنائي الفرنسي. فقد قضت الغرفة الجنائيّة لدى محكمة التّقصّ الفرنسية بتاريخ 13 مارس 1936 بأنّ أحكام المادّة 59 وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي - القديم - تُطبّق على جميع الجناح ما لم يقرّر القانون خلاف ذلك، ومن هنا إذا كانت الصفة الشّخصيّة لدى الفاعل في جريمة ما تعتبر ركنا مؤبّسا - على حدّ تعبير الحكم السابق - وضروري للجريمة، فإنّ ذلك الأمر لا يستبعد في شيء اشتراك الغير في الجريمة حسب المادّة 60 من القانون السابق. يراجع:

J. MAGNOL, « Complicité d'un délit supposant pour son existence une qualité personnelle de l'auteur principal », préc., p. 411.

يراجع أيضا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 163.

المحابة، إذا توافرت في سلوكهم الشَّخصيَّ شروط الاشتراك في الجريمة¹.

فالاشتراك في جريمة المحابة مثلا التي تقوم إذا كان فاعلها المادِّي موظفا عموميا يستهدف أساسا معاقبة مسيري المؤسسات أو المؤسسات في ذاتها - فالشَّخص المعنوي يستطيع كذلك أن يكون شريكا في الجريمة، كما سوف نرى - بمعنى المتعاقد مع الإدارة العموميَّة، بالإضافة إلى موظفين عموميين آخرين، لم يكونوا فاعلين أصليين في الجريمة الأساسيَّة، الذين ينطبق على سلوكهم الشَّخصيَّ وصف الاشتراك². ومثال ذلك أن رئيس بلدية فرنسية توبع بالاشتراك في الجريمة السَّابقة، لأنَّه قام بالتوقيع على عقد صَفقة عموميَّة ارتكب نائبه بمناسبةها جريمة المحابة في الصَّفقات العموميَّة، بدون أن يراقب صحة إجراءات إبرامها قبل القيام بذلك³. أما بالنِّسبة إلى المتعاقد مع الإدارة العموميَّة، فقد سبق وأن أدان القضاء الجزائيَّ الفرنسي بذات الجريمة كلَّ من مسير شركة⁴.

لكن إذا تخلَّفت الصفة المطلوبة قانونا في الفاعل المادِّي في الجريمة، وتوفرت على النقيض من ذلك في الشريك، فإنَّ فاعلها والشريك فيها لا يعاقبان على أساس الجريمة المُخصَّصة التي اقترفها الفاعل المادِّي، لأنَّ تلك الصفة تعتبر من مُكوِّنات الجريمة الأساسيَّة، وليست من شروط المسؤولية الجزائيَّة فيها⁵.

2- امكانية الاشتراك في الجرائم بالامتناع والجرائم غير العمدية

يجوز الاشتراك في جريمة أساسيَّة تتألف من سلوك إجرامي مادِّي يتمثَّل في الامتناع عن القيام بعمل. ونستنتج من هذا أنَّ القانون يعاقب على المساهمة الجنائيَّة، سواء كانت أساسيَّة أو تَبعية، في جريمة، أساسيَّة، ذات سلوك سَلبي، كجريمة المحابة التي أوضحنا من قبل أنَّها ترتكب بواسطة سلوك سَلبي يتمثَّل في مخالفة حكم تَشريعي أو تنظيمي يتعلَّق بالمبادئ الأساسيَّة للصَّفقات العموميَّة.

أما في الجرائم غير العمدية، فهناك من رأى بأنَّ الاشتراك فيها غير ممكن، لأنَّ الجريمة الأساسيَّة تتألف من خطأ جنائيَّ مختلف عن الاشتراك الذي يتألف، كما سوف نرى، من القصد الجنائي⁶. غير أنَّ استقلاليَّة عمليَّة فحص وجود الخطأ لدى الفاعل المادِّي والشريك في الجريمة، تفرض حلا مختلفا يقتضي تطبيق الاشتراك على الجرائم غير العمدية، إذا كان الشريك متعمدا ذلك⁷. وعلى أيِّ حال، فإنَّ جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة تعتبر من الجرائم العمدية، وبالتالي فإنَّ الاشتراك فيها متصور.

وأخيرا يجوز الاشتراك في الجرائم المادِّيَّة - التي لا يلزم لقيامها وجود ركن معنويَّ في صورة القصد الجنائيَّ أو الخطأ غير العمدية - على أنَّه يجب في هذه الحالة أن يكون الشريك قاصدا الاشتراك فيها⁸. ويتصور الاشتراك فيها، لأنَّ

¹ - V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 55.

² - V. D. SEBAN et I. GUTTADAURO, préc., p. 61.

³ - C.A. Colmar, 14 novembre 1997, cité dans : D. SEBAN et I. GUTTADAURO, préc., p. 61.

⁴ - Cass. crim., 4 mai 2006, pourvoi n° 05-81.743, cité dans : J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 55.

⁵ - V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 350.

⁶ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 344.

⁷ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 344. V. aussi S. FOURNIER, « Complicité », *Rép. pén.*, janvier 2013, §§ 44-46.

⁸ - V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., pp. 343-344.

أحكام الاشتراك عامة تُطبَّق على جميع الجرائم، حسب محكمة النَّقض الفرنسية¹. ونفس العلة يمكنها تبرير المعاقبة على الاشتراك في الجرائم المادِّية في القانون الجزائري، كالشريك في جريمة المحاباة، لو افترضنا أنَّها فعلاً جريمة مادِّية.

3- تطبيق الاشتراك على سلوك الراشي في جريمة الرشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة أساسية

أحالت المادَّة 52 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01 إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات على الاشتراك في جرائم الفساد. وقد يعني حكم المادَّة 52 (الفقرة 1) السابقة أنَّ الراشي في جريمة الرشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة يعتبر شريكاً فيها. وهذا الأمر لا يتعارض بتاتا مع النِّظام المعاصر المطبق على تجرِّم الرشوة. فهناك أوَّلاً نظام ازدواج التجرِّم القائم على تجرِّم فعل الراشي بصورة مُستقلَّة عن فعل المرتشي، حيث إنَّ هذان الفعلان يشكلان جريمتان مستقلتان². بحيث أنَّ فعل الراشي في هذه الحالة يعتبر جريمة خاصَّة، ولا يشكل بالتالي اشتراكاً في جريمة المرتشي³. ولقد طبقه القانون رقم 06-01 على جرائم الرشوة التي نصَّ عليها⁴، كالمادَّتان 25 و 40 منه. لكننا لا نجد لهذا النِّظام، فيما يتعلَّق بالرشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة، أثراً في المادَّة 27 من القانون رقم 06-01 أو في نصَّ آخر منه. أما النِّظام الآخر، فإنَّ التجرِّم ينصب فيه على فعل المرتشي بمفرده، بينما يعتبر فعل الراشي مجرَّد اشتراك في الجريمة المرتشي⁵. لأنَّ فعل المرتشي يعتبر أخطر من فعل الراشي، حيث إنَّ المرتشي هو الذي يخل بالواجبات الملقاة عليه⁶. ويتجسد ذلك بالخصوص عندما يبادر الموظف العموميِّ بمحض إرادته إلى طلب مزية غير مستحقة من الراشي للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من واجباته⁷.

وينطبق هذا النِّظام الأوَّل تماماً على فعل الراشي في جريمة الرشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة، لأنَّ التجرِّم فيها انصب، كما يتبين من المادَّة 27 من القانون رقم 06-01، على فعل المرتشي فحسب. وبالتالي فيمكن القول إنَّ فعل الراشي يشكل في هذه الحالة اشتراكاً في جريمة المرتشي، طبقاً لنظام التجرِّم السَّابق. ويقصد بالراشي في جريمة الرشوة "الشخص الذي يمنح المزية غير المستحقة"⁸. ويلزم أن يتمثَّل الهدف النهائي للراشي من سلوكه السَّابق في الحصول من المرتشي على عمل أو امتناع المرتشي عن القيام بعمل يدخل ضمن واجباته⁹.

لكن هذا الحل القانونيَّ منتقد لعدة أسباب. فمن جهة أوَّلى، من الشذوذ اتباع النِّظامان معاً، وحدة التجرِّم فيما

¹- S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 39.

²- V. M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., p. 135.

³- V. F. CHOPIN, préc., p. 222.

⁴- يراجع: م. رحامي، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، المرجع السابق، ص 62، 65؛ ح. سعدي، المرجع السابق، ص 45-46 و 62.

⁵- V. M. SEGONDS, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, préc., pp. 134-135.

ويراجع أيضاً حول النِّظامين السَّابقين:

R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 56 § 1175.

⁶- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 286 § 248.

⁷- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

⁸- نقلاً عن:

M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 16.

⁹- M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 16.

يتعلّق بالرشوة في مجال الصّفقات العموميّة، وازدواج التجريم بالنسبة إلى بقية جرائم الرشوة المعاقب عليها في القانون رقم 01-06. فقد يؤدي إلى تعارض في الحلول القضائية بينها وبين جرائم الرشوة الأخرى. بينما ينبغي توفير نوع من الوحدة بين الجرائم السابقة من حيث نظامها القانوني. لذلك فكان من الأجدر أن يختار المشرّع نظاما واحدا منها. إما نظام ازدواج التجريم أو النظام الثاني. ثمّ يقوم بتعميمه على جميع أفعال الرشوة التي يعاقب عليها في القانون رقم 01-06. حتى يكون هناك تماثل Symétrie بين جميع جرائم الرشوة المنصوص عليها في القانون رقم 01-06.

ومن جهة ثانية، إنّ الراشي يضطلع في بعض الأحيان بدور أساسي - وليس تبعي - في جريمة الرشوة، بحيث قد يكون هو مصدر الجريمة بأنّ يُحرّض الموظف العمومي - المرتشي، إذا تم اتّفاق الرشوة - على القيام بجريمة الرشوة¹، ويتجسد ذلك أساسا من خلال عرضه المزية غير المستحقة على ذلك الشخص². غير أنّه يعاقب بعقوبة أقل من الراشي في مجال الصّفقات العموميّة، إذا اعتبرناه كشريك فيها، بينما يجب معاقبة هذين المُجرمين بنفس العقوبات الأصليّة³.

ومن جهة ثالثة، يستحيل، بناءً على نظرية الاشتراك، معاقبة الشخص الذي قدّم إلى الموظف العموميّ أجرة أو منفعة بمفهوم المادّة 27 من القانون رقم 01-06، إذا لم يشرّع هذا الموظف العموميّ في ارتكاب جريمة الرشوة فعلا، لأنّ توقيع العقوبة لقاء الاشتراك في جريمة ما يفترض - بوجه عام - ارتكاب الجريمة الأساسيّة من طرف المساهم الأصليّ فيها⁴. ولهذا اضطر المشرّع الفرنسي إلى تقسيم جريمة الرشوة إلى ايجابية وسلبية لكي يتفادى إفلات الراشي من العقاب في تلك الحالة⁵. ولقد أخذ القانون الجزائري رقم 01-06، فيما عدا جريمة المادّة 27 منه، بذلك التقسيم أيضا⁶، ولكن بالتطبيق لأحكام اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد.

ومن جهة أخيرة، فإنّ الراشي كشريك في الجريمة قد لا يعاقب على اشتراكه في جريمة المرتشي (بمعنى الجريمة

¹- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 9.

في الحقيقة، لا حاجة إلى أيّ دليل على صحة ذلك، فلفظ "عرض" الذي يستعمله المشرّع لتحديد صور السُّلوك الاجراميّ اللازم لقيام جريمة الراشي (مثلا المادّة 25-1) يدلّ في ذاته، وبكل وضوح، على معنى المبادرة إلى الرشوة.

²- فدور المُحرّض يسقط عن الراشي عندما يكون المرتشي هو من بادر إلى عرض اتّفاق الرشوة على الراشي. وفي هذه الحالة يتمثّل دور الراشي في قبول ذلك العرض -أو رفضه- وتقديم المزية غير المستحقة، إذا قبله، وهو الفعل الثاني الذي يشكل جريمة الراشي حسب القانون رقم 01-06. يراجع في هذا المعنى: W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 139.

³- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 155.

لكن القضاء الجزائريّ الفرنسي تبنى في إحدى القضايا موقفا مغايرا حيث اعتبر فيه أنّ المرتشي في الحقيقة هو من يجب أن يسأل جزائيا بشدّة أكثر من الراشي، لأنّ المرتشي، بعكس الراشي الذي يملك وسيلة وحيدة لارتكاب الجريمة هي الدّفع، يملك السُّلطة، وهي الوسيلة الأساسيّة في الجريمة، التي يدفع الراشي له من أجل استعمالها. يراجع:

A. ETCHEGOYEN, « L'esprit et la lettre du droit », L'Express, 19 octobre 1995, https://www.lexpress.fr/informations/l-esprit-et-la-lettre-du-droit_610347.html (26/10/2021).

⁴- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 9.

⁵- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 9.

⁶- يراجع: القانون رقم 01-06، المواد 25، 28، 32، 40.

الأساسية)، إذا كانت هذه الجريمة، والتي ساهم الراشي مساهمة تَبَعِيَّة في تنفيذها، مباحة¹. وهذا ما لا يقع لو أنَّ فعل الراشي يعتبر من قبيل التَّخْرِيط في مفهوم المادَّة 41 من قانون العقوبات، لأنَّ المادَّة 45 من نفس القانون، والتي برغم أنَّها تخص حالة الفاعل المعنوي الذي يختلف عن المُخَرِّض²، فإنَّها تُطَبَّق على التَّخْرِيط كذلك³، تَقَرَّر معاقبة كلِّ "من يحمل شخصا لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة"⁴ بنفس العقوبات المُقَرَّرة للجريمة المرتكبة، ويشمل هذا الحكم الشَّخص الذي لا يخضع للعقوبة لسبب من أسباب الإباحة (كالفعل الذي يأمر به القانون أو الدفاع المشروع)⁵.

ومن هذا نخلص إلى أنَّ فكرة تطبيق نظرية الاشتراك على سلوك الراشي في جريمة الرِّشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة ليست قوية بما يكفي لإقامة مسؤوليَّة الراشي الجزائيَّة، ومعاقبته بصورة فعالة عن المساهمة في تلك الجريمة. يشار في الأخير إلى أنَّ الملاحظة السَّابقة تنطبق كذلك على قانون العقوبات سابقا. فحسب جانب من الفقهاء، فإنَّ المُشَرَّع اتبع في ظل قانون العقوبات النِّظام الذي يتحصل في تجرِّم سلوك المرتشي وتطبيق الاشتراك على سلوك الراشي⁶. ويبدو منه أنَّ العامل التاريخي لعب دورا كبيرا في عدم النصِّ على جريمة الراشي في مجال الصِّفقات العموميَّة. لكن القانون السَّابق كان ينصُّ في واقع الأمر على جريمة الراشي بصورة مُسْتَقِلَّة تماما عن جريمة المرتشي في المادَّتين 126 و 129 منه⁷. وكان يعاقب الراشي آنذاك بنفس العقوبات المُقَرَّرة لجريمة المرتشي⁸. ومعناه أنَّه كان يأخذ بالنِّظام الآخر المطبق في القانون رقم 06-01 حاليا على معظم جرائم الرِّشوة. وهذا الحكم القانوني منقول عن القانون الفرنسي. ففي سنة 1943 حسم المُشَرَّع الفرنسي موقفه بشأن الراشي حيث اعتبره فاعلا لجريمته الخاصَّة بموجب المادَّة 179 من قانون العقوبات لسنة 1810⁹ المتطابقة مع المادَّة 129 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة.

غير أنَّ الإشكال كان يتعلَّق بمدى تطبيق جريمة الراشي على الرِّشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة، فالمادَّة 129

¹ - يراجع: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

² - يراجع حول هذا الاختلاف: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 209.

³ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 159.

⁴ - نقلا عن: ق.ع.، المادَّة 45.

⁵ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 159.

⁶ - م. رحامي، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، المرجع السابق، ص 62.

⁷ - ك. علة، المرجع السابق، ص 63-64 وهامش 1 ص 64. يقارن: م. ص. نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم الخاص، المرجع السابق، ص 9 الفقرة 5، ويقول: "إنَّ المُشَرَّع [الجزائري] قد أخذ بالنِّظام الحديث الذي يعتبر جريمة الرِّشوة جريمة واحدة حيث نص في المادَّة 126 والمادَّة 127 على معاقبة الراشي والوسيط بنفس العقوبة المقررة للمرتشي، فالمُشَرَّع الجزائري هنا تصور الرِّشوة عملا واحدا من جانب الموظف، ومنعا لبس فقد نص على عقوبة المرتشي والراشي والوسيط". وكان هذا الرأي ليكون صحيحا، لولا أنَّ المادتين السَّابقتين لم تنصا على معاقبة الراشي، كما أنَّ المادَّة 129 من قانون العقوبات حَدَّدت الأفعال التي تترتب عليها معاقبة الراشي.

⁸ - ق.ع.، المادَّة 129. وهذا النص منقول عن المادَّة 179 من قانون العقوبات الفرنسي القديم التي كانت تعتبر جريمة الراشي في ذلك القانون. يراجع:

R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 1176 § 56, p. 1188 § 84

⁹ - A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 360.

من قانون العقوبات كانت تحيل إلى تطبيق العقوبات المُقرَّرة في المواد من 126 إلى 128 من نفس القانون. والذي لا يشمل الجريمة السابقة التي كانت تنصّ عليها المادة 128 مُكرَّر 1 من نفس القانون. وبناءً عليه، يبدو أنَّ مشكلة تحديد المسؤولية الجزائية للراشي في مجال الصَّفقات العمومية كانت تثور أيضا في ظل قانون العقوبات، سابقا، بنفس الصُّورة التي تتجسد بها في القانون رقم 06-01.

ثانيا: من الناحية الشخصية

تبنى قانون العقوبات، والذي يعتبر الاطار القانوني العام للجرائم والعقوبات في الجزائر، تقسيم المساهمة في الجريمة إلى نوعين: المساهمة الأصلية والمساهمة التَّبعية¹. فقد ميَّز هذا القانون بين الفاعل الذي ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة، أو حرض على ارتكابها بإحدى الوسائل المحددة قانونا (المادة 41) وبين الشريك معه في الجريمة (المادة 42) الذي يفترض سلوكه الطَّابع الإجرامي من جريمة الفاعل المادي عملا بنظام وحدة الجريمة *Système de l'unité d'infraction*². ولهذا توصف مساهمته في الجريمة بالتَّبعية *Accessoire*³. ولم يشذ القانون رقم 06-01 عن المسلك السابق لقانون العقوبات. فقد نصت المادة 52 (الفقرة 1) منه على أنه: "تطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"⁴.

لكن قانون العقوبات يتميز بكونه اعتبر التَّخريض، وهو أخطر من الاشتراك في الجريمة عن طريق المساعدة والمعاونة⁵، من قبيل المساهمة الأصلية في الجريمة، على عكس بعض القوانين الأجنبية، وعلى رأسها القانون الفرنسي أين يعتبر التَّخريض من طرق الاشتراك⁶، الأمر الذي يؤدي إلى نتائج تبدو متعارضة مع قواعد القانون الجنائي في بعض الأحيان (أقصد هنا وجود مساهمة أصلية في جريمة مُخصَّصة برغم عدم وجود صفة خاصّة في المساهم

¹ - يراجع: المادَّتان 41 و 42 منه؛ ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 197-198. يشار إلى أنَّ للمساهمة الجنائية صورا أخرى، كالمساهمة الجنائية الجماعية أين يرتكب عدَّة أشخاص جريمة ما، بدون أن يوجد بينهم أيّ اتفاق مسبق، كالجرائم المرتكبة خلال المظاهرات. ويسأل جزائيا في هذه الحالة كل شخص بصفة فردية وبقدر مساهمته في الجريمة. هناك أيضا المساهمة الجنائية التي ترتكب من عدَّة أشخاص يكون بينهم اتفاق مسبق ودائم *Durable*، وينشطون في إطار منظمة إجرامية مُعدَّة لهذا الغرض، ومثلها المساهمة في جريمة تكوين جمعية أشرار. وفي هذه الصُّورة، يعتبر كل المساهمين في الجريمة كفاعلين، كما أنَّ تعدد الفاعلين يعتبر أحيانا ركنا مُؤسِّسا في الجريمة. يراجع:

V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 292-293 § 337 ; S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 1. أما القانون رقم 06-01، فلم يشر إلى أيّ من هذه الصور بالتَّسبب إلى جرائم الفساد الخاصّة بالصَّفقات العمومية (ولكن هذا لا يعني أنَّها لا تُطبَّق عليها، وبخاصّة، فيما يتعلّق بالجريمة المنظمة). ولذلك، حصرنا دراسة المساهمة الجنائية في تلك الجرائم في صورتها العامّة فقط التي تقتضي وجود شخصين -على الأقل- بينهما اتفاق مؤقَّت يقضي بارتكاب جريمة ما يكون أحدها فاعلا والآخر شريك. يراجع حول هذه الصُّورة:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 293 § 337 ; S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 1.

² - فعلى خطى القانون الفرنسي (يراجع: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 396 § 468)، قام المُشرِّع الجزائري أيضا برفض البَظام الذي يعتبر الشريك كفاعل لجريمته الخاصّة والمختلفة عن الجريمة الأساسيّة، والبَظام الذي يعامل جميع المساهمين في الجريمة على قدم المساواة بغض النظر عن دَوْرهم في ارتكابها أيّ، بدون التمييز بين الفاعل والشريك فيها. يراجع أيضا:

A. DARSONVILLE, *Faut-il étendre la notion générale de complicité ?*, préc., p. 153.

³ - J.-C. SOYER, préc., p. 89 § 157.

⁴ - وكان من الأجدر أن يشير النصّ إلى أحكام المساهمة الجنائية بوجه عام حتى يشمل ذلك حالات التَّخريض، وهو مساهمة أصلية حسب قانون العقوبات الجزائري، التي لا تشكل في القانون رقم 06-01 جريمة مُستقلّة.

⁵ - V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 339.

⁶ - V. S. FOURNIER, « Complicité », préc., §§ 91-99.

الأصلي-الحرص). لهذا يتحتم علينا تقسيم هذا الجزء من الدراسة إلى قسمين: قسم يتعلق بالفاعل الأصلي المادي (الفقرة "أ")، وقسم آخر يتعلق بالمساهم الأصلي الذي حرص على ارتكاب الجريمة (الفقرة "ب").

أ- الفاعل المادي في الجريمة الأساسية

فيجب أن يكون مرتكب الجريمة الأساسية مختلفا عن الشريك معه. وإذا كانت الجرائم في الأصل -بمعنى في نظر المُشرّع- ترتكب من طرف فاعل وحيد (الفقرة 1)، فإنّ الواقع يشير إلى أنّ بعض الجرائم ترتكب بصورة جماعية الأمر الذي يستدعي بالضرورة التمييز فيها بين الفاعل وبين الشريك، بخاصة أنّ القاضي الجزائي يجب عليه أن يفحص توافر شروط المسؤولية الجزائية عند كل مساهم -فاعل أو شريك- على حدة¹. والتي ينبغي لذلك التطرق إليها أيضا (الفقرة 2).

1- المساهمة الجنائية الأصلية المادية البسيطة

وفيها يرتكب الفاعل المادي جرمته بمفرده². وطبقا للمادة 41 من قانون العقوبات، يقصد بالفاعل المادي في الجريمة: "كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة". ويعرفه الفقه بأنّه "كل شخص ساهم بصفة أساسية ومباشرة في التنفيذ المادي لجريمة ما يعتبر فاعلا أو فاعلا مساعدا"³. وهذا أحسن تعريف في إطار هذه الدراسة، لأنّه يشمل مفهوم الفاعل المُساعد الذي سنتطرق إليه فيما بعد. وتعني هذه المساهمة المباشرة قيام الشخص بإتيان السلوك الإجرامي الذي تتكون منه الجريمة كما حدّدها القانون⁴، فإذا كانت الجريمة ذات سلوك سلمي، فإنّ فاعلها المباشر هو من يقع عليه واجب القيام بعمل⁵؛ فالفاعل في الجريمة هو ذلك الشخص الذي يرتكب بصورة شخصية الوقائع المادية التي تتألف منها الجريمة⁶.

كذلك، يتعين أن يشمل وصف الفاعل المادي في الجريمة الشخص الذي حاول تنفيذ الجريمة ولم يستطع إتمامها (المحاولة Infraction tentée) أو كانت جرمته خائبة Infraction manquée⁷. ولقد نصت المادة 4-121 من قانون العقوبات الفرنسي عليه بصراحة، حيث أنّها تعتبر الشخص الذي يحاول ارتكاب الجريمة كالفاعل المباشر في الجريمة التامة⁸. أما في القانون الجزائري، فبالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات، نجد أنّه يعاقب على المحاولة⁹، الشيء الذي يدل على وجود مسؤول جزائي عنها، وبالتالي فإنّ الشخص الذي حاول ارتكاب الجريمة لا يفلت من العقوبة لمجرّد أنّ تعريف الفاعل قد لا ينطبق عليه، مع الملاحظة أنّ تعريف الفاعل حسب المادة 41 أعلاه يتطلب مساهمة

¹- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 351.

²- C. LOMBOIS, préc., p. 75.

³- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 293 § 337.

⁴- فتعبير "تنفيذ الجريمة" الوارد بالمادة 41 من قانون العقوبات يعكس بوضوح مسألة الإكثان المادي في الجريمة، وبالتحديد السلوك الإجرامي.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 273 § 309.

⁶- وهذا هو تعريف ذلك النوع من الفاعل في الجريمة. يراجع:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 272 § 309.

⁷- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 273 § 309 ; D. Rebut, « Tentative », préc., § 65.

⁸- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 273 § 309 ; D. Rebut, « Tentative », préc., § 65.

⁹- ق.ع.، المادّتان 30 و31.

مباشرة في تنفيذ الجريمة¹.

يشار أخيرا إلى أنّ وصف الفاعل -ووصف الفاعل المُساعد أيضا- في الجريمة يستبعد تطبيق جريمة إخفاء الأشياء على هذا الشخص. حيث إنّ الفاعل في جريمة المحاباة مثلا يتابع جزائيا بجريمته الأساسية فقط، لأنّ القانون من جهة يشترط لارتكابها منح الامتياز غير المُبرّر إلى شَخْص من الغير، وحتى لو افترضنا من جهة أخرى أنّه حصل على مزية من الجريمة، فإنّ جريمة الإخفاء لا تنطبق عليه، إذ تنطبق عليه في هذه الحالة جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية، إذا توافرت شروطها في جريمة ذلك الفاعل². وهذا بعكس الشريك في الجريمة، حيث يمكن أن يتابع بالاشتراك في الجريمة الأساسية (جريمة المحاباة مثلا) وبإخفاء الأشياء في الوقت ذاته، إذا هو استفاد من امتياز غير مُبرّر في إطار الجريمة التي ساهم فيها³. وللتذكير فإنّ إخفاء الأشياء كان يعتبر في ظل القانون الفرنسي القديم اشتراكا في الجريمة، ثمّ تحول بعد ذلك إلى جريمة مُستقلة⁴. وفي القانون الجزائري فإنّ الإخفاء يعتبر، منذ الاستقلال، جريمة مُستقلة أيضا⁵. وتندرج هذه الجريمة أيضا: حيث إنّ إخفاء أشياء تم اقتناؤها بثمن أشياء قام شَخْص آخر بإخفائها والتي تحصلت من جريمة أساسية يشكل جريمة إخفاء أيضا⁶.

هذا ويبقى السؤال مطروحا حول إسناد جريمة الإخفاء إلى المُحرّض. فهذا الشَخْص يعتبر حسب قانون العقوبات الجزائري فاعلا مباشرا في الجريمة. إلا أنّه لا يرتكب مادّيّا الجريمة التي حرض عليها. مما قد يعني أنّ لا مانع من متابعته كمخفي للعائدات الإجرامية المتأتية من الجريمة التي حرض عليها زيادة على متابعته كفاعل مباشر في هذه الجريمة الأخيرة. ولكن هذا إذا كانت المساهمة المادّية في الجريمة الأساسية هي التي تخطر تطبيق جريمة الإخفاء على الفاعل في الجريمة. أما إذا كان مجرّد اكتساب صفة الفاعل في الجريمة هي السبب الذي يحول دون تطبيق جريمة الإخفاء على الفاعل، فإنّ المُحرّض لا يمكن أن يعاقب كمخفي للأشياء المتأتية من الجريمة الأساسية.

2- المساهمة الجنائية الجماعية

لابد من التطرق إلى مفهوم الفاعل الأصليّ المساعد، لأنّ بعض الجرائم محل الدّراسة تتطلب تدخّل طرف ثالث كالشَخْص الذي يقبض المرتشي من خلاله الأجرة أو المنفعة في جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العمومية إلى جانب المساهمين فيها الذي يلزم تحديد نوع مساهمته (البند الأوّل). وسوف نتناول إلى جانب ذلك مسألة في غاية الأهميّة بالنّسبة إلى موضوع جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية، ويتعلّق الأمر بالمسؤوليّة الجزائيّة الجماعية (البند

¹ - هناك اختلاف بين صياغة المادّتان 30 و 41 منه قد يثير إشكالا في هذا الصّدّد. فال محاولة تتحقق بالشروع في التّنفيد أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة، بينما وصف الفاعل في الجريمة يتطلب مساهمة -مباشرة- من الشَخْص في تنفيذ الجريمة مما قد يعني أنّ المساهمة -المباشرة- في الشروع في تنفيذ الجريمة ليست من صور صفة الفاعل في الجريمة. فهل يتم تحديدها في هذه الحالة طبقا للمادّتين 41 و 43 من قانون العقوبات أم وفق نظام توحيد المساهمين، بما أنّ المحاولة لا تندرج -فرضا- ضمن أحكام المادّة 41 منه.

² - V. J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

³ - J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

⁴ - P. CAZALBOU, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées*, France, L.G.D.J., 2016, p. 14 § 12.

⁵ - ق.ع.، المادّة 387. يراجع أيضا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 1، ط. 9، المرجع السابق، ص 385.

⁶ - P. CAZALBOU, préc., p. 311 § 691.

الثاني)، والتي وصفها بعض الفقهاء بأنها مسؤولية جزائية رهيبة Odieuse ومحظورة Proscrite¹.

البند الأول: المساعدة بين المساهمين الأصليين في الجريمة

والمساعدة بين المساهمين الأصليين Coaction تقوم لما ترتكب جريمة أساسية من طرف عدة أشخاص تتوفر فيهم جميعا صفة الفاعل المادي². ويعرف الواحد منهم بـ Coauteur، ويسمى في القانون الجزائري، لتمييزه عن الشريك في الجريمة³، "بالفاعل الأصلي المساعد"⁴. ويهتم القضاء والفقهاء الجنائيان بهذا التمييز لعدة أسباب⁵ وأهمها أن الشريك، وعلى خلاف الفاعل الأصلي المساعد، لا يجب، لمساءلته جزائيا عن جريمة مُخَصَّصة، أن يتمتع بالصفة المطلوبة في فاعلها المادي⁶. كما أنه لا يُعاقب طالما أن الجريمة الأساسية لم تتحقق بعكس الفاعل الأصلي في الجريمة⁷. ولم يكن لهذا السبب أي أهمية تذكر في الجزائر، لأن قانون العقوبات كان يجيز العقاب على الاشتراك عن طريق التخرّض في مفهوم المادة 46 منه حتى إذا لم تكن هناك جريمة أساسية معاقب عليها⁸، إذ كان يُعاقب هنا على محاولة الاشتراك فقط⁹. غير أن هذا كان عندما كان التخرّض يعتبر اشتراكا في قانون العقوبات¹⁰. فالقانون رقم 04-82 اعتبر التخرّض مساهمة أصلية في الجريمة¹¹، وبالتالي أصبح من غير الممكن العقاب على الاشتراك إذا تخلّفت الجريمة الأساسية.

كذلك تبدو أهمية نظرية الفاعل المُساعد في مجال جرائم الفساد. حيث إن هناك رأيا يتعلّق بجريمة الرشوة يذهب إلى تطبيق نظرية الفاعل المُساعد على الراشي عندما لا ينصّ القانون جريمته بل يعاقب المرتشي فقط بهدف تفادي مساوئ تطبيق نظرية الاشتراك عليه¹². لكنه يساوي بين الراشي والمرتشي بينما يعتبر هذا الأخير أكثر إجراما من الأول، لأنه يتاجر في وظيفته وينتهك واجباته¹³.

¹- C. LOMBOIS, préc., p. 76.

²- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 345 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 242 § 433.

³- قانون العقوبات الجزائري يستعمل لفظي الشريك والمساهم في ارتكاب الجريمة لتعيين الفاعل الأصلي المساعد. يراجع: ق.ع، المواد 182 (الفقرة الأخيرة) (النسختين العربية والفرنسية)، 261 (النسختين العربية والفرنسية)، 339 (النسختين العربية والفرنسية).

⁴- يراجع: ق.إ.ج، المادة 578. المتعلقة بامتياز التقاضي. وأشار هذا النص إلى اللفظ المذكور أعلاه إثر تعديله بالقانون رقم 85-02 مؤرخ في 26 يناير 1985 يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. رقم 5 مؤرخ في 27 يناير 1985، ص 78. ونلاحظ أخيرا أن قانون الإجراءات الجزائية تكفل بتحديد اسم نظام قانوني ينتمي في الأصل إلى قانون العقوبات، وكان من الأجدر أن يحدّده هذا الأخير. يقارن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 151، 153، ويسميه "بالفاعل الأصلي أو المادي مع غيره". وميزة هذه التسمية أنها تُشدّد على أن الجريمة ترتكب بصورة جماعية (لفظ "مع غيره").

⁵- يراجع هذه الأسباب: S. FOURNIER, « Complicité », préc., §§ 13-19.

⁶- S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 16.

⁷- C. DAVID, préc., p. 302 § 16.

وقد وصفه David بالسبب الرئيسي وراء التمييز بين الفاعل الأصلي المساعد والشريك في القانون الفرنسي.

⁸- C. DAVID, préc., p. 302 § 16.

⁹- C. DAVID, préc., p. 298 § 11.

¹⁰- V. C. DAVID, préc., p. 298 § 11.

¹¹- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 203.

¹²- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 360.

¹³- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 360.

هناك أسباب أخرى للتمييز بينهما ذات أهمية ثانوية منها، أنَّ الاشتراك لا يعاقب عليه في المخالفات عكس الفاعل الأصلي المساعد، والظرف المُشَدِّد المتمثل في التعدد لا يخصّ سوى الفاعلين الأصليين المساعدين، ولا يخصّ الاشتراك¹. وبالرغم من كل ذلك فإنَّ التمييز بينهما يفقد أهميته عند مرحلة تحديد العقوبات، لأنَّ كلاهما يتعرض لنفس العقوبة بمعنى، العقوبة المُقرَّرة قانونا للجريمة الأساسية².

مما تقدم يتبين إذن أنَّ الشريك والفاعل الأصلي المساعد يشغلان مركزان مختلفان في الجريمة: فبينما يساهم الأول في الجريمة مساهمة تَبَعِيَّة، ويقترض بالنتيجة إجرامه (وحتى عقوبته) عن الجريمة الأساسية، فإنَّ الشَّخص الآخر يساهم فيها مساهمة أصلية مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

وإنَّ مسألة التمييز بين الفاعل المادي في الجريمة والشريك لا تطرح إذا شارك الشَّخص في الجريمة وهي في طور التحضير، حيث إنَّ الشَّخص الذي حقق شَخْصِيًّا الأركان المُؤَسِّسة في الجريمة يعد فاعلا أصليًا مساعدًا، أما الشريك فهو من ارتكب سُلوٰك الاشتراك في الجريمة³. وبعبارة أخرى، فإنَّ المساعدة بين المساهمين الأصليين Coaction تتطلب بالضرورة مساهمتهم في تحقيق العناصر المُؤَسِّسة في الجريمة، وأفعال التحضيرية لا يمكنها أن تعتبر كذلك⁴. إنما تنور الاشكالية عندما يطرأ الاشتراك في الجريمة أثناء تنفيذها⁵. ففي هذه الحالة كيف نميز بين الشريك والفاعل الأصلي المساعد في الجريمة. علما أنَّ الشريك قد يتحول إلى فاعل أصلي مساعد في نفس الجريمة، إذا اشترك في البداية في ارتكابها، ثُمَّ جاوز بعد ذلك حدود الاشتراك، وساهم ماديًا في تنفيذها⁶. ويعتد في هذه الحالة بوصف واحد منهما فقط، فلا يجوز تعدد الأوصاف في المساهمة الجنائية في الجريمة الواحدة⁷.

وقام فقهاء القانون الجنائي في فرنسا، لتعيين الفاعل الأصلي المساعد وتمييزه عن الشريك في الجريمة عندما يساهم عدَّة أشخاص في ارتكاب جريمة واحدة، بوضع ثلاثة معايير رئيسية لذلك⁸. أوَّلًا، المعيار المعنوي Critère moral، ويبحث في إرادة المساهمين. فَمَنْ أَرَادَ الاشتراك في جريمة يرتكبها غيره (نية الاشتراك في جريمة Animo socii) يعتبر شريكًا فيها، وَمَنْ أَرَادَ المساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة (نية الفعل المباشر في الجريمة Animo auctoris) يعتبر فاعلا أصليًا مساعدًا⁹. ثانيًا، المعيار السببي Critère causal، بحيث أنَّ السُّلوٰك الصادر عن الشريك يجب ألا يشكل السَّبَب المناسب Cause adéquate للجريمة، ففي هذه الحالة يتحول سُلوٰكه إلى مساهمة أساسية، ويكتسب صفة الفاعل الأساسي المساعد بالتالي. وأخيرًا، المعيار الشكلي Critère formel الذي يحظى بموافقة الفقه الجنائي

¹- C. DAVID, préc., p. 302 § 16.

يراجع أيضا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 162-163.

²- C. DEGOIS, préc., p. 167 § 252.

³- C. DEGOIS, préc., pp. 167-168 § 253.

⁴- V. S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 21.

⁵- C. DEGOIS, préc., p. 168 § 253 ; S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 22.

⁶- C. DEGOIS, préc., p. 168 § 254.

⁷- V. S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 29.

⁸- V. C. DAVID, préc., p. 302 § 16. V. aussi P. GULPHE, « La distinction entre coauteurs et complices », R.S.C., 1948, n° 4, pp. 665-692.

⁹- S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 23.

الفرنسي¹ والجزائري²، ويتعلّق بمُكوّنات الجريمة، بحيث أنّ مُكوّنات الجريمة الأساسية لا يلزم، لقيام مسؤوليته الجنائية عن الجريمة الأساسية، أن يستجمعها الشريك في الجريمة على عكس الفاعل الأساسي المساعد.

أما موقف القضاء الجزائريّ الفرنسي، فيسوده الغموض: فهو يستند إلى المعيار الشكلي³ لكن بتعديله بصورة كبيرة لأغراض عقابية مما يؤدي إلى التوسع في مفهومي الشريك والفاعل الأساسي المساعد⁴. ويبدو أنّ نفس الأمر ينطبق على القضاء الجزائريّ كذلك الذي لا تقبل المحكمة العليا الطعن بالنقض "عندما يخلط القضاة بين الفاعل والشريك"⁵. ومن المحتمل أنّه سلك نفس مسلك القضاء الجزائريّ الفرنسي الذي يرفض ذلك الطعن لنفس السبب عندما لا يؤثر التمييز بين الصفتان السابقتان على العقوبة عملاً بنظرية العقوبة المُبرّرة Théorie de la peine justifiée لأحدهما يعاقبان بنفس العقوبة المُقرّرة قانوناً للجريمة الأساسية⁶.

ثم إنّ وصف الفاعل الأصليّ المساعد يساعد على مساءلة الأشخاص الآتية جزائياً عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة.

1/ الراشي في جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة: يعامل الراشي كفاعل أصليّ مساعد عندما يُجرّم القانون سلوك المرتشي فقط، لكي لا يفلت الراشي من العقوبة⁷ في حالات ينبغي معاقبته فيها إلا بسبب تطبيق نظرية الاشتراك عليه القائمة على فكرة استعارة الطّابع الإجرامي: فإذا الراشي يتخلص من المسؤوليةّ الجزائية بالاشتراك في جريمة المرتشي، إذا رفض هذا الأخير طلبه، لأنّه لا محاولة في الاشتراك⁸، فإنّه طبقاً لوصف الفاعل الأصليّ المساعد، يجوز متابعة الراشي جزائياً عن جريمة الرشوة، لأنّ سلوكه يشكل محاولة لارتكاب جريمة أساسيّة⁹. وهذا يعني أنّ الوصف السابق يسد النقائص التي تعترى تطبيق نظرية الاشتراك على الراشي. كما أنّ ذلك لا يتعارض مع فكرة المساهمة الصّورية حيث إنّ المساهمين فيها يعتبرون كفاعل أصليّ مساعد للطرف الآخر¹⁰.

غير أنّ الحلّ السابق يصطدم في الحقيقة بعقبة نظرية هامة هي أنّ الفاعل الأصليّ المساعد يجب أن يتحلّى كذلك بنفس الصفة الخاصة المطلوبة، بموجب النصّ الجنائيّ، في الفاعل الماديّ في الجريمة¹¹. وهذا ما لا يتوافر دائماً في الراشي، لأنّ جريمة المرتشي تقوم على وجه اللزوم، إذا كان فاعلها موظفاً عموميّاً. مما يقتضي وصف الراشي بدلاً عن الفاعل الأصليّ المساعد بالشريك في جريمة المرتشي. ما لم يقرّر القضاء الجزائريّ معاملة الراشي الشريك كفاعل

¹ - C. DAVID, préc., p. 302 § 16.

² - تراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 161-162، وقد أسماه بالمعيار الموضوعي.

³ - V. S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 24.

⁴ - C. DAVID, préc., p. 302 § 16. V. aussi S. FOURNIER, « Complicité », préc., §§ 25-30.

⁵ - أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 161.

⁶ - S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 31.

⁷ - ولهذا السبب بالذات قام القضاء الجزائريّ الفرنسي في عدّة مناسبات بتغيير وصف الشّخص من شريك إلى فاعل أصليّ مساعد، برغم عدم انطباق هذا الوصف الأخير عليه. تراجع: S. FOURNIER, « Complicité », préc., §§ 27-28 spécialement § 28.

⁸ - تراجع: هذه الدّراسة ما يأتي.

⁹ - V. A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 360.

¹⁰ - P. GULPHE, préc., p. 673.

¹¹ - S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 16.

أصليّ مساعد عن طريق تشويه مفهومي الشريك والفاعل الأصليّ المساعد في الجريمة¹. فنستنتج منه أنّ الراشي يعد في الأصل شريكا في جريمة المرتشي غير أنّ بعض الاعتبارات (كضمان عدم افلاته من العقوبة) تملي اعتباره كفاعل أصليّ مساعد خروجاً عن المفهوم الأصليّ لهذه الصّورة من المساهمة الجنائيّة الأصليّة.

تجب الملاحظة في الأخير أنّ هناك في القانون الجزائيّ حل آخر يضمن مساءلة الراشي عن الجريمة كمساهم أصليّ في الجريمة بدون تشويه معنى المساعدة بين المساهمين الأصليين Coaction، ويتمثّل في نظرية التحريض².

2/ تطبيق المسؤوليةّ الجزائيّة على الأشخاص الأخرى المتورطة في الجرائم السابقة كالطرف الثالث في جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة الذي يقبض الموظف العموميّ المرتشي من خلاله الأجرة أو المنفعة، وكذلك الشّخص من الغير الذي يأخذ الموظف العموميّ بواسطته الفائدة من الأنشطة الإداريّة المتعلّقة بالصّفقات العموميّة المعاقب عليه - بمعنى فعل الأخذ - بالمادّة 35 من القانون رقم 06-01.

ولكن شَرطُ الصفة في الفاعل الماديّ في الجريمة قد يحد من تطبيق وصف الفاعل الأصليّ المساعد على أولئك الأشخاص، ما لم تتوفر فيهم تلك الصفة، أو يقرّر القضاء الجزائيّ، لسبب أو لآخر، امتداده إلى الطرف الثالث في جرائم الفساد السابقة.

البند الثاني: المسؤوليةّ الجزائيّة الجماعية

تعتبر هذه المساهمة - والمعروفة أيضا بالمسؤوليّة الجزائيّة الجماعية³ - حلاً خاصاً⁴ لحالة تعدد الفاعلين في الجريمة الواحدة⁵، ولمشكلة إسنادها إليهم عندما يساهمون في ارتكاب الجريمة بدون وجود اتفاق مسبق بينهم على ذلك⁶، وتطبق - لكونها حلاً استثنائياً - عندما يستحيل تحديد الدّور الشّخصيّ لكل مساهم في الجريمة، الدّور الذي يسمح، في الحالة العكسيّة، بمساءلته شخّصياً عن الجريمة بناءً على القاعدة العامّة⁷. فإذا أمكن ذلك، كأن يصدر القرار الجماعيّ المُكوّن للجريمة بناءً على طلب شخّصيّ من الفاعل، فإنّ مشكلة المسؤوليةّ الجزائيّة الجماعية لا تتور، ولا يمكن للفاعل أن يتخلص من مسؤوليته الجزائيّة بالتذرع بأنّ القرار صدر عن هيئة جماعية، ولم يكن نتيجة فعله الشّخصيّ⁸. ولهذا الصّورة من المساهمة الجنائيّة أهميّة كبيرة في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، لأنّ

¹- S. FOURNIER, « Complicité », préc., §§ 27-28.

²- تراجع: هذه الدّراسة ما يأتي.

³- « Responsabilité pénale collective ». C. LOMBOIS, préc., p. 76.

⁴- هكذا وصفها Lombois. تراجع: C. LOMBOIS, préc., p. 76.

⁵- لذلك يدرسها بعض الفقهاء ضمن المساهمة الجنائيّة الأصليّة. تراجع مثلاً:

C. LOMBOIS, préc., p. 76.

⁶- E. GALLARDO, préc., p. 53 sq. § 3.

⁷- V. C. LOMBOIS, préc., p. 76.

⁸- V. Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 83-868, préc.

وفي هذه القضيّة المُميّزة احتج الفاعل في الجريمة أمام محكمة الاستئناف بأنّ القرار الذي يُخالف المبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة، فقد ألغى قراراً سابقاً للجنة طلب العروض تضمن اختيار عرض متعامل اقتصاديّ معين، صدر عن هيئة جماعية (يتعلّق الأمر بمداولة ليقابة فرنسية مختصة بمعالجة النفائات). غير أنّ محكمة الاستئناف رفضت ذلك الدّفع، وأيدتها محكمة التّقصّ في ذلك، لأنّ القرار اتّخذ بناءً على مبادرة شخّصيّة منه، وكان يهدف إلى اقضاء المتعامل الذي اختارته لجنة طلب العروض بصّورة مطابقة للقانون.

الصّفقات العموميّة، وبالتحديد المبرمة وفق إجراء شكليّ، تتطلب، لحمايتها من الفساد، تدخّل أجهزة ذات تشكيلة جماعية تتخذ بشأنها قرارات بهذه الصفة¹. وأكبر مثال عن ذلك جريمة المحاباة المنصوص عليها في المادّة 26-1 من القانون رقم 06-201.

غير أنّ تطبيق هذه المساهمة الخاصّة على الجرائم بوجه عام يصطدم بعدة مبادئ أساسيّة تتحكم في المسؤولية الجزائيّة، وعلى رأسها المبدأ القائل بأنّ المسؤولية الجزائيّة يجب أن تقوم بسبب الفعل الشّخصيّ، وهو المبدأ الذي يحول دون تطبيق المسؤولية الجزائيّة الجماعية عن اتخاذ قرار متعلّق بصّفقة عموميّة في إطار هيئة تمارس سلّطة التقرير في الصّفقات العموميّة من خلال تشكيلة جماعية لا يمكن تحديد منها صاحب القرار بصفة فردية (كأن يتخذ القرار عن طريق التصويت الجماعي)³. وتخالف بالتالي مبدأ شخّصيّة العقوبة⁴، وقد نصت عليه المادّة 167 من دستور 2020، مخاطبة بالدرجة الأولى السّلطة القضائيّة، بقولها: "تخضع العقوبات الجزائيّة لمبدأي الشّرعيّة والشّخصيّة". ويلاحظ منه أنّ المؤسّس الدّستوري الجزائري ميّز بين شخّصيّة العقوبات وشرعيّتها، فقد أشار إلى "مبدأي" الشّرعيّة والشّخصيّة، كما أنّه عدّد شخّصيّة العقوبات - وشرعيّتها أيضا - من قبيل المبادئ Principes وليس القواعد Règles. كما أنّ الهيئات ذات التشكيلة الجماعية (كلجنة تقييم العروض في الصّفقات العموميّة) لا تتمتع بالشّخصيّة المعنويّة التي تلزم، كما سوف نرى فيما بعد، لمسؤوليتها جزائيّا عوضا عن أعضاء الهيئة الذين تجب مساءلتهم بصفة فردية وشخّصيّة⁵. الأمر الذي قد يوفر لهم حماية من المسؤولية الجزائيّة عن الجرائم التي يرتكبونها في إطار عمل تلك الهيئة. أضف إلى ذلك الصّعوبة في ممارسة الدّعوى العموميّة ضد مجموعة من الأشخاص بدون تحديد مسؤوليتهم الجزائيّة. إذ إنّ الدّعوى العموميّة لا يمكن أن تمارس ضد شخص لم يتم تحديد نسبته مسؤوليته الجزائيّة، فهي تخضع أيضا إلى مبدأ المسؤولية الجزائيّة الشّخصيّة الذي يقتضي ألا تمارس الدّعوى العموميّة إلا ضد من ساهم في ارتكاب الجريمة أو أيّ شخص آخر ارتكب خطأ شخّصيا منسوب إليه (كما في حالة مسؤوليّة المُسير الجزائيّة عن جريمة غيره)⁶. ولهذا، يجب ألا تقود هذه المساهمة إلى إدانة هؤلاء الأشخاص كمجموعة، ومن ثمّ معاقبتهم كمجموعة أيضا، وإنما يجب معاقبتهم باعتبارهم مساهمين في الفعل الإجرامي⁷، بمعنى يجب - في أقلّ تقدير - أن يتأكد القاضي الجزائيّ قبل معاقبتهم بناءً على فكرة المساهمة الجماعية من ارتباطهم بالجريمة المرتكبة، لا أن يطبقها على أيّ شخص ينتمي إلى

¹ - V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 464 § 946.

² - من المحتمل أيضا أن نواجه مشكلة المسؤولية الجزائيّة الجماعية عندما يرتكب الجريمة تجمع مؤسسات في إطار صّفقة عموميّة.

³ - V. S. PENAUD, « La responsabilité pénale des élus au titre de leur participation à une décision collective », A.J.D.A., 2005, n° 4, pp. 186-187.

⁴ - فالمسؤوليّة الجزائيّة الشّخصيّة تقتضي أن تكون العقوبة شخّصيّة. يراجع:

C. RIBEYRE, Réflexions sur l'individualisation de la peine, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015, p. 214.

⁵ - V. S. PENAUD, préc., p. 186.

ولقد سبق وأنّ نوه أعضاء البرلمان خلال مناقشة القانون رقم 06-01 إلى هذه النقطة المتعلّقة بمشاركة لجان ذات تشكيلة جماعية في عمليّة إبرام الصّفقات العموميّة، وتحديد المسؤول جزائيّا عن جريمة المحاباة في هذه الحالة. يراجع: الجريدة الرسميّة للمداولات، مجلس الأمة، ع 8، 2005، ص 30.

⁶ - V. F. MOLINS, préc., § 46.

⁷ - V. C. LOMBOIS, préc., p. 76.

تلك المجموعة حتى إذا كان وصف المساهم في الجريمة لا يصدق عليه.

ب- المُحَرِّضُ إِلَى الْجَرِيمَةِ الْأَسَاسِيَّةِ

نحاول في البداية تحديد مكانة التحريض ضمن نظرية المساهمة الجنائية في القانون الجزائري (الفقرة 1)، لنستخلص نتائج ذلك فيما يتعلق بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية (الفقرة 2). حيث إنَّ نظرية التحريض قد توفر حلاً قانونياً مناسباً يُمكن من معاقبة الراشي بنفس العقوبة القاسية المُقرَّرة للمُرتشي بمقتضى المادة 27 من القانون رقم 01-06. ولهذا كان لا بد أن تحظى نظرية التحريض بمكان خاص في هذه الدراسة.

1- درجة مساهمة المُحَرِّضِ فِي الْجَرِيمَةِ الْأَسَاسِيَّةِ فِي الْقَانُونِ الْجَزَائِرِيِّ

يقوم القانون الجنائي بتجريم سلوك التحريض إما باعتباره مساهمة جنائية في جريمة أصلية (كالاشتراك) أو بتحويله إلى جريمة مُستقلة (كبعض صور السلوك الإجرامي في جريمة الراشي مثل عرض المزية غير المستحقة دون قبولها¹) قد تكون مادية - بمعنى تتطلب، لقيامها، إحداث نتيجة إجرامية² - أو شكلية³، وقد يحدّد لها القانون وسائل معينة لارتكابها أو يعتبرها قائمة مهما كانت وسيلة ارتكابها⁴.

كان التحريض من صور الاشتراك في الجريمة عند صدور قانون العقوبات سنة 1966⁵. ثمّ قام المُشرّع بتحويله إلى مساهمة أصلية في الجريمة بناءً على القانون رقم 82-04⁶، ربما بسبب عيوب اعتباره كاشتراك في الجريمة الأساسية⁷. يعامل قانون العقوبات الجزائري، وبعكس نظيره الفرنسي⁸، المُحَرِّض كفاعل أساسي في الجريمة، طبقاً للمادة 41 منه في الوقت الحالي.

لكن نظرية التحريض على الجريمة تكتسب أهمية كبيرة في مجال الجرائم المُخصّصة، كجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، بحيث أنّ المُحَرِّض، نظراً لعدم امتلاكه الصفة اللازمة لارتكاب الجريمة المُخصّصة، يلجأ إلى تحريض شخص آخر تتوافر لديه مثل هذه الصفة للحصول على ارتكاب تلك الجريمة بواسطة⁹. يرد اذن على نظرية الجريمة المُخصّصة إستثناء هام في القانون الجزائري، حيث يمكن لشخص لا يتمتع بالصفة المطلوبة في فاعلها المباشر

¹ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 175.

² - وليست جريمة تقوم بدون خطأ.

³ - F. DEFFARRARD, « La provocation », R.S.C., 2002, n° 2, p. 233 sq.

ويتربّ عنه نتائج على صعيد إثبات رابطة السببية بين سلوك المحرض والنتيجة التي ترتبت عن الجريمة التي حرض إليها. يراجع: نفس المرجع.

⁴ - F. DEFFARRARD, préc., p. 233 sq.

⁵ - يراجع: ق.ع، المادة 42 (الفقرة الفرعية 1).

⁶ - يبدو أنّ المُشرّع الجزائري اقتبس أحكام التحريض المنصوص عليها في المواد 41، 44، 45 من قانون العقوبات عن المشاريع السابقة لقانون العقوبات الفرنسي لسنة 1994 (وتحديدا مشروع سنة 1978) المتضمنة نفس الأحكام تقريباً، إلا أنّ النسخة النهائية من ذلك القانون التي صادق عليها البرلمان الفرنسي لم تنصّ عليها. يراجع حول أحكام التحريض الواردة بهذه المشاريع:

S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 477 § 2.

⁷ - يراجع حول هذه العيوب:

A. DARSONVILLE, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, préc., pp. 159-160.

⁸ - الذي يعتبر التحريض كشكل من أشكال الاشتراك في الجريمة. يراجع:

⁹ - V. E. DREYER, « Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ? », préc., p. 835 sq.

أن يكون فاعلا في هذه الجريمة، ويعاقب بنفس العقوبة المُقرَّرة لفاعلها المادِّي.

غير أن المساهمة الأصلية في الجريمة بطريق التَّخْرِيط لا تقوم بأي وسيلة كانت¹، وإنما تتطلب استعمال وسائل حدَّدتها حصريا المادة 41 من قانون العقوبات. وهي: إما الهبة مثل تقديم مبلغ مالي للفاعل المادِّي المحتمل لجبره على ارتكاب الجريمة²، أو الوعد، أو التهديد الذي لا يلزم أن يرقى إلى درجة استنفاد أركان جريمة التهديد³، والذي قد يعتبر أيضا من موانع المسؤولية الجزائية للفاعل في الجريمة المُخَرَض إليها⁴، وإساءة استعمال السُّلطة أو الولاية، وسواء كانت هذه السُّلطة أو الولاية شرعية أو واقعية⁵. أما أخيرا بالنسبة إلى التحايل والتدليس الاجرامي فهي عبارة عن وسائل يستعملها المحرض للإيقاع بشخص آخر لاستعماله كوسيلة لارتكاب الجريمة التي يريد المحرض ارتكابها⁶.

2- تطبيق التَّخْرِيط على سلوك الراشي في مجال الصَّفقات العمومية

يجب أن نفحص أولا تطبيق المادة 25 من القانون رقم 06-01، ونستبعد ذلك (البند الأول)، للتأكد بعد ذلك من امكانية تطبيق نظرية التَّخْرِيط على الراشي كمساهم في جريمة الرشوة في مجال الصَّفقات العمومية المحددة بالمادة 27 من نفس القانون (البند الثاني).

البند الأول: اعتبار الراشي كمساهم أصلي في جريمته الخاصة

وينتج ذلك من خلال تطبيق حكم المادة 25-1 من القانون رقم 06-01 المتعلقة برشوة الموظفين العموميين -الوطنيين- على الراشي في مجال الصَّفقات العمومية (هذا المجال كما هو محدد في المادة 27 من القانون رقم 06-01) التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 1- كل من وعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته". حيث إن المادة 25 من القانون رقم 06-01 تُعتبر جريمة رشوة أصلية قام المُشَرِّع بتكليف مُكوِّناتها مع الميدان الخاص بالصَّفقات العمومية، فنتج عنه نص المادة 27 من القانون السابق وهذا، في إطار ما يسمى بعملية تكيف الجرائم *Infractions adaptées*⁷.

ومن إيجابياته أنه يُطبَّق على سلوك الراشي في مجال الصَّفقات العمومية بغض النظر عن الطبيعة القانونية لسلوك المرتشي المحدد في المادة 27 من القانون رقم 06-01. فسواء كانت المادة 27 تعاقب على جريمة رشوة مُستقلَّة أو كانت تنص على جريمة رشوة مُشدَّدة، فإن الراشي في مجال الصَّفقات العمومية يكون مسؤولا جزائيا بناء على أحكام المادة 25 السابقة، لأنه في كلا الحالتين يعتبر فاعلا مادِّيا في جريمته الخاصة. وميزة هذا الحل أيضا أنه حتى

¹ Cf. F. DEFFARRARD, préc., p. 233 sq.

تلاحظ هنا Defferrard بأن المُشَرِّع قد يجعل للتَّخْرِيط جريمة مُستقلَّة بدون أن يحدّد وسائل ارتكابها، وهذا الأمر نادر الحدوث.

² S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 95.

³ S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 96.

⁴ - يراجع حول أثر التهديد على المسؤولية الجزائية: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

⁵ S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 97.

⁶ V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 282 § 504.

⁷ V. R. GARRON, préc., pp. 742-743 § 5, p. 746 § 9, pp. 748-749 § 11.

في حالة عدم قيام جريمة المرتشي (المادة 27)، فإنَّ الراشي في مجال الصَّفقات العموميَّة سيعاقب طالما كان السُّلوك الصادر عنه يندرج ضمن الرُّكن المادِّي للجريمة المُحدَّدة في المادة 25 السابقة.

برغم ذلك لا يسلم الحلَّ السابق من الانتقاد. فهو يجعل عقوبة الراشي - أعني بالتحديد العقوبات الأصليَّة المتمثِّلة في الحبس والغرامة - أقلَّ شِدَّة من عقوبة المرتشي، فحسب المادة 25 المذكورة أعلاه يعاقب الراشي بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة تساوي من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج على خلاف المرتشي في مجال الصَّفقات العموميَّة الذي يعاقب، طبقا للمادة 27، بضِعْفِها. علما أنَّ الراشي قد يكون هو مَنْ بادر بتحريض المرتشي على ارتكاب جريمة الرِّشوة من خلال عرض الأجرة أو المنفعة عليه، أو قام بوعده بالحصول عليها. مما يعني أنَّ مقدار مسؤوليَّة الراشي يجب على الأقلَّ أن يساوي المقدار المقرَّر قانونا للمرتشي¹. إذ يُمنع الأفراد من تحريض الموظف العمومي على تفضيل مصلحة الخاصة على خدمة المصلحة العامة المُكلَّف بها، وعلى هذا الأساس يعاقب القانون على جريمة الراشي بنفس الصرامة الملاحظة في جريمة المرتشي².

وعليه، إنَّ عدم المساواة في العقوبة ما بين الراشي والمرتشي يحتم البحث عن حل قانوني آخر أكثر عدلا.

البند الثاني: اعتبار الراشي كمساهم أصلي عن طريق التَّحريض

فوق تطبيق المساهمة الجنائيَّة العادية السابقة، تتميز المساهمة الجنائيَّة المتعلِّقة بموضوع هذه الدِّراسة أنَّها مطلوبة على وجه الضَّرورة (ولذلك تسمى أيضا "بالمساهمة الضرورية"، والمساهمة العادية "بالمساهمة الاحتمالية"³) في جريمة الرِّشوة في مجال الصَّفقات العموميَّة، لأنَّ هذه الأخيرة تعتبر أيضا جريمة رِّشوة⁴، ويتعين لذلك أن يتعدد فيها الأشخاص الذين يساهمون في ارتكابها على وجه اللزوم⁵، لأنَّ هذا التعدد "مطلوب توافره لإكتمال النموذج التشريعي للجريمة"⁶، بحيث "لا يستطيع أن يقتربها شخص واحد"⁷، وهذا ما يجعلها مختلفة عن المساهمة الجنائيَّة العادية في جرائم الفساد الأخرى التي "تقبل أن يرتكبها شخص واحد أو عدة أشخاص"⁸ كسائر الجرائم الأخرى⁹.

غير أنَّ المادة 27 لم تبين حكم مرتكب الرِّشوة الايجابية في مجال الصَّفقات العموميَّة. ولم يكن الأمر مختلفا في قانون العقوبات سابقا: فالمادة 129 التي كانت تعاقب على الرِّشوة الايجابية واستغلال النُّفوذ الايجابي في القطاع

¹- هناك مَنْ يرى بالعكس بأنَّ سُلوك المرتشي أخطر من سُلوك الراشي، لأنَّه يخون واجباته الوظيفية مقابل عمولة. وبالتالي يتعين معاقبة الراشي بعقوبات أصليَّة أقلَّ شِدَّة من تلك المُقرَّرة للمرتشي. يراجع: M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., pp. 286 § 248.

²- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

³- نقلا عن: م. م. سلامة، المرجع السابق، ص 416 وهامش 1 نفس المكان.

⁴- وإنَّ كان العامل التاريخي يجعلها غير ذلك.

⁵- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 185 هامش 1؛ P. GULPHE, préc., p. 665.

⁶- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 185 هامش 1.

⁷- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 185 هامش 1. يراجع أيضا: م. رحامي، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، المرجع السابق، ص 59.

⁸- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 185 هامش 1.

⁹- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 185 هامش 1.

العموميّ منذ صدور قانون العقوبات الجزائري كانت تُطبّق على الجرائم المنصوص عليها في المواد 126 إلى 128 من ذلك القانون فقط¹، بينما كانت جريمة المرتشي في مجال الصّفقات العموميّة محدّدة بالمادّة 128 مكرّراً¹، منذ سنة 2001، مما يعني أنّها كانت مستبعدة من نطاق تطبيق المادّة 129 السابقة طبقاً لمبدأ التّفسير الضيّق للنصّ الجنائيّ. وأيضاً أنّها ليست -بسبب استثنائها آنذاك من نطاق أحكام قانونيّة تُطبّق على جرائم الرّشوة- جريمة رشوة كجرائم الرّشوة التي أشارت إليها المادّة 129 المذكورة. وهذا هو عيب تحديد عقوبات جريمة معينة عن طريق الإحالة، وبوجه العام الإحالة بين النصوص القانونيّة، بحيث أنّ النصّ -جنائياً كان أو مدنيّ- الذي يحيل إلى غيره قد لا يساير أحياناً التطوّر الذي يطرأ على النصوص التي أحال إلى تطبيقها²، كما وقع بالنّسبة إلى جريمة المرتشي في مجال الصّفقات العموميّة أين أصبحت من جرائم الرّشوة سنة 2001 بدون أن تحيل المادّة 129 إليها، فيما يتعلّق بعقوبة الراشي فيها.

وسواء كانت المادّة 27 من القانون رقم 06-01 تنصّ على جريمة رشوة مُستقلّة أم تقرّر ظرفاً مُشدّداً لجريمة المرتشي في حالتها الأساسيّة حسب المادّة 25 (الفقرة 2) من القانون السابق، فإنّ الراشي سيخضع لنفس العقوبة القانونيّة التي يتعرض لها الراشي في مجال الصّفقات العموميّة لاعتباره مساهماً جنائيّ أصليّ في نفس الجريمة التي ارتكبها المرتشي. ولا اختلاف بين التّخريض والاشتراك -وهو حل آخر مطروح لمعاقبة الراشي- في هذا الشأن، فكلاهما يسمح بمعاقبة الراشي بالعقوبة ذاتها التي قرّرها المُشرّع للمرتشي. لكن ميزة التّخريض التي تجعله أفضل من الاشتراك هو أنّه يعرض الراشي لتلك العقوبة حتى إذا لم يرتكب المرتشي جريمته الأساسيّة فعلاً، بعكس الاشتراك³، فحسب المادّة 46 من قانون العقوبات الجزائري: "إذا لم ترتكب الجريمة المزمع ارتكابها لمجرد امتناع من كان ينوي ارتكابها بإرادته وحدها فإن المحرض عليها يعاقب رغم ذلك بالعقوبات المقررة لهذه الجريمة".

فبعض أدوات التّخريض المُجرّم كمساهمة أصلية حسب المادّة 41 من قانون العقوبات الجزائري تتطابق مع شروط السّلوك الإجراميّ الذي تتكون منه الجريمة التي يرتكبها الراشي⁴، كالتّخريض على الجريمة "باهبة" أو "الوعد" في المادّة 41 أعلاه الذي يقابله في جريمة الراشي فعل عرض مزية غير مستحقة أو منحها إلى المرتشي⁵ بالنّسبة إلى

¹ - جاء في المادّة 129 ما يأتي: "كل من يلجأ إلى التعدي أو التهديد أو الوعود أو العطايا أو الهبات أو الهدايا أو غيرها من الميزات أو استجاب لطلبات يكون الغرض منها الارتشاء حتى ولو لم يكن هو الذي طلبها وذلك إما للتوصل إلى أداء عمل أو الامتناع عنه أو للحصول على المزايا أو المنافع المنصوص عليها في المواد من 126 إلى 128 سواء أدى الإكراه أو الرشوة إلى النتيجة المرجوة أو لم يؤد يعاقب بذات العقوبات المقررة في تلك المواد ضد المرتشي". والحق أنّ المواد 126 إلى 128 تشير كذلك إلى جريمة استغلال النّفوذ السّلبيّ في القطاع العام (المادّة 128)، عكس ما أشارت إليه المادّة 129 بقولها: "المقررة في تلك المواد ضد المرتشي".

² - V. A. DE THEUX, I. KOVALOVZKY, N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, Belgique, Presses de l'Université Saint-Louis, 1995, <https://books.openedition.org/pusl/4061?lang=en> (18/03/2023), § 130.

³ - يراجع حول إفلات الراشي من العقوبة في حالة عدم ارتكاب الجريمة الأساسيّة فعلاً: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁴ - وهذا ما يلاحظ كذلك بالنّسبة إلى جرائم أخرى غير الرشوة. يراجع: F. DEFFARRARD, préc., p. 233 sq.

⁵ - يراجع: القانون رقم 06-01، المواد 1-25، 1-28، 1-40.

الهبّة في التّخريّض، وفعل وعد المرتشي بهذه المزية بالنّسبة إلى الوعد في التّخريّض¹. ومعاملة الراشي كمساهم أصليّ في جريمة المرتشي يتطابق مع نظام ظهر لتجريم فعل الراشي بسبب عيوب تطبيق نظرية الاشتراك عليه، حيث يعد الراشي كفاعل أصليّ مساعد Coauteur إلى جانب المرتشي².

برغم الحجج السّابقة المؤيدة لتطبيق التّخريّض على فعل الراشي، إلا أنّ الحلّ السّابق تعثره بعض المساوئ. فاعتبار الراشي كمساهم أصليّ في جريمة الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة لا يعني معاقبته في جميع الأحوال. فالراشي قد يفلت من العقوبة بسبب تقادم جريمة المرتشي التي ساهم فيها الراشي بوصفه المُخرّض على ارتكابها، لأنّ تقادم الدّعوى العموميّة يُنتج أثره المُستقط في مواجهة جميع المساهمين في الجريمة، سواءً كانوا فاعلاً أو فاعلاً مساعداً أو شريكاً، والذين يستطيعون، بهذه الصّفة، التمسك بالتقادم لتحصيل انقضاء الدّعوى العموميّة الممارسة ضدهم³.

أكثر من ذلك فإنّ الراشي في مجال الصّفقات العموميّة، إذا لم يحق عليه وصف المُخرّض الذي يؤدي إلى معاملته كمساهم أصليّ في الجريمة طبقاً لأحكام قانون العقوبات، نظراً إلى انعدام طريقة من طرق التّخريّض في سلوكه، يتنافس على تحديد مسؤوليته الجزائيّة، مجدداً، وصف الفاعل الأصليّ المساعد الذي ينسب إليه ارتكاب فعل مادّيّ مُكوّن للجريمة - مما يجعله يندرج ضمن الفئة الأولى من الفاعل في الجريمة وليس ضمن فئة المُخرّض - ووصف الشريك في الجريمة الذي كما سوف نرى لا يناسب جريمة الراشي.

ولهذا يبدو أنّ أنسب حل لمعاقبة فعل الراشي يتمثّل في أن يجعل المُشرّع جريمة مُستقلّة للراشي في مجال الصّفقات العموميّة، وتقريب نفس العقوبة المُقرّرة للمرتشي في هذا المجال من أجل التوحيد بين جرائم الرّشوة المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 بالنظر إلى نظامها القانونيّ بتقسيمها إلى جريمتين مستقلتين: جريمة المرتشي وجريمة الراشي، وأيضاً من أجل تفادي أيّ عيب - يُفيد⁴ أو يُسيء⁵ بصوّرة غير مُبرّرة إلى الراشي - قد يطرأ عن تطبيق الحلول السّابقة، فتقادم جريمة المرتشي لا يمنع من معاقبة الراشي، إذا لم تنقضي بعد جريمته بالتقادم، ولو كانت هاتان الجريمتان مرتبطتان في مفهوم المادّة 188 من قانون الإجراءات الجزائيّة.

الفرع الثاني: الشّروط المتعلّقة بالاشتراك المعاقب عليه

إنّ الشريك يتحمل المسؤولية الجزائيّة عن سلوك مُجرّم لم يرتكبه مادّيّاً وشخصيّاً⁶. ونظراً لهذا الطّابع الاستثنائي لتلك المسؤولية الجزائيّة وجب على القانون أن يحدّد الشّروط التي يمكن من خلالها معاقبة شخص شارك في جريمة

¹ - يعاقب القانون رقم 06-01 على نفس السلوك في جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة بموجب المادّة 44 منه، وقد كُيفه كتخريّض.

² - V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 286 § 248.

³ - V. Ch. COURTIN, « Prescription de l'action publique », *Rép. pén.*, octobre 2015., § 134.

⁴ - كعدم العقاب على الاشتراك، إذا رفض الموظف العموميّ الرّشوة، أو بسبب صالة عقوبة الراشي برغم أنّه قد يكون هو من حرض المرتشي على ارتكاب الجريمة.

⁵ - كالاتّعاء على أحد المبادئ الأساسيّة التي تدير القانون الجنائيّ والتي تستهدف حمايته بوصفه مُتهم.

⁶ - C. DEGOIS, préc., p. 7 § 6.

ارتكبتها غيره¹. فلا اشتراك في الجريمة اذن بدون نصّ قانوني².

غير أنّ البحث عن شروط السلوك المؤلّف للاشتراك لا يتم في النصّ الذي يحدّد الجريمة الأساسية التي يساهم فيها الشريك، وإنما يتحدّد بالرجوع إلى قواعد قانون العقوبات³. ويتطلب الاشتراك المعاقب عليه، كأيّ سلوك إجرامي⁴، اجتماع شرطان لدى الشريك هما: الركن الماديّ والركن المعنوي⁵، ويتميز هذا الأخير بكونه مستقلا عن القصد الجنائيّ أو الخطأ غير العمدى لدى الفاعل الأساسي في الجريمة⁶. أما الركن الماديّ فيتميز أيضا بكونه مختلفا عن سلوك الفاعل الماديّ في الجريمة. فالشريك هو من لا يرتكب أيّ سلوك ماديّ تتألف منه الجريمة الأساسية⁷. ويتمثّل الهدف من تحديد شروط الاشتراك في حصر نطاق هذه المساهمة الجنائية في الجريمة، لأنّها تشمل حالات لا حصر لها، إذا لم يقيم المشرّع بحصر نطاقها⁸.

وسوف نعالج في هذا الفرع الركنان السابقان معا. فنشرع أولا في دراسة الركن الماديّ للاشتراك، وذلك في الفقرة الأولى. وسوف نولي الأهمية أيضا لوقت تحقق الاشتراك نظرا لارتباط ذلك بموضوع دراستنا، فإحدى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة تُجرّم فعل لا يُحقّق العناصر المؤسّسة للجريمة الأساسية، فقد يعتبر لذلك اشتراك فيها، باعتباره فعلا أساسيا فيها مما يستدعي توضيح أسباب ذلك. ولهذا عاجلناه في فقرة مُستقلّة هي الفقرة الثانية. وأخيرا سنتطرق إلى الركن المعنويّ في الاشتراك في الفقرة الثالثة.

أولا: الركن الماديّ للاشتراك في الجريمة الأساسية

يعد الشخص شريكا في مفهوم قانون العقوبات، إذا ساعد أو عاون الفاعل في ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة الأساسية⁹. كذلك يعتبر شريكا: "[...] من اعتاد أن يقدم مسكنا أو ملجأ أو مكانا للاجتماع لواحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي"، طبقا للمادّة 43 من قانون العقوبات. غير أنّ الاشتراك المنصوص عليه في المادّة 43 مستبعد من هذه الدّراسة، لأنّ أفعال الاشتراك حسبها محصورة "من حيث الجرائم التي

¹- C. DEGOIS, préc., p. 7 § 6.

²- C. DEGOIS, préc., p. 155 § 229.

³- يراجع: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 764 الفقرة 109: "وأما الشريك فهو من يساهم في الجريمة بسلوك خارج عن الوصف الوارد في نموذجها، وإن كان مرتبطا بالسلوك الموصوف في هذا النموذج ومتصلا به، لكونه اتفاقا أو تحريضا أو مساعدة عليه".

⁴- إذا كان الاشتراك، إذ لا يعتبر في ذاته جريمة مُستقلّة بناءً على فكرة وحدة الجريمة، يتطلب لقيامه توفر الركنين الماديّ والمعنويّ لدى الشريك، ألا يعني هذا أنّ الركنان السابقان يعتبران في الحقيقة من أركان الواقعة المعاقب عليها، سواء تمثلت في جريمة -أساسية- أو اشتراك، وليس فقط من أركان الجريمة.

⁵- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 403 § 478.

وقد استخلص ذلك من نصّ المادّة 121-7 قانون العقوبات الفرنسي.

⁶- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 307 § 357.

⁷- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., pp. 338, 343.

⁸- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 338.

⁹- ق.ع.، المادّة 42.

يمكن أن تقع بمناسبة¹ والتي لا علاقة مباشرة بينها وجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة².

لكن قانون العقوبات الجزائري، وبعبكس نظيره الفرنسي، لم يحدّد الطرق التي يجب أن يساهم الشّخص -مساهمة غير مباشرة- بها في تنفيذ الجريمة الأساسيّة. فقد نصت المادّة 42 منه بأنّه: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك". ما يعني أنّ الاشتراك يتم بغض النظر عن الطّريقة التي استعملها الجاني، ما لم يوجد نصّ تشريعي خاصّ يحدّد طرق الاشتراك في جريمة ما. وهذا ما يفعله القانون رقم 06-01 ببحث نصت المادّة 52 (الفقرة 1) منه على ما يأتي: "تطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون".

إنّ الاشتراك، المعاقب عليه، الذي يتم عن طريق مساعدة أو معاونة الفاعل -أو الفاعلين- في الجريمة قد يرتكب بسلوك ايجابي، وهو الأصل³، أو بسلوك سلبي (ويسمى بالاشتراك بالامتناع Complicité par abstention)⁴، ولكن بصفة استثنائية⁵، ويتعلّق الأمر بالتحديد بتلك الحالة التي يكون فيها الشّخص ملزما بالقيام بعمل من واجباته ومتمتعا بالسلطة اللازمة للقيام به⁶، والتي تُطبّق أيضا على الاشتراك في جريمة المحاباة⁷. يمكن أيضا الاشتراك في الجريمة بالامتناع، إذا اتّفق الشريك مع الفاعل في الجريمة الأساسيّة قبل ارتكابها على ذلك⁸. ولقد اعتبر البعض الاشتراك بهذا الشكل نظرا إلى أنّه يخالف طبيعة الأمور في الاشتراك، إذ يقتضي الاشتراك سلوكا ايجابيا صادر عن الشريك، كتكليف بالافتراض Fiction qualificative وهو عبارة عن افتراض Fiction يقوم بوظيفة تسهيل عمليّة التكليف القانوني⁹.

كما أنّ الاشتراك المعاقب عليه قد يتمثّل في مساعدة أو معاونة مادّيّة خالصة، وقد يتمثّل في صورة مساعدة أو

¹ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 218.

² - فقد ذكرت المادّة 43 الجرائم الأساسيّة الآتية: اللصوصية والعنف ضد أمن الدّولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال. ويراجع حول هذه الصّورة من الاشتراك: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 217-219؛ أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 170. يراجع أيضا في فرنسا بخصوص جريمة الرّشوة: F. CHOPIN, préc., p. 223.

³ - V. C. DEGOIS, préc., p.160 §242 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p.404 §§481-482 ; A. DARSONVILLE, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, préc., p.156.

⁴ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 405 § 483.

ولقد كان الأمر رقم 66-186، والذي كان ينصّ على جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، ويعتبر قانونا جنائيا اقتصاديا استثنائيا، يعاقب عليه أيضا بموجب المادّة 2 منه. يراجع: A.H. BERCHICHE, préc., p. 710.

⁵ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., pp. 341-342 ; A. VITU, « La complicité par abstention », *chron. jurisprudence*, R.S.C., 1990, n° 4, p. 775.

⁶ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 405-406 § 483.

يراجع الحالات الأخرى للاشتراك بالامتناع في الجريمة: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 405-407 § 483.

⁷ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 54-55.

⁸ - V. X. PIN, préc., pp. 255-256 § 286 ; A. DARSONVILLE, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, préc., pp. 156-157.

⁹ - Q. GUIGUET-SCHIELÉ, Les présomptions et fictions (dis)qualificatives, dans *Les affaires de la qualification juridique*, NICOD Marc (dir.), France, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2015, <https://books.openedition.org/putc/932?lang=en> (19/03/2023), §§ 22-23.

معاونة معنوية¹. ويتمثل فعل المساعدة في "توفير الوسائل"². أما المعاونة فتدل على "الوجود على مسرح الجريمة"³. وهذا معناه أنَّ المعاونة تُتصوَّر أكثر في مرحلة التَّنفيذ. على عكس المساعدة التي تقع أكثر في مرحلة التحضير. ولهذا "تكون المعاونة أقوى من المساعدة"⁴، مما يعني أنَّ هناك "اختلاف من حيث درجة المساهمة"⁵ بينهما.

فالشريك اذن يساعد أو يعاون إما بواسطة أشياء أو عن طريق أفعاله⁶. ومثل ذلك في جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية فعل التأشير على صَفقة عمومية الذي يعد فعل اشتراك لاحق قام المُشرِّع بتجريمه لتفادي مشكلة عدم العقاب على حالة الاشتراك اللاحق. وأيضا توفير مبلغ من المال للراشي من أجل ارتكاب جريمة الرشوة في مجال الصَّفقات العمومية، ويعتبر المَبْلَغ من النقود من أكثر صور المزية غير المستحقة انتشارا في جريمة الرشوة وأكثرها أمانا من الاكتشاف⁷، أو قيام الشريك، بناءً على طلب من الموظف العمومي الفاعل المادي، بتزويد مؤسسة ما بوثائق خاصة بصَفقة عمومية تنوي الترشح إليها أو معلومات تتعلق بعرض أحد المرشَّحين المنافسين له حصل عليها جميعا من ذلك الموظف، مما قد يخل بالمبادئ الأساسية للصَّفقات العمومية اخلالا يدخل ضمن نطاق تطبيق جريمة المحاباة.

وسوف نعالج في هذه الدِّراسة صورتان السَّابقتان بمعنى، المساعدة والمعاونة المادية (الفقرة "أ") والمساعدة والمعاونة المعنوية (الفقرة "ب") المكوَّنة للركن المادي للاشتراك في قانون العقوبات مع اعطاء بعض أمثلة قضائية مستمدة من القانون الفرنسي حول الاشتراك في جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية.

أ- المساعدة والمعاونة المادية

يتحقق هنا الاشتراك، المعاقب عليه، في الجريمة الأساسية عن طريق تقديم وسيلة مادية مجدية Utile إلى الفاعل المباشر في الجريمة الأساسية لكي يستعملها هذا الأخير في تنفيذ جريمته، فتقديم الوسيلة يعتبر من صور المساعدة والمعاونة⁸، وإن لم يستعملها الفاعل فعلا في ارتكاب جريمته⁹، كتقديم الأسلحة في جرائم الاعتداء على حياة أو

¹ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 215. أين يذكر أن الاشتراك في المرحلة التحضيرية للجريمة الأساسية قد يتمثل في "تدريب السارق على كيفية دخول المحني عليه" -رما المقصود هنا أنَّ كَيْفِيَّة دخول المحني عليه ستسهل للسارق الدُّخول إلى منزل أو محل ذلك الشَّخص - "أو مساعدته عن طريق إعطائه تعليمات أو إرشادات خاصة تدله على مكان الموجودات المرغوب سرقته". نفس المرجع، نفس المكان.

² - نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 166.

³ - نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 167.

⁴ - نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 166.

⁵ - نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 166.

⁶ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 339.

⁷ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 51.

⁸ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 404 § 481.

⁹ - إنَّ استعمال الفاعل الوسيلة التي قدمها إليه الشريك لا يهم، لأنَّ الوسيلة غير المستعملة تسمح بزيادة تصميم الفاعل على ارتكاب جريمته. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 405 § 482

جسد إنسان، أو تقديم الوثائق والمستندات¹ في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية²، ومثال ذلك قيام موظف عمومي³ بتقديم وثائق تتعلق بقيمة موضوع الصفقة العمومية أو مضمون عروض المرشحين الآخرين إلى مرشح معين، حيث يتابع الموظف بجرمة المحاباة عن طريق إذاعة معلومات تمييزية إلى أحد المرشحين، بينما يتابع هذا الأخير بالاشتراك في الجريمة السابقة، لأنه طلب من الموظف العمومي تقديم تلك الوثائق إليه⁴. كذلك فإن رب المشروع Maitre d'oeuvre، مهندس معماري في قضية الحال، الذي فوضته الإدارة المتعاقدة بإدارة مشروع الصفقة Maîtrise d'oeuvre يقع في الاشتراك في جريمة المحاباة لأنه سمح لمؤسسة مرشحة بتعديل قرار التزامها Acte d'engagement، والإشارة، في تقريره التحليلي للعروض المقدمة، إلى عرضها المعدل باعتباره بديلا مشروع Variante régulière للعرض الأصلي الذي قدمته تلك المؤسسة⁵.

وقد يتحول الاشتراك -إذا لم يكن نافعا لارتكاب الجريمة الأساسية- إلى تحريض بالتشجيع على ارتكاب الجريمة⁶ الذي يعاقب عليه في القانون العقوبات الجزائري كصورة من المساهمة الجنائية الأصلية في الجريمة. لكن المشرع، من جهة أخرى، اشترط في الركن المادي للاشتراك أن يساعد الشريك أو يعاون الفاعل الأصلي لكي يرتكب هذا الأخير أفعالا محددة وهي: أولا، الأفعال التحضيرية وهي: "جميع الأعمال التي تسبق مرحلة تنفيذ"⁷ الجريمة الأساسية. وفي هذه الحالة، إما أن ينفذ الشريك، بنفسه، الأفعال التحضيرية أو يساعد أو يعاون الفاعل -أو الفاعلين- في الجريمة على تنفيذها⁸. على أنه يلزم، لمعاقبة الشريك في هذه الحالة، أن تصل الجريمة الأساسية إلى

¹ V. S. FOURNIER, « Complicité », § 107.

² -كتقديم نسخة من عروض المنافسين إلى مرشح إلى الصفقة العمومية الذي يشكل فعل منح معلومات امتيازات المعاقب عليه بموجب جريمة المحاباة. فالصفقات العمومية تتم وفق إجراءات شكلية تتخذ شكلا كتابيا. حيث وصفتها المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنها عقد مكتوب.

³ -والفرض هنا أن هذا الموظف لم يكن موضوعا لطريقة من طرق التحريض المحددة بالمادة 41 من قانون العقوبات، وإلا فإن المرشح إلى الصفقة العمومية يعتبر فاعلا في الجريمة، إلى جانب فاعلها الأصلي، على أساس التحريض. وهذا الأمر قد يؤدي إلى تغيير وصف الجريمة من منح امتيازات غير مبررة إلى الغير في مجال الصفقات العمومية إلى الرشوة في حالة التحريض بالهبة أو الوعد.

⁴ -في فرنسا عرضت قضية على محكمة موضوع جنائية تعلقت بقيام موظف عمومي بتقديم وثائق خاصة بصفقة إلى مرشح بناء على طلبه، ف قضى بإدانة ذلك الموظف بارتكاب جريمة المحاباة؛ وانتقد Bouloc هذا الحكم، لأنه لم يحدد الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي خالفه الموظف العمومي. أما المرشح، وقد كان صاحب الصفقة العمومية وقت الخصومة الجنائية، فقد قضى ببراءته من الاشتراك في تلك الجريمة، لأنه لم يستعمل طريقة من الطرق المقررة بقانون العقوبات الفرنسي الضرورية لارتكاب فعل الاشتراك. يراجع: B. BOULOC, « Favoritisme et participation à une entente », tribunal correctionnel de Saint-Étienne, 26 juillet 2004, Revue Lamy de la concurrence, 2005, n° 4, pp. 55-56. ولو عرضت نفس القضية على محكمة جنائية جزائية، لتقررت مسؤوليته كشريك، لأن قانون العقوبات الجزائري لا يشترط، عكس القانون الفرنسي، الاشتراك بوسائل محددة. لكن عدم إبراز الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي أدت مخالفته إلى منح معلومات امتيازات إلى الغير، وبالتالي ارتكاب المحاباة قد يؤثر على مسؤولية الشريك الجنائية، لأن عناصر الركن المادي في الجريمة الأساسية قد تخلف.

⁵ - T.G.I. Rennes, chambre correctionnelle, 18 juin 1998 ; cité aussi dans circulaire CRIM. 98.4/G3 du 2 juillet 1998, préc.

⁶ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 339.

⁷ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 215. يراجع أيضا:

S. FOURNIER, « Complicité », § 104.

⁸ - S. FOURNIER, « Complicité », § 111.

مرحلة المحاولة المعاقب عليها Tentative punissable على الأقل¹. لكن يلزم أن تكون هذه الجريمة الأساسية مما تجوز فيه المحاولة، فإذا كان القانون يعاقب عليها إذا كانت تامة فقط، فإن الاشتراك في محاولة ارتكابها يخرج عن نطاق نظرية الاشتراك، لعدم توفر الطابع الاجرامي في المحاولة². فإذا بقيت تلك الجريمة في مرحلتها التحضيرية فقط، فإن الاشتراك فيها لا يخضع للعقوبة (ما لم يشكل جريمة مُستقلة).

وفي المقابل، فإن الشريك لا يمكن أن يعاقب على محاولة الاشتراك في جريمة أساسية³. وتتصور هذه الحالة عندما يحاول شخص الاشتراك في جريمة أساسية منعدمة⁴. وفي إطار جرائم الفساد، عندما يحاول شخص رشوة الموظف العمومي فيرفض هذا الأخير عرضه. ولكن هذا الحكم سينطبق لو كان الراشي يعتبر كشريك في جريمة المرتشي، ويؤدي إلى عدم مسؤوليته الجزائية، لأنه لا يعاقب على محاولة الاشتراك في جريمة أساسية، ولهذا يعتبر من عيوب معاملة سلوك الراشي كاشتراك في الجريمة وليس كجريمة مُستقلة⁵.

ثانيا، الأفعال المسهلة أو المنفذة للجريمة الأساسية. وميزة الاشتراك في هذه الأفعال أنه يكون دائما معاصرا لارتكاب الجريمة⁶. مع التنبيه هنا إلى أن المساهمة المعاصرة في تنفيذ الجريمة الأساسية عن طريق المساعدة أو المعاونة قد تعد في بعض الحالات مساهمة أصلية بدلا عن اعتبارها مساهمة تَبعية (اشتراك)⁷.

ب- المساعدة والمعاونة المعنوية

قد تكون المساعدة أو المعاونة المؤسّسة للاشتراك ذات طبيعة معنوية، مثل تقديم توجيهات أو معلومات دقيقة Précis إلى الفاعل أو الفاعلين الأصليين في الجريمة الأساسية تسهل ارتكاب الجريمة⁸ أو تشجيعهم على ارتكاب تلك الجريمة⁹.

وفي مجال جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، تقرّر بأن الوسيط بين الراشي والمرتشي، ويندرج تحت حُكم "كل موظف عمومي يقبض [...] بصفة [...] غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها" طبقا للمادة 27 من القانون رقم 06-01، يعتبر كشريك للمرتشي في ارتكاب جريمة الرشوة، بينما يعد المرتشي، برغم تلك الوساطة، دائما الفاعل الماديّ فيها¹⁰، حيث إن محكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 9 نوفمبر 1995 في قضية معروفة باسم Affaire de la billetterie unique تتلخص وقائعها في قيام موظف عمومي بالطلب من مؤسّسة لنقل

¹- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 348 ; S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 111.

²- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 349.

³- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 168 ؛ D. REBUT, « Tentative », préc., § 74.

⁴- V. DEGOIS, préc., p. 154 § 227.

⁵- A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, préc., § 360.

⁶- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 215.

⁷- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 215-216. وفي نفس المعنى:

S. FOURNIER, « Complicité », préc., §§ 20-22.

⁸- V. S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 101.

أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 167.

⁹- X. PIN, préc., p. 255 § 286.

¹⁰- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

الأفراد والمرشحة إلى صَفَقات عُمُومِيَّة، بواسطة شَخْص آخر، تزويده بالحفلات مِن أجل تسهيل عَمَلِيَّة عقد التجمعات المتعلِّقة بمحملته الانتخابيَّة¹، فاعتبر القضاء الجزائي ذلك الوسيط شريكا للموظف العُمُومي المرتشي². وتنطبق هذه القُضِيَّة تماما على جريمة المادَّة 27 مِن القانون رقم 06-01 المتعلِّقة بالرشوة في مجال الصَّفَقات العُمُومِيَّة، لأنَّ القُضِيَّة تعلقَت مِن جهة بجريمة المرتشي التي تعاقب عليها المادَّة 27 السابقة حصريًّا. ولأنَّ فعل الطلب مِن خلال شَخْص ثالث يقع تحت نطاق تطبيقها مِن جهة أخرى. إذ إنَّ المادَّة 27 تعاقب على قبض أجرة أو منفعة بصورة غير مباشرة. كما أنَّ كَوْن النصِّ السابق يُجرِّم فعل القبض لا يعني أنَّ فعل الطلب يخرج عن مجال التجريم فيه. بل بالعكس إنَّ فعل الطلب يعد في هذه الحالة محاولة ارتكاب الجريمة³ والتي يعاقب عليها الفاعل المادِّي، والشريك معه أيضا⁴. ومن ثمَّ تخضع المحاولة إلى نفس العقوبة القاسية المُقرَّرة في المادَّة 27 المذكورة مسبقا. قضي في فرنسا كذلك بأنَّ الاشتراك ينطبق على الشَخْص الذي يأخذ أو يتلقى الموظف العُمُومي بواسطته الفائدة غير القانونيَّة⁵، وهو مِن صور أخذ أو تلقي فائدة بصفة غير قانونيَّة الذي تعاقب عليه المادَّة 35 مِن القانون رقم 06-01⁶. ومثاله في مجال الصَّفَقات العُمُومِيَّة أنَّ يقوم صاحب الصَّفقة العُمُومِيَّة، عمدا، بالتعامل الثانوي مع شركة يقوم بتسييرها رئيس البلديَّة⁷. ومعناه أنَّه يجب على المتعاقد مع الإدارة العُمُومِيَّة أن يتأكد، قبل أن يبرم عقد التعامل الثانوي مع شركة ما، أنَّ تعامله ثانويا في الصَّفقة العُمُومِيَّة لا يشكل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة المحدَّدة بالمادَّة 35 مِن القانون رقم 06-01⁸.

لكن أكثر الاجتهادات القضائيَّة قسوة بشأن الاشتراك نجدها في ميدان جريمة المحاباة. فعلى سبيل المثال تعرض رئيس بلديَّة في فرنسا إلى المسؤوليَّة الجزائيَّة بالاشتراك في جريمة المحاباة في الصَّفَقات العُمُومِيَّة التي قام نائبه بارتكابها، لأنَّه أمضى على المستندات المتعلِّقة بالعقد التي قام نائبه بتحضيرها، فاعتبر القضاء الجزائي الفرنسي رئيس البلديَّة ذاك شريكا في الجريمة بصورة آليَّة بحجة أنَّه أهمل مراقبة إجراءات إصدار المستندات التي وقَّعها، وبالتالي قد تَسَرَّ باستعمال سُلْطته على ممارسات غير قانونيَّة⁹. وقد اعتبر بعض الفقهاء في فرنسا تطبيق الاشتراك في هذه الحالة أنَّه

¹ W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

² Cass. crim., 9 novembre 1995, pourvoi n° 94-84.204, Bull. crim. n° 346, cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 29.

³ - يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق.

⁴ - يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق.

⁵ V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 53 § 1171 ; J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 156.

⁶ - يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق.

⁷ Cass. crim., 4 juin 1996, *Gartiser*, Bull. crim., 708, cité dans : J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 156.

⁸ - يدعو هذا الأمر إلى النصِّ على طرق للوقاية من الفساد في إطار التعامل الثانوي في الصَّفَقات العُمُومِيَّة كتلك الخاصَّة بالصَّفَقات العُمُومِيَّة في ذاتها التي نصت عليها مثلا المادَّة 90 مِن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلِّقة بتضارب المصالح بالتَّسَبُّع للموظف العُمُومي.

⁹ V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 54.

ويراجع أيضا: الاحكام القضائيَّة المذكورة في الهامش رقم 221 من المرجع السابق، نفس المكان.

تفسير واسع للاشتراك، وأن هذا التفسير الواسع يتطابق مع موقف مجلس المحاسبة Cour des comptes¹. ويشار إلى أن سلوك الشريك في هذا المثال القضائي يتمثل في الامتناع².

كذلك توبع في فرنسا شخص جزائيا بالاشتراك في جريمة المحاباة في الصفقات العمومية بطريق المساعدة والمعاونة، لأنه قام بشرح كيفية الاحتيال على أحكام قانون الصفقات العمومية ومخالفته للفاعل الأصلي في الجريمة (تعلق الأمر في هذه القضية بفعل أساسي تمثل في تقسيم صفقة عمومية واحدة إلى عدة حصص)³. يتبين من هذا أولا أن قانون الصفقات العمومية وضع لكي يُحترَم ويُطبَّق تحت عرضة المتابعة الجزائية، وأنه يجب على المتدخل في إبرام أي صفقة عمومية، مهما كانت صفة هذا المتدخل كأن يكون المُكَلَّف القانوني بإبرامها أو مستشارا فيها، الخ، أن يمتنع عن ابداء أي نصيحة أو رأي من شأنها أن تكشف عن الثغرات الموجودة في قانون الصفقات العمومية التي يؤدي استثمارها من طرف الموظف العمومي إلى ارتكاب جريمة المحاباة.

أخيرا، لا يستبعد شرح قانون العقوبات الجزائري تطبيق المادة 42 على من يساعد أو يعاون غيره على الاشتراك في جريمة أساسية⁴ (وتقتضي هذه الحالة وجود ثلاثة أطراف رئيسية هي: فاعل، وشريك، وشريك لهذا الشريك)⁵، ويسمى الشخص في هذه الحالة بالشريك غير المباشر Complice indirect⁶، برغم مخالفته لمبدأ الشرعية الجنائية⁷، بدعوى أن المادة 42 تُطبَّق بغض النظر عن الطريقة التي ساعد الشخص بها في ارتكاب الجريمة الأساسية، فما يهم هو الإرادة الإجرامية لدى هذا الشخص، بحيث أنه طالما قام الشخص بمساعدة أو معاونة الشريك الأصلي في جريمة أساسية بإرادة الاشتراك في هذه الجريمة⁸، إذ يجب أن يعلم⁹ بأنه يساعد أو يعاون، بطريق غير مباشر، الفاعل في الجريمة الأساسية¹⁰، اكتسب صفة الشريك كذلك¹¹. فإذا لم تعتمد الشريك الفرعي مساعدة أو معاونة الشريك الأصلي بدون اتجاه ارادته نحو مساعدة الفاعل الأساسي في الجريمة التي يشترك الشريك الأصلي فيها، فإنه لا يعاقب كشريك عن هذه الجريمة، لأن الاشتراك الأصلي الذي ساهم فيه الشريك الفرعي لا يشكل جريمة مُستقلَّة - حسب

¹ C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 54.

² V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 54.

³ T.G.I. Strasbourg, 7^e chambre correctionnelle, 1^{ère} instance, 31 mai 1996, jugement no 96/2407, cité dans : C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 521-522.

⁴ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 221.

C. DAVID, préc., p. 304 § 18.

⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 407 § 484. V. aussi A. DARSONVILLE, Faut-il étendre générale de la complicité ?, préc., p. 158.

⁶ A. VITU, « La complicité de complicité », *chron. jurisprudence*, R.S.C., 1990, n° 2, p. 325.

⁷ A. DARSONVILLE, Faut-il étendre générale de la complicité ?, préc., p. 158.

⁸ V. C. DAVID, préc., p. 304 § 18.

⁹ - بينما لا يجب لمعاينة الشريك الفرعي أن يكون الفاعل الأصلي على علم بالمساعدة أو المعاونة التي قدمها ذلك الشخص إلى الشريك الأصلي مع ذلك الفاعل في ارتكاب الجريمة الأساسية. يراجع:

E. BARON, *La coaction en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, France, 2012, p. 96 § 95.

¹⁰ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 407 § 484.

¹¹ V. C. DAVID, préc., p. 304 § 18.

القانون الجزائري- حتى يستطيع هذا الأخير استعارة التجريم منه¹. يضاف إليها شرط آخر للمعاقبة على الاشتراك في الاشتراك، يتمثل في أن يكون لسُلوِك الشريك الفرعي علاقة مباشرة بالنتيجة الإجرامية التي يبحث الفاعل الأصلي في الجريمة الأساسية تحقيقها في العالم المادي².

وبما أن القانون رقم 06-01 لا يعاقب على الاشتراك في الاشتراك كجريمة مُستَقَلَّة -فالمُشَرَّع يستطيع النصّ على هذه الحالة كجريمة مُستَقَلَّة³- فإنّ المسؤولية الجزائية للشريك في الاشتراك في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة يتصور كمساهمة تَبَعِيّة ضمن شروط المادّة 42 من قانون العقوبات. وكمثال عن ذلك، لنفترض أن المُشَرَّع قرّر تجريم فعل المرتشي فقط في المادّة 27 من القانون رقم 06-01، وأنّه يعاقب على فعل الراشي كاشتراك في الجريمة، وأنّ هذا الأخير لجأ للمساهمة في تنفيذ جريمة المرتشي إلى وسيط ليسعى بينهما، فإنّ هذا الوسيط يعتبر شريكا فرعيا للشريك المباشر، بمعنى الراشي، في جريمة المرتشي الأساسيّة⁴. ويعاقب على ذلك، إذا كان قانون العقوبات الجزائري يعاقب فعلا على الاشتراك الفرعي.

في الأخير، يشار إلى أنّ الاشتراك يقتضي كالسُّلوِك الماديّ المُكوّن للجريمة الأساسيّة أن توجد هناك رابطة سببية بين فعل الاشتراك والجريمة الأساسيّة. ويجب هذا العنصر الاضائي عن التساؤل التالي: هل قامت مساهمة الشريك بدور سببي في ارتكاب الجريمة الأساسيّة. وتعتبر علاقة السببية من شروط المسؤولية الجزائية للشخص عن الاشتراك في جريمة أساسيّة. وقد تضاربت بشأنها الآراء الفقهية. بحيث ينفي بعضهم تطلبها، بينما يُقرّها البعض الآخر كشرط للمسؤوليّة الجزائيّة للشريك. غير أنّ لها انعكاسا خطيرا على التجريم، بحيث قد تؤدي إلى التضيق من نطاق الاشتراك الحقيقي في الجريمة أو تدرج حالات ضمن الاشتراك بينما لا يصدق عليها وصف الاشتراك في الأساس⁵.

ثانيا: وقت تحقق الاشتراك في الجريمة الأساسيّة

كقاعدة عامة، يعاقب القانون الجزائري على الاشتراك القبلي أو المعاصر لارتكاب الجريمة الأساسيّة (الفقرة 1)، ولا يعاقب على الاشتراك اللاحق على تنفيذ هذه الجريمة ما لم يُجرّمها القانون بنصّ خاصّ⁶ (الفقرة 2).

¹- V. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 482 § 10 et marge n° 18. Cf. *ibid.*, p. 482 § 10 et marge n° 18.

تشير Fournier إلى أنّ الاشتراك في الجريمة أساسيّة لا يعاقب عليه. غير أنّها تميز بعد ذلك بين الحالة السابقة وحالة الشخص الذي يقدم إلى الشريك معلومات وقد اتجهت إرادته نحو مساعدة الفاعل الأصلي. وهذا يدلّ أنّ العامل الرئيسيّ الذي يمكن من معاقبة الشريك في الاشتراك يتمثل في القصد الجنائي. والحقّ إنّ الفقه الجزائريّ الفرنسيّ مختلف بشأن تلك المسألة. فهناك رأي ينكر المسؤولية الجزائية للشريك غير المباشر. بينما يرى جانب آخر بأنّ ذلك ممكن. ولم يخرج القضاء الجزائريّ الفرنسيّ عن هذين الرأيين. غير أنّه لم يستبعد كلية نظرية الاشتراك غير المباشر في الجريمة. يراجع حول ذلك:

A. VITU, « La complicité de complicité », préc., pp. 325-327.

²- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 281 § 501.

³- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 281 § 501 et marge n° 33.

⁴- Cf. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 286 § 248.

كعيب من عيوب تجريم فعل المرتشي بمفرده، تشير Rassat إلى أنّ الشكّ حول امكانية المعاقبة على الاشتراك في الاشتراك في جريمة معينة ما قد يؤدي إلى قيام مشاكل تتعلق بمتابعة الشركاء مع الراشي كالوسيط مثلا.

⁵- Ph. SALVAGE, « Le lien de causalité en matière de complicité », R.S.C., 1981, n° 1, pp. 25-42 §§ 1-23, spécialement pp. 26-28 §§ 3-5.

⁶- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 216-217.

أ- القاعدة العامة

ولا اختلاف حولها. إذ يجب أن يقع الاشتراك في الجريمة إما قبل تنفيذ الجريمة الأساسية أو أن يكون معاصرا لتنفيذها. أما الاشتراك اللاحق على ذلك، فلا يندرج ضمن مفهوم الاشتراك¹، لأنَّ الشريك لا يستطيع المساعدة أو المعاونة في تحضير أو تنفيذ الجريمة بعد إتمامها². ومثال الاشتراك القبلي تقديم توجيهات إلى الفاعل المادّي لتسهيل ارتكاب الجريمة الأساسية³ كشرح كيفية مخالفة قواعد إبرام الصفقات العمومية للموظف العمومي المكلف بعملية إبرام عقد. كذلك قد تتم المساعدة Aide قبل تنفيذ الجريمة، ويقع ذلك في العادة عن طريق تزويد الفاعل المادّي في الجريمة بوسائل ارتكابها، كتقديم مبلغ ماليّ له⁴ لاقتراف سلوك الراشي في مجال الصفقات العمومية. أما الاشتراك المعاصر للجريمة الأساسية فيتحقق عندما يقوم الشريك شخصيا بالمساهمة في السلوك الإجرامي للفاعل المادّي⁵. تجدر الملاحظة أنَّ القانون رقم 06-01 لم يشترط للاشتراك في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية أن يتم في مرحلة محدّدة من الجريمة الأساسية. فالمادة 53 منه أحالت إلى تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالاشتراك، ولم تضع أحكاما خاصة له. وعليه، لا يلزم مثلا للاشتراك في جريمة المرتشي الموظف العمومي أن يقع عند بداية تنفيذ المشروع الإجرامي، وإنما يجوز للشريك أن يساهم فيها بعد بداية التنفيذ، بما أنَّ جريمة الرشوة السابقة تمتد في الزمان لأنّها تتجدد أثناء تنفيذ اتفاق الرشوة⁶. وينطبق نفس الحل على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المحدّدة بالمادة 27 من القانون رقم 06-01.

ب- الاستثناء من القاعدة العامة

هناك ثلاثة حالات يمكن أن يعاقب فيها الشخص على الاشتراك اللاحق في الجريمة الأساسية. الحالة الأولى عندما ينطبق على الجريمة الأساسية وصف الجريمة المستمرة *Infraction continue*، فعندما يتدخل الشخص بصورة لاحقة على اقتراف الفعل الأصلي المكوّن لجريمة مستمرة إنما يعتبر شريكا في هذه الجريمة، لأنَّ تنفيذها (أو انجازها) لا زال مستمرا⁷. وهذه الحالة تنطبق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي تعتبر كجريمة مستمرة مثال ذلك الاحتفاظ بفائدة ما في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية الذي يجعل من هذه الجريمة مستمرة⁸، أو عندما يستمر ارتكابها في الزمان، وأبرز مثال عنها حالة تجدد تنفيذ اتفاق الرشوة المذكورة أعلاه التي تتصور أيضا في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 27 من القانون رقم 06-01.

¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp.282-283 §§502, 507 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p.342.

ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 216-217.

²- A. DARSONVILLE, *Faut-il étendre la notion générale de complicité ?*, préc., p. 156.

³- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 282 § 505.

⁴- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 283 § 506.

⁵- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 283 § 507.

⁶- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 101.

⁷- M. DONNIER, « Les infractions continues », R.S.C., 1958, n° 4, p. 752.

⁸- V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., préc., p. 423 § 677.

باستثناء جريمة المحاباة التي تعتبر جريمة فورية تتم بمجرد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية. يراجع:

J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., préc., § 140.

ولكننا، برغم أهمية هذه الحالة، سنتطرق إلى الحالتين الثانية والثالثة المتعلقة بالاتفاق المسبق على الاشتراك (الفقرة 1) وجريمة الاشتراك اللاحق (الفقرة 2).

1- وجود اتفاق مسبق بين الفاعل الأصلي والشريك في الجريمة الأساسية

تقوم هذه الحالة الاستثنائية عندما يكون هناك اتفاق سابق على ارتكاب الجريمة بين المساهمين المختلفين في الجريمة الأساسية على الاشتراك اللاحق فيها¹. ففي هذه الحالة عندما يرتكب الشخص اشتراكا في جريمة أساسية بالتطبيق لاتفاق مسبق تم بينه وبين الفاعل المادي في الجريمة، تجوز متابعتة كشريك فيها، برغم أن سلوكه التبعية كان لاحقا على تنفيذ الجريمة الأساسية². فالشخص الذي، قبل ارتكاب جريمة أساسية، وعد بتقديم مساعدة مادية أو معنوية إلى الفاعل يعاقب كشريك فيها، لأنه يساهم معنويا وبصفة قبلية في الجريمة التي سيتم ارتكابها من طرف الفاعل³. وبناءً على هذه الصلة المعنوية القائمة قبل ارتكاب أي جريمة أساسية يقوم الاشتراك حتى وإن تم ذلك بصورة لاحقة على ارتكاب الجريمة الأساسية⁴.

ومن المرجح أن تتوفر هذه الحالة في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية كذلك، لأنها جرائم تتميز بطابعها المنظم، حيث إنه من المخالف للمنطق أن تصور أن تلك الجرائم تُرتكب على سبيل الصدفة أو بصورة عشوائية بدون تدبير، بل إنها تتطلب بالعكس تخطيطا مسبقا، وأكثر من ذلك تتطلب تضافر جهود عدة أشخاص، يتدخلون بصورة أو بأخرى، لارتكابها، نظرا لطبيعة الصّفقات العمومية التي تمر بمراحل وإجراءات متدرجة في الزمان⁵.

2- تجريم سلوك الاشتراك اللاحق على ارتكاب الجريمة الأساسية بصورة مُستقلة

الحالة الثانية والأخيرة تحدث عندما يُحوّل المُشرّع سلوك الاشتراك اللاحق -غير المعاقب عليه- إلى جريمة مُستقلة⁶، نظرا لصعوبة إثبات وجود اتفاق مسبق على الاشتراك اللاحق في الجريمة الأساسية مما يعني احتمال إفلات الشريك من العقوبة⁷. وتتجلى أهمية تخصيص جريمة مُستقلة لسلوك يعده القانون كاشتراك في الجريمة في عدة أسباب. فجعل سلوك الاشتراك كجريمة مُستقلة يسمح أولا، بتفادي عيوب مبدأ استعارة الطابع الإجرامي الذي يحكم الاشتراك، بحيث يستطيع المُشرّع أن ينص على معاقبة المُحرّض باعتباره فاعلا لجريمته الخاصة، الذي حرّض غيره على القيام بأفعال لا يُعدها القانون جريمة، وأن يعاقبه كذلك على تحريضه لغيره على ارتكاب جريمة، إذا لم يقم المُحرّض بارتكابها⁸. ثانيا، يُحوّل تجريم الاشتراك باعتباره جريمة مُستقلة عدم تطبيق مبدأ استعارة العقوبة المتعلق

¹- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 53-54.

²- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 282 § 502.

³- A. DARSONVILLE, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, préc., p. 156.

⁴- A. DARSONVILLE, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, préc., p. 156.

⁵- وكما قال Robert فإنّ الجريمة هي ثمرة مجموعة مترابطة من الأسباب وأفعال عدة أشخاص ساهموا فيها. يراجع: J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 338. ينطبق نفس الشيء على الجرائم السابقة، فهي كذلك تنتج عن عدة أسباب، والأهم بسبب أفعال صادرة عن عدة أشخاص.

⁶- J. MAGNOL, « Absence de complicité postérieure au délit », *chron. jurisprudence*, R.S.C., 1946, n° 1, p. 58.

⁷- وعادة ما تنور فكرة تجريم الاشتراك بصورة مُستقلة لتحويل حالات الاشتراك غير المعاقب عليها لسبب راجع إلى الجريمة الأساسية إلى جريمة خاصة تقوم بصورة مُستقلة عن الجريمة المتخلفة. يراجع مثلا: C. DEGOIS, préc., p. 161 § 243.

⁸- S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 477 § 3.

بالاشتراك، حيث يستطيع المُشَرِّع أن يقرّر للشريك عقوبة أكبر من عقوبة الفاعل في الجريمة الأساسية¹. أخيرا فإنّ ذلك يسمح بمعاينة الشريك الذي يرتكب جريمته عقب ارتكاب الجريمة الأساسية، بحيث لو اعتبرنا جريمته كاشتراك في الجريمة الأساسية لما تعرض الشريك بسببها إلى عقوبة، لأنّ الاشتراك اللاحق على الجريمة لا يعاقب عليه². وأبرز مثال عن ذلك في القانون رقم 06-01 نجده في جريمة المحاباة. إذ تتألف هذه الجريمة من عدّة أفعال - متناوبة³ - من ضمنها التأشير على صَفقة عمومية الفعل الذي يشكل في حقيقة الأمر اشتراكا لاحقا في الجريمة الأساسية اعتبره المُشَرِّع الجزائي جريمة مُستقلّة، لأنّ هذه الرّقابة تمارس - إذ تعد رقابة لاحقة - بعد انتهاء الموظف العمومي من ارتكاب جريمة المحاباة.

فمن لا يتدخل في عمليّة وضع المؤسّسات المرشحة في اطار المنافسة، ولا في عمليّة اختيار المتعاقد مع الإدارة العموميّة، لا يمكن أن يتابع كفاعل في تلك الجريمة، أو كشريك مع فاعلها الماديّ، ما لم يتم إثبات وجود اتّفاق مُسبق بينه وبين هذا الفاعل تم قبل الاشتراك اللاحق في الجريمة⁴، غير أنّ إثبات ذلك يبقى أمرا صعبا. وبالتالي نلاحظ بأنّ تجريم فعل التأشير على صَفقة عمومية مخالفة للمبادئ الأساسية للصفقات العموميّة يعفي النيابة العامة من إثبات وجود ذلك الاتّفاق، والمرور مباشرة إلى إثبات توافر أركان الجريمة في سلوك أعضاء لجنة الصفقات العموميّة - وقد يعيدنا هذا الأمر إلى التساؤل حول امكانية مساءلة هؤلاء جماعيا عن الجريمة⁵.

ويمكن أن ينضاف إلى ذلك سبب آخر اقتضى تجريم التأشير على صَفقة عموميّة يتمثل في أنّ سلوك التأشير في ذاته قد يعتبر امتناعا بمعنى، سلوك سلبيّ، لأنّ الموظف يمتنع هنا عن القيام بواجب يتمثل في عدم منح التأشير، ولقد رأينا أنّ الاشتراك عن طريق الامتناع لا يؤدي إلى معاقبة الشريك إلا إستثناءً وبشروط محدّدة منها أن يكون سلوك الاشتراك لديه ناجما عن مخالفة لواجب ملقى على عاتقه. والتجريم الخاصّ يعتبر وسيلة جيدة للمعاقبة على الاشتراك، اللاحق، بالامتناع⁶. ونستنتج منه أنّ المُشَرِّع إنما تفادى شيئين بتجريم التأشير: أوّلا افلات الموظف العموميّ الذي يؤشر على الصَفقة العموميّة من العقوبة، لأنّه يشترك في جريمة سبق وأنّ تمت، وثانيا، لأنّ سلوكه السابق يشكل امتناعا.

وكان من الأجدر على المُشَرِّع أن ينصّ على تجريم سلوك التأشير على الصفقات العموميّة في فقرة مُستقلّة من المادّة 26 من القانون رقم 06-01 حتى يفصل بين السلوك الأصليّ الذي يتطلب ارتكابه مخالفة للمبادئ الأساسية للصفقات العموميّة ومنح امتياز غير مُبرّرة إلى الغير بصورة عمدية، وسلوك التأشير على صَفقة عموميّة مُخالفة لتلك المبادئ وبعبارة أخرى، التأشير على صَفقة عموميّة نتجت عن ارتكاب جريمة المحاباة، لكي يتميز نصّ التجريم بالوضوح والدقة المطلوبان بناءً على مبدأ الشرعيّة الجنائيّة. للتذكير فإنّ التأشير على صفقات عموميّة من ذلك القبيل

¹- S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 477 § 3.

²- S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 477 § 3.

³- فليس من الضروري ارتكابها جميعا لوجود الجريمة. يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

⁴- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 53-54.

⁵- يراجع: هذه الدّراسة ما سبق.

⁶- V. P. CAZALBOU, préc., p. 61 § 112 et p. 63 § 119.

قد يؤدي إلى مخالفة مبدأ الشفافية في إجراءات التعاقد، لأن الرقابة قبلية على الصفقات العمومية تهدف إلى احترامه¹.

وعلى سبيل المقارنة، فإن جريمة المحاباة في القانون الفرنسي تقتصر على معاقبة كل موظف عمومي يتدخل بصورة قبلية في إبرام صفقة عمومية، أما أعضاء لجان وهيئات الرقابة التي تتدخل بصورة لاحقة في تلك العملية، فإنها مستثناة من نطاق تطبيق الجريمة. على أن هؤلاء الأعضاء يمكن متابعتهم جزائيا على أساس الاشتراك².

ثالثا: الركن المعنوي للاشتراك في الجريمة الأساسية

يتكون الاشتراك في الجريمة كذلك من ركن معنوي محدد (الفقرة "أ") والذي يجب إثبات وجوده لدى الشريك من أجل إسناد المسؤولية الجزائية عن الجريمة الأساسية إليه (الفقرة "ب").

أ- نوع الخطأ المطلوب لدى الشريك في الجريمة الأساسية

يكتسي الركن المعنوي لدى الشريك أهمية أيضا في الاشتراك، بحيث إنه ينطوي على طابع عمدي أكثر من الجريمة الأساسية³. إذ يتمثل هذا الركن في القصد الجنائي دائما⁴، والمتمثل في إرادة الاشتراك عمدا في السلوك الإجرامي للفاعل الأساسي⁵ مع علم الشريك بطبيعة النشاط الإجرامي للفاعل في الجريمة الأساسية⁶. والذي يشير إلى القصد العام⁷. والذي يجب أن يتوفر عند الاشتراك في الجريمة الأساسية، فإذا علم الشريك بعد تنفيذ الجريمة بأنه قد ساعد أوعاون على ارتكاب جريمة، فإن القصد الجنائي لديه ينتفي⁸. فعلى سبيل المثال، إذا قام الشريك في الجريمة الأساسية بالمساهمة فيها عن طريق تقديم وسيلة إلى فاعلها الأصلي، فيجب أن يكون هذا الشريك على علم بأن الوسيلة التي قدمها إليه ستستعمل لارتكاب جريمة⁹. فإذا كانت الجريمة الأساسية تتألف من قصد خاص، فيجب أن يتوفر نفس القصد لدى الشريك فيها¹⁰. وعلى النقيض من ذلك، إذا لم يكن ذلك الشخص يعلم بأن تلك الوسيلة ستستعمل في ارتكاب الجريمة، فإنه لا يعتبر متعمدا في الاشتراك في الجريمة الأساسية التي ارتكبها الفاعل بواسطة تلك الوسيلة، لأنه لا اشتراك في جريمة أساسية إذا كان الشريك غير متعمدا¹¹.

¹ - يراجع: هذه الدراسة ما سبق.

² - D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 58.

³ - J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 154 : « [...] la complicité conserve en pratique un caractère beaucoup plus intentionnel que le délit principal. ».

⁴ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 307 § 357. V. aussi J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 284 § 508 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 351.

أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 171.

⁵ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 307 § 357.

⁶ - A. LÉGAL, « Les conditions de la complicité par assistance », *chron. jurisprudence*, R.S.C., 1963, n° 4, p. 796.

⁷ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 343.

⁸ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 171.

⁹ - S. FOURNIER, « Complicité », préc., § 110.

وهذا ما كانت تنص عليه المادة 60 (الفقرة 2) من قانون العقوبات الفرنسي القديم (1810) بالتحديد. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 404 § 482.

¹⁰ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 509.

¹¹ - A. LÉGAL, « Les conditions de la complicité par assistance », préc., p. 797.

ب- إثبات الخطأ المطلوب لدى الشريك في الجريمة الأساسية

ويجب على النيابة العامة، لإثبات وجود العمد لدى الشريك، أن تقيم الدليل على اتجاه إرادة ذلك الشخص نحو المساهمة في جريمة أساسية عن طريق المساعدة أو المعاونة، وأن يشير قاضي الموضوع إليه عندما يقرر إدانة الشخص بالاشتراك¹. غير أنه في بعض الحالات يفترض العمد لدى الشريك من خلال القرائن المادية²، كما وقع في فرنسا أين استخلص القضاء الجزائي ركن العمد لدى رئيس بلدية أدين بالاشتراك في جريمة المحاباة في الصفقات العمومية نظرا إلى أقدميته (فقد شغل منذ 30 سنة منصب رئيس بلدية، حسب الحكم القضائي المتعلق بالقضية) وخبرته التي اكتسبها³. ويتبين-مجددا- من هذا أن جريمة المحاباة تسري عليها أحكام جزائية قاسية للغاية، إذا ما قارناها بجرائم الفساد الأخرى المتعلقة بالصفقات العمومية أيضا.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

يوجد في القانون الجنائي الحديث شكل آخر من المسؤولية الجنائية في الجريمة، التي نشأت أساسا بفعل التطور الاقتصادي⁴، والتي تُلقَى على عاتق شخص لم يرتكب الجريمة الأساسية بصورة مباشرة ومادية، بل ولم يشارك حتى في تحضيرها أو تنفيذها. وذلك عندما يرتكب شخص طبيعي ينتمي إلى شخص معنوي جريمة ما⁵. ولقد أثارت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي جدالا فقهيًا وقضائيا طويلا وشديدا⁶ خلصت منه معظم التشريعات الجزائية إلى تبنيها ومنها قانون العقوبات الجزائري الذي كرسها في مادته 51 مكرر منذ سنة 2004. ولهذه المسؤولية أهمية كبيرة في مجال جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فالصفقات العمومية تشتط - كسائر العقود الإدارية- أن يكون صاحب الطلب شخصا معنويا عام، بالإضافة إلى المتعاقد معها الذي -بالنظر إلى عدة نواحي كالغلاف المالي اللازم لتنفيذها والوسائل المادية والبشرية الضخمة الضرورية للقيام بذلك التي لا تتوفر إلا "لمجموعة من الأشخاص أو الأموال"⁷ التي يضفي عليها القانون الشخصية القانونية- يكون في الغالب من الأحيان شخصا معنويا كذلك. الأمر الذي يثير السؤال حول مدى مسؤولية هؤلاء الأشخاص جزائيا عن جرائم الفساد المنصوص عليها في المواد 26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01، بخاصة وأن هذا القانون الأخير قد أقر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في مجال الفساد⁸.

¹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 308 § 359.

²- نفس الشيء ينطبق على الفاعل الأصلي. يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

³- Cass. crim., 28 juin 2008, pourvoi n° 07-88.373, *Bull. crim.*, no 166, cité dans : J. BÉNOÎT, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », préc., § 275.

والقصد الجنائي مفترض كذلك لدى الشريك بسبب مهنته مجالات أخرى عدا الصفقات العمومية. يراجع:

A. LÉGAL, « Les conditions de la complicité par assistance », préc., p. 796.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 483 § 587.

⁵- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 192-193.

⁶- V. R. BERNARDINI, préc., §§ 3-19.

⁷- طبقا لتعريف الشخص المعنوي. يراجع: المادة 49 من القانون المدني بقولها: "الأشخاص الاعتبارية هي: [...] كل مجموعة من أشخاص أو أموال بمنحها القانون شخصية قانونية".

⁸- يراجع: القانون رقم 06-01، المادة 53.

وللإجابة على هذا السؤال، قسمنا المطلب الحالي، لكي يشمل النواحي البارزة من النظام القانوني للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، إلى فرعين. يتناول الفرع الأول شروط تطبيق المسؤولية الجزائية على الأشخاص المعنوية. فبدونها لا تقوم أية مسؤولية جزائية ضده. والتي يجب على النيابة العامة إقامة الدليل على وجودها جميعاً¹. أما الفرع الثاني فيتطرق إلى أحكام هذه المسؤولية بتقسيمها إلى موضوعين، يتعلّق الموضوع الأول بمسألة المساهمة الجنائية، والموضوع الآخر بالآثار القانونية لتلك المسؤولية القانونية.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

يلزم لقيام المسؤولية الجزائية ضد الأشخاص المعنوية وجود عدّة شروط ضرورية يترتب عن تحلّفها انعدام تلك المسؤولية بالنسبة إلى الشخص المعنوي محل المتابعة الجزائية. ويمكن تقسيمها إلى مجموعتين. أولاً الشروط المتعلقة بالأشخاص المعنوية المسؤولة جزائياً (الفقرة الأولى). وأخيراً الشروط المتعلقة بالجريمة التي يسأل عنها الشخص المعنوي (الفقرة الثانية).

أولاً: الأشخاص المعنوية المسؤولة جزائياً

لم تكن الأشخاص المعنوية -في مجملها- قبل سنة 2004 مسؤولة جزائياً في القانون الجزائري عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية وهذا، لأنّ قانون العقوبات والقضاء الجزائي في الجزائر كانا لا يقران بصفة عامة بهذه المسؤولية²، كما أنّ المُشرّع لم يسنّ نصوص جزائية خاصة طبقتها على تلك الجرائم، بينما طبقها على جرائم أخرى لا نجد من بينها جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية³؛ فبرغم عدم النصّ عليها في قانون العقوبات واعتراض القضاء الجزائي على تطبيقها آنذاك، إلا أنّ بعض القوانين الخاصة قد قرّرتها إما بصورة صريحة أو ضمنية ضد بعض الجرائم⁴، والتي تعتبر إستثناءً ضيق جداً، لأنّها لم تُغيّر الأصل العام السائد في ذلك الوقت القاضي بأنّ القانون الجنائي لا يُطبّق إلا على الأشخاص الطبيعية فقط⁵. ولا زالت هذه القاعدة سارية (الفقرة 1). فالمُشرّع ضيق فقط من نطاق تطبيقها بإجازة مساءلة البعض من الأشخاص المعنوية جزائياً عن الجريمة (الفقرة 2).

أ- إعفاء الأشخاص المعنوية العامة من المسؤولية الجزائية

تقسم الأشخاص المعنوية في القانون الجزائري قسمان: الأشخاص المعنوية العامة، والأشخاص المعنوية الخاصة. لكنها لا تخضع لنفس الأحكام في القانون الجنائي. فطبقاً للمادة 54 مكرّر من قانون العقوبات يعتبر الشخص المعنوي الخاصّ وحده المسؤول جزائياً عن الجريمة، إذ جاء فيها: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين [...]". ويتبين من هذا أنّ التمييز بين الشخص المعنوي العام والشخص المعنوي الخاصّ

¹- J.-C. SOYER, préc., p. 132 § 289.

²- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 204-205.

³- ربما لأنّ أغلبها مرتكب من طرف موظف عموميّ ينتمي إلى شخص معنويّ عام، ومعلوم أنّ الشخص المعنويّ العام غير مسؤول جزائياً.

⁴- راجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 205-208.

⁵- V. J.-C. SOYER, préc., p. 125 § 271.

أساسي في المسؤولية الجزائية حسب القانون الجزائري.

حيث لا يجوز أن تسأل جزائيا عن الجرائم: الدولة، والتي تشير إلى الإدارات المركزية كالوزارة ومصالحها الخارجية كالمديريات الولائية¹. ويرجع سبب استبعاد الدولة من نطاق المسؤولية الجزائية أنها مكلفة بحماية المصالح العامة الجماعية والفردية، ومُكَلَّفة أيضا بمتابعة ومعاقبة الجناة، ولا يمكنها أن تتابع نفسها جزائيا². واستحالة تطبيق بعض العقوبات عليها كعقوبة الحل Dissolution³. وأخيرا فإن معاقبتها بالغرامة -لأن الغرامة تتكيف مع الطبيعة الاستثنائية للأشخاص المعنوية- سيؤدي إلى المساس بالميزانية العمومية المُتَكَوِّنة أساسًا من المال العام الذي يساهم فيه المُكَلَّف بالضريبة⁴. مما قد يشكل مخالفة لمبدأ شَخْصِيَّة العقوبات.

أيضا لا تسأل جزائيا الجماعات المحليَّة المتمثلة في البلدية والولاية⁵، والأشخاص المعنوية الأخرى التي تخضع للقانون العام كالمُؤَسَّسات العمومية ذات الطَّابع الإداري⁶، والمُؤَسَّسات العمومية ذات الطَّابع الصناعي والتجاري، إذا تعلَّق الأمر بجريمة ارتكبت بمناسبة علاقتها مع الدولة، لأنها تخضع في هذه العلاقة لأحكام القانون العام (القانون الإداري تحديدا)⁷.

ويبدو أن القانون الجزائري يعتبر القاعدة السابقة مطلقة، لأنه مدَّد مجالها لتشمل جميع الأشخاص الخاضعة للقانون العام. مما يعني أحكام المادة 51 مُكْرَّر من قانون العقوبات لا تُطبَّق على جميع الأشخاص المعنوية التي تتدخل في الصَّفقات العمومية كالأشخاص المعنوية العامة السابقة برغم أنها تبرم، بوصفها المصلحة المتعاقدة، تلك العقود⁸. وفي هذا الصدد نشير إلى أن القانون الفرنسي أورد إستثناءً من القاعدة السابقة⁹، برغم انتقاده من الفقه الجنائي¹⁰، عندما يرتكب موظف عمومي يتصرَّف باسم ولحساب جماعة محلية، كالبلدية أو الولاية في القانون الجزائري، أو الهيئات العمومية Établissement public التابعة لتلك الجماعات جريمة ما يعاقب عليها القانون. ولكن بشروط¹¹.

فهذه المسؤولية لا تقوم إلا بشأن جريمة ارتكبتها موظف عمومي تابع لجماعة محلية بمناسبة ممارسة نشاط يمكن

¹ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

² - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 328 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 260 § 469.

³ - R. BERNARDINI, préc., § 37.

⁴ - R. BERNARDINI, préc., § 37.

⁵ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

⁶ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

⁷ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

⁸ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 218.

⁹ - ففي القانون الفرنسي لا تسأل الدولة جزائيا مطلقا. راجع: R. BERNARDINI, préc., § 37.

¹⁰ - راجع حول هذه الانتقادات الدَّراسة الهامة ل Picard:

E. PICARD, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Fondements et champ d'application », *Revue des sociétés*, 1993, n° 2, p. 261 sq.

¹¹ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 486-487 § 589 ; Y. MAYAUD, « La notion d'activité déléguée et le juge pénal », *R.L.C.T.*, 2014, n° 98, pp. 55-60.

أن يكون محل اتفاقية تفويض مرفق عمومي تبرم مع شخص آخر من أشخاص القانون الخاص أو العام¹. فإذا كان النشاط غير قابل للتفويض، فإن مسؤوليتها الجزائية لا تقوم²، وترجع بالتالي إلى الأصل العام وهو عدم مساءلة الاشخاص المعنوية العامة جزائياً³. ويجب على القاضي الجزائي، للتأكد من توفر هذا الشرط، أن يبحث في طبيعة المرفق العمومي، لا أن يفحص التكييف القانوني الصحيح للعقد إن كان يشكل تفويضاً لمرفق عمومي أم عقداً آخر⁴.

ولقد سبق للمحكمة الفرنسية الابتدائية Foix وأن طبقت هذه المسؤولية الجزائية ضد جماعة اقليمية محلية فرنسية على جريمة المحابة في الصفقات العمومية في حكمها المؤرخ في 3 نوفمبر 2014 وأفضت إلى معاقبة ذلك الشخص المعنوي بغرامة مالية قدرها 15.000 يورو مع وقف التنفيذ البسيط Sursis simple⁵، وهو من طرق تنفيذ العقوبة.

أخيراً فإن القانون الجنائي الفرنسي يطبق تلك المسؤولية الجزائية أيضاً على أشخاص معنوية عامة أخرى بغض النظر عن النظام القانوني الذي تخضع إليه كالشركات ذات الاقتصاد المختلط، والتي تشابه في هذا مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري كما سوف نرى، وبعض الهيئات العمومية الأخرى غير تلك التابعة للجماعات المحلية⁶.

ب- تحميل الأشخاص المعنوية الخاصة المسؤولية الجزائية

تبين مما تقدم أن الشخص المعنوي الخاص وحده من يمكن أن يكون مسؤولاً جزائياً عن الجريمة في القانون الجزائري (الفقرة 1). ولكن المبدأ السابق، برغم طابعه العام، يحتمل عدّة إستثناءات (الفقرة 2).

1- المبدأ العام

كمبدأ عام فإن المسؤولية الجزائية تطبق، امتثالاً لمبدأ المساواة بين الجميع أمام القانون⁷، على جميع الأشخاص المعنوية الخاصة⁸ الموجودة قانوناً وقت ارتكاب الجريمة⁹ سواء كانت وطنية أم أجنبية¹⁰. ويشمل ذلك المؤسسات العمومية الجزائرية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إذا ارتكبت الجريمة بمناسبة علاقتها مع الغير، لأن هذه العلاقة

¹ - يراجع: المادة 121-2 من قانون العقوبات الفرنسي؛ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 328.

² - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 262 § 470.

³ - J.-C. SOYER, préc., p. 125 § 271.

⁴ - R. BERNARDINI, préc., § 40.

⁵ - T.G.I. Foix, 3 novembre 2014 ; J.-M. JOANNÈS, « Une collectivité territoriale condamnée au pénal pour délit de favoritisme », <https://www.lagazettedescommunes.com/324314/une-collectivite-territoriale-condamnee-au-penal-pour-delit-de-favoritisme/> (26/10/2021).

⁶ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 285-286 § 328.

⁷ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 487 § 589.

⁸ - أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209؛ J.-C. SOYER, préc., p. 127 § 277.

⁹ - وتسمى مرحلة التسيير التي تسأل الأشخاص المعنوية في أكثر الحالات عن الجرائم المرتكبة أثناءها. يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 144.

¹⁰ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 286 § 329 ; R. BERNARDINI, préc., §§ 34, 43.

تخضع لأحكام القانون الخاص¹، وتعتبر بالتالي من أشخاص القانون الخاص التي يجوز مساءلتها جزائيا طبقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات. وكذلك المؤسسات العمومية الجزائرية الاقتصادية². كما أن الأشخاص المعنوية الخاصة الأجنبية تعتبر أيضا مسؤولة جزائيا، إذا كانت متمتعة بالشخصية المعنوية حسب شروط القانون الوطني الجزائري، وأن الجريمة التي تتسبب في مسؤوليتها الجزائرية ارتكبت على الإقليم الوطني الجزائري³ ويعاقب عليها القانون الجزائري⁴. وهكذا إذا قامت شركة أجنبية شاركت في صفقة عمومية مبرمة وفق إجراء طلب عروض دولي، وساهمت في ارتكاب جريمة من جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، فإنها تكون مسؤولة جزائيا عنها طبقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات كالشخص الطبيعي تماما.

غير أن مسألة تحديد تلك الأشخاص تدق إذا ارتكبت الجريمة في البعض من مراحل حياة الشخص المعنوي، بخاصة وأن قانون العقوبات لم يفصل في هذه المسألة بنص صريح⁵. فيجب ألا تسأل الأشخاص المعنوية جزائيا عن الجرائم المرتكبة أثناء مرحلة التأسيس، لأن الشخص المعنوي ليس له وجود قانوني في هذا الطور⁶. فقط الأشخاص الطبيعية المؤسّسة للشخص المعنوي يمكنها أن تكون مسؤولة جزائية عن تلك الجرائم⁷، ويستثنى منها جريمة الإخفاء التي يسأل عنها الشخص المعنوي جزائيا بمجرد تأسيسه واكتسابه الشخصية المعنوية، إذا تبنى التصرفات -المكونة للجريمة المخففة بمعنى الجريمة الأساسية وليس جريمة الإخفاء- التي قام بها الشركاء المؤسسين أثناء تلك المرحلة⁸.

وفي حالة انحلال الشخص المعنوي، فإن مسؤوليته الجزائرية عن الجرائم التي وقعت أثناء مرحلة التصفية Période de liquidation تقوم، لأن الشخصية المعنوية تستمر في الوجود لأغراض التصفية⁹. فإذا انتهت مرحلة التصفية، وانحل الشخص المعنوي، فإن مسؤوليته الجزائرية تنقضي بالتبعية¹⁰.

هناك ملاحظة أخيرة وهامة تتعلق بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية لا بد من الإشارة إليها. فمن حيث المبدأ، تُطبق المادة 51 مكرر من قانون العقوبات على جميع الأشخاص المعنوية الخاصة بغض النظر عن غايتها، سواء كانت تهدف إلى كسب الربح مثل الشركات التجارية أو لا تهدف إلى ذلك كالأحزاب السياسية أو الجمعيات

¹ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

² - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

³ - R. BERNARDINI, préc., § 43.

⁴ - J.-C. SOYER, préc., pp. 126-127 § 275.

غير أن المشكلة تنور عند تنفيذ الحكم القضائي الجزائري بالإدانة ضد تلك الأشخاص إذا لم يكن للشخص المعنوي المدان جزائيا وجود مادي في الإقليم الوطني أين تمت ادانته. يراجع: J.-C. SOYER, préc., p. 127 § 275 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 286 § 329.

⁵ - م. حزيط، المسؤولية الجزائرية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 145.

⁶ - R. BERNARDINI, préc., § 31.

م. حزيط، المسؤولية الجزائرية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 147.

⁷ - V. R. BERNARDINI, préc., § 31.

⁸ - V. R. BERNARDINI, préc., § 31.

يراجع أيضا: م. حزيط، المسؤولية الجزائرية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 148-150.

⁹ - R. BERNARDINI, préc., § 32.

¹⁰ - R. BERNARDINI, préc., § 32.

ذات الطابع الاجتماعي أو الثقافي¹. وهذا ما يستنتج كذلك من المادة 121-2 من قانون العقوبات الفرنسي التي تُطبّق على جميع الأشخاص المعنوية الخاصة الربحية وغير الربحية².

غير أنّ البحث عن الأرباح يبقى العامل الأساسي لإجرام الأشخاص المعنوية بخاصة تلك التي يتمثل غرضها الرئيسي - والمشروع³ - في الربح⁴، وأبرز مثال عنها الأشخاص المعنوية المشاركة في الصفقات العمومية، كالمؤسسات الخاصة المختصة بالبناء والأشغال العمومية، التي تستهدف من وراء مشاركتها في تلك العقود تحقيق الربح الذي ينتج عن التعاقد مع الإدارة العمومية وتنفيذ الالتزامات العقدية المتفق عليها بلا أدنى شك⁵. وعليه، فالأشخاص المعنوية التي يحتمل أن تسأل جزائيا عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تنحصر بصورة أساسية في الأشخاص المعنوية الربحية.

2- الاستثناء من المبدأ العام

هناك بعض الأشخاص - المعنوية - الخاصة لا يمكن أن تتحمل المسؤولية الجزائية، لأنها لا تملك الشخصية المعنوية⁶ كالشركات الفعلية مثلا⁷، وأيضا شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية طبقا للمادة 795 مكرّر 2 (الفقرة 1) من القانون التجاري الجزائري. وينطبق الأمر كذلك على تجمع الشركات Groupe de sociétés، إذا كان هذا التجمع لا يتمتع بالشخصية المعنوية⁸. فهذا التجمع، وبالعكس التجمع Groupement المنصوص عليه في المادة 796 من القانون التجاري الذي يكتسب الشخصية المعنوية⁹، وبالتالي يسأل جزائيا، لا يتمتع بالشخصية المعنوية¹⁰ اللازمة لقيام المسؤولية الجزائية المنصوص عليها في المادة 51 مكرّر من قانون العقوبات.

هناك أيضا التجمع المؤقت لمؤسسات في الصفقات العمومية الذي تنصّ عليه المادة 81 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والذي يسمح باشتراك عدّة أشخاص في تنفيذ عقد واحد¹¹، والذي يطلق عليه اسم التعامل المشترك في الصفقة العمومية Cotraitance لذلك السبب. ويندرج ضمن فكرة العقد المتعدد Cocontrat الذي يفترض تعدد المتعاقدين، المتساوين قانونيا، الذين أبرموا عقدا مع متعاقد آخر يكون له محل واحد¹². حيث إنّ التجمع المؤقت لمؤسسات لا يكتسب الشخصية المعنوية¹³، وبالتالي يتعين ألا يتحمل المسؤولية الجزائية عن جرائم

¹ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 209.

² - V. J.-C. SOYER, préc., p. 127 § 277.

³ - فمن معايير التعرّف على العمل التجاري أن يكون الغرض منه كسب الربح.

⁴ - R. BERNARDINI, préc., § 35.

⁵ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 224.

⁶ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 486 § 589 ; R. BERNARDINI, préc., § 30.

⁷ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 261 § 469.

⁸ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 286 § 328.

⁹ - اراجع: المادة 799 مكرّر من القانون التجاري. ويقابلها في القانون الفرنسي التجمع ذو المصلحة الاقتصادية Groupement d'intérêt

économique والمعروف اختصارا بـ GIE. اراجع: T. BELLOULA, *Droit des sociétés*, 2^e éd., Algérie, Berti, 2009, p. 85.

والذي يسأل جزائيا كذلك في القانون الفرنسي. اراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 286 § 328.

¹⁰ - T. BELLOULA, *Droit des sociétés*, préc., p. 79.

¹¹ - V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 428 § 862.

¹² - M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., p. 915 sq.

¹³ - L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 428 § 863.

الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة التي ترتكبها مؤسّسة من أعضائه، وإنما تقوم المسؤولية الجزائيّة بالنّسبة إلى المؤسّسة العضوة فيه التي ارتكبت الجريمة لحسابها من طرف جهازها أو ممثلها الشرعي.

ونستنتج من هذا أنّه يجب لمساءلة أيّ تجمع يتكون من مجموعة من الأشخاص أو الأموال مسؤولية جزائيّة عن جريمة ما أمام القضاء الجزائيّ أن تكون له الشّخصيّة المعنويّة حتى وإن كان تجمعا من القانون الخاصّ.

ثانيا: الجريمة التي يسأل عنها الشّخص المعنويّ

وسنلجأ هنا أيضا إلى ذلك التمييز الدائر بين جريمة المُشرّع وجريمة الجاني. فنعالج أولا جريمة المُشرّع التي يسأل عنها جزائيا الشّخص المعنويّ (الفقرة "أ") ثمّ جريمة الجاني بعد ذلك (الفقرة "ب").

أ- جريمة المُشرّع

تقوم المسؤولية الجزائيّة للشّخص المعنويّ على مبدأ التخصّص Principe de spécialité والذي عبرت عنه المادّة 51 مكرّر (الفقرة 1) من قانون العقوبات بصراحة عندما قالت: "[...] يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم [...] عندما ينص القانون على ذلك"¹. ويجب، بناءً عليه، أن يكون هناك نصّ قانونيّ خاصّ يقرّر المسؤولية الجزائيّة اتجاها الشّخص المعنويّ بالنّسبة إلى جريمة ما أو عدّة جرائم². ومن عيوبه أنّ هناك بعض الجرائم تتناسب جيدا مع المسؤولية الجزائيّة للشّخص المعنويّ، غير أنّ القاضي الجزائيّ لا يستطيع تطبيقها، لأنّ المُشرّع لم ينصّ عليها بالنّسبة إلى تلك الجريمة. ولتجاوز هذه الصعوبة، كان القضاء الفرنسي يلجأ، كلما كان ذلك ممكنا، إلى إعادة تكييف الوقائع على أنّها تشكل جريمة أخرى تحترم مبدأ التخصيص، حتى يتسنى له مساءلة الشّخص المعنويّ عنها جزائيا³.

لكن هذه المشكلة لا تطرح اطلاقا في مجال جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة. فقد نصت المادّة 53 من القانون رقم 06-01 على أنّه: "يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد العامة المقررة في قانون العقوبات". ويتبين منه أنّ الشّخص المعنويّ يعتبر مسؤولا جزائيا عن جميع جرائم الفساد في القانون السابق، بما فيها تلك الخاصة بالصّفقات العموميّة⁴. وأنّه لم يقرّر شروطا وأحكام خاصّة لتطبيقها عليه. وإنما أحال النصّ السابق إلى تطبيق القواعد العامّة الواردة بقانون العقوبات بشأن تلك المسؤولية. ويقصد بذلك المادّة 51 مكرّر بالنّسبة إلى مبدأ المسؤولية الجزائيّة للأشخاص المعنويّة، والمادّة 18 مكرّر بالنّسبة إلى العقوبات المُقرّرة للشّخص المعنويّ المسؤول جزائيا.

أما قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 (دخل حيز التنفيذ سنة 1994)، فبعدما كان يحصر نطاق المسؤولية

ولم ينصّ القانون الجزائري على أنّ ذلك التجمع لا يتمتع بالشّخصيّة المعنويّة. غير أنّ ذلك الأمر يستنتج بالقياس على تجمع الشّركات الذي لا يتمتع بالشّخصيّة المعنويّة.

¹ - يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 165.

² - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 262 § 471.

³ - V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 263 § 471.

⁴ - م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 179-180.

الجزائية للأشخاص المعنوية في جرائم محدّدة، تخلى عن تطبيق المبدأ ابتداءً من سنة 2006، وأصبحت الأشخاص المعنوية بالتالي تُسأل جزائياً عن أيّ جريمة، إذا توافرت الشروط القانونية لهذه المسؤولية، من دون التأكّد من وجود نصّ قانوني خاصّ قبلي يُقرّرها للجريمة المعنية¹ مع احترام في ذلك مبدأ سريان القانون الجديد من حيث الزمان².

ب- جريمة الجاني الشّخص الطبيعي

حيث إنّ هذه الجريمة يجب أن تُرتكب من طرف أجهزة أو الممثلين الشرعيين للشّخص المعنويّ لحساب هذا الأخير (الفقرة 1). وهذا طبقاً للمادّة 51 مُكرّر (الفقرة 1) من قانون العقوبات. كما أنّ الصفة الخاصّة لمرتكبها، حتى إذا كانت تنتمي إلى القانون الإداري كصفة الموظف العموميّ، فإنّها لا تمنع من تطبيقها على الشّخص المعنويّ الخاصّ (الفقرة 2).

1- المسؤولية الجزائية للشّخص المعنويّ عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه

الشرعيين

نتطرق أولاً للشّرط المتعلّق بالأشخاص الطبيعيّة التي ترتكب الجريمة، وهو شّرط لازم لقيام المسؤولية الجزائية للشّخص المعنويّ (البند الأوّل)، لأنّ الشّخص المعنويّ لا يستطيع ارتكاب الجريمة بمفرده، وإنما يسأل عنها عندما ترتكب من طرف أشخاص طبيعيّة محدّدة³، ثمّ نتطرق إلى الغرض من ارتكاب هذه الجريمة (البند الثاني). والذي يجب على القاضي الجزائيّ أن يتأكّد من توافره للحكم بمسؤوليّة الشّخص المعنويّ الجزائية⁴. وإثبات معه الشّرط السابق كذلك⁵.

البند الأوّل: ارتكاب الجريمة من طرف أجهزة الشّخص المعنويّ أو ممثليه الشرعيين

يجب طبقاً للمادّة 51 مُكرّر من قانون العقوبات أن يكون الشّخص الطبيعيّ مرتكب الجريمة منتمياً لأجهزة الشّخص المعنويّ أو من ممثليه الشرعيين. فهم يجسدون الشّخص المعنويّ من الناحية الماديّة ويشكلون علمه وإدراكه اللازمين لأية مسؤولية جزائية⁶. ويقصد بأجهزة الشّخص المعنويّ التي يسند إليها ارتكاب الجريمة التي يسأل عنها ذلك الشّخص جزائياً الأجهزة الفردية أو الجماعية المُكلّفة بموجب القانون أو النّظام الأساسيّ الخاصّ بالشّخص المعنويّ بإدارته وتسييره ومراقبته⁷. كالأشخاص الطبيعيين المُكلّفين بالتعاقد باسم الشّخص المعنويّ ولحسابه مع غيره⁸ كالتعاقد مع الإدارة العموميّة في إطار صفة عموميّة.

¹- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp. 262-264 §§ 471-472 ; R. BERNARDINI, préc., §§ 25, 46.

²- V. R. BERNARDINI, préc., §§ 46-49.

³- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 286-287 § 330.

ويشير هنا Bouloc إلى أنّ استحالة ارتكاب الجريمة من طرف الشّخص المعنويّ هي التي استدعت اشتراط ارتكاب الجريمة من طرف جهازه أو ممثليه. نفس المرجع، نفس المكان. ولا خلاف حول ذلك. فكما يشير بعض الفقهاء يجوز تطبيق المسؤولية الجزائية على الأشخاص المعنويّة بشّرط تكييف شروط مسؤوليّة هذه الأشخاص مع طبيعتها المعنويّة الخاصّة. يراجع: J.-C. SOYER, préc., p. 79 § 135.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 498 § 600.

⁵- J.-C. SOYER, préc., p. 132 § 289.

⁶- J.-C. SOYER, préc., p. 131 § 288.

⁷- R. BERNARDINI, préc., § 53.

⁸- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 199-200.

من جانب آخر فإنَّ الشَّخصَ المعنويَّ يكون مسؤولاً جزائياً حتى إذا كان جهازه فعلياً Organe de fait كأن يرتكب الجريمة المُسِيرَ الفعليَّ Dirigeant de fait للشَّخصَ المعنويَّ، لأنَّ القانون -الفرنسي¹ والجزائري²- لم يميز بين حالة الجهاز الشرعي Organe de droit وحالة الجهاز الفعليّ في تطبيق المسؤولية الجزائية على الأشخاص المعنويّة³.

أما الممثل الشرعي للشَّخصَ المعنويّ، فهو ذلك الشَّخصَ المُكلَّف بالعلاقات التي تربط بين الشَّخصَ المعنويّ والغير، والذي يملك، للقيام بالتمثيل، سُلطة التصرُّف باسم الشَّخصَ المعنويّ التي تجد مصدرها في القانون أو في النظام الأساسي للشَّخصَ المعنويّ⁴. وهذا هو المقصود بالممثل الشرعي في مفهوم المادّة 51 مُكرَّر من قانون العقوبات في الجزائر⁵. حيث إنَّ الممثل الفعليّ للشَّخصَ المعنويّ، وعلى عكس الجهاز الفعليّ، لا يمكن أن ينهض بالمسؤوليّة الجزائية للشَّخصَ المعنويّ، لأنَّ الممثل يجب أن يكون شرعياً⁶. ويكون شخصاً طبيعياً فردياً، وليس في إطار جماعي كما في أجهزة الشَّخصَ المعنويّ⁷.

وينطبق نفس الحكم على الشَّخصَ الذي فوضت إليه السُّلطات من قبل الشَّخصَ المعنويّ، أين لا يمكن مساءلة هذا الأخير جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها ذلك الشَّخصَ المُفَوَّض له⁸. وهذا يعني أنَّ الشَّخصَ الطبيعيّ الذي قام التجمع المؤقت لمؤسَّسات في الصَّفقات العموميّة بالتفويض إليه سُلطة التصرُّف باسمه (ويسمى بوكيل التجمع⁹) هذا التجمع ولحسابه، والذي يرتكب جريمة فساد خاصّة بالصَّفقات العموميّة لا يمكن أن تؤدي جرمته إلى قيام المسؤولية الجزائية لأعضاء ذلك التجمع - أما التجمع في ذاته فلا يسأل جزائياً عن جرائم الفساد الخاصّة بالصَّفقات العموميّة، لأنَّه لا يتمتع بالشخصيّة المعنويّة¹⁰.

وفيما عدا الجرائم التي يرتكبها الأشخاص التابعين لأجهزة الشَّخصَ المعنويّ أو ممثليه الشرعيين، فإنَّ الشَّخصَ المعنويّ لا يسأل جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها أشخاص آخرون، ولو كانوا من التابعين له كالعاملين لديه إن لم ينتمي إلى أجهزة الشَّخصَ المعنويّ أو كان يعتبر ممثلاً شرعياً له بموجب القانون أو النظام الأساسي للشَّخصَ المعنويّ¹¹. ومثال ذلك أن يرتكب أحد العاملين لدى الشَّخصَ المعنويّ جريمة الرِّشوة المنصوص عليها في المادّة 40 من القانون رقم 06-01، والتي يمكن أن تنطبق على الصَّفقات العموميّة، ولكنها ليست خاصّة بهذا المجال، عندما

¹- V. R. BERNARDINI, préc., § 53.

²- يراجع: ق.ع. المادّة 51 مُكرَّر التي أشارت إلى أجهزة الشَّخصَ المعنويّ فقط، بينما اشترطت في الجرائم التي يرتكبها ممثله أن يكون هؤلاء شرعيين.

³- R. BERNARDINI, préc., § 53.

⁴- R. BERNARDINI, préc., § 54.

⁵- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 208-209.

⁶- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 222.

⁷- J.-C. SOYER, préc., p. 131 § 288.

⁸- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 229.

⁹- ت.ص.ع.، المادّة 81.

¹⁰- يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق.

¹¹- يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 198، 210.

ترتكب بين المتعاقد مع الإدارة العمومية ومؤسسة أخرى من أجل التعامل في الصّفقة العموميّة من الباطن (التعامل الثانوي Sous-traitance)¹، حيث إنّ الشّخص المعنويّ الذي يتبع له الأجير لا يسأل عنها جزائياً حتى إذا تذرّع هذا الجاني بأنّها ارتكبت لمصلحة الشّخص المعنويّ، لأنّه لا ينتمي إلى فئة أجهزة الشّخص المعنويّ أو ممثليه الشرعيين.

البند الثاني: ارتكاب الجريمة لحساب الشّخص المعنويّ

هذا من جهة. ومن جهة أخرى تشترط المادّة 51 مكرّر (الفقرة 1) من قانون العقوبات أن تُرتكب الجريمة من طرف الشّخص الطبيعيّ لحساب الشّخص المعنويّ. ويقصد بهذا الشّروط: "أن الشخص المعنوي لا يسأل إلا عن الأفعال التي يتم تحقيقها لمصلحته أو لفائدته"². فإذا تَصَرَّف الشّخص الطبيعيّ لحسابه الشّخصي، أو بهدف الإضرار بالشّخص المعنويّ الذي ينتمي إليه³، وارتكب جريمة، فإنّ الشّخص المعنويّ لا يمكن أن يسأل جزائياً عنها⁴. كذلك لو تَصَرَّف جهاز الشّخص المعنويّ أو ممثله الشرعيّ لحساب شخص من الغير مستقل عن الشّخص المعنويّ، فإنّ الشّروط السّابق يتخلّف⁵.

ومن بين أهم هذه المصالح في مجال الفساد في الصّفقات العموميّة، المصلحة الاقتصادية المتمثّلة في الحصول على ربح أو فائدة ماليّة أو تفادي خسارة ماليّة⁶، كمصلحة الحصول على صّفقة عموميّة، من أجل تحقيق ربح ماليّ منها، عن طريق ارتكاب جريمة الرشوة للتأثير على قرار اختيار المتعاقد مع الإدارة العموميّة لإرساء الصّفقة العموميّة على الشّخص المعنويّ الذي ينتمي إليه الراشي⁷. مع الملاحظة أنّ الشّخص الطبيعيّ الذي ارتكب جريمة الرشوة، يعتبر أيضاً مساهماً في جريمة أخرى هي التّعسف في استعمال أموال الشركة⁸. وتتميز هذه الجريمة -مقارنة بوصف الفعل كجريمة الراشي- بسهولة تقديم الدليل الماديّ المُثبت لها⁹. كما أنّ طبيعة هذه المصلحة لا تهم، إنّ كانت مباشرة أو غير مباشرة، ماديّة أو معنويّة¹⁰، أو كانت مصلحة مؤكدة أو محتملة¹¹.

وعلى صعيد آخر، فقد اعتبر البعض من الفقهاء في القانون الجنائيّ الشّروط السّابق من تطبيقات المسؤولية الجزائية

¹ - ويشار إلى أنّ التعاقد من الباطن في الصّفقات العموميّة أو في غيرها من العقود ليس مقتصرًا على التعامل الثانوي. فصحيح إنّ التعامل الثانوي يعتبر كعقد من الباطن. غير أنّه ليس العقد الوحيد الذي ينتمي إلى هذا النوع من العقود. يراجع:

M. GUÉNOU AHLIDJA, préc., p. 915 sq.

² - نقلاً عن: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 210.

³ - م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 213-214.

⁴ - R. BERNARDINI, préc., § 59.

⁵ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 498 § 600.

⁶ - V. R. BERNARDINI, préc., § 59.

⁷ - يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 210.

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 498 § 600.

⁸ - ويعبر عن العلاقة ما بين الجريمتان بالجريمة الوسيلة *Infraction moyen* بمعنى، التّعسف في استعمال أموال الشركة، والجريمة الغاية *Infraction but* وهي الرشوة. يراجع: W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 54.

⁹ - V. F. CHOPIN, préc., p. 242.

غير أنّ تلك الجريمة لا تنطبق على الموظف العموميّ. نفس المرجع، ص 243.

¹⁰ - R. BERNARDINI, préc., § 59.

¹¹ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 498 § 600.

عن طريق التَحْرِيز Responsabilité par instigation. فذلك الشَّرط يعني أَنَّ الشَّخْصَ المعنويَّ هو الذي يفيد من الجريمة التي ارتكبتها غيره، والقاعدة تقضي بأنَّ من يفيد من الجريمة يعتبر فاعلا فيها، ويكون في الغالب الشَّخْص الذي حَرَضَ على ارتكابها، وبما أَنَّ القانون، من أجل الوقاية من الجريمة، يعاقب المُحَرِّض كما لو كان مرتكب الجريمة مادِّيًا، فإنَّ الشَّخْصَ المعنويَّ يعتبر كَمَنْ ساهم مادِّيًا في الجريمة التي ارتكبتها الشَّخْصَ الطبيعيَّ لحسابه¹. ويتطابق هذا التحليل الفقهي جيدا مع أحكام قانون العقوبات الجزائري الذي يعتبر المُحَرِّض إلى الجريمة كمساهم أصليَّ فيها².

تجدر الإشارة في الأخير إلى أَنَّ المرحلة التي توقف عندها تنفيذ الجريمة من طرف الشَّخْصَ الطبيعيَّ المنتمي لجهاز الشَّخْصَ المعنويَّ أو الممثل الشرعي لهذا الشَّخْص لا تهم في قيام مسؤوليته الجزائية. فالشَّخْصَ المعنويَّ ينبغي أَنْ يسأل عن الجريمة التامة وعن المحاولة في الجريمة على قدم المساواة، وكالشَّخْصَ الطبيعيَّ تماما³. كما أَنَّ طبيعة السُّلوك الإجرامي الصادر عن الشَّخْصَ الطبيعيَّ، إنَّ كان ايجابيا (القيام بفعل) أم سلبيا (الامتناع عن القيام بفعل) لا يهم لمسألتة جزائيا⁴. وأخيرا إنَّ انعدام الجريمة لعدم توفر عناصرها كالقصد الجنائي⁵ يؤدي، فوق تبرئة الشَّخْصَ الطبيعيَّ، إلى عدم المسؤولية الجزائية للشَّخْصَ المعنوي⁶.

2- المسؤولية الجزائية للشَّخْصَ المعنويَّ عن الجرائم المُخَصَّصة للموظف العمومي

ولقد تطرق الفقه الجنائي الفرنسي إلى هذه الحالة. والتي ترتبط مباشرة بميدان هذه الدِّراسة، لأنَّ أغلب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تتكون من صفة الموظف العمومي⁷. وتقع عندما يضطلع شَخْصَ معنويَّ خاصَّ بمهمة مرفق عموميَّ، فيرتكب الشَّخْصَ الطبيعيَّ التابع له -والذي يعتبر من عداد الموظفين العموميين في القانون الفرنسي، وأيضا في مفهوم المادة 2-ب من القانون رقم 06-01- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية⁸، والأمر يصدق كذلك على بقية جرائم الفساد التي يرتكبها ذلك الموظف⁹. فالأصل أَنَّ الموظف العموميَّ في هذه الجريمة تَصَرَّفَ باسمه ولحسابه الشَّخْصَ وليس باسم ولحساب الشَّخْصَ المعنويَّ العام، ولذلك لا يتصور أَنْ تقوم المسؤولية الجزائية للشَّخْصَ المعنويَّ التابع له بسبب تلك الجريمة¹⁰. لكنه متصور إذا كان ذلك الموظف مودع لديه سُلطة عمومية أو مزود بعهدة انتخابية عامة. أما إذا كان ذلك الشَّخْصَ خاصا، ومُكَلَّفًا بمهمة مرفق عموميَّ، فمن المحتمل

¹ - J.-C. SOYER, préc., pp. 130-131 § 287.

² - يراجع: ق.ع. المادة 41.

³ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 327 ; R. BERNARDINI, préc., § 45.

يراجع كذلك: م. حريط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 272.

⁴ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 287 § 330.

⁵ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 214.

⁶ - R. BERNARDINI, préc., § 56.

⁷ - يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق.

⁸ - V. J. BÉNOIT, préc., § 14.

⁹ - يراجع مثلا، بالنسبة إلى جريمة المحاباة:

Cass. crim., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-81.328, A.J.C.T., 2019, n° 3, p. 156 sq. note Y. MAYAUD.

¹⁰ - J. BÉNOIT, préc., § 14.

جدا أن يتابع بصفته فاعلا أصليا في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية، فوق مسؤوليته الجزائية عن جريمة إخفاء تلك الفوائد¹. وليس هناك ما يمنع من توافر صفة الموظف العمومي المطلوبة لقيام الجريمة في الشخص المعنوي كذلك².

وبالتالي، فإن الشخص المعنوي الخاص الذي يُكَلَّف بمهمة مرفق عمومي بواسطة اتفاقية تفويض مرفق عمومي، ويقوم أحد موظفيه بفعل من الأفعال المشكّلة لجريمة أخذ فائدة بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية من صفة عمومية أبرمها ذلك الشخص المعنوي لأغراض المرفق العمومي المُكَلَّف بمهمة تسييره، يمكن أن يسأل جزائيا عن تلك الجريمة، إلى جانب الموظف العمومي التابع له، كفاعل أصلي، وليس كمجرد مساهم أصلي في جريمة إخفاء تلك الفائدة المتأتية من الجريمة. على أن تتحقق جميع شروط مسؤوليته الجزائية كما يتطلبها القانون.

لكن، برغم ما لذلك الاجتهاد الفقهي من الصواب، فإن الأمر يقتضي بعض التحديد. فمن المتفق عليه أن نفس الشخص لا يمكن أن يسأل جزائيا عن الجريمة الأساسية وعن جريمة إخفاء الأشياء التي نتجت عنها في الوقت ذاته. وهذا الأمر مقرّر في جميع الجرائم حتى تلك الخاصة بالصفقات العمومية بالنسبة إلى الشخص الطبيعي والمعنوي معا³. وعليه فمن الأجدر أن يعتد القضاء الجزائي بوصف قانوني واحد إما وصف المساهمة الأصلية في الجريمة الأساسية أو وصف إخفاء الأشياء المتأتية من الجريمة الأساسية. وهذا التكييف الأخير أوفر حظا، لأنه لا يثير المشاكل التي تقوم لو اعتبرنا الشخص المعنوي الخاص المُكَلَّف بمهمة مرفق عمومي فاعلا أصليا في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية.

الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

بعد التطرق إلى الشروط اللازمة لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في قانون العقوبات، ينبغي الآن النقاش حول انطباق أحكام المساهمة الجنائية على الشخص المعنوي (الفقرة الأولى). وبعد ذلك استنتاج بعض الآثار القانونية الهامة التي تترتب عن مسؤوليته الجزائية (الفقرة الثانية).

أولا: المساهمة الجنائية

يقتضي فهم طبيعة المساهمة الجنائية للشخص المعنوي في الجريمة (الفقرة "ب") تحديد أولا نوع المساهمة الجنائية التي يقوم بها جهاز الشخص المعنوي أو مثله الشرعي في ارتكاب الجريمة المتسببة في المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي (الفقرة "أ").

أ- مساهمة الشخص الطبيعي

يتبين من حكم الفقرة 1 من المادة 51 مكرر من قانون العقوبات أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تقوم عندما ترتكب "الجرائم" "لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين". ولا جدال حول ضرورة مساهمة شخص

1- J. BÉNOIT, préc., § 14.

2- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 24-25.

3- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 103 ; J. SAVOYE, préc., p. 169 sq. et marge n° 6.

طبيعي، كما وصفه النص الجنائي السابق (بمعنى، أن يكون منتميا إلى جهازه أو أن يكون أحد ممثليه الشرعيين)، في الجريمة التي سيسأل عنها الشخص المعنوي، لأن هذا الأخير، كما رددنا في السابق، لا يستطيع ارتكاب الجريمة بصفة مادية، وإنما يحتاج إلى شخص طبيعي من أجل القيام بذلك¹.

لكن الاشكالية تقوم في خصوص طبيعة هذه المساهمة الجنائية التي سيتحمل الشخص المعنوي بسببها المسؤولية الجزائية. فالنص الجنائي السابق اشترط بوضوح ارتكاب جريمة من طرف هؤلاء الأشخاص. وبما أن الاشتراك لا يعتبر جريمة قائمة بذاتها في القانون الجزائري الذي يتبنى مبدأ استعارة الإجماع، عوضا عن تجريمه بصورة مستقلة، لمساءلة الشريك جزائيا، ومبدأ استعارة العقوبة لمعاقبته، فإن الشخص المعنوي ينبغي ألا يكون مسؤولا جزائيا في مفهوم المادة 51 مكرر من قانون العقوبات إلا عن سلوك يصفه القانون بالجريمة يكون فيها جهازه أو ممثله الشرعي فاعلا ماديا وحيدا أو فاعلا أصليا مساعدا².

غير أن ذلك يتعارض بعض الشيء مع أحكام الفقرة 2 من نفس المادة، وبحسبها، فإن الشخص الطبيعي يمكن أن ينهض بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، إذا ارتكب جرمته الخاصة - ولكن دائما لحساب ذلك الشخص - أو إذا شارك في ارتكاب جريمة ما، ما دامت تقرّر بأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي عن نفس الأفعال بصفته فاعلا أصليا أو شريكا في الجريمة. وهذا ما نلاحظه عند الفقه الجنائي الذي يشدد بصدد المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على أن يكون الشخص الطبيعي فاعلا أصليا في الجريمة لكي يستعير الشخص المعنوي الطابع الإجرامي من جرمته³.

فأساس المساهمة الجنائية للشخص المعنوي في الجريمة التي ارتكبها شخص طبيعي ينتمي إلى جهازه أو ارتكبها أحد ممثليه الشرعيين يقوم اذن، حسب ما سبق، على عنصرين: أولا أن يكون ذلك الشخص الطبيعي فاعلا أصليا في الجريمة، وثانيا أن الشخص المعنوي يستعير الطابع الإجرامي اللازم لمساءلته جزائيا عن الجريمة التي ارتكبها ذلك الشخص. وهذا أمر مفهوم، لأن استعارة الطابع الإجرامي لا تتم إلا بين الفاعل في الجريمة وبين شخص آخر ساهم في ارتكابها بصورة لا ترقى لدرجة المساهمة الأصلية. وعليه، فإن قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي يقتضي بالضرورة أن توجد هناك علاقة مباشرة بينه وبين جريمة يجب أن يكون، لكي يقتض منها الطابع الإجرامي اللازم لمساهمة الجنائية فيها، فاعلها الأصلي تابعا لذلك الشخص المعنوي إما لجهازه أو كمثله الشرعي.

وكان يتعين على المشرع الجزائري أن يُسلم منذ البداية بمسؤولية الشخص المعنوي جزائيا عن مشاركة جهازه أو

¹- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 286-287 § 330.

²- بيد أن هناك في الفقه الجزائري من يُطبق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن مجرد اشتراك جهازه أو مثله الشرعي في ارتكاب جريمة يقتربها شخص آخر مختلف عنه. وفي هذه الحالة يعتبر الشخص المعنوي، كجهازه أو مثله الشرعي، شريكا في الجريمة. يراجع: م. حريط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 271-272. وهذا الرأي محل نظر، لأن المادة 51 مكرر (الفقرة 1) من قانون العقوبات تشترط أن تكون الجريمة مرتكبة "من طرف" أجهزته أو ممثليه الشرعيين. وكما رأينا أعلاه، فإن الاشتراك في الجريمة لا يعتبر في القانون الجزائري جريمة مستقلة عن الجريمة المشترك فيها. فكان يتعين على المشرع أن يكون أكثر حرصا عند تحديد شروط تلك المسؤولية الجزائية، وأكثر تحديدا بشأنها.

³- V. J.-C. SOYER, préc., p. 130 § 285 : « Une personne morale, étant dépourvue d'intention, n'est pas capable de perpétrer une infraction intentionnelle. Cette infraction, nécessairement, est commise par une personne physique, auteur principal. ».

ممثل الشرعي في ارتكاب جريمة غيره، فيعدل الفقرة 1 من المادة 51 مكرّر من قانون العقوبات لكي تقرّر أنّ الشّخص المعنوي يكون مسؤولاً جزائياً عن مساهمة أجهزته أو ممثليه الشرعيين، مساهمة جنائية لحسابه، في ارتكاب الجرائم التي يعاقب عليها القانون.

ب- مساهمة الشّخص المعنوي

إنّ تقسيم المساهمين في الجريمة إلى فاعل وشريك كما يحقّ على الشّخص الطبيعي، يحقّ كذلك على الشّخص المعنوي. فقد يكون هذا الأخير فاعلاً في الجريمة مثله مثل الشّخص الطبيعي، من جهازه أو ممثله الشرعي، الذي ارتكب الجريمة بركنها الماديّ والمعنوي¹، أو مجرّد شريك مع غيره (الغير هنا كفاعل في الجريمة وليس كشريك) في ارتكابها²، وهذا الغير -بمعناه السابق- قد يكون إما شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً آخر مختلف عنه³. ويبدو أنّ هذه الحالة الأخيرة تقع في مجال الصّفقات العمومية بمناسبة ارتكاب جريمة فساد (والتي تعد الجريمة الأساسية) من طرف أحد أطراف تجمع المؤسّسات المرشّح⁴، أو صاحب الصّفقة العمومية⁵، بما أنّ هذا التجمع يتألف، طبقاً لقانون الصّفقات العمومية، من عدّة أشخاص معنويّة⁶ (وقد يتكون أيضاً من عدّة أشخاص طبيعية فقط⁷، ولكن هذه الحالة لا تعيننا هنا، لأننا بصدد دراسة المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية التي تقتضي وجود شخص معنوي واحد، على الأقل، إلى جانب شخص أو عدّة أشخاص طبيعية)، بينما يشترك معه في ارتكابها طرف آخر من ذلك التجمع.

غير أنّ تطبيق أحكام الاشتراك على الشّخص المعنوي يصعب أحياناً. فإذا كان من السهل تصور اشتراك الشّخص المعنوي في جريمة أساسية يرتكبها جهاز تنفيذي تابع لشخص معنوي آخر، بما أنّ الاشتراك سيُسند في هذه الحالة إلى جهازه التّنفيذي بينما تُسند الجريمة الأساسية إلى جهاز تنفيذي آخر تابع لغيره، فإنّ مساءلة الشّخص المعنوي جزائياً عن الاشتراك في جريمة أساسية ارتكبها جهازه التّنفيذي الخاصّ، وهي مسألة قد تطرح أمام القضاء الجزائي⁸، قد تتعارض كثيراً مع أحكام الاشتراك⁹.

تجدر الإشارة إلى أنّ الشّخص المعنوي يعتبر شريكاً لجهازه التّنفيذي عندما يستعمل هذا الأخير ذلك الشّخص

¹ R. BERNARDINI, préc., § 60.

² V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 327 ; R. BERNARDINI, préc., § 64 ; L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », préc., p. 497 sq.

³ V. L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », préc., p. 497 sq.

⁴ وقد يرتكب بهذه الصفة جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العمومية.

⁵ وقد يرتكب بهذه الصفة جريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العمومية، لأنّها تُطبّق في الأساس على مرحلة تنفيذ العقد.

⁶ - يراجع: ت.ص.ع.، المادة 37. وكذلك المادة 81 من نفس التّظيم التي تحدّد أحكام انشاء هذه التجمعات.

⁷ - يراجع: ت.ص.ع.، المادة 37.

⁸ V. Cass. crim., 29 janvier 2020, pourvoi n° 17-83.577, *Bull. crim.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000041551570> (19/03/2023), note L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », préc., p. 497 sq.

وتعلّق الأمر في هذه القضيّة بجريمة خاصّة بقانون الضرائب توبع فيها الشّخص المعنوي بصفته شريكاً في الجريمة.

⁹ V. L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », préc., p. 497 sq.

كوسيلة من أجل تنفيذ الجريمة الأساسية¹. ومن الممكن قبول هذا الرأي. حيث إنّه يفسر لنا كيف يعتبر الشّخص المعنوي شريكا في جريمة أساسية يرتكبها جهازه أو مثله الشرعي، بخاصّة وأنّ المادّة 51 مكرّر من قانون العقوبات تشترط لقيام المسؤولية الجزائية للشّخص المعنوي ارتكاب جريمة من طرف شّخص طبيعي حدّدته، والتي تستثني بذلك مسؤوليته الجزائية عن اشتراك شّخصه الطبيعي في ارتكاب جريمة غيره. غير أنّه يؤدي إلى التداخل بين الوسيلة في ذاتها وتشير إلى طريقة الاشتراك ومُقَدِّم الوسيلة ويعني الشريك، وهما شيئين منفصلين. فيصبح بذلك صعبا التمييز بين الحالة التي يكتفي فيها الشريك بتقديم وسيلة إلى الفاعل، والحالة الأخرى التي يساعد فيها الشريك مباشرة الفاعل.

ثانيا: الآثار القانونية المترتبة عن المسؤولية الجزائية للشّخص المعنوي

وتتعلّق هذه الآثار من جهة بالشّخص المعنوي (الفقرة "ب")، وبالشّخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة المتسببة في مسؤولية ذلك الشّخص الجزائية من جهة أخرى (الفقرة "أ").

أ- بالتّسببة إلى الشّخص المعنوي

رأينا فيما تقدم أنّ الشّخص المعنوي لا يستطيع ارتكاب الجريمة مادّيّا بمفرده، وإنما يجب أن يرتكبها شّخص طبيعي لحسابه. ويتّرب عنه أنّ الشّخص المعنوي لا يكون إلا المسؤول جزائيّا عن الجريمة التي ارتكبها جهازه أو مثله الشرعي². وبناءً على هذه المسؤولية الجزائية المسندة إليه، يعاقب الشّخص المعنوي، طبقا لأحكام قانون العقوبات، بنفس العقوبات المقرّرة للجريمة التي يسأل جزائيّا عن ارتكابها من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين، إذا كانت لحسابه، مع تكييف هذه العقوبات مع طبيعته الخاصّة؛ لأنّه من جهة يعامل كالأشخاص الطبيعيّة معاملة متساوية (وبخاصّة من حيث الجريمة، إذ يسأل عن الجريمة التامة والمحاولة فيها، ومن حيث المساهمة الجنائية، إذ يسأل كفاعل أصلي أو كشريك)³، ولكن مسؤوليته الجزائية استدعت من جهة أخرى تشريع عقوبات خاصّة تتناسب مع طبيعته المختلفة عن الطّابع المادّي للأشخاص الطبيعيّة. ولقد عالجتنا هذا الموضوع في جزء آخر من هذه الدّراسة.

ب- بالتّسببة إلى الشّخص الطبيعي

عندما ترتكب الجريمة من طرف شّخص طبيعي يتصرّف لحساب شّخص معنوي استفاد من تلك الجريمة، وليس باسمه ولحسابه الشّخصي، بوصفه الجهاز التّنفيذ لذلك الشّخص أو مثله، فإنّه يتعرض كذلك للمسؤولية الجزائية بصفة شخصيّة⁴. فالمسؤولية الجزائية للشّخص المعنوي عن الجريمة، إذا ثبتت تلك المسؤولية ضده⁵، لا تُحصّن الشّخص الطبيعي الذي ارتكبها⁶. وهذا ما جاء في المادّة 51 مكرّر (الفقرة 2) من قانون العقوبات بقولها: "إنّ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

¹- V. L. SAENKO, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », préc., p. 497 sq.

²- V. R. BERNARDINI, préc., § 60.

³- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 285 § 327.

⁴- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 278 § 318 et marge n° 3.

⁵- J.-C. SOYER, préc., p. 132 § 290.

⁶- V. F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », préc., p. 812 § 23.

ولا يتعارض هذا الحكم مع مبدأ عدم جواز متابعة ومعاقبة نفس الشَّخص بنفس الأفعال مرتان *Non bis in idem*¹. وبذلك فقد اقتدى قانون العقوبات الجزائري بنظيره الفرنسي² فأقر مبدأ اجتماع المسؤولية الجزائية للشَّخصين الطبيعي والمعنوي³ بالنسبة إلى الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية معا وهذا، على عكس القانون الفرنسي الذي يسري فيه مبدأ اجتماع المسؤوليات في الجرائم العمدية فقط⁴. وفي المقابل، فإنَّ ذلك الحكم يعني أنَّ وفاة الشَّخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة أو فراره من يد القضاء الجزائي أو في حالة استحالة التَّعرُّف على الشَّخص الطبيعي الذي اقترف الجريمة التي تقوم عليها المسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي⁵ -وفي هذه الحالة يساءل الشَّخص المعنوي جزائيا على أساس افتراض الإسناد الجنائي *Présomption d'imputation* التي تسمح باسناد الجريمة مباشرة إلى جهاز الشَّخص المعنوي في حين يظل الشَّخص الطبيعي الذي يشكل هذا الجهاز مجهولا⁶ - لا يؤدي بالضرورة إلى عدم المسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي الذي يمكن للقضاء الجزائي إدانته بمفرده عن الجريمة المرتكبة من طرف غيره⁷.

المبحث الثاني: انعدام المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية

إنَّ المسؤولية الجزائية ليست مسؤولية قانونية حتمية تُطبَّق أيا كانت الطُّروف. بل بالعكس، تَعَرَّف القانون الجنائي إلى أسباب معينة بإمكانها أنْ تعدم تلك المسؤولية، وتُخَلِّص المساهم في الجريمة، في الأهم، من التبعة الجزائية - المتمثلة في العقوبة - عن مساهمته الجنائية، ولقد نصت عليها المواد 39، 40، 47، 48، 49 من قانون العقوبات. وهي عبارة عن عوامل خارجية، أو عوامل شخصية لصيقة بالجاني تؤدي إلى انعدام مسؤوليته الجزائية ازاء الجريمة التي ارتكبها⁸.

لكن لا بد في هذا الصَّدَد من التمييز بين أسباب الإباحة وأسباب انعدام المسؤولية الجزائية. أي، بين العوامل الخارجية والعوامل الشخصية المعدمة للمسؤولية الجزائية⁹. فقد افترض جانب من الفقهاء في فرنسا بأنَّها لا تختلف¹⁰، غير أنَّ هذا الافتراض غير صحيح. فأوَّلا إنَّ أسباب الإباحة تتعلَّق بنصِّ التَجَرِّيم بحيث تؤدي إلى تعطيل تطبيقه على

¹- J. L. DE LA CUESTA, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe 'ne bis in idem'. Rapport général, R.I.D.P., n^{os} 3-4, vol. 73, 2002, p. 677 § 4.

²- R. BERNARDINI, préc., § 65.

³- « Principe de cumul des responsabilités entre personnes physiques et personnes morales ». V. F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », préc., p. 812 § 23.

يراجع كذلك: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 257.

⁴- يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 267-270.

⁵- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 213.

⁶- V. F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », préc., p. 817 § 37.

⁷- V. R. BERNARDINI, préc., § 56.

⁸- V. H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 87 § 141.

⁹- فالعوامل الخارجية تشير إلى أسباب الإباحة. أما العوامل الشخصية، فتشير إلى موانع المسؤولية الجزائية.

H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 87 § 141.

¹⁰- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

الفعل -المُجرّم في الأصل- لأنّ المجتمع لم يعد بحاجة إلى المعاقبة على هذا الفعل الصادر عن فاعل يحقّ له أو يجب عليه أن يتصرّف لمصلحة المجتمع¹. فهي تلغي الطابع الإجرامي للجريمة، فوق الغاء المسؤولية الجزائية². أما أسباب انعدام المسؤولية الجزائية تتعلّق بشرطي التمييز والإرادة، فتمحي المسؤولية الجزائية بدون أن تمحي الطابع الإجرامي للجريمة المرتكبة³. ثانيا تسري أسباب الإباحة بأثر يشمل مداه كلّ الأشخاص (ويعبر عنه بـ *effet in rem*)، بمعنى أنّها تُطبّق على جميع المساهمين في الواقعة -المُجرّمة في الأصل- المباحة بفعل سبب من أسباب ذلك⁴. ولهذا تعتبر كأسباب موضوعية لعدم المسؤولية الجزائية⁵؛ وقد استعملنا هذا الوصف في هذه الدّراسة. أما أسباب انعدام المسؤولية الجزائية فهي ذات أثر شخصي *in personam* فلا يستفيد منها سوى الشخص الذي تتصل به، ولهذا تعد هذه الأسباب كأسباب شخصية لعدم المسؤولية الجزائية⁶. أما المساهمين الآخرين كالشركاء والفاعلين الأصليين المساعدين الذين لا يتوفّر فيهم ذلك السبب يبقون مسؤولين جزائيا عن الجريمة التي ساهم فيها شخص غير مسؤول جزائيا لسبب شخصي⁷. وهذا الفرق الأخير مهم من الناحية العمليّة⁸. كما أنّها لا تؤدي إلى محو الجريمة، وإنما تقوم بإعفاء المساهم، بصفة شخصية، من المسؤولية الجزائية عن الجريمة التي ساهم فيها، كالإكراه مثلا⁹. غير أنّ هذه الاختلافات لا تعني انعدام الوحدة بين تلك الأسباب. فمن ناحية إجرائية، يستطيع قاضي التحقيق - إذا تدخّل في الخصومة الجزائية¹⁰ - أن يبت في إدانة الشخص محل المتابعة، وأن يتأكّد، لهذا الغرض، من عدم وجود أسباب إباحة أو موانع شخصية للمسؤولية الجزائية كالجنون، فإذا عاين وجود أحدها، فإنّه يستطيع وقف إجراءات المتابعة الجزائية قبل عرض القضية على قاضي الحكم الجزائي¹¹. وبعبارة أخرى، ففي كلا الحالتين لا يمكن مباشرة الإجراءات الجزائية ولا الحكم بالإدانة بناءً على الجريمة المرتكبة¹². والأكثر من ذلك فإنّ الموانع الشخصية للمسؤولية الجزائية وأسباب الإباحة كلاهما يؤدي إلى عدم المسؤولية الجزائية للمستفيد (أو المستفيدين) من سبب من الأسباب السابقة¹³. ولهذا السبب اخترنا دراسة أسباب الإباحة إلى جانب موانع المسؤولية الجزائية في نفس المكان.

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

²- J.-A. ROUX, préc., p. 221 § 65.

³- J.-A. ROUX, préc., p. 220 § 65.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

⁵- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344. V. aussi J.-C. SOYER, préc., p. 107 § 211.

وذلك التقسيم مُنتَقَد في الفقه الفرنسي، لعدة أسباب، كحذف قانون العقوبات الفرنسي الحالي للتقسيم السابق، وعدم التزام القضاء الجزائي هناك به، وأخيرا اعتبار بعض الأسباب تارة كأسباب شخصية لانعدام المسؤولية الجزائية وتارة أخرى كأسباب موضوعية لانعدامها. يراجع:

J.-C. SOYER, préc., pp. 107-108 § 212.

⁷- J.-A. ROUX, préc., p. 221 § 66.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

⁹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 376-377 § 457.

ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، ط. 8، المرجع السابق، ص 310.

¹⁰ - بمعنى إذا كان التحقيق القضائي واجبا أو تم اللجوء إليه على سبيل الاختيار.

¹¹- V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., pp. 362-363 § 196.

¹²- V. J.-A. ROUX, préc., p. 221, 223 § 66.

¹³ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 121.

نعالج هذه الأسباب بتقسيمها، نظرا إلى الاختلاف الموجود بينها¹، إلى نوعين: فأما النوع الأول فيطرق على المسؤول جزائيا، ويؤدي، مع استمرار تطبيق الوصف الجنائي على الواقعة المادية، إلى عدم مساءلته جزائيا عنها، أما النوع الآخر، فيؤثر على السبب المنشئ لهذه المسؤولية، بمعنى الجريمة، بحيث يؤدي إلى الغاء الطابع الإجرامي عن الواقعة، ويتمثل في أسباب الإباحة². وستتم دراستها وفق تدرج محدد، فنبدا أولا بالأسباب الأقل أثرا على الطابع الإجرامي للواقعة المادية، وتتمثل في الأسباب الشخصية لعدم المسؤولية الجزائية. وقد خصصنا لها، تبعا لذلك، المطلب الأول. بعد ذلك ننتقل إلى دراسة الأسباب التي تحي كليا ذلك الطابع، والتي تعرف بأسباب الإباحة. ولقد خصصنا لها المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: انعدام المسؤولية الجزائية لعارض متعلق بالشخص المسؤول جزائيا

في البداية، ينبغي تحديد الأسباب الشخصية لانعدام المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. إذ يبدو أنها لا تنطبق جميعا على الجرائم السابقة، وإنما يقتصر الأمر على بعضها فقط. لذلك سنحاول فيما يأتي أن نحصر نطاقها في إطار تلك الجرائم. وسنخلص منه إلى تحديد الأسباب التي ستطرق إليها في هذا المطلب.

تتعدد العوارض الشخصية للمسؤولية الجزائية في القانون الجنائي³. فهذه المسؤولية تنعدم كلية⁴ إما بسبب صغر السن، أو الاضطراب العقلي، عند المساهم في ارتكاب الجريمة في كلا الحالتين⁵. والسببان السابقان ينفيان شرط التمييز⁶. كذلك يعتبر الإكراه، والذي ينعت أيضا بالقوة القاهرة Force majeure عند فقهاء القانون الجنائي⁷ - كالاضطراب العقلي - من الأسباب الشخصية لعدم المسؤولية الجزائية عن الجريمة⁸. غير أنه ينصب على حرية الإرادة⁹. وأخيرا، الغلط الذي ينفي أيضا تلك المسؤولية¹⁰ بسبب انعدام الخطأ لدى الجاني، أما التمييز وحرية الاختيار فيقيان قائمين لديه في الغلط¹¹. ولقد نص قانون العقوبات على أكثرها، ويتعلق الأمر بالجنون (المادة

¹ - V. J.-A. ROUX, préc., p. 221 § 65.

² - ولقد اعتبر Pradel أسباب الإباحة من عوارض التكيف Obstacles à la qualification، لأنها تحمي، بتوفر شروط محددة، الطابع الإجرامي لسلك معين. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 299 § 343. ويراجع في نفس الرأي: J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 162 § 283. ويحظى هذا الرأي بتأييد الفقه الجنائي الفرنسي. يراجع على سبيل المثال:

E. LEPOINTE, « Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », D., 1996, n° 29, p. 247 sq.

ولقد تعينت هنا دراسة أسباب الإباحة في الفصل المتعلق بالمسؤولية الجزائية خارج الفصل المخصص للأركان المؤسسة في الجريمة، نظرا إلى أنها "لا ترد إلا على جريمة مكتملة الأركان بما فيها الركن الشرعي"، نقلا عن: م. م. محمود، المرجع السابق، ص 41 الفقرة 38. وهذا الشيء يستدعي إذن دراسة ذلك الموضوع بصورة مستقلة تماما عن دراسة عناصر الجريمة. نفس المرجع، نفس المكان.

³ - يسميها Soyser بأسباب عدم الإسناد Causes de non-imputabilité. يراجع: J.-C. SOYER, préc., p. 108 § 213.

⁴ - فهي تنفي المسؤولية الجزائية بصورة شاملة Totale، ولا يقتصر أثرها على التخفيف منها فحسب. J.-C. SOYER, préc., p. 107 § 211.

⁵ - J.-C. SOYER, préc., p. 108 § 213.

⁶ - J.-A. ROUX, préc., p. 163 § 45.

⁷ - V. M. DANTI-JUAN, « Force majeure », *Rép. pén.*, janvier 2015, § 3.

⁸ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 440 § 531.

⁹ - J.-A. ROUX, préc., pp. 171-172 § 49 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 440 § 531.

¹⁰ - J.-C. SOYER, préc., p. 108 § 213.

¹¹ - V. J.-A. ROUX, préc., p. 177 § 50.

47)، والاكراه (المادة 48)، وحداثة السن (المواد 48 إلى 51)¹، بإستثناء الغلط الذي لا يوجد له نصّ في ذلك القانون².

لكنها لا تُطبّق جميعا على جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة. فالمسؤوليّة الجزائيّة في بعض هذه الجرائم، بسبب صفة الموظف العموميّ المطلوبة في فاعلها المباشر، لا تنعدم لحالة صغر السن لدى فاعلها المباشر، لأنّ الولوج إلى الوظيفة العموميّة -وبالتالي اكتساب صفة الموظف العموميّ التي يلزم أن تتوافر فيه وإلا فإنّ الجريمة المُخصّصة لا تقوم قانونا- يتوقف على بلوغ المرشّح سن محدّدة تفوق السن التي لا يسأل فيها الشّخص جزائيا عن الجرائم التي ارتكبتها. كذلك الأمر بالنسبة إلى الفاعل القاصر في الجريمة المحدّدة بالمادة 26-2 من القانون رقم 06-01 الذي لا يحصل على الترشيد لممارسة الأعمال التجاريّة، الذي قد يوفر له فرصة ارتكاب تلك الجريمة، إلا إذا كان عمره يزيد عن 13 سنة التي تنتفي عندها المسؤولية الجزائيّة.

يسمى الشّخص الطبيعيّ غير المسؤول جزائيا بسبب سنه بالقاصر في قانون العقوبات³. وتنقسم أحكامه الجزائيّة إلى قسمين بحسب سنه الذي يحدّد بالعودة إلى وقت ارتكاب الجريمة⁴. القسم الأوّل يتعلّق بالقاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر الذي لا يتعرض في هذه الحالة لأيّ متابعة جزائيّة إذا لم يكمل 10 سنوات، أو يتعرض لتدابير الحماية أو التهذيب، إذا كان سنه يتراوح من 10 إلى 13 سنة⁵. وفيها تنعدم مسؤوليته الجزائيّة⁶. ولا يعقل أن يشارك شخّص في مثل هذا السن في نشاط الشراء العموميّ بصفته موظفا عموميّا. أما القسم الثاني فيتعلّق بالقاصر الذي يبلّغ سنه ما بين 13 إلى 18 سنة. ويتعرض هنا، إذا كانت الجريمة جنائية أو جنحة، إما إلى تدابير حماية أو تدابير تربية أو عقوبات مُخفّفة⁷. وقد حدّدت المادة 50 من قانون العقوبات كميّة هذه العقوبات المُخفّفة. يسري الأمر كذلك على حالة الجنون، والتي لا تشمل معنى الإعاقة الذهنيّة⁸، فهي من الأسباب الشّخصيّة لعدم

وهناك من يرى أنّ الغلط يستطيع أيضا الغاء التمييز Discernement لأنّه يمنع الجاني من تمثّل نتائج سلوكه الاجرامي. ويبدو منه أنّ الغلط يؤثر أيضا على الشّروط النفسية للمسؤوليّة الجزائيّة، وليس على الخطأ فقط، باعتباره صورة للرّكن المعنويّ في الجريمة. يراجع:

J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308.

- ¹ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، ط. 8، المرجع السابق، ص 310.
- ² - أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 190. وقد تكلم هنا عن الغلط في القانون. أما بالنسبة إلى الغلط في الوقائع. فقد أشار إلى أنّه لا أثر له على المسؤولية الجزائيّة. نفس المرجع، ص 192. وربما لهذا السبب لم ينصّ عليه قانون العقوبات.
- ³ - يراجع: ق.ع.، المواد 49، 50، 51.

⁴ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 445 § 540.

- ⁵ - يراجع: ق.ع.، المادة 49 (الفقرتان 1 و 2) كما جرى تعديلها بموجب القانون رقم 14-01 مؤرخ في 4 فبراير سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 16 فبراير سنة 2014، ص 4.

⁶ - J.-C. SOYER, préc., p. 108 § 213 et p. 417 § 934.

- ⁷ - ق.ع.، المادة 49 (الفقرة 3).

⁸ - فقد سبق وأنّ قرّرت المحكمة العليا بأنّ الإعاقة الذهنيّة، وعلى عكس الجنون، لا تعتبر سببا لانعدام المسؤولية الجزائيّة في مفهوم المادة 47 السابقة. يراجع: المحكمة العليا، الغرفة الجزائيّة، قرار رقم 819475 مؤرخ في 27 ديسمبر 2018، (ح. م.) ضد: النيابة العامة، رقم-الملف-0819475-تاريخ-القرار-27-12-2018/الغرف-الجزائية/من-قرارات-المحكمة-العليا(11/07/2021) . <http://www.coursupreme.dz/>

المسؤولية الجزائية¹، لكنها نادرا ما تُطبَّق على جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العمومية². غير أنَّ أثر هذه العاهة العقلية لا يقتصر على إسقاط المسؤولية الجزائية فقط، وإنما قد تحدث أيضا آثارا قانونية على صعيد مختلف كوقف الدَّعوى العمومية Suspension de l'action publique أو الانقضاء المؤقت للعقوبة السالبة للحرية المحكوم بها ضده، إذا طرأ ذلك العارض أثناء محاكمته أو عند بداية مرحلة تنفيذ الحكم بالإدانة³.

وبناءً على ما سبق، سنتناول في الفرع الأوَّل عارض الإكراه الذي ينفي حرية الاختيار. ثُمَّ في الفرع الثاني ندرس عارض الغلط الذي ينفي الخطأ. فهذا السَّبب، وبخاصَّة عندما ينصب على نصِّ التَّجريم، يحتلُّ أهمية خاصة في مجال الجرائم المُتَّصِلة بمجالات قانونية ذات طبيعة معقدة وفنية Technique⁴، ومن أبرزها جريمة المحاباة التي تتكون من مخالفة على قواعد قانونية تتسم بالتعقيد والتشعب وذات طابع فني (المقصود بها قواعد قانون الصفقات العمومية)، بعكس الجرائم الطبيعية Infractions naturelles كالقتل والسرقة⁵، بل والرشوة كذلك فيما يتعلَّق بالفساد، التي لا يتصور قبول مثل ذلك الغلط فيها⁶. متخذين من موقف قانون العقوبات أساسا لتقسيم هذا المطلب حيث ندرج في البداية في دراسة الإكراه، لأنَّ المُشَرَّع ينصُّ عليه بصراحة. بعد ذلك ندرس الغلط الذي يمكن أن يشكل عارضا للمسؤولية الجزائية في مجال جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العمومية. علاوة على أنَّ الغلط ينطوي كذلك على الإكراه، لأنَّ سببه، الذي يربطه بأثره القانوني المرجو والمتمثَّل في الاعفاء من المسؤولية الجزائية، يكمن في استحالة العلم⁷. لهذا أيضا تتحتم دراسة الإكراه أولا باعتباره سببا مستقلا لانعدام المسؤولية الجزائية، ثُمَّ دراسة الغلط الذي يمتزج أيضا بالإكراه.

للتذكير فإنَّ النصوص الجنائية المحدَّدة لهذه الأسباب وردت في قانون العقوبات تحت الفصل 2 بعنوان "المسؤولية الجزائية" -الذي ينتمي إلى الباب 2 من الباب 1 من الكتاب 1 من الجزء 1- لكنها تقول في محتواها "لا عقوبة"⁸ كإشارة إلى الأثر الذي يترتب على تلك الأسباب، الشَّيء الذي قد يعني أنَّ تلك الأسباب لا علاقة لها بالمسؤولية

وبالتالي، فإنَّ الإصابة بإعاقه ذهنية لا يعني من المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العمومية.

¹ نصت على هذه الحالة المادَّة 47 من قانون العقوبات بقولها: "لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة وذلك دون الاخلال بأحكام الفقرة 2 من المادَّة 21". وتعلَّق المادَّة 21 من نفس القانون بالحجر القضائي، وهو تدبير أمن يُطبَّق على المجنون.

² علينا التمييز هنا بين حالتين. طرأ الجنون قبل الالتحاق بالوظيفة العمومية. ومن المستبعد جدا أن يوجد موظف عمومي في مثل هذه الحالة، لأنَّ من شروط الالتحاق بالوظيفة العمومية أن يكون الشَّخص متمتعا بكامل قواه العقلية. ولكن الجنون قد يطرأ بعد الالتحاق بالوظيفة العمومية. وفي هذه الحالة يرجح أن ينطبق على تلك الجرائم، وبخاصَّة إذا كان ذلك الجنون غير ظاهر على الموظف العمومي.

³ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 723-724 § 886, p. 723 marge n° 1.

⁴ B. BOULOC., *Droit pénal général*, préc., p. 382 § 463 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308 ; B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 72 ; N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », R.S.C., 1999, n° 4, p. 711 sq. § 18.

⁵ - إنَّ تقسيم الجرائم إلى طبيعية وأخرى مصطنعة Artificielles يرجع إلى Garofalo. راجع:

H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 37 § 70.

⁶ B. BOULOC., *Droit pénal général*, préc., p. 382 § 463 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308 ; B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 72 ; N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 18.

⁷ V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308.

⁸ - راجع: ق. ع.، المادَّتان 47 و48.

الجزائية. كما أنّ تلك الأسباب تخصّ الأشخاص الطبيعية، أما الأشخاص المعنوية فلا يمكنها أن تكون محلاً للأسباب السابقة، نظراً إلى طبيعتها، غير أنّها تستفيد من الآثار القانونية لتلك الأسباب، إذا توافرت في الشخص الطبيعي المسؤولة جزائياً عن جرمته، بناءً على فكرة استعارة الإجرام القائمة على ارتباط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وجوداً أو عدماً، بتلك المتعلقة بالأشخاص الطبيعية¹. مما قد يشكل إستثناءً من الأثر الحصري *Effet in personam* للموانع الشخصية للمسؤولية الجزائية.

الفرع الأول: الإكراه

لا اختلاف في القانون الجنائي حول أثر الإكراه المعفي من المسؤولية الجزائية². وتأكيداً على ذلك، نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات³ -المطابقة لأفكار المذهب النفعي ومن أنصاره⁴ Beccaria- بقولها: "لا عقوبة على من اضطرت به إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها". فالإكراه سبب نفسي⁵ يعدم إرادة إتيان السلوك لدى المجرّم الذي لا يسأل جزائياً لهذا السبب⁶، إذ يسلبه حرية القيام بسلوك مختلف عن السلوك المجرّم الذي اقترفه⁷ أو الامتناع عن القيام بالسلوك المجرّم⁸. وبمعنى آخر، إنّهُ يؤدي إلى تحلّف شرط حرية الإرادة اللازم لدى المساهم في الجريمة لقيام مسؤوليته الجزائية: فمن لم يُرد الفعل -المجرّم- لا يمكن أن يُجرّم⁹، ولهذا لا يعتبر خطيراً على المجتمع¹⁰. وينطبق الإكراه على جميع الجرائم المحددة في قانون العقوبات أو المنصوص عليها في القوانين الخاصة¹¹، كجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية في القانون رقم 06-01.

لكن يبدو أنّ معنى الإكراه يتميز بأنّه واسع بحيث يستطيع أن يضم ظروف مختلفة لا يمكن أن يشكل جميعها سبباً معدماً لحرية الاختيار لدى الشخص المجرّم. لذلك يتعين أولاً تحديد أنواع الإكراه التي تعفي من المسؤولية الجزائية (الفقرة الأولى) ثمّ تحديد شروطه (الفقرة الثانية) التي تتحدّد على ضوءها آثاره (الفقرة الثالثة).

أولاً: أنواع الإكراه في القانون الجنائي

يُعرّف الإكراه في القانون الجنائي بأنّه: "إكراه يمارس على جسم المجرّم أو نفسه يعدم لديه إرادة الاختيار، ويمنعه

¹- V. J.-C. SOYER, préc., p. 137 §§ 301-302. V. aussi M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 9.

²- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 302 : « Toutes les théories pénalistes recommandent que la contrainte ait un effet exonératoire [...] ».

³- وفي فرنسا، نصت عليه المادة 122-2 من قانون العقوبات الجديد، والمادة 64 من قانون العقوبات القديم.

⁴- فبالنسبة إلى أنصار ذلك المذهب فإنّ المسؤولية الجزائية لا تقوم إلا إذا كانت نافعة للمجتمع، وكان المسؤول جزائياً متمتعاً بكامل حريته. ولهذا يعتبر

الإكراه من مظاهر المسؤولية الجزائية النفعية. يراجع: B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., §§ 6-7.

⁵- « Cause psychologique ». B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 376 § 457.

⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 440 § 531 ; J.-C. SOYER, préc., p. 110 § 221.

⁷- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 302.

⁸- J.-A. ROUX, préc., p. 172 § 49.

⁹- وهذا التعليل مبني على فكرة تقليدية ترى أنّ المسؤولية الجزائية ترتبط بجرية الاختيار لدى الإنسان التي تضيي على السلوك الإجرامي طابع الخطأ. فإذا تحلّفت تلك الحرية لدى الجاني، بسبب الإكراه مثلاً، فإنّ سلوكه السابق يفقد تبعاً لذلك طابعه الخاطي. يراجع:

B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 3.

¹⁰- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 302.

¹¹- V. J.-A. ROUX, préc., p. 172 § 49 ; C. LOMBOIS, préc., p. 62.

من تنفيذ واجباته أو يدفعه إلى ارتكاب سلوك معاقب عليه¹. ويتبين منه أنَّ الإكراه يشمل الجرائم ذات السلوك الإيجابي أو السلبي (الامتناع) على حدٍّ سواء². وبالرغم من أنَّ قانون العقوبات لم يهتم بالتمييز بين هذين النوعين³، فإنَّ الإكراه ينقسم، بالنظر إلى شكله، إلى نوعين في القانون الجنائي. أولاً، يوجد هناك الإكراه الماديّ، وهناك ثانياً الإكراه المعنويّ⁴. وستبين من دراسة هذين النوعين من الإكراه أنَّ هناك تقارب كبير بين عوارض المسؤولية الجزائية في القانون الجنائيّ والظروف الاستثنائية في قانون الصّفقات العموميّة⁵.

أ- الإكراه الماديّ

وهذا النوع من الإكراه يُمارَس على جسم المُكْرَه ويَعْدِم إرادته⁶، وهو ذو مصدر ماديّ Physique⁷؛ وينقسم بدوره إلى نوعين، إذا نظرنا إلى مصدره، مع العلم أنَّ كلاهما يؤدي إلى عدم مساءلة المُكْرَه جزائيّاً⁸، بما أنَّ قانون العقوبات لا يميز بين النوعين من الإكراه، فيجوز للقضاء الجزائيّ، متى تبين له أنَّ الإكراه الماديّ، بغض النظر عن نوعه، قد اعدم الإرادة لدى مرتكب الجريمة⁹. فهذا الإكراه قد يكون خارجي Externe، بحيث ينتج عن ظروف أو عوامل أجنبية عن المُكْرَه¹⁰، ولكنه قد يكون أيضاً داخلي Interne¹¹ عندما يرتبط الإكراه بظروف لصيقة بالمُكْرَه¹². فأما الإكراه -الماديّ- الخارجي الذي يقع على المُكْرَه فيرجع إما إلى واقعة إنسانية، ويجب في هذه الحالة أن تصدر عن شخص من الغير، أو بسبب واقعة طبيعية¹³، أو أخيراً بسبب فعل الأمير Fait du prince¹⁴. يشار هنا إلى أنَّ نظرية فعل الأمير تُطبّق كذلك على الصّفقات العموميّة¹⁵، وتؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية بدون

¹ - نقلا عن:

M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 3 : « Plus précisément, on définira ici la force majeure comme une contrainte qui s'exerce sur le corps ou l'esprit de l'agent et qui, en abolissant chez lui toute liberté de choix, l'empêche d'exécuter ses obligations ou l'oblige à commettre un acte répréhensible. »

² - V. M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 3.

³ - وهذا ما يحدث في قانون العقوبات الفرنسي. يراجع: J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 302.

⁴ - J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 223.

⁵ - لهذه الظروف آثار هامة على إبرام وتنفيذ الصّفقة العموميّة، كتبرير اللجوء إلى إجراء إبرام غير شكليّ الذي قد يشكل جريمة لو أنَّ الموظف العموميّ طبقها بصورة مخالفة للقانون.

⁶ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 440 § 532.

⁷ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 377.

⁸ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 441 § 534.

لا يكتسب تقسيم الإكراه إلى أنواع أهميّة إلا في حالة الإكراه المعنويّ. يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁹ - يراجع في القانون الفرنسي، وهو الرأي الذي ينطبق أيضاً على القانون الجزائري:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 378 § 458.

¹⁰ - M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 17.

¹¹ - J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 223.

¹² - M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 17.

¹³ - V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 440-441 § 533 ; J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 224.

ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 320.

¹⁴ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 441 § 533.

ويضرب Pradel مثالا عن ذلك بالشخص الطبيعيّ الموقوف في الحبس الذي لم يستطع الامتناع لاستدعاء وجهته إليه السُلطات العسكرية. نفس المرجع،

نفس المكان. كذلك قد يكون مصدره الحيوان. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 377 § 458.

¹⁵ - يراجع: ع. بوضياف، المرجع السابق، ص 238.

خطأ في جانب الإدارة العمومية¹. وعليه، إذا كانت الجريمة تنطوي على اقتراف خطأ عقدي -وهو ليس الشأن في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة- فإنّ فعل الأمير، باعتباره إكراهًا ماديّ خارجيّ، قد يعدم المسؤولية الجزائيّة بسبب تلك الجريمة.

أما الإكراه -الماديّ- الدّاخليّ فمصدره أمر ذاتي مرتبط بالشّخص المُكْرَه، كمرض أصابه فأفقدته الوعي مما أدى إلى ارتكابه جريمة ما، كجريمة السفر بدون تذكرة²، أو عجز جسماني لدى المُكْرَه الذي يلزم -حسب القضاء الجنائيّ الفرنسي- أن يجعل من احترام أحكام القانون الجنائيّ أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة *Impossibilité absolue*³. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، ينظر إلى الإكراه الماديّ في القانون الجنائيّ على أنّه كالقوة القاهرة *Force majeure* في القانون المدني⁴ التي تنطبق كذلك على العقود الإدارية⁵ كالصّفقات العموميّة؛ غير أنّه يختلف عنها في أنّه يعني من المسؤولية الجزائيّة ولو كان داخلياً⁶، ونظراً كذلك إلى فكرة ذاتية القانون الجنائيّ⁷. لنلاحظ بهذا مجدداً العلاقة الوطيدة القائمة بين عوارض المسؤولية الجزائيّة في القانون الجنائيّ وأحكام الصّفقات العموميّة في القانون الإداري. فإذا كانت القوة القاهرة تعفي من المسؤولية العقدية في قانون العقود الإدارية، فالمتعاقد مع الإدارة العموميّة -المدين- الذي أخل بتنفيذ التزاماته الاتّفاقية بسبب القوة القاهرة -أو فعل الأمير أيضاً- لا يسأل عقدياً عن خطئه العقدي السابق، فإنّ الإكراه الماديّ، باعتباره قوة قاهرة، يعني كذلك من المسؤولية الجزائيّة، إذا شكل ذلك الاخلال جريمة. ومن هذا نلاحظ أنّ وجود قوة لا قبل للإنسان بدفعها يعتبر من موانع المسؤولية القانونيّة في مجال الصّفقات العموميّة سواءً كانت عقدية أو جزائيّة.

ب- الإكراه المعنويّ

وهذا النوع، وعلى عكس الإكراه الماديّ، يقع على الإرادة -بخلاف الإكراه الماديّ الذي يقع على جسم المُكْرَه- ويمحي حرية الاختيار لدى المكره⁸، بأنّ يمارس ضغطاً على إرادة الفرد بضوّة تقوده إلى ارتكاب السّلوك المحظور⁹.

¹- V. L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 295 § 579.

ويُعرّف فعل الأمير في قانون العقود الإدارية بأنّه: "قرار إداري أو سُلوك صادر عن الإدارة الذي لا يمكن التنبأ به عند إبرام العقد والذي يترتب نتائج على تنفيذ هذا العقد". L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 296 § 580. ولا يشترط أن يكون ذلك القرار أو السّلوك صادراً عن الإدارة المتعاقدة فقط. ولكنه قد يصدر عن إدارة أخرى. يراجع: L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., p. 297 § 584.

²- V. J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 225.

³- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 441 § 534.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 440 § 531 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, p. 379 § 459 ; B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 66.

⁵- ويعرف قانون العقود الإدارية نظرية أخرى تسمى بالقوة القاهرة الإدارية *Force majeure administrative*، وهي من ابتكار القضاء الإداري الفرنسي، وشروطها أقل صرامة من شروط القوة القاهرة التي تخلص المتعاقد من المسؤولية العقدية (فمثلاً، لا يلزم لتطبيق تلك النظرية أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً). يراجع حول هذه النظرية:

L. RICHER, F. LICHÈRE, préc., pp. 282-283 §§ 539-540 ; C.-É. BUCHER, préc., pp. 174-176 §§ 206-209.

⁶- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 303.

⁷- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 66.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 441 § 535 ; J.-A. ROUX, préc., p. 164 § 49 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 15.

⁹- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 68 : « La contrainte morale peut être définie comme une pression exercée sur la volonté d'un individu, ainsi amené à commettre un acte prohibé. ».

لكنه ينقسم، كالإكراه المادي، إلى إكراه -معنوي- خارجي وداخلي كذلك¹. فيكون الإكراه -المعنوي- خارجيًا إذا نجم عن تحديد حقيقي من شخص من الغير². وهذا أمر وارد في مجال الصفقات العمومية، بحيث قد يتعرض الموظف العمومي للإكراه على ارتكاب جريمة فساد بسبب قوة ونفوذ بعض المتعاملين الاقتصاديين داخل الأسواق الوطنية كالشركات ذات الجنسيات المتعددة Sociétés multinationales³، فيقترب بسبب ذلك الإكراه والضغط جريمة من إحدى جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

لكن، بالعكس، لا يستطيع الراشي، بالرغم من وضعيته الضعيفة في إطار اتفاق الرشوة إزاء الموظف العمومي المرتشي بسبب استغلال هذا الأخير لوظيفته، التذرع بأنه تعرض لإكراه معنوي صادر عن ذلك الموظف، إذا طلب منه هذا الأخير تقديم مزية غير مستحقة⁴. وأكثرها يقع بمناسبة إبرام صفقة عمومية حيث تخضع في العادة المؤسسات المرشحة، من أجل ارساء العقد عليها، لشروط فساد يملئها عليها الموظف العمومي المرتشي⁵. غير أنها لا تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائية عن جريمة الراشي بسبب الإكراه.

ومن أمثله التطبيقية حكم الغرفة الجنائية لدى محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 14 ديسمبر 2000، وتتلخص وقائع القضية في قيام رئيس بلدية فرنسية، بعد إعلان عدم جدوى طلب عروض لإبرام صفقة عمومية بدون سبب مشروع، والذي اعتبره القاضي الجنائي في هذه الحالة كتزوير معاقب عليه، بالتوقيع على السند -المزور- الذي يعلن عدم جدوى طلب العروض السابق بحجة أنه أراد تفادي استقالة 22 عضوا بالمجلس البلدي الذي يترأسه كانوا قد هددوا رئيس البلدية ذاك بالاستقالة في حال لم يعلن عن عدم جدوى طلب العروض، لكن محكمة النقض الفرنسية استبعدت في هذه الحالة وجود إكراه معنوي تعرض له رئيس البلدية المدان بالتزوير⁶. وللإشارة، فإن تقديم موظفين عموميين استقالتهم بصورة جماعية تشكل جريمة التواطؤ Coalition⁷ المعاقب عليها في الجزائر بالمادة 115 من قانون العقوبات.

يلاحظ من المثل القضائي السابق: أولاً، أنه، وإن كان يتعلّق بجريمة التزوير في الصفقات العمومية، فإن وقائعه تتضمن عناصر مكوّنة لجريمة فساد تخص الصفقات العمومية، وهي جريمة المحاباة⁸، بحيث أن إعلان عدم جدوى إجراء إبرام الصفقة العمومية يعتبر، طبقاً للقضاء الجنائي الفرنسي، من الأفعال المشكّلة لتلك الجريمة⁹. ثانياً، أن جريمة التزوير في المثل السابق تعد من قبيل الجرائم -الوسيلة Infractions-moyens (وهي الجريمة التي تُستعمل

¹- J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 223.

²- V. J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 226.

³- الترجمة مقتبسة عن: م. ف. العيني، م. س. الفقي، المرجع السابق، ص 187 الفقرة 118.

⁴- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 139.

⁵- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 140.

⁶- Crim., 14 décembre 2000, pourvoi n° 99-86.732, cité dans : B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 69.

⁷- V. G. CASIL-HUGES, « Abus d'autorité », Rép. pén., février 2005, § 8.

⁸- يعاقب عليها في القانون الفرنسي -ما دام المثل يتعلّق بهذا القانون- بالمادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي، والمادة 26-1 من القانون رقم 06-01 في الجزائر.

⁹- V. D. SEBAN, I. GUTTADAURO, préc., p. 59.

كوسيلة لارتكاب جريمة أخرى تسمى بالجريمة-الغاية (Infraction-fin)¹ في الصّفقات العموميّة التي تستعمل لارتكاب احدى جرائم الفساد الخطيرة في مجال الصّفقات العموميّة كجريمة رشوة الموظفين العموميين أو جريمة المحاباة². ثالثاً، إنّ التهديد بالاستقالة من المجلس البلديّ لا يشكل -في نظر القضاء الجنائيّ الفرنسي- إكراها يبرر ارتكاب جريمة التزوير، وجريمة المحاباة من باب القياس. ربما لأنّ ذلك التهديد لم يكن غير شرعي Illégitime وملح جداً Menace assez pressante وهما من شروط الاكراه المعنويّ المقبول كسبب معفي من المسؤولية الجزائيّة³، كما أنّه لم يكن جديّ Sérieuse⁴، لدرجة اعدام حرية الارادة⁵ لدى رئيس البلدية المتابع جزائياً. أخيراً، فإنّ القاضي الجزائيّ، بمجرد إثبات المسؤولية الجزائيّة للمُكْرَه، يمكنه الاعتداد بالإكراه -غير المعفي من المسؤولية الجزائيّة- كسبب لتخفيف عقوبة المُكْرَه⁶.

كذلك ينجم الإكراه المعنويّ الخارجيّ عن إثارة فكرة الجريمة لدى الشّخص من أجل استغلال ذلك ضده Suggestions⁷، ومثالها قيام أعوان الضبطية القضائية بتحريض الجناة المحتملين على ارتكاب جريمة ما لإثبات تورّطهم⁸، والتي قد تؤدي، علاوة على إعفاء الجناة المحتملين من المسؤولية الجزائيّة، إلى بطلان الإجراءات ودليل الإثبات⁹. ويكون الإكراه المعنويّ داخلياً، إذا كان مصدره مشاعر داخلية لدى الشّخص المُكْرَه التي تدفعه إلى ارتكاب الجريمة¹⁰، كالعواطف والمعتقدات الفردية¹¹. ولا تنعدم المسؤولية الجزائيّة بسبب الإكراه المعنويّ إلا في الحالة الأولى عندما يكون هذا الإكراه خارجي¹²، أما في الحالة الثانية، فإنّ الإكراه المعنويّ لا يعدم المسؤولية الجزائيّة إلا إذا أدى مصدر الإكراه -وهو كما رأينا داخليّ صرف- إلى فقدان حرية الاختيار، وهي حالة نادرة الحدوث¹³. ولذلك يقال إنّ الاكراه المعنويّ لا يعدم المسؤولية الجزائيّة إلا في حالات ضيّقة¹⁴.

يشار في الأخير إلى أنّ الإكراه -بنوعيه- المعفي من المسؤولية الجزائيّة قد يشكل جريمة يعاقب عليها القانون يرتكبها مَنْ صدر منه الإكراه، والذي يكون في هذه الحالة شخصاً طبعياً -لأنّه الوحيد القادر على ارتكاب

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 294 § 340.

²- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 164-166.

³- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 379 § 460.

⁴- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 69.

⁵- إذ يشترط في التهديد الملح جداً أن يؤدي إلى اعدام حرية الاختيار لدى الفرد. يراجع:

B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 69.

⁶- V. B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 68.

⁷- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 442 § 536.

⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p.442 §536. V. aussi H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., pp.216-217 §376.

⁹- يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

¹⁰ V. J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 227.

¹¹ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 442 § 537.

¹² J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 442 § 535 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 303 ; B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 69.

¹³ V. J.-C. SOYER, préc., p. 111 § 227. V. aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 442 § 537.

¹⁴- V. B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 68 : « Les hypothèses de contrainte morale ne sont admises comme causes d'irresponsabilité que de manière restrictive. »

الجريمة¹ - ومثلها في ميدان قريب من مجال الصّفقات العموميّة جريمة التعرض لحرية المزايدات المحدّدة بالمادّة 175 (الفقرة 1) من قانون العقوبات التي تنصّ على ما يأتي: "يرتكب جريمة التعرض لحرية المزايدات ويعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 200.000 دينار كل من عرقل حرية المزايدات أو المناقصات أو تعرض لها أو أخل بها بطريق التعدي أو العنف أو التهديد وذلك في المزايدات على الملكية أو حق الانتفاع أو على تأجير الأموال العقارية أو المنقولة أو على المقاولات أو التوريدات أو الإستغلالات أو أية خدمات أخرى أو شرع في ذلك سواء قبل المزايدة أو المناقصة أو أثناءها"². ومن باب المقارنة، يلاحظ أنّ القانون الفرنسي يعتبر تقديم الهبات Dons والوعود Promesses من صور عرقلة حرية المزايدات والمناقصات، مما جعلها أقرب إلى جريمة الرشوة، وقاد محكمة النقض الفرنسية إلى التطبيق عليها الحلول القضائية التي توصل إليها بشأن جريمة الرشوة كطبيعة الجريمة إنّ كانت فورية أم مستمرة، وتقدم الدّعى العموميّة³. وتعاقب عليها الفقرة 2 من المادّة 175 من قانون العقوبات الجزائري تحت نفس الوصف، جريمة التعرض لحرية المزايدات⁴. أما في القانون البلجيكي، فقد سبق لمحكمة النقض هناك في سنة 2016 والمحكمة الدّستورية البلجيكية في سنة 2021 وأنّ قرّرا بصراحة أنّ نطاق جريمة التعرض لحرية المزايدات عندما تُطبّق على الصّفقات العموميّة فإنّ نطاقها ينحصر في الصّفقات التي تُبرّم وفق إجراء تعاقد تنافسي وعلني، ولا تُطبّق على الصّفقات التي تتم عن طريق التفاوض أيضا⁵.

وبفرض تطبيق ذلك النصّ الجنائي على الصّفقات العموميّة في الجزائر أيضا، فإنّها قد تؤدي إلى عدم مساءلة الموظف العمومي الذي يقوم، بسبب تعرضه للتعدي أو العنف -وهما من صور الإكراه الماديّ- أو التهديد -وهو من قبيل الإكراه المعنويّ- في مفهوم المادّة 175 السابقة، بمخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة المُكوّنة لجريمة المحاباة المعاقب عليها بواسطة المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01. وفي المقابل، يعاقب المعتدي بالعقوبات المُقرّرة لجريمة عرقلة حرية المزايدات والمناقصات.

ثانيا: الشّروط التي يجب أن تتوافر في الإكراه

رأينا فيما سبق أنّ للإكراه أنواعا عديدة ومختلفة. فمنها ما يؤدي إلى انعدام المسؤوليّة الجزائيّة. بينما لا يؤثر بعضها الآخر على قيام هذه المسؤوليّة. وما يميز لنا بين هذه الأنواع هي الشّروط التي تجعل من الإكراه أهلا للإعفاء من المسؤوليّة الجزائيّة⁶. فالإكراه يتطلب، لإنتاج أثره القانونيّ المُتمثّل في إعفاء الجاني من المسؤوليّة الجزائيّة عن الجريمة

¹ - أما إذا كان مصدر الإكراه قوة طبيعية فلا جريمة في هذه الحالة.

² - ويلاحظ أنّ المُشرّع ذكر اسمها القانونيّ في تعريفها. وهناك حالات ماثلة لهذا في قانون العقوبات، ولكنها قليلة. يراجع مثلا: ق.ع، المادّة 172.

³ - G. ROYER, note sur cass. crim., 5 juin 2007, pourvoi n° 05-87.782, AJ Pénal, 2007, n° 9, p. 382 sq.

⁴ - نشير إلى أنّه برغم تطبيق الجريمة أعلاه على الصّفقات العموميّة، فإنّها لم تغطى باهتمام الفقه الجنائيّ في هذه العقود، ومنهم على سبيل المثال

Prebissy-Schnall التي لم تعالجها ضمن دراستها الأساسيّة في هذا المجال والمتعلّقة بالمعاقبة في قانون الصّفقات العموميّة في فرنسا.

⁵ - يراجع حكم المحكمة الدّستورية البلجيكية وقرار محكمة النقض البلجيكية المذكور فيه:

Cour constitutionnelle belge, 11 mars 2021, arrêt n° 42/2021, <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-042f.pdf> (09/04/2023).

⁶ - ويشير إليها بعض الفقهاء في فرنسا بالتحديد عن خصائص الإكراه المعفي من المسؤوليّة الجزائيّة Caractères de la contrainte الجزائيّة. يراجع: J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 304 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 443 ; J. LEROY, *Droit*

المرتكبة تحت الاكراه، وجود شَرْط أساسي هو أن يكون الظَرْف غير قابل للدفع¹ Irrésistible. ويلزم في الاكراه المادي والمعنوي معا². ولقد عبّرت عنه المادة 48 من قانون العقوبات بقولها: "قوة لا قِبَل له بِدَفْعِهَا"³. غير أن القضاء الجزائي، وبالتحديد القضاء الفرنسي، يشترط فوق ذلك أن يكون هذا الظَرْف غير متوقع⁴، ومقياسه يتمثل في ألا يكون المُكْرَه قد ارتكب خطأ سابق عن الجريمة⁵. وسوف نتطرق إلى هذه الشُّروط فيما يأتي.

أ- يجب أن يكون الظَرْف غير قابل للدفع

يعني هذا الشَّرْط⁶ (ويمكن أن يسمى بشَرْط الاضطرار) استحالة الامتثال من طرف الجاني المُكْرَه لأحكام القانون الجنائي استحالة مطلقة⁷. ويتحقق ذلك عندما ينعدم كل خيار أمام المُكْرَه الذي يواجه ظَرْف الاكراه ما عدا خيار ارتكاب الجريمة⁸. بحيث يكون المُكْرَه، كما يتبين من نص المادة 48 من قانون العقوبات، مضطرا إلى ارتكاب الجريمة بسبب "قوة لا قبل له بدفعها"، كالتهديد الفعلي مثلا الذي لا يترك أمام الشَّخص المُهدَّد حلا آخر سوى ارتكاب الجريمة.

أما عن طريقة الحكم على وجود هذا الشَّرْط، فإنها تتم إما بفحصه بصورة موضوعية *in abstracto* بمعنى بالقياس على النموذج الموضوعي لرب الأسرة الصالح Diligent والحذر Avisé، أو بصورة واقعية *in concreto* بالأخذ بالاعتبار بالحالة الشَّخصية للمُكْرَه والظُّروف التي لا بدت ارتكابه للجريمة⁹. ويُطبَّق القضاء الجزائي الفرنسي في الأساس المعيار الموضوعي كما يفعل القضاء المدني¹⁰ لكن مع الأخذ في بعض الأحيان ببعض العوامل الاجتماعية الخاصة بالمُكْرَه كسببه ومستواه التعليمي، ما لم تكن تلك العوامل شَّخصية صرفة فيستبعد ذلك القاضي في عملية

540 § 304 *pénal général*, préc., p. 304. وأيضاً: أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 187. بينما يعتبرها البعض الآخر كشروط. يراجع:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 378 § 459 ; J.-C. SOYER, préc., p. 112 § 228 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 33.

¹- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 304.

²- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 43.

³- التشكيل إضافة.

⁴- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 304.

⁵- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 306 § 542.

وهناك من يضيف شَرْطاً ثالثاً يتمثل في كون ظَرْف الاكراه خارجياً *L'exteriorité* المقتبس عن القانون المدني. غير أن هذا الشَّرْط لم يعد ذي أهمية.

يراجع حوله: M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., §§ 49-50.

⁶- ويعتبر شَرْطاً مؤكداً لقيام الاكراه، لأن القانون الجنائي يتطلبه بصراحة. يراجع:

M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 34.

⁷- V. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, *Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 425 sq. § 489, cité dans : B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 70 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 35.

⁸- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 444 § 539 ; J.-C. SOYER, préc., § 229 ; M.-DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 35.

⁹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 444 § 539.

¹⁰- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 36.

التقدير¹. بينما يميل الفقهاء أكثر إلى تطبيق المعيار الواقعي²، لأنّه يتلاءم مع طبيعة الاكراه في القانون الجنائي³، ومع مبادئ إسناد المسؤولية الجزائية القائمة على التفريد *Impératif d'individualisation*⁴، ولأنّ صياغة النصّ الجنائي المقرّر للإكراه تقتضي تقدير ذلك الشرط بصورة واقعية، فالنصّ يشير مباشرة إلى الشخص الذي اضطرتّه قوة لا قبل له بدفعها لارتكاب الجريمة⁵.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ إثبات هذا الشرط يتميز بالصعوبة، لأنّ تقديم دليل مقبول على أنّ الظرف الماديّ أو المعنويّ كان مُكرِّها لدرجة إلغاء أيّ امكانية للتصرّف بصورة مختلفة عن ارتكاب الجريمة ليس ممكنا في جميع الأحوال⁶. ولهذا يتشدّد القضاء الجزائيّ في فحص وجود شرط عدم قابلية الدّفع⁷. مما يقلل فرص نجاح الدّفع بالإكراه أمام القضاء الجزائيّ للإفلات من المسؤولية الجزائية.

ب- يجب أن يكون الظرف غير متوقع

أما هذا الشرط -المثير للجدل⁸- المقتبس عن شروط القوة القاهرة من القانون المدني⁹ فيتوفر عندما يكون قوة الاكراه غير متوقعة أو مسبقة بخطأ منسوب إلى المُكرِّه الذي ارتكب الجريمة¹⁰. والذي يجب أن يكون -بمعنى ذلك الخطأ- هو السبب المنشئ للإكراه *Faute génératrice*¹¹. كما أنّ شرط عدم وجود خطأ سابق يضمن إثبات طابع عدم توقع ظرف الاكراه لدى المُكرِّه¹². ويشترط القضاء الفرنسي انعدام ذلك الخطأ، بحيث يجب ألا يكون الاكراه مسبوقا بخطأ منسوب إلى المُكرِّه¹³. فإذا صدر عن ذلك الشخص مثل هذا الخطأ، فإنّه لا يستطيع التمسك بالإكراه¹⁴؛ فعبد إثبات الاكراه -كوسيلة للدفاع أمام القضاء الجزائي- يقع على عاتق الشخص الذي يدعي ذلك¹⁵.

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 444 § 539.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 444 § 539 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 36.

³- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 188.

⁴- V. M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 34.

أين يرى أنّه حتى إذا كان القضاء الجزائيّ قد طبّق شروط القوة القاهرة في القانون المدنيّ على الاكراه في الجرائم، فإنّ ذلك لا يعني أنّ الاكراه يخضع في تقديره أمام ذلك القاضي إلى نفس المبادئ التي تخضع لها القوة القاهرة في القانون المدنيّ. ومن بين الحجج التي ذكرها أنّه بينما يتم تقدير شروط القوة القاهرة في القانون المدنيّ بصورة موضوعية، فإنّ الاسناد في القانون الجنائيّ يخضع لمبادئ مغايرة، ومن بينها مبدأ التفريد. نفس المرجع، نفس المكان.

⁵- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p.305 §541 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p.444 §539 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., §36.

⁶- J.-C. SOYER, préc., p. 112 § 229.

⁷- J.-C. SOYER, préc., p. 112 § 229.

⁸- V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 304 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 443 § 538.

لاحظ Robert بأنّ ذلك الشرط مطلوب بناءً على حكم قضائيّ -فرنسي- قابل للجدل. كذلك ذكر بأنّ الفقه بشأنه منقسم (نفس المرجع، ص 306).

أما Pradel فأشار إليه بأنّه شرط أقل وضوح من الشرط الآخر في الاكراه المتمثّل في عدم امكانية دفع الاكراه *L'irrésistibilité de la contrainte*.

⁹- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 33.

¹⁰- اراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 323.

¹¹- J.-C. SOYER, préc., p. 112 § 230.

¹²- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 57.

¹³- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 378 § 459 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p.214 §373.

¹⁴- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 378 § 459.

¹⁵- V. J.-A. ROUX, préc., p. 173 § 49 ; J. BUISSON, préc., § 39 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 30.

ولقد قضي في فرنسا في صدد هذا الشرط بأن سوء الأحوال الجوية وسقوط الأمطار تعد من الأحداث المتوقعة في فصل الشتاء، ولا يمكنها بالتالي أن تستبعد المسؤولية الجزائية للجاني عن جريمة تلويث المياه بواسطة مادة مضرّة¹. لأنه إذا كان الاكراه متوقعا من طرف الجاني أو هو تسبب في حدوثه، فإن مسؤوليته الجزائية تقوم، "وذلك لأنه كان بوسعه إيجاد الطريق للتخلص من الخطر"².

وتتشابه هذه الحالة مع الصّفقات العمومية كثيرا. ففي هذا المجال، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستند إلى حالة الاستعجال الملح، لإبرام عقد لمواجهتها، بدون احترام الإجراءات الشكلية المسبقة، إلا إذا كانت حالة الاستعجال ناتجة عن ظرف غير متوقع³. فحالات الاستعجال الملح التي تبرر اللجوء إلى إجراء تعاقد غير شكلي، تعفي كذلك من المسؤولية الجزائية عن جريمة المحاباة، إذا توفرت فيها أيضا شروط الاكراه الجنائي السابقة (بمعنى أن يشكل الظرف قوة لا قبل للموظف العمومي بدفعها، وألا يكون الظرف ناتجا عن خطئه)⁴. لكنها قد تشكل جريمة المحاباة، إذا برر الموظف العمومي خرق واجب تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ العامة للصّفقات العمومية بوجود حالة استعجال ملح متوقعة⁵، بخاصة إذا كان يهدف إلى الالتفاف على تطبيق قواعد الإعلان والوضع في إطار المنافسة⁶. ومن قبيل الاستعجال الملح المتوقع في الصّفقات العمومية اقتراب موعد الدخول المدرسي عندما يستلزم ذلك ترميم المدارس⁷.

مع الملاحظة أنه يصعب تكييف حالة الاستعجال الملح في مجال الصّفقات العمومية في نظر القانون الجنائي بالاكراه المعفي من المسؤولية الجزائية عن جريمة المحاباة، لأنّ القضاء الجزائي يخلط أحيانا بين حالة الضرورة وبين الاكراه⁸. ويجوز تطبيق ذلك الحل القضائي الفرنسي في القانون الجزائري أيضا، وعلى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية. غير أنه قد يؤدي إلى متابعة المجرّم بارتكاب جريمة عمدية برغم أنّ خطأه السابق يعتبر غير عمدي أو يتمثل في قصد احتمالي⁹. ومعناه أنّ الجريمة العمدية ستتحول في هذه الحالة إلى جريمة غير عمدية¹⁰. لذلك قيل

¹- Cass. crim., 8 septembre 1998, pourvoi n° 97-85.884, cité dans : B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 70.

²- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 323.

³- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 111.

⁴- مع الملاحظة أنه في هذه الحالة يمتنع الاكراه بما يأمر به القانون الذي يعد سبب اباحة في القانون الجزائري. بحيث أنّ تنظيم الصّفقات العمومية هو الذي أمر في حالة الاستعجال الملح بمخالفة تلك القواعد واللجوء إلى إجراء إبرام غير شكلي ينتهكها.

⁵- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 111.

⁶- J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 84.

⁷- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 111.

⁸- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 440 § 531.

⁹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 378-379 § 459.

ولقد ردّ انصار اشتراط عدم وجود خطأ سابق في الاكراه على ذلك بأنّه توجد هناك نظريات يمكن تأسيس عليها ذلك النوع من الجرائم، كنظرية الجريمة المتجاوزة القصد *Infractions praeterintentionnelles*، ونظرية القصد الاحتمالي. كما أنّه يشجع على تحسين السلوك الاجتماعي. وأنّ هناك تشريعات جنائية مقارنة كثيرة تبني ذلك الشرط. وللتخفيف من الآثار القاسية لذلك الشرط، إذ يحرم المجرّم من الاعفاء من المسؤولية الجزائية، يمكن اللجوء أثناء عمليّة تطبيق العقوبات إلى تفريد هذه الأخيرة من طرف القاضي الجزائي. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 445 § 540 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 57.

¹⁰- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 306 § 542.

بأنّ الاكراه قد يعفي من المسؤولية الجزائية في هذه الحالة، نظرا لاختلاف الخطأ العمدي عن الخطأ غير العمدي، فالخطأ غير العمدي ليس من عناصر تكوين الجريمة العمدية¹، ولكي لا تتحول الجرائم العمدية المقترنة باكراه ناشئ عن خطأ قبلي إلى جرائم غير عمدية². ويختلف الأمر إذا كانت الجريمة الناتجة عن الاكراه غير عمدية، بحيث لا يؤدي الخطأ السابق إلى انعدام المسؤولية الجزائية بشأنها، لأنّها نتجت عن ذلك الخطأ، مما يقتضي رفض الاكراه فيها³. ونفهم من هذا أنّ الخطأ الذي ينفي عن الاكراه طابعه المعفي من المسؤولية الجزائية يجب أن يكون من قبيل الخطأ غير العمدي.

وفي المقابل، يجوز أيضا للقضاء الجزائي في الجزائر تبني الحل المعاكس بإعفاء المُكْرَه من المسؤولية الجزائية عن الجريمة حتى في حالة ارتكب خطأ كان سببا في حدوث الاكراه، ويحكم ببراءته، ما لم يشكل خطؤه السابق جريمة أخرى⁴. ويبدو أنّ هذا الحل صحيح من الناحية المنطقية. لأنّ ما يهم في الاكراه هو انعدام حرية الإرادة في الاختيار وقت ارتكاب السلوك الإجرامي، فأركان الجريمة -التي يؤثر الاكراه عليها- يجب أن تتوافر وقت ارتكابها⁵، أما الخطأ القبلي، سواء وُجد أو تحلّف، فلا يغير اطلاقا في إرادة المُكْرَه، فالجريمة تبقى غير إرادية في كلّ الحالات⁶. لكن الأمر يتوقف، فيما يتعلّق بجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، على إرادة السُلطات المختصة. ففي ظل سياسة جنائية متشدّدة في محاربة الفساد، يبدو أنّ تطبيق الحل السابق مستبعد جدا، لأنّه يؤدي إلى اعفاء الموظف العمومي الذي خالف المبادئ الأساسية للصّفقات العمومية نتيجة خطأ -غير عمدي- سابق من المسؤولية الجزائية عن جريمة المحاباة بدعوى الاكراه. ومما لا شكّ فيه أنّ شرط انعدام خطأ سابق يفرض على الأفراد -بما فيهم الموظفين العموميين- اتباع سلوك منضبط داخل المجتمع⁷، ويحتم عليهم احترام القانون في جميع الحالات. وبالعكس قد يكتفي القضاء الجزائي بشرط عدم قابلية القوة للدفع، بغض النظر عن وجود خطأ سابق للمُكْرَه، إذا كانت سياسته الجنائية تقوم على الموازنة بين السعي إلى اجتثاث الفساد بكل صوره من مجال الصّفقات العمومية وبين احترام مبادئ وأصول القانون الجنائي النافذة في الجزائر.

ثالثا: الآثار القانونية للإكراه

بتوافر الشّرطان السابقان ذات التطبيق الضيق، يترتب الاكراه الجنائي بنوعيه المختلفين، المادّي الخارجيّ والدّاخليّ، والمعنويّ الدّاخليّ، آثارا قانونيّة ذات أهميّة، من حيث الموضوع (الفقرة "أ") ومن حيث الأشخاص (الفقرة "ب").

أ- من الناحية الموضوعية

يترتب عن الاكراه الذي استجمع شروطه السابقة اعفاء المُكْرَه من المسؤولية الجزائية عن الجريمة التي ارتكبها تحت

¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 446 § 540.

والذي يبدو أنّه يفضل الحل السابق الذي يميز بين الاكراه المقرون بخطأ في الجرائم العمدية وذلك الاكراه في الجرائم غير العمدية. نفس المرجع، نفس المكان.

² J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 306 § 542.

³ J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 306 § 542. V. aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 446 § 540.

⁴ V. H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 215 § 373.

⁵ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 445 § 540.

⁶ J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 306 § 542.

⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 445 § 540.

الاكراه، بحيث يؤدي ذلك الاكراه إلى عدم اسناد الجريمة إلى ذلك الشخص¹. ولقد أشارت المادة 48 من قانون العقوبات إلى لا عقوبة، والأصح أن الاكراه يعني من المسؤولية الجزائية². فهو يؤدي إلى استحالة اسناد الجريمة إلى المُنكّر³. أما العقوبة فلا تتقرر إلا بعد التأكد من قيام المسؤولية الجزائية في المحكوم عليه⁴. ولا تعفي منها، في حال ثبوت المسؤولية الجزائية، إلا الأعدار المعفية من العقوبة. وتعتبر هذه الأعدار أجنبية عن شروط المسؤولية الجزائية، فهي لا تُعَدُّها ولا تلغيها⁵. ونفس الملاحظة تنطبق لو أن المشرع قال عوضا عن ذلك: لا جريمة في حالة الاكراه، لأن الاكراه ليس سبب اباحة محي عن الواقعة طابعها الاجرامي، وانما يعدم حرية الاختيار ومن ثم المسؤولية الجزائية للمُنكّر⁶.

إلى جانب ذلك يمتنع الاكراه الجنائي من مساءلة المُنكّر مدنيا عن الأضرار التي سببها بجريمته، فالإكراه محي، فوق المسؤولية الجزائية، المسؤولية المدنية للشخص الذي دفعته قوة لا قبل له بردها إلى ارتكاب الجريمة التي تسببت في ضرر يمكن تعويضه مدنيا⁷. هذا الأثر يجعل الاكراه الجنائي، وعلى خلاف الجنون وحداثة السن، كأسباب الإباحة من موانع المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الجريمة⁸. لكنه يجب، للإعفاء من تلك المسؤولية القانونية، أن تتوفر في الاكراه الجنائي شروط القوة القاهرة حسب القانون المدني (أن تكون القوة خارجية وغير متوقعة ولا يمكن دفعها)، والا تكون الجريمة الواقعة بالإكراه من الجرائم التي ينص القانون بصراحة على جواز التعويض عنها⁹.

ب- من الناحية الشخصية

الاكراه لا يؤدي إلى اعفاء جميع المساهمين في الجريمة من المسؤولية الجزائية. فالإكراه ظرف شخصي ينتج عن فقدان حرية الاختيار، وبالتالي لا ينتج آثاره المعفية من المسؤولية الجزائية اتجاه بقية المساهمين في الجريمة، وإنما يقتصر أثره السابق على الشخص - الطبيعي - الذي فقد حرية الاختيار، مما يعني احتمال متابعة المساهمين الآخرين سواء كانوا فاعلين أصليين مساعدين أو شركاء الذي لم يتأثروا شخصيا بالإكراه¹⁰. ويستخلص هذا الأثر من مضمون المادة 48 من قانون العقوبات بقولها "لا عقوبة لمن اضطرت به إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، ولم تقل بالعكس لا عقوبة إذا ارتكبت الجريمة بسبب قوة لا يمكن دفعها.

بالإضافة إلى ذلك فإن الاكراه الجنائي لا يحوي الطابع الاجرامي عن الواقعة الصادرة عن المُنكّر، مما يعني أنه ليس

¹- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 28.

²- يراجع: أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 190.

³- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 28.

⁴- وهذا ما يحدث في الأعدار المعفية من العقوبة. يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁵- J.-A. ROUX, préc., p. 221 § 65.

⁶- وهذا ما لاحظته الفقهاء في فرنسا حول المادة 64 من قانون العقوبات الفرنسي القديم. يراجع:

M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., §§ 28-29.

ويبدو أن المشرع الجزائري أراد توقي هذا الانتقاد. غير أنه لم يوفق في صياغته البديلة.

⁷- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 31.

⁸- V. M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 31.

⁹- V. M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 32.

¹⁰- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 28.

من أسباب الإباحة، حتى يستفيد منه بقية المساهمين في الجريمة، فهذه الأخيرة، بما أنّها لا زالت موجودة، تبقى قائمة اتجاههم¹، ما يتوفر في احدهم الاكراه أو سبب شخصي آخر لانعدام المسؤولية الجزائية.

الفرع الثاني: الغلط

لم ينصّ قانون العقوبات على الغلط أيا كان موضوعه (القانون أم الوقائع)، برغم أنّه يستعمل لعدم معاقبة الجاني -الإنسان على وجه الخصوص²- مهما كانت طبيعة الجريمة التي بوشرت بشأنها المتابعة الجزائية، سواءً كانت عمدية أم غير عمدية³. كما أنّ القانون رقم 01-06 -بما أنّ القوانين الخاصة تستطيع النصّ عليه⁴- لم يقرّر أيّ حكم خاصّ بشأنه. غير أنّ فكري تطبيق القانون الأصلح للأشخاص وجواز إنشاء أسباب اباحة جديدة غير منصوص عليها في القانون، يمكنها أن تبرر الاعتراف بالغلط كسبب لانعدام المسؤولية الجزائية كذلك⁵ في القانون الجزائري. وسوف نحاول من خلال هذا الفرع أن نرى أثر الغلط على المسؤولية الجزائية في تلك الجرائم بتقسيمه إلى نوعين: الغلط في القانون (الفقرة الأولى) والغلط في الوقائع (الفقرة الثانية). وستكشف هذه الدراسة أنّ الغلط، وبخاصّة ذلك الواقع على القانون، قد يُطبّق بصورة ضيقة على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية. وأهم جريمة منها هي جريمة المحاباة.

أولاً: الغلط في القانون

يقوم الغلط في القانون على انعدام التمييز Discernement لدى الجاني، لأنّه يمنعه من تمثّل نتائج سلوكه، كما أنّه يقوم في الوقت نفسه على الاكراه، لأنّه يتعذر على الجاني في حالة الغلط أن يشكل فكرة واضحة عن الطبيعة القانونية لسلوكه، نظراً لاستحالة ذلك⁶. وسنقسمه إلى صورتين. الصّورة الأولى أكثر شيوعاً تتعلّق بالغلط في مدلول نصّ تشريعي أو تنظيمي (الفقرة "أ"). تضاف إليها الصّورة الثانية المتضمنة الغلط في تفسير حكم قضائي أدى إلى ارتكاب جريمة عمدية (الفقرة "ب")، نظراً لأهميتها في هذه الدراسة، إذ تتدخل في مجال الصّفقات العمومية جهتان قضائيتان، على الأقل، تنتميان إلى نظامين مختلفين (النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري) الأمر الذي سمح بقيام حالة اللأمن نظراً لإمكانية تعارض موقف أحدهما مع موقف الآخر بشأن نفس المسألة مما قد يوقع الموظف العمومي، أو أيّ مسؤول آخر أمام القضاء الجزائي، في غلط يقوده إلى ارتكاب جريمة فساد خاصّة بالصّفقات العمومية.

أ- الغلط في القاعدة القانونية

الغلط في القانون يعني إما تجاهل وجود نصّ جنائي يعاقب على الجريمة المرتكبة أو تفسيره -في حالة العلم

¹- V. M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., §§ 28-29.

²- إنّ الغلط صفة ملازمة للشخص الطبيعي أثناء حياته الاجتماعية. فالإنسان، كما يقول Montesquieu، كائن محدود (من حيث إمكاناته العقلية)، حيث إنّّه ينسى Ignorance ويقع في الغلط Erreur. يراجع:

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, France, Flammarion, 2008, p. 63.

³- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 447 § 543.

⁵- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 446 § 541.

⁶- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308. V. aussi X. PIN, préc., p. 234 § 261.

بوجوده- بطريقة خاطئة¹. فيظن الجاني بأن فعله ليس محظور في القانون الجنائي². كما أنه قد ينصب على نصّ قانوني يبيح ارتكاب الجريمة، ويسمى بالغلط في الإباحة، حيث إنّ الجاني يظن في هذه الحالة أنّ القانون يرخّص له ارتكاب الجريمة، والواقع عكس ذلك تماما³.

لكن طبيعة موضوعنا تحتم علينا تقسيمه تقسيما آخر يقوم على أساس التمييز بين الغلط الحتمي Erreur invincible، وبين الغلط في النصوص القانونية غير الجنائية التي يتوقف تطبيق النصّ الجنائي عليها ؛ وينتج هذا الغلط الأخير عن تصنيف آخر للغلط في القانون حسب فقهاء القانون الجنائي المبني على التمييز بينه وبين الغلط الذي يقع على التشريع الجنائي⁴. لأنّ جريمة المحاباة، وهي إحدى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية في القانون الجزائري، تتكون من سلوك ماديّ يقتضي مخالفة أحكام تشريعية أو تنظيمية تنتمي إلى قانون الصّفقات العمومية⁵.

1- الغلط القاهر في القانون

لتحديد أثر هذا الغلط على قيام المسؤولية الجزائية، يجب تقسيم سببها المنشئ (بمعنى الجرائم) إلى قسمين: الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية⁶. لأنّ الغلط يرتبط بعنصر العلم المُكوّن للرُّكن المعنويّ في الجريمة⁷. ففي الجرائم غير العمدية، لا يستطيع ذلك الغلط أن ينفي المسؤولية الجزائية الناجمة عنها، لأنّ تجاهل النصّ الجنائي الذي يُجرّمها أو تفسيره بطريقة غير صحيحة يشكل اخلافا بالواجب المنوط بالأفراد القاضي بضرورة الاستعلام مُسبقا حول الطبيعة الاجتماعية والقانونية لسلوكهم⁸.

غير أنّ الاشكال يثور في صدد الجرائم العمدية⁹. فمن ناحية ينبغي للغلط في القانون أن ينفي المسؤولية الجزائية فيها، لأنّ القصد الجنائي يتطلب علم الجاني بالطّابع غير المشروع لسلوكه بأنّه يخالف القانون الجنائي، ونتيجة لذلك فإنّ هذا القصد المؤلف للرُّكن المعنويّ في الجرائم العمدية لن يقوم إلا إذا كان المُجرّم يحيط علما بالنصّ الجنائي الذي يحظر سلوكه¹⁰. غير أنّ بعض الاعتبارات الواقعية تملّي، من جهة أخرى، استبعاده من نطاق أسباب انعدام المسؤولية الجزائية¹¹. فهو يخالف مقتضيات الحياة الاجتماعية التي تتطلب تطبيقا صحيحا وفعالا لكل القواعد القانونية¹². فإذا توقف تطبيق القانون على مدى علم الأفراد بالقانون، فإنّه قد يؤدي في الأغلب من الحالات إلى

¹- J. BORRICAND, A.-M. SIMONE, *Droit pénal - procédure pénale*, 4^e éd., France, Sirey, 2004, p. 172.

²- X. PIN, préc., pp. 234-235 § 261.

³- V. X. PIN, préc., p. 235 § 261.

⁴- V. A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », *chron. jurisprudence*, R.S.C., 1962, n° 4, p. 744.

⁵- مقتضيات الدّراسة هي التي حتمت علينا تبني ذلك التقسيم الذي لا أساس له حسب Pin. فطبيعة النصّ القانوني الذي وقع بشأنه الغلط لا تهم، سواء كان جنائيا أم مدنيا. وما يهم هو أن يكون الغلط في كلا الحالتين حتميا. يراجع: X. PIN, préc., p. 235 § 262.

⁶- V. N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 2.

⁷- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 446 § 541.

⁸- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 3.

⁹- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 3.

¹⁰- V. N. HOSNI, préc., p. 711 sq. §§ 3 et 4.

¹¹- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 4.

¹²- R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, p. 570 § 504, cité dans : N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 4.

عدم تطبيق قواعد القانون الجنائي¹. كما أنه يخالف القاعدة الدستورية² التي تحظر على الأفراد الاحتجاج بجهلهم للقانون³. وتعد قرينة مطلقة Irréfragable -أي، غير قابلة للدحض⁴ - ملقاة على عاتق الأفراد⁵ تشمل واجب العلم بوجود النص الجنائي، سواء كان نصاً من قانون العقوبات أو في قوانين مجرمة خاصة⁶ أو في قانون الإجراءات الجزائية⁷، وبسريان مفعوله⁸، وبتفسيره القانوني الصحيح⁹. لذلك لا يقبل عذر الغلط في القانون الجنائي كسبب لانعدام المسؤولية الجزائية¹⁰.

غير أن قرينة العلم بالقانون ليست سوى افتراض قانوني يمكن أن يتعارض مع الواقع¹¹، وتخالف العدالة ما دامت تتطلب من جميع الأفراد بغض النظر عن مستواهم المعرفي وموقفهم الداخلي من سلوكهم (فقد يعلم الفرد بالطابع غير المشروع لسلوكه، بينما يتجاهل آخر هذا الطابع عن حسن نية) العلم بالقانون¹². لذلك أوجد الفقه والقضاء بعض الاستثناءات من شأنها التخفيف من الطابع المطلق لتلك القرينة، كحالة استحالة العلم بالقانون من طرف الجاني، والغلط القاهر غير المسبوق بخطأ، والغلط في نص قانوني غير جنائي الذي يُحدّد أحد العناصر المؤسسة في الجريمة¹³.

يقصد بالغلط القاهر تلك الحالة التي لا يستطيع فيها الجاني تفادي الغلط في القانون، باعتبار أنه بذل عناية شديدة في الاستعلام عن الطبيعة القانونية لسلوكه، ووصل من ذلك إلى الاعتقاد بأنه سلوك مشروع¹⁴. ولقد أخذ به قانون العقوبات الفرنسي بموجب المادة 122-3¹⁵. ويخضع تقديره من طرف القضاء الفرنسي إلى معيار موضوعي الذي يأخذ بالاعتبار بالسلوك الذي كان يتعين أن يصدر عن شخص حريص في نفس الظروف¹⁶. وذلك للتقليل من حالات الاعفاء من المسؤولية الجزائية بسبب الجهل بأحكام القانون¹⁷. كما يفهم منه أن الغلط القاهر Invincible هو نفس الغلط الذي يسمى بالغلط الحتمي Erreur inévitable.

ولا يُقبل عذر الغلط في القانون كسبب لانعدام المسؤولية الجزائية، إلا إذا كان مصدره رأياً صادر عن سلطة

¹- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 4. V. aussi A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., p. 744.

²- المادة 78 (الفقرة 1) من دستور سنة 2020: "لا يعذر أحد بجهل القانون".

³- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 190.

⁴- V. N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 16.

⁵- V. B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 72 ; N. HOSNI, préc., p. 711 sq. §§ 5, 8.

⁶- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 19.

⁷- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 72.

⁸- فلا يستطيع المخاطب بالقانون أن يتذرع بجهله بنفاذ القاعدة القانونية الجزائية، وأن سلوكه يندرج بالتالي تحت حكمها. يراجع:

N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 19.

⁹- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. §§ 16, 19.

¹⁰- A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., p. 744.

¹¹- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 5.

¹²- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 19.

¹³- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 8.

¹⁴- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 8.

¹⁵- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 8.

¹⁶- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 73.

¹⁷- X. PIN, préc., p. 237 § 265.

عمومية، ويستثنى منها رأي الشخص الخاص ولو كان خبيراً في القانون كالحامي أو الموثق¹، لأنَّ صفة صاحب الرأي كمحترف في القانون Professionnel du droit في المثال السابق، لا تكفي، بل يجب فوق ذلك أن تكون لهذا الشخص المُستشار سلطة معينة².

فإذا كان رأي تلك السلطة العمومية مبهماً، فإنَّه لا يشكل غلطاً قاهراً في القانون³. وطلب الاستشارة من السلطات الوصية ممارسة منتشرة بكثرة في مجال الصِّفقات العمومية. مما يعني أنَّ التصرُّف بناءً على جواب صادر عن سلطة عمومية طلب الموظف العمومي رأياً حول مسألة تتعلق بإبرام صفقة عمومية قد يعفيه من المسؤولية الجزائية بسبب مخالفة المبادئ الأساسية للصِّفقات العمومية، لأنَّه وقع في غلط مُبرَّر.

مع الملاحظة أنَّ ترخيص الإدارة العمومية -والذي يبدو أنَّه يختلف عن طلب الرأي في الحالة السابقة- للجاني بارتكاب الجريمة لا يشكل عذراً، لأنَّ الإدارة العمومية، والتي تخضع في ذاتها إلى القانون، لا تستطيع اعفاء أي شخص من تطبيق القانون، عملاً بمبدأ لا يعذر أحد بجهله القانون⁴ الذي يخص القانون الجنائي⁵. وبمقتضاه لا يستطيع المتابع جزائياً أن يحتج، للدفاع عن نفسه أمام القضاء الجزائي، بأنَّه كان يجهل بأنَّ سلوكه محل تجريم قانوناً⁶. وينطبق نفس الأمر على السلوكيات الخاطئة التي تتساهل معها الإدارة العمومية، بحيث لا يمكنها نفي المسؤولية الجزائية كذلك⁷، لأنَّ الغلط القاهر لا يمكن أن ينتج عن تساهل الإدارة العمومية⁸. كالمخالفات لبعض أحكام قانون الصِّفقات العمومية التي قد تنتشر بين الموظفين القائمين بإبرام الصِّفقات العمومية، والتي تتسامح معها الإدارة العمومية، سواء كانت المصلحة المتعاقدة أو الهيئات المُكلَّفة بالرقابة على الصِّفقات العمومية، فلا يمكنها، تطبيقاً لذلك، أن تعفي الجاني من المسؤولية الجزائية عن جريمة المحاباة.

ولقد قضى بذلك في فرنسا في خصوص جريمة المحاباة. فقد قرَّرت المحكمة الابتدائية Nantes بتاريخ 19 ديسمبر 1997 بأنَّ عدم اثاره السلطات الادارية أو المالية المُكلَّفة بالرقابة للمخالفات المرتكبة لا يؤدي إلى انعدام الرُّكن المعنوي في جريمة المحاباة في مجال الصِّفقات العمومية الذي يعني المخالفة العمدية لأوامر القانون الجنائي، والذي لا يتمثل في الاخطار بوجود انتهاك⁹.

¹- V. J. BORRICAND, SIMONE, préc., p. 173 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La mise en œuvre du code pénal de 1992 », D., 1996, n° 44, p. 371 sq. ; M. MULLER, « L'erreur commise par l'auteur d'une infraction sur le sens d'une décision judiciaire », cass. crim., 11 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.735, D., 1996, n° 33, p. 469 sq.

²- X. PIN, préc., p. 237 § 264.

³- V. B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 72.

⁴- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 19.

⁵- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308.

⁶- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 308.

⁷- N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 19.

⁸- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 72.

⁹- T.G.I. Nantes, 19 décembre 1997, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

وربما يرجع ذلك إلى أنَّ تلك السلطات المُكلَّفة بالرقابة لا تستطيع اكتشاف تلك الجريمة، لأنَّها لا تملك سلطات تخولها مثلاً البحث في الدوافع الفعلية لاختيار المتعاقد مع الإدارة العمومية، فهي مجرد سلطات مُكلَّفة بمراقبة احترام الشروط الشكلية المتعلقة بالصِّفقات العمومية. يراجع:

C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 52.

كذلك فإنَّ عدم صدور النصِّ القانونيِّ حتى تاريخ ارتكاب الجريمة يعتبر سببا للغلط المعفي من المسؤولية الجزائية¹. ومن المعروف أنَّ إحالة نصوص قانونية سارية المفعول إلى نصوص قانونية ستصدر لاحقا في المستقبل طريقة منتشرة أيضا في مجال الصِّفقات العمومية².

أخيرا يشترط للإعفاء من المسؤولية الجزائية بسبب الغلط في القانون أن يكون المُخطئ L'errans³ حسن النية، وبعبارة أخرى إذا لم يساور المُخطئ أي شك حول مشروعية السلوك -الإجرامي- الذي ارتكبه⁴.

2- الغلط في القوانين غير الجنائية

أخيرا، يوجد هناك الغلط في القوانين غير الجنائية الذي قد يعني من المسؤولية الجزائية⁵. ويؤدي ذلك الغلط إلى انعدام المسؤولية الجزائية، إذا ثبت أنَّه قاد الجاني إلى ارتكاب الجريمة ظنا منه أنَّه بالعكس لا يقترب أية جريمة⁶. فيعتبر الغلط في القانون في هذه الحالة كالغلط في الواقع⁷.

غير أنَّ تطبيقه على جرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية، وبالتحديد جريمة المحاباة، ليس أكيد. فبرغم اعتراف قانون العقوبات الفرنسي بالغلط في القانون كمانع للمسؤولية الجزائية، إذا كان قاهرا، إلا أنَّ القضاء الجزائي الفرنسي يستثنيه بصورة شبه نظامية من نطاق موانع المسؤولية الجزائية، فيما يتعلّق بجريمة المحاباة⁸. وأبرز سبب لذلك يتمثّل في الصفة الخاصة لمرتكب هذه الجريمة. إذ يعتبر الموظف العمومي في حكم المحترف Professionnel الذي لا يستطيع الاختباء وراء عذر الجهل بالقانون -ويتعلّق الأمر بقانون الصِّفقات العمومية تحديدا- من أجل الإفلات من المسؤولية الجزائية في تلك الجريمة. إضافة إلى ذلك فإنَّ ممارسة الموظف العمومي لمدّة طويلة وظيفة إبرام الصِّفقات العمومية، ونظرا إلى الخبرة التي اكتسبها في هذا المجال، ينفي عنده الغلط في القانون⁹، لأنَّ الطَّابع الحتمي للغلط غير موجود¹⁰. ويفهم من هذا بأنَّ العون الجديد في الوظيفة العمومية أو حادثة خبرته بمجال الصِّفقات العمومية يمكن أن تبرر الغلط في القانون الذي يعني من المسؤولية الجزائية¹¹.

ومن باب الموافقة، فإنَّ التعامل الاقتصادي لا يستطيع كذلك الاستناد إلى الغلط في القانون من أجل نفي

¹- V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La mise en œuvre du code pénal de 1992 », préc., p. 371 sq. ; M. MULLER, préc., p. 469 sq.

²- يراجع على سبيل المثال: ت.ص.ع.، المادة 27 المتعلّقة بتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة التي أحالت، لتطبيق بعض أحكامها، إلى قرار من الوزير المعني بالمالية الذي يصدر عند الحاجة.

³- التعبير مقتبس عن: X. PIN, préc., p. 237 § 265.

⁴- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 74.

⁵- X. PIN, préc., p. 235 § 264.

⁶- A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., p. 744.

⁷- A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., p. 744.

⁸- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., pp. 70-72 ; J. BÉNOIT, préc., § 264 ; D. SEBAN et I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

⁹- J. BÉNOIT, préc., § 264 ; M. HENON et K. DE CARVALHO, « La nécessaire réforme du délit d'octroi », La Gazette des communes, 2011, n° 3, p. 49.

¹⁰- M. HENON et K. DE CARVALHO, préc., p. 49.

¹¹- للإشارة فإنَّ القانون رقم 06-01 يعامل كل الموظفين العموميين على قدم المساواة بغض النظر عن أقدميتهم. يراجع: المادة 2 (الفقرة الفرعية "ب") من ذلك القانون.

مسؤوليته الجزائية عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة (كالاشتراك في جريمة المحاباة)، لأنّه يعتبر، كالموظف العموميّ، محترفا لقانون الصّفقات العموميّة، كما أنّه يستفيد في العادة من مساعدة مستشار قانوني¹ يستطيع التماس رأيه في المجال القانوني الذي قام الشك بشأن أحكامه لدى ذلك المتعامل. مما يجعل فرصة انعدام مسؤوليته الجزائية ضئيلة في ذلك المجال.

كما أنّ القضاء الجزائي الفرنسي لم يقبل أيضا الدّفع بالغلط في القانون الذي أثاره الموظف العموميّ الفاعل الماديّ في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة² التي تنطبق على مجال الصّفقات العموميّة كذلك.

ومن المرجح أن يجذو القضاء الجزائي الجزائري بنظيره الفرنسي في خصوص الغلط في القانون أيضا، نتيجة للتشابه الكبير بين عناصر الجريمة السابقتين في القانونين الجزائري والفرنسي.

يشار في الأخير إلى أنّه لا يتعين على النيابة العامّة اثبات الغلط في القانون، لأنّه لا يقع عليها عبء اثبات وضوح النصوص القانونيّة التي لا يعذر أحد بجهله لها، كما أنّ القضاء الجزائي لا يستطيع اثارته بمحض ارادته، وانما يقع عبء الاثبات على عاتق المتابع جزائيا³. غير أنّ عمليّة إثبات ذلك الغلط ليست مهمة سهلة، بحيث يجب على المخطئ أن يقنع القاضي الجزائي بأنّه استفسر بكل ما باستطاعته عن معنى القانون باللجوء إلى مصادر وثيقة كالإدارة العموميّة، ولم يكتفي بعلمه الشّخصي⁴، وأنّ يثبت بأنّه وقع في الغلط بسبب رأي تلك المصادر التي لجأ إليها⁵، وأخيرا، يجب أن يكون ظنه مجرّدا عن أدنى شك بأنّ سلوكه مشروع، بناءً على تحرياته السابقة⁶. ولصعوبة هذه الشّروط، لا يقبل في العادة الغلط الحتمي في القانون امام القضاء الجزائي⁷.

كما أنّه يعتبر سببا شّخصي لعدم المسؤوليّة الجزائيّة، وبالتالي فإنّ الجريمة المرتكبة تبقى قائمة⁸. ومن ثمّ لا يستفيد من الغلط في القانون سوى المخطئ، أما المساهمين الآخرين في الجريمة - في حال تعددهم - كالفاعل الأصليّ المساعد والشريك مع الفاعل الأصليّ المخطئ فلا يستفيد هؤلاء منها سوى إذا قاموا بإثبات وقوعهم في غلط في القانون⁹. على أنّه لا يشترط أن يكون موضوع غلطهم مشابها لغلط المساهم الآخر المخطئ، بل يكفي أن يكون ذلك الغلط حتميا، حتى يعفي هؤلاء المساهمين أيضا من المسؤوليّة الجزائيّة.

ب- الغلط في حكم قضائيّ

قد يحدث هذا الغلط إما في معنى حكم قضائيّ جنائيّ (الفقرة 1) أو في معنى حكم قضائيّ غير جنائيّ (الفقرة 2). ولقد أدرجنا هذه الصّورة ضمن موضوع الغلط في القانون، لأنّ مهمة القاضي - بغض النظر عن تخصصه

¹ V. N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 18.

² J. BÉNOIT, préc., § 132.

³ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 309.

⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 309.

⁵ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 310.

⁶ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 310.

⁷ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 310.

⁸ X. PIN, préc., p. 238 § 267.

⁹ X. PIN, préc., pp. 238-239 § 267.

القضائي (المواد الإدارية، المدنية، الجزائية الخ.)- تتمثل في الفصل في النزاعات¹ بتطبيق قاعدة قانونية عليها، وتحديد الآثار المترتبة على ذلك². وبعبارة أخرى، فإن القاضي مُكَلَّف بالنطق بما جاء في القانون La mission de dire le droit³ مما يعني أن الغلط في تفسير مضمون الحكم القضائي من طرف الجاني ينطوي بالضرورة على غلط في تفسير النص القانوني.

1- الحكم القضائي الجزائي

لا يثير الغلط في تفسير أو نطاق حكم قضائي جزائي -بمعنى صادر عن جهة قضائية جزائية- المؤدي إلى ارتكاب جريمة أي اشكالية هامة في هذا المجال، لأنه غير متصور أصلا في هذه الحالة، فذلك الحكم القضائي لا يمكن أن يطرح أي غموض محدث للغلط بشأن مدلوله أو نطاقه، فهو إما أن يقرّر البراءة أو يُقرّر بالعكس الإدانة⁴. وبالتالي، فمن غير المتصور أن يتذرع موظف عمومي سبق وأن استفاد من البراءة عن مخالفته لأحكام الصّفقات العمومية، بالغلط في تفسير حكم البراءة لإعفائه من المسؤولية الجزائية عن مخالفة جديدة لتلك الأحكام ارتكبتها فيما بعد. كما أنه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بأحكام قضائية جزائية سابقة لم يكن طرفا فيها قرّرت البراءة لمثل هذه المخالفات⁵، لأنّ للأحكام القضائية حجية نسبية -بمعنى أنّها تخص أطراف النزاع لا غير- كما أنّها ليست مصدرا مستقلا للقانون، وبالتالي لا يجوز الاحتجاج بها للإعفاء من المسؤولية الجزائية⁶.

2- الحكم القضائي غير الجزائي

والغلط فيه حديث الاكتشاف من طرف القضاء الجزائي الفرنسي⁷. وفي هذا الصدد، قرّرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 أكتوبر 1995⁸ بأنّ ارتكاب خطأ في معنى أو نطاق تطبيق حكم قضائي غير جنائي يعود للقاضي مهمة تفسيره لا يعتبر غلطا حتمي Inévitable في مفهوم المادة 122-3 من قانون العقوبات الفرنسي، ولا يعني من وقع الغلط من المسؤولية الجزائية إذا ارتكب الجريمة نتيجة غلظه السابق، لأنّه كان في مقدور المخطئ، من أجل تفادي أي غلط مفضي إلى ارتكاب الجريمة، أن يطلب مباشرة من القاضي المختص تفسير معنى ذلك الحكم القضائي⁹.

وهذا يعني أنّ الغلط في تفسير معنى حكم قضائي لجهة قضائية إدارية يتعلّق بصفقة عمومية لا يمكن أن يُستفّر عن الاعفاء من المسؤولية الجزائية عن جريمة المحاباة، ما دام الفاعل المادّي في الجريمة يستطيع طلب تفسير ذلك

¹ V. B. SEILLER, préc., § 14.

² V. B. SEILLER, préc., § 17.

كما أنّ Buisson تطرق إلى هذه الفرضية ضمن موضوع الغلط في القانون. يراجع: J. BUISSON, préc., § 19.

³ A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., p. 746.

⁴ V. M. MULLER, préc., p. 469 sq.

⁵ V. A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., p. 745.

⁶ V. N. HOSNI, préc., p. 711 sq. § 19 ; A. LÉGAL, « Nul n'est censé ignorer la loi », préc., pp. 745-746.

⁷ فمسألة الغلط في معنى حكم قضائي غير جنائي كعارض للمسؤولية الجزائية طرحت لأول مرة، حسب Muller، على القضاء الجزائي الفرنسي بمناسبة

حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 11 أكتوبر 1995. يراجع: M. MULLER, préc., p. 469 sq.

⁸ Cass. crim., 11 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.735, Bull. crim., n° 301, [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007067212- \(06/02/2021\)](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007067212- (06/02/2021)).

⁹ V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La mise en œuvre du code pénal de 1992 », préc., p. 371 sq.

الحكم من الجهة القضائية المختصة.

ويتساوى معه في ذلك الحكم القضائي غير الجنائي الذي اعتبر مخالفة ما لقانون الصفقات العمومية غير جسيمة، فهو لا يؤدي إلى امتناع المسؤولية الجزائية عن تلك الجرائم. وهذا بالذات ما قضى به في فرنسا. فقد حكمت محكمة استئناف Colmar بتاريخ 12 ديسمبر 1997 بأنّ تقليل الغرفة الجهوية للمحاسبة من جساممة الوقائع المسجلة التي تشكل جريمة المحابة لا يؤدي إلى محو طابعها غير المشروع أمام القضاء الجزائي، استنادا إلى فكرة الفصل بين الجهتان القضائيتان الإدارية والعادية¹.

لذا يبدو من المستحيل الاحتجاج بالغلط في تفسير حكم قضائي إداري -أو مدني- أمام القضاء الجزائي للتخلص من التبعات الجزائية لانتهاك أحكام قانون الصفقات العمومية.

لكن ذلك الحل القضائي ينطوي على عِدّة عيوب تؤدي إلى عجزه عن ضمان مساءلة المخطئ في تفسير حكم قضائي غير جنائي. فمن وجهة نظر جانب من الفقهاء، لا تتضمن المادة 122-3 المذكورة أعلاه أي إشارة إلى معنى يفرض حصر نطاق تطبيق عذر الغلط في القانون على الغلط الذي يجد مصدره في رأي السُلطة العمومية واستبعاد الغلط في تفسير الأحكام القضائية من نطاقها². كما أنّ الأحكام القضائية تعتبر كالتشريع والتنظيم من مصادر القانون، وبالتالي ينبغي أيضا أن يقوم الغلط في تفسير معناها أو نطاق تطبيقها بإسقاط المسؤولية الجزائية عن المخطئ³. مع التذكير بأنّه حتى في هذه الحالة يجب أن يخضع الغلط في الحكم القضائي غير الجنائي إلى شرط الحتمية بحيث يلزم أن يكون الغلط الذي يعني من المسؤولية الجزائية حتميا Inévitable، لأنّها تعتبر من حالات الغلط في القانون.

ثانيا: الغلط في الوقائع

يقصد بالغلط في الوقائع Erreur de fait خطأ الجاني حول حقيقة سلوكه المادي⁴. فهو اذن وبعكس الغلط في القانون لا يقع على قاعدة قانونية وإنما يتمثل موضوعه في خطأ بشأن الوقائع المؤلفة للجريمة⁵. وبتعبير آخر، بينما يقع الغلط في القانون على جريمة المُشرّع Infraction du législateur، وتعني النص الصادر عن المُشرّع الذي يصف السلوك بالجريمة ويقرّر لمرتكبه عقوبة⁶، فإنّ الغلط في الوقائع يتعلّق بجريمة الفاعل Infraction du délinquant ويقصد بها السلوك في ذاته الذي يخالف القانون الجنائي ويعتدي على المصلحة المحمية بموجب ذلك القانون⁷. بمعنى

¹- C.A. Colmar, 12 décembre 1997, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

²- V. M. MULLER, préc., p. 469 sq.

³- V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La mise en œuvre du code pénal de 1992 », préc., p. 371 sq.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 447 § 542 : « L'erreur de fait est la méprise de l'agent sur la matérialité de l'acte. ».

⁵- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 307 § 545.

⁶- G. RABUT-BONALDI, préc., p. 41 § 26.

⁷- G. RABUT-BONALDI, préc., p. 41 § 26.

وهذا التقسيم للجريمة مستعمل عند الفقه الفرنسي. يراجع:

G. RABUT-BONALDI, préc., p.41 §26 ; M. LACAZE, préc., p.27 §23.

ويجوز تطبيقه كذلك على الغلط المعفي من المسؤولية الجزائية.

السُّلوك الذي صدر عن فاعل ما في الواقع.

أما في القوانين الأجنبية المقارنة، فلم ينصّ قانون العقوبات الفرنسي على الغلط في الوقائع¹. ولا اختلاف بينه وبين القانون الجزائري في ذلك حيث إنّ قانون العقوبات الجزائري لم يخصّص للغلط في الوقائع نصا خاصا، ويتشابه في هذا الأمر مع الغلط في القانون. كما أنّ القانون رقم 06-01 لا يعتبره كسبب معفي من المسؤولية الجزائية في جرائم الفساد.

أ- شروط الغلط في الوقائع

يلزم في الغلط في الوقائع أن ينصب مباشرة على عنصر أساسي في تكوين الجريمة (الفقرة 1)، وأن يكون، كالغلط في القانون، حتميا (الفقرة 2)².

1- الغلط الجوهرى

يفترض الغلط في الوقائع أن يظن الجاني بأنّ سلوكه الاجرامى لا يدخل ضمن الأفعال المُجرّمة التي يعاقب القانون عليها، على خلاف المخطئ في القانون الذي يجهل في الأصل بأنّ سلوكه محظور قانونا³. ومعناه أنّ الغلط في الوقائع يقتضي من جهة عِلْم المخطئ بالخطر الجنائي⁴، وأنّه يخص العناصر التي تتألف منها الجريمة⁵ من جهة أخرى. غير أنّ هذه العناصر ليست جميعا على قدر واحد من الأهمية. فمنها ما هو ضروري للجريمة في نظر القانون، فمن دونه لا نكون أمام جريمة، ومنها ما هو مجرد عنصر ثانوي لقيامها⁶.

ولتحديد أثر الغلط في الوقائع على وجود المسؤولية الجزائية للمخطئ، يقسم الفقه الجنائي ذلك الغلط إلى نوعين في الجرائم العمدية⁷. أما الغلط المنصب على الوقائع الناجم في الجرائم غير العمدية فلا يشكل سببا لانعدام المسؤولية الجزائية التقصيرية، ما لم يكن غير قابل للرد (غلط قاهر) *Invincible*⁸. فهناك أولا الغلط الجوهرى، وثانيا الغلط غير الجوهرى.

فالغلط الجوهرى في الوقائع هو ذلك الغلط الذي يقع على عنصر أساسي في الجريمة⁹. ويقصد بالعنصر الأساسي

¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., pp. 310-311.

² V. X. PIN, préc., pp. 175-176 § 196.

³ J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 307 § 545.

⁴ J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 308 § 546.

⁵ ويستثنى من ذلك الركن الشرعي -على افتراض كونه حقا ركن في الجريمة- الذي يتعلّق بالغلط في القانون.

⁶ -يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

⁷ فالغلط في الوقائع مقبول في الجرائم العمدية فقط. يراجع: J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 308 § 546. ويبدو من كلّ ما سبق أنّ تقسيم الجرائم إلى عمدية وأخرى غير عمدية أساسي لفهم مختلف أحوال الغلط بنوعيه الغلط في القانون والغلط في الوقائع.

⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 448 § 546.

وكدليل آخر، فإنّ الغلط في الوقائع في جريمة عمدية يحول الخطأ لدى الجاني من العمد إلى التقصير (الخطأ غير العمدى). B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 263 § 300.

بل إنّهُ يشكل الخطأ غير العمدى اللازم في الجرائم غير العمدية. J. BORRICAND, A.-M. *Droit pénal général*, préc., p. 172.

SIMONE, préc., p. 172. مما يعني أنّ الغلط في الوقائع يعتبر مصدرا للخطأ غير العمدى. فإذا كان هذا الغلط قاهرا، فإنّ المسؤولية الجزائية تنعدم بسبب ظرف الاكراه أكثر من كونها منعدمة بسبب الغلط في الجرائم غير العمدية. يراجع:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 387 § 469 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 448 § 546.

⁹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 447 § 543 ; X. PIN, préc., p. 176 § 197.

في الجريمة إما الشرط الأولي في الجريمة، أو أحد الأركان المؤسسة في الجريمة¹. ومعناه أنَّ الغلط في الوقائع لا يعدم المسؤولية الجزائية، إلا إذا وقع المخطئ في غلط بشأن عنصر محدد للتكييف القانوني الجنائي، بمعنى إذا كان تمثله للفعل أو أحد شروطه أو نتائجه لا يتطابق مع الوصف القانوني للفعل المعاقب عليه بنص من القانون². وهكذا فإنَّ الغلط في أحد الشروط الأولية في جرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية، كشرط الصِّفقة العمومية أو شرط صفة الموظف العمومي ينبغي أن يؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائية، نظرا لغلط في الوقائع. بالإضافة إلى ذلك فإنَّ الخطأ حول أحد شروط الرُّكن المادي في تلك الجرائم يتعين أن يساوي الغلط في الوقائع المعني من المسؤولية الجزائية.

أما الغلط الذي يحدث بالنسبة إلى عنصر غير أساسي في الجريمة، كموضوع الجريمة أو الغلط في الصفة الشخصية للضحية³، وبعبارة الغلط الجوهرية السابق، فإنَّه لا يعني الجاني من المسؤولية الجزائية التي تبقى قائمة في شأنه⁴، لأنَّه لا يؤثر على وجود القصد الجنائي لدى المخطئ⁵. فإرادته لا زالت تتجه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، وإنَّ شاب علَّمه بعض الغلط، ما دام غلطه قاصرا على عنصر ثانوي لقيام الجريمة. ولهذا يعتبر الغلط السابق غير منتج⁶. Inopérant.

2- الغلط الحتمي

وهذا الشرط ضروري، لكي يعني الغلط في الوقائع من المسؤولية الجزائية⁷. لكن يجب على المخطئ أن يثبت أنَّه وقع في غلط في الوقائع⁸. ويتم تقديره بطريقة واقعية من طرف القاضي الجزائي، الذي يأخذ بعين الاعتبار درجة التمييز لدى المخطئ، وحالته النفسية والجسدية وقت اقتراف السلوك الإجرامي⁹. ولا يستند إلى الطريقة الموضوعية القائمة على البحث عن إهمال المخطئ، إذ ينبغي في الغلط في الوقائع أن ينصب البحث في قصده الجنائي¹⁰. وربما لهذا السبب يعتقد فقهاء القانون الجنائي بأنَّ عمليَّة إثبات الغلط في الوقائع أسهل بكثير مقارنة مع إقامة الدليل على الغلط في القانون¹¹. لكن القضاء الجزائي قد يلجأ في بعض الحالات، وبصورة ضيقة، إلى عوامل موضوعية لتقييم ذلك الغلط، كأن يتساءل عما إذا كان شخص ما يتمتع بنفس صفات المخطئ واختصاصاته قد يرتكب نفس السلوك الذي بدر عن ذلك الجاني¹².

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 447 § 543.

²- X. PIN, préc., p. 176 § 197.

³- لكن الأمر قد يختلف إذا كانت تلك الصفة من المكوّنات الأساسية للجريمة. يراجع: C. LOMBOIS, préc., p. 93.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 447-448 § 544.

⁵- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 386 § 468 ; X. PIN, préc., p. 176 § 197.

⁶- X. PIN, préc., p. 176 § 197.

⁷- X. PIN, préc., p. 176 § 198.

⁸- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 312.

⁹- X. PIN, préc., p. 176 § 198.

¹⁰- X. PIN, préc., p. 176 § 198.

¹¹- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 312.

¹²- X. PIN, préc., pp. 176-177 § 198.

ب- الأثر القانوني للغلط في الوقائع

يترك الغلط في الوقائع أثراً قانونياً هامان على مستوى القانون الجنائي، سنعالجهما فيما يأتي.

1- انعدام المسؤولية الجزائية بسبب الجريمة العمدية

القاعدة تقضي بأنَّ الغلط في الوقائع، إذا توفرت شروطه السابقة، ينفي، وبالعكس الغلط في القانون الذي ينفي المسؤولية الجزائية لأنَّه يعدم أحد شروطها، القصد الجنائي لدى المخطئ، ويعرقل بالتالي عمليّة التكييف القانوني للواقعة المادّية¹. فهو ينفي المسؤولية الجزائية² بسبب تخلف أحد أركان الجريمة، الرُّكن المعنوي تحديداً³ بما أنَّ المخطئ الذي يكون واعياً بالخطر الجنائي لا تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة الإجرامية التي يحظرها القانون⁴. أما الغلط في القانون فينفيها بسبب تخلف أحد شروطها⁵.

2- قيام المسؤولية الجزائية بسبب جريمة غير عمدية

غير أنَّ الغلط في الوقائع لا يخلص أحياناً المخطئ من المسؤولية الجزائية بصورة كلية. فهو لا يعني منها دائماً⁶، ولكنه قد يؤدي إلى تحويل التكييف القانوني للسلوك المقترن بالغلط من جريمة عمدية منتفية إلى جريمة غير عمدية قائمة الأركان⁷. وفي هذه الحالة يتغير في العادة وصف الجريمة، فوق تحويلها من جريمة عمدية إلى غير عمدية⁸، من جنائية إلى مجرّد جنحة⁹. ولا مجال لتطبيق هذه الحالة الأخيرة على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لأنَّها تنتمي جميعاً إلى فئة الجنح. لكن فرضية تحويلها من جنحة إلى مخالفة ليست معدومة. وإن كانت المخالفات تقوم في أغلبها بإتمام الرُّكن المادّي بدون حاجة إلى إثبات ركنها المعنوي.

المطلب الثاني: انعدام المسؤولية الجزائية لعارض متعلّق بسببها المنشي

حرص قانون العقوبات منذ البداية على تنظيم أسباب الإباحة، فقد حدّدها في مادّته 39، وقد تضمنت الأسباب العامّة للإباحة -إذ توجد هناك أسباب خاصّة للإباحة تتعلّق بجريمة معينة، أو مجموعة معينة من الجرائم¹⁰، والتي لا نجد لها مثيلاً في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية- وعددها اثنان: أمر القانون¹¹ والدفاع المشروع¹².

أما عند فقهاء القانون الجنائي، فهناك أسباب إباحة أربعة يمكن أن تُطبّق على الجريمة، برغم الاختلاف بينهم

¹ X. PIN, préc., p. 175 § 196.

² J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 308 § 546 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 447 § 543.

³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 386 § 468.

⁴ J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 308 § 546.

⁵ - وهذا درس Pin مثلاً الغلط في القانون ضمن موانع المسؤولية الجزائية بسبب انعدام حرية الاختيار. يراجع: X. PIN, préc., p. 230 § 255.

⁶ X. PIN, préc., p. 177 § 198.

⁷ V. X. PIN, préc., p. 177 § 198.

⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 263 § 300 ; J. BORRICAND, A.-M. SIMONE, préc., p. 172.

⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 385 § 467.

¹⁰ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 338-339 § 401.

¹¹ - ق.ع.، المادّة 39 (الفقرة الفرعية 1).

¹² - ق.ع.، المادّة 39 (الفقرة الفرعية 2). ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بشأن هذين السببين بأنَّهما أسباب للإباحة وليس من أسباب رفض

قبول الدّعى العموميّة. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 339 § 401.

على أساس الإباحة بين النظرية الشخصيّة القائمة على أساس انعدام الإرادة لدى الجاني، ومن ثمّ فإنّ أسباب الإباحة تعدّ المسؤولية الجزائية، والنظرية الموضوعية والتي ترى بأنّ تلك المسؤولية تنتفي بسبب عدم تطبيق النصّ الجنائيّ على الفعل¹. وبرغم وجاهة حجج كلّ من الفريقين، فإنّ المهم في هذه الدّراسة هو، من جهة أوّل، إنّ النظريّتان السّابقتان تتفق على أنّ الأسباب السّابقة تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائية، وهذا ما يهمننا هنا. ومن جهة ثانية إنّ أسباب الإباحة ذات طابع خارجي بعكس موانع المسؤولية الجزائية ذات الطبيعة الدّاخلية²، وهذا الأمر يقتضي منا دراستها بصورة منفصلة عن هذه الأخيرة.

وتمثّل تلك الأسباب في: أوّل الأمر الصادر عن القانون أو عن السّلطة المشروعة، وهي سبب موضوعي الذي تنعدم المسؤولية الجزائية بسببه³، وثانيا الدفاع المشروع، وثالثا حالة الضّرورة، ولا ينصّ القسم العام من قانون العقوبات الجزائري الحالي - كقانون العقوبات الفرنسي تماما الصادر سنة 1810⁴ الذي يعتبر مصدره المادّي - على انعدام المسؤولية الجزائية بسببها⁵. وأخيرا رضاء الضحية⁶ الذي لا يُدرج السّلوك الإجرامي ضمن دائرة الإباحة بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة أوّلًا، لأنّ المصلحة المحميّة قانونا بموجبها - على عكس الجرائم الأخرى، كمعظم الجرائم ضد الأموال⁷ - ليست ملكاً للضحية (وكمثل عن الضحية في الجرائم السابقة المؤسّسة المُرشّحة، والإدارة العموميّة، الخ.)، وثانيا لأنّ القانون لا يعتبره كسبب مبيح لها بنصّ خاصّ؛ وهذان هما المعياران اللذان يحدّدان دور الضحية في تبرير الجريمة⁸. فضلا عن أنّ هناك خلاف فقهي حاصل بشأن اعتباره سببا مبيح في الأساس⁹. وعليه، يخرج هذا السّبب من نطاق هذه الدّراسة.

كذلك، لا شيء يمنع من ناحية نظرية من تطبيق الدفاع المشروع على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة. فمن جهة، إذا كان يجب أن تكون جريمة المُهاجم من الجرائم ضد النفس أو ضد الأموال (المادّة 39)، الفقرة الفرعية 2، من قانون العقوبات)، فإنّ هذا الأمر متصور كذلك في مجال الفساد، كأنّ يحاول شخص الاعتداء جسديا على موظف عموميّ لجره على منحه امتياز غير مُبرّر بمناسبة إبرام صفقة عموميّة، فيقوم الضحية بذلك لتفادي الاعتداء الجسدي عليه. ومن جهة أخرى، فإنّ جريمة الضحية، وبالعكس جريمة المعتدي التي تبرر الدفاع المشروع، غير محدّدة، فقد ترتكب الضحية جريمة على الشّيء العموميّ كمنح امتيازات غير مُبرّرة إلى الغير في مجال الصفقات العموميّة من أجل الرد على جريمة المعتدي، فالشّرط الوحيد الذي يلزم في جريمة الضحية هو أن تؤدي هذه الجريمة بصورة

¹- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp. 180-182 §§ 319-322.

²- H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 87 § 141.

³- V. M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », *Rép. pén.*, juillet 2015, § 3.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 326 § 378.

أما قانون العقوبات الفرنسي الحالي، فقد كرسها بالنصّ عليها في المادّة 122-7 كغيره من القوانين الجنائية الأجنبيّة. يراجع: نفس المرجع، ص 327 الفقرة 380.

⁵- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 326.

⁶- V. J.-C. SOYER, préc., p. 114 § 236.

⁷- V. J.-C. SOYER, préc., p. 123 § 268.

⁸- V. J.-C. SOYER, préc., p. 124 § 270.

⁹- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 163 § 284.

مناسبة إلى تجنّب جريمة المعتدي¹.

غير أنّ استعمال جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة بغرض الدفاع المشروع احتمال بعيد الحدوث من الناحية الواقعية، لأنّ هذه الجرائم ترتكب في الأصل بناء على اتفاق بين أطرافها الأساسيّة القائم -بمعنى الاتفاق- على أساس الرضاء وليس الاعتداء على النفس أو الأموال الصادر عن أحد تلك الأطراف².

أما حالة الضّرورة فعدم النصّ عليها في المادّة 39 من قانون العقوبات لا يثير أية مشكلة. فميزة أسباب الإباحة في القانون الجنائيّ -لأنّها تصب في مصلحة الأشخاص المخاطبين بقواعد القانون الجنائيّ- أنّها لا تحدّد على سبيل الحصر -ما لم يقرّر القانون بخلاف ذلك- بحيث يجوز للقاضي الجزائيّ أن ينشأ أسباب إباحة جديدة بدون الاخلال بمبدأ الشرعيّة القائم عليه القانون الجنائيّ. وكدليل على صحة ذلك أنّ حالة الضّرورة كانت من ابتكار الغرفة الجنائيّة لمحكمة النقض الفرنسيّة³.

لكن قبل الشروع في دراسة أسباب الإباحة المطبقة على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة يجب علينا أن نتحقّق بصفة أوليّة، لأنّ تقسيم هذا المطلب قد يتوقف على ذلك، من خصوصية جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة بالنظر إلى أسباب الإباحة، لأنّ هناك نوعين منها. أولاً أسباب الإباحة العامّة Faits justificatifs généraux وهي أسباب تُطبّق على مجموعة كبيرة من الجرائم، ولهذا تدخل دراستها ضمن القسم العام من قانون العقوبات⁴. ولقد ذكرناها في السّابق. ثانياً أسباب الإباحة الخاصّة Faits justificatifs spéciaux، وهي التي تتعلّق بجريمة محدّدة⁵ كذلك السّبب من قانون العقوبات الفرنسي الذي يعتبر أخذ فائدة من نشاط عمومي فعلاً مشروع وليس كجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة، إذا كان عدد سكان البلديّة يساوي أو يزيد عن 3500 واحد⁶. هذا السّبب غير موجود في القانون الجزائري. كما أنّه لا توجد فيه أسباب إباحة أخرى مخصصة حصرياً لجعل جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة مطابقة للقانون⁷. وبالتالي، تنعدم المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة بفعل أسباب الإباحة العامّة المتمثّلة في: أمر القانون أو السّلطة المشروعة، وحالة الضّرورة. والتي تؤسس إما على واجب Injonction أو على رخصة Permission⁸.

وبناءً على ما تقدم، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأوّل أسباب الإباحة القائمة على واجب، وتشمل السّلوك الذي أمر به القانون أو أمرت به السّلطة المشروعة. أما الفرع الثاني فنخصّصه لدراسة

¹- V. C. LOMBOIS, préc., p. 99.

²- فجريمة الراشي مثلاً تقوم بالتقاء إرادته مع إرادة الموظف العمومي المرتشي، والمساس بالتالي بواجب النزاهة الذي يشكل تلك الجريمة. يراجع:

W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 139.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 307 § 354.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

⁵- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344.

⁶- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., §§ 64, 65-68.

مع الملاحظة أنّ ذلك السّبب يندرج، حسب Segonds، ضمن السّبب العام المتمثّل فيما يأمر به القانون. نفس المرجع، الفقرة 64.

⁷- فالغرض من أسباب الإباحة هو جعل الجريمة مشروعة، بمعنى مطابقة للقانون. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 300 § 344.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344. V. aussi X. PIN, préc., p. 191 § 213.

أسباب الإباحة المبنية على رخصة، وهي إما حالة الضرورة أو حالة تفويض الاختصاص.

الفرع الأول: القيام بواجب

ويشمل كما يتبين مما سبق على أمر القانون وأمر السُّلطة المشروعة. ولقد تطرقت إليه المادة 39 (الفقرة الفرعية 1) من قانون العقوبات بقولها: "لا جريمة: 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون [...]". وأوّل ملاحظة على هذا النصّ هي أنّه لم يتطرق إلى الفعل الذي تأمر به السُّلطة المشروعة¹، بينما كان قانون العقوبات الفرنسي - المصدر المادّي لنظيره الجزائري² - ينصّ عليهما معا في المادة 327 منه، لأنّ الفعل الذي تأمر به السُّلطة المشروعة كان في نظر المُشرّع الفرنسي آنذاك جزء لا يتجزأ عن الفعل الذي يأمر به القانون، وأنّه لا يمكن أن يوجد خارجه³. وهذا السبب الأخير - الذي لم تنصّ عليه المادة 39 السابقة - هام جدا في مجال جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، لأنّ الفاعل المادّي في أغلبها - ويتمثّل في الموظف العموميّ - يخضع لسلطة - والأصل أنّها مشروعة - أعلى قد تأمره في مجال الصفقات العموميّة بفعل يندرج ضمن وصف جنائيّ قانوني. فذلك السبب يفيد في الأساس، كما تقول Fitte-Duval، الموظف العموميّ، ويرتبط بواجب الطاعة المفروض عليهم⁴. ولهذا تثور المشكلة عما إذا كان الفعل الذي تأمر به السُّلطة المشروعة يعتبر كذلك سببا من أسباب الإباحة في القانون الجنائيّ.

فتتطرق اذن في هذا الفرع إلى: أوّلا الأمر الصادر عن القانون (الفقرة الأوّلى)، ثمّ الأمر الصادر عن السُّلطة المشروعة (الفقرة الثانية).

أوّلا: الأمر الصادر عن القانون

وهو يصدر في العادة إلى الموظفين العموميين⁵ الذين يمكنهم، بسبب صفتهم السابقة، ارتكاب جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة. ويعتبر من تطبيقات القاعدة التي تقول إنّ النصّ الخاصّ (ويعتبر في النصّ المقرر لسبب الإباحة) يقيد النصّ العام (والمتمثّل في نصّ التجريم)⁶. كما أنّه يسري على جميع الجرائم بغض النظر عن طبيعتها أو جسامتها⁷. وسنحدّد في هذه الدّراسة أوّلا شروطه (الفقرة "ب")، ثمّ آثاره (الفقرة "ج")، على أن نذكر خلال

¹ - يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 125.

² - أشرنا في السابق إلى أنّ المُشرّع الجزائري نصّ في المادة 39 من قانون العقوبات على سببين للإباحة هما الأمر الصادر عن القانون والدفاع المشروع، واللدان نصّ عليهما قبله قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 في المادّتين 327 و328. يراجع:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 339 § 401.

³ - M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 1.

وقد كانت المادة 327 تتعلّق بجرائم القتل والضرب والجرح. ولكنها كانت تُطبّق كذلك على جرائم أخرى. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal*.

général, préc., p. 340 § 403. وهنا مكنم الاختلاف بينها وبين المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري، فهذه الأخيرة وردت بالقسم العام من

قانون العقوبات، وتعتبر بالتالي من أسباب الإباحة العامّة التي تُطبّق على جميع الجرائم. يراجع في هذا المعنى الأخير: B. BOULOC, *Droit pénal*, *général*, préc., p. 339 § 401.

أما قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1994 احتفظ بنفس الأسباب - الفعل الذي يأمر به القانون أو تأمر به السُّلطة المشروعة - لكنه خصّص لكل منها فقرة مُستقلّة في المادة 122-4 منه. يراجع: 2 § M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc.,

⁴ - A. FITTE-DUVAL, préc., § 180.

⁵ - A. FITTE-DUVAL, préc., § 179.

⁶ - J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 249.

⁷ - X. PIN, préc., p. 194 § 216.

ذلك بعض الأمثلة الواقعية عن هذا السبب، المبيح للجريمة، في مجال الصّفقات العمومية. لكن قبل ذلك لابد من تمييز الأمر عن الإذن الصادر عن القانون الذي يعتبر كذلك من أسباب الإباحة في الجزائر (الفقرة "أ").

أ- الأمر والإذن بالقيام بالجريمة

في بعض الحالات تنتج الإباحة في شكل إذن من القانون الذي يترك للمخاطب بالقاعدة القانونية التي تبيح مجالا للحرية التقديرية في اتیان الفعل الذي يشكل في الحالات الأخرى جريمة أو الامتناع عن القيام به¹. ويختلف عن الفعل الذي يأمر به القانون الذي يعتبر "إجباري يجب القيام به بحيث يترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية"². ولقد نصت المادة 39 (الفقرة الفرعية 1) من قانون العقوبات على ما يأذن به القانون أيضا بقولها: "لا جريمة: 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون". ومن ثمّ يعتبر كالأمر الصادر عن القانون، سببا للإباحة، لأنّه يحمي الطابع الاجرامي عن الواقعة التي يعدها القانون في الحالات الأخرى كجريمة. ويخضع هذا الاذن إلى نفس شروط الأمر الصادر عن القانون³، والتي سوف نعالجها فيما يأتي.

ب- الشروط المطلوبة في هذا السبب المبيح

يلزم أن تتوافر شروط معينة لتطبيق هذا السبب المبيح⁴، وتنقسم إلى شروط خاصة بالنص القانوني الذي يبيح الفعل (الفقرة 1)، وشروط خاصة بهذا الفعل⁵ (الفقرة 2). فإذا تخلف أحدها فإنّ الجريمة قد تعتبر غير مشروعة (فيعود إليها وصفها الاجرامي⁶)، وبالتالي يستحق فاعلها العقوبة المقررة لها⁷.

1- الشروط الخاصة بالنص القانوني المبيح

ويثور حولها السؤال حول المقصود "بالقانون" في الفقرة الفرعية 1 من المادة 39 من قانون العقوبات، فهل قصدت به التشريع بمفهومه الضيق أم يشمل كذلك ما تأمر به النصوص التنظيمية. والإجابة عن هذا السؤال أمر جوهري في دراستنا، لأنّ أغلب أحكام قانون الصّفقات العمومية محدّدة في القانون الجزائري بموجب نصوص تنظيمية التي قد تتضمن أمرا بإتيان فعل يشكل جريمة من جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية - وبخاصّة جريمة المحاباة. والإجابة عنه تقتضي التطرق إلى مسألتين. أولاً، إباحة الفعل الصادر بناء على نصّ تنظيمي. ففي النصّ الفرنسي للمادة 39 ترجمت عبارة "القانون" إلى "Loi". ولهذا التعبير معنيان. المعنى الشكلي الذي يدل على النصوص القانونية التشريعية فقط⁸. والمعنى المادي الذي يشمل كلّ نصّ قانوني ذو طبيعة عامة ومجرّدة كالنصوص التنظيمية⁹.

¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 172 § 304.

²- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 124.

³- V. M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 5.

⁴- V. M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., §§ 4 et 5.

⁵- M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 5.

⁶- فإذا كان سبب الإباحة يخرج الافعال "من دائرة التجريم ويعيدها ثانية إلى دائرة الإباحة"، نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 116. وكأ أنّ الأصل في الافعال الإباحة. نفس المرجع، ص 117. فإنّ تخلف شروط السبب المبيح، يعيد الفعل، إلى دائرة التجريم مجدداً.

⁷- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 340 § 403.

⁸- J.-C. SOYER, préc., p. 115 § 242.

⁹- J.-C. SOYER, préc., p. 115 § 242.

وهذا المعنى الأخير هو الذي يقصده المشرع عندما يستعمل تعبير القانون لتحديد شروط سبب الإباحة السابق¹. وبهذا يأخذ الفقه في الجزائر أيضا².

في القانون الفرنسي، تنص المادة 121-4 من قانون العقوبات الفرنسي بصراحة على الأمر الناتج عن نص تنظيمي، وأنه يؤدي إلى الإباحة كالنص التشريعي³. كذلك تعتبر الأعراف Coutume كالأمر الصادر عن القانون -برغم اختلافها الواضح عن مفهوم التشريع والتنظيم- فتبيح الفعل الذي يعده القانون جريمة، ولا يتحمل الشخص الذي ارتكبه المسؤولية الجزائية عنه⁴، بشرط ألا يوجد هناك نص مكتوب موجود مسبقا يتعلق بالغرف، كأن يسمح للعرف بتبرير الجريمة، وألا يكون الغرف المعني محل رفض في المجتمع⁵. وبالتالي فإنَّ الغرف الإداري الذي يخالف أحكام قانون الصفقات العمومية لا يعتبر مما يأمر به القانون، لأنَّه توجد هناك أحكام قبلية تتعارض معه. ففي جريمة المحاباة على سبيل المثال، لا يجوز للموظف العمومي أن يتمسك بعدم مسؤوليته الجزائية بسبب أنه امتثل لأمر صادر عن رئيسه والذي يجد -بمعنى الأمر- سنده في مجموعة من الأعراف الإدارية، والتي تتعارض مع المبادئ الأساسية للصفقات العمومية، فمن جهة إنَّ الجريمة تقررت للحد من هذه العادات، وإنَّ الغرف الإداري الذي يجوز قانون هو الذي لا يمس بالحريات الأساسية أو بالسلامة الجسدية للأفراد من جهة أخرى⁶.

وثانيا، جواز إباحة الفعل الصادر عندما يكون النص التنظيمي غير جنائي. غير أنه يجب -حتى في هذه الحالة- ألا تخالف القاعدة الأقوى القاعدة الأدنى⁷، فالنص التنظيمي مثلا لا يستطيع أن يأمر -أو يأذن- بفعل يشكل جريمة منصوص عليها في التشريع. فالمساواة بين ما يأمر به التشريع وبين التنظيم يخرق مبدأ سمو التشريع على التنظيم المكرس في القانون الجزائري⁸، فالتنظيم لا يستطيع الترخيص بالقيام بما يحظره التشريع⁹. وبعبارة أخرى، فإنَّ التنظيم لا يمكن أن يبيح جريمة حددها التشريع¹⁰. التشريع فحسب هو الذي يبيح الجريمة، لاحترام قاعدة سمو التشريع على التنظيم¹¹.

وهذا قد يعني بأنَّ تطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية المخالفة للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية يبيح هذه المخالفة بصورة تؤدي إلى عدم تطبيق المادة 26-1 من القانون رقم 06-01 عليها، لانعدام الركن المادي في الجريمة، وليس بسبب ما يأمر به القانون.

لكن الأوامر المتضمنة في التنظيم تستطيع إباحة جريمة ينص عليها التشريع، إذا كان هذا التنظيم يندرج ضمن

¹ - J.-C. SOYER, préc., p. 115 § 242.

² - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 123.

³ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 405.

⁴ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 406.

⁵ - V. X. PIN, préc., p. 193 § 215 ; M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 11.

⁶ - C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 209.

⁷ - J.-C. SOYER, préc., pp. 115-116 § 243.

⁸ - ويراجع حول العلة من سمو التشريع على التنظيم: ف. العطار، القانون الإداري، مصر، دار النهضة، ب.ت.، ص 31.

⁹ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 171 § 302.

¹⁰ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 303 § 346.

¹¹ - X. PIN, préc., pp. 192-193 § 215.

عناصر تطبيق النص التشريعي المتعلق بالتجريم¹. وعليه، فإن احترام النصوص التنظيمية المتعلقة بالصّفقات العموميّة والمخالفة للمبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة لا يشكل جريمة المحاباة، لأنّ هذه النصوص تعتبر شرطاً في تأليف ركنها الماديّ، وبالتالي في تحديد نطاق تطبيقها.

بالإضافة إلى ذلك، يجب أن يكون لهذا القانون نطاق تطبيق معين من حيث المكان، فيجب أن يكون القانون الوطني²، كالقانون الجزائري مثلاً. ولا يشترط أن يحصل الفاعل على أمر من السّلطة المشروعة للامثال إلى ما يأمر به القانون: فوجود النص القانوني الأمر يكفي بمفرده لإباحة الفعل المُجرّم³. وهذا ما يتبين من نصّ المادّة 39 (الفقرة الفرعية 1) من قانون العقوبات التي اشترطت فقط أن يكون الفعل مما يؤمر أو يأذن به القانون.

2- الشُّروط الخاصّة بالفعل المباح

فيجب أن يشكل هذا الفعل جريمة في نظر القانون عندما يكون مجرّداً عن الأمر -أو الإذن- الصادر عن القانون⁴. وبالمقابل، فإنّ عذر الأمر أو الاذن الصادر عن القانون يجعل السلوك الصادر عن المخاطب بالنصّ القانوني مشروعاً في نظر القانون الجنائي في مجموعه، بحيث لا يمكن وصف سلوكه بأيّ جريمة يعاقب عليها القانون، أو تكييفه على أنّه اشتراك في هذه الجريمة⁵. لكن يجب ألا يتجاوز الشّخص واجبه القانوني أو الترخيص القانوني، وإلا فإنّ الفعل الذي يرتكبه يفقّد صفته المشروعة⁶. حيث إنّ الفعل المباح يجب أن يندرج ضمن الممارسة العادية والمشروعة للمهنة أو الوظيفة العموميّة⁷. ومن الأمثلة عن فعل أمر أو أذن به القانون الذي قد يتحول إلى جريمة إذا تجاوز الشّخص المستفيد حدود الرخصة ما نصت عليه الفقرة 6 من المادّة 51 من قانون الإجراءات الجزائية التي تقول "إن انتهاك الأحكام المتعلقة بأجال التوقيف للنظر كما هو مبين في الفقرات السابقة يعرض ضابط الشرطة القضائية للعقوبات التي يتعرض لها من حبس شخصاً تعسفياً". نصت المادّة 121 (الفقرة 3) من القانون السابق على نفس الحكم كذلك.

ج- الآثار القانونيّة المترتبة عن هذا السّبب

فمن جهة، إنّ سبب الإباحة السابق -إذا توافرت جميع شروطه- يسري في حقّ جميع المساهمين في الجريمة المباحة الذين يستفيدون كذلك من عدم المسؤوليّة الجزائيّة، مثل الفاعل المُساعد والشريك فيها⁸، سواء كانوا من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين. ومن جهة أخرى، فإنّ الشّخص الذي تصرّف بصورة مطابقة لما يأمر به القانون أو تأمر به السّلطة المشروعة يعفى من المسؤوليّة المدنيّة كذلك التي قد تنجم عن الجريمة المباحة⁹. فلا يمكن اذن للضحية إقامة دعوى مدنيّة للتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة المباحة نظراً إلى أمر صادر عن القانون أو لإذن منه.

¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 171 § 302.

²- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 340 marge n° 3.

³- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 342 § 407.

⁴- M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 21.

⁵- V. M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 24.

⁶- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 342-343 § 407.

⁷- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 174 § 305.

⁸- M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 3.

⁹- M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 3.

وأبرز مثال تطبيقي لهذا السبب المبيح في مجال الصّفقات العموميّة يتمثّل في عقوبة الإقصاء من المشاركة في الصّفقات العموميّة التي ينصّ عليها قانون العقوبات¹. فهذه العقوبة تشكل خطرا على احترام المبادئ الأساسية التي تحكم الصّفقات العموميّة الموجودة لحماية المرشّحين المحتملين أو المقبولين للمنافسة على الحصول على هذه العقود، حيث أنّها تؤدي بالتّحديد إلى انتهاك مبدأ حرية الترشّح إلى الصّفقات العموميّة، الذي يشكل جريمة المحاباة المعاقب عليها بموجب المادّة 26-1 من القانون رقم 06-01، غير أنّ هذا الإقصاء بمختلف صوره -المباشر منها أو غير المباشر- الذي ينتهك المبدأ السابق يعتبر انتهاكا مشروع ومبرر بسبب أنّ المُشرّع نفسه هو الذي أملاه من خلال أحكام قانون العقوبات². ما يعني أنّ الإقصاء من الصّفقات العموميّة كعقوبة تكميلية في مفهوم قانون العقوبات لا يشكل جريمة المحاباة، لأنّ القانون أمر به.

أما التأشيرة الصادرة عن لجنة الصّفقات العموميّة، أو مقرر تجاوز رفض التأشيرة³، فلا يعتبران كالأمر الصادر عن القانون. فحتى إذا صدرتا برغم مخالفة الصّفقة العموميّة للمبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة، فإنّهما لا تعفيان الموظف العمومي الذي ساهم في ارتكاب المخالفة من المسؤولية الجزائيّة بسبب جريمة من جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. فقد قضى في فرنسا مثلاً بأنّ التأشيرة الصادرة عن لجنة مراقبة الأفلام السينمائية لا تبيح ارتكاب الأفعال الماسّة بالحياة، لأنّ تلك التأشيرة ليست سوى رخصة إدارية⁴. فهذا النوع من التأشيرات المطلوبة يعتبر اذن مجرّد رخصة إدارية لا ترقى إلى مرتبة القانون⁵.

ثانيا: الأمر الصادر عن السّلطة المشروعة

في مجال الإباحة -وبخلاف التّجريم- يستطيع القاضي الجزائيّ، وبصورة مشروعة، أن يُنشئ أسبابا جديدة للإباحة، لم ينصّ عليها التّشريع الجزائيّ، عن طريق القياس Analogie⁶. وبالتالي، فإنّ إدراج ما تأمر به السّلطة المشروعة ضمن أسباب الإباحة في القانون الجزائيّ الذي لم يعتبره كذلك لا يثير أية مشكلة. فمن خلال القياس يمكننا اعتبار ما تأمر به السّلطة المشروعة من أسباب الإباحة كذلك بالقياس -المُباح في هذه الحالة وليس القياس المحظور في القانون الجنائيّ- على ما جاء في المادّة 39 (الفقرة الفرعية 1) من قانون العقوبات المتعلّقة بما يأمر أو

¹ - يراجع حولها: هذه الدّراسة، ما يأتي.

² - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 136.

³ - والمقران السابقان يتّخذان بمناسبة رقابة لجنة الصّفقات العموميّة. يراجع: ت.ص.ع، المادّتان 178، 189.

⁴ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 406.

⁵ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 341-342 § 406.

مع الملاحظة في هذه الحالة أنّ أسباب الإباحة تختلط في بعض الأحيان بالشّروط الأولى في الجريمة التي يعدها الفقه الجنائيّ، كما رأينا في الباب الأوّل، من مُكوّنات الجريمة. فقد تساءل Danti-Juan، بصدد جريمة ممارسة نشاط بدون رخصة، عما إذا كان الحصول على رخصة إدارية من أجل ممارسة النّشاط يشكل سببا للإباحة باعتباره واجبا يأمر به القانون أم بالعكس شّرطا أوّليا في الجريمة، إذا لم يحصل عليها مرتكب الجريمة. يراجع:

M. DANTI-JUAN, « *Ordre de la loi* », préc., § 12.

وهذا الإشكال لا يثور بصدد جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، لأنّ المُشرّع الجزائي لا يتطلّب لقيامها أية رخصة إدارية يمكن أن يشكل وجودها سببا للإباحة أو يشكل تحلّفها الجريمة المعاقب عليها.

⁶ - V. X. PIN, préc., p. 206 § 230.

يأذن به القانون¹. فهذه الحالة تقوم عندما يأمر القانون بفعل بدون تحديد الشخص الذي يجب عليه القيام به، الأمر الذي يقتضي تنفيذه بناءً على أمر صادر عن السلطة السلّمية للجاني². يتصاعد تطبيق هذا العذر في إطار العلاقة بين الموظف العموميّ المُكلّف بسلطة عموميّة والأشخاص الآخرين المُكلّفين بالخضوع له³. ويمكنها الاعفاء من المسؤولية الجزائية عن جميع الجرائم، ما لم ينصّ القانون على عكس ذلك⁴. وبما أنّ القانون لم يفرد لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة نصّاً خاصّاً يمنع الاحتجاج بهذا السبب لإسقاط المسؤولية الجزائية، فإنّها تُطبّق كذلك على هذه الجرائم، وتجب بالتالي دراستها.

على أنّ شروط هذه الحالة تختلف عن شروط الفعل الذي يأمر أو يسمح به القانون⁵، الشّيء الذي يستدعي التطرق إلى هذه الشروط من أجل توضيحها. كما أنّها تنتج آثار قانونيّة باعتبارها سبب إباحة ممكن في القانون الجزائري. وهذا ما سوف نعالجه فيما يأتي.

أ- شروط الأمر الصادر عن السلطة المشروعة

تنصب هذه الشروط في الأساس على طبيعة السلطة الآمرة، بحيث يجب أن تكون نظامية (الفقرة 1) وعموميّة (الفقرة 2)، وعلى مشروعية الأمر الصادر عنها (الفقرة 3). وسنبحث هذه الشروط كالآتي.

1- الطبيعة النظامية للسلطة الآمرة

فيجب في السلطة المصدرة للأمر الذي يجب على الموظف العموميّ طاعته أن تكون نظامية ومشروعة *Légitime*⁶. وتعني السلطة المشروعة تلك السلطة المنبثقة عن النظام السياسيّ كما حدّدها الدستور⁷. فالأوامر الصادرة عن السلطات الفعلية، كالحكومات الفعلية، لا يشكل أمر السلطة المشروعة الذي يبيح ارتكاب الجريمة⁸. في المقابل، يعدّ أمراً صادراً عن السلطة النظامية الأمر الذي يصدره موظف فعليّ، بخاصّة عندما تبدو سلّطته مشروعة في الظاهر، إذا كانت السلطة التي ينتمي إليها نظامية⁹. كذلك يجب أن تكون هذه السلطة النظامية مختصّة بإصدار الأوامر التي تملّي على الموظف العموميّ فعلاً يشكل جريمة¹⁰.

2- الطبيعة العموميّة للسلطة الآمرة

يشترط كذلك أن تكون هذه السلطة عموميّة، مدنيّة كانت أو عسكرية، وتتمتع بصلاحيات القوة العموميّة¹¹ *Puissance publique*، ويشمل ذلك المنتخبين العموميين¹²، وأن تكون، فوق ذلك، سلّطة وطنيّة¹³،

¹ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 122.

² - C. LOMBOIS, préc., p. 96 ; M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », préc., § 28.

³ - X. PIN, préc., p. 195 § 217.

⁴ - V. B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 55.

⁵ - M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », préc., § 4.

⁶ - C. LOMBOIS, préc., p. 96 ; A. FITTE-DUVAL, préc., § 181.

⁷ - X. PIN, préc., p. 195 § 218.

⁸ - A. FITTE-DUVAL, préc., § 181.

⁹ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 344 § 408.

¹⁰ - V. X. PIN, préc., p. 195 § 218 ; M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », préc., § 32.

¹¹ - B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 55.

¹² - V. M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », préc., § 31.

¹³ - V. A. FITTE-DUVAL, préc., § 181.

كأن تكون سلطة عمومية جزائية. فإذا كان الأمر صادرا عن سلطة من القانون الخاص، مثلا عن الهيئة المُستخدِمة Employeur، أو الأب، فإن أمرها لا يشكل سبب الإباحة السابق¹، لأنها لا تمثل السلطة العمومية²، ولو كانت تلك الهيئة نظامية، وأمرها مشروع في الظاهر. ومنه نستنتج بأن الأوامر الصادرة عن المؤسسة الخاصة المتعاقدة مع الإدارة العمومية والموجهة إلى العاملين لديها لا يبيح ارتكاب جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية المحددة بالمادة 26-2 من القانون رقم 06-01 التي يقترفها المتعامل المتعاقد مع الإدارة العمومية، أو المساهمة في ارتكاب أية جريمة أخرى من جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، كأن يصدر أمر بإتمام إبرام صفقة عمومية مخالفة للمبادئ مخالفة تشكل جريمة المادة 26-1 من القانون رقم 06-01، مما قد يعرض العامل المُكلّف بالتعاقد مع الإدارة العمومية إلى العقوبة عن الاشتراك في هذه الجريمة - إذا توافرت شروط ذلك.

لكن حصر تلك السلطة في الشخص المعنوي العام ليس معناه أن سبب الإباحة المتمثل في الأمر الصادر عن السلطة المشروعة يجب أن يقتصر نطاق تطبيقه على الموظف العمومي فقط، بل بالعكس إن هذا السبب ينطبق على الموظف العمومي كما ينطبق كذلك على أشخاص آخرين لا يعتبرون من قبيل الموظف العمومي³. وبالتالي، فإن الأوامر الصادرة عن سلطة عمومية وطنية - وهذا، بعكس الأوامر التي تصدرها السلطة من القانون الخاص - يمكن أن تبرر جريمة الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي قد يرتكبها العامل من القطاع الخاص.

3- الطبيعة المشروعة للأمر الصادر عن السلطة العمومية المشروعة

وهذه الطبيعة ضرورية في سبب الإباحة الحالي⁴. بحيث يجب أن يكون الأمر مطابقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما⁵. ويعتبر الأمر الصادر عن السلطة المشروعة بالضرورة أمرا غير مشروع بشكل جلي، إذا تعلّق بالجرائم ضد الإنسانية⁶، أو كان غير مرتبط اطلاقا بالواجبات الوظيفية⁷. فالإشكال الرئيسي حول تطبيق هذا العذر المبيح يقوم إذن عندما يكون الأمر صادرا عن سلطة نظامية إلى الموظف العمومي بشأن أداء واجب من واجبات وظيفته، ففي هذه الحالة متى يعتبر الأمر غير قانوني Illégal، وبالتالي لا يمكنه إباحة ارتكاب الجريمة للموظف المأمور به⁸. والأصل يقضي بأن الأمر الصادر عن السلطة النظامية يعتبر غير المشروع، إذا لم يأمر به القانون، أو كان مخالفا

¹- B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », préc., § 55 ; A. FITTE-DUVAL, préc., § 181.

يقارن:

B. BOULOC, « L'ordre d'un supérieur n'est pas une cause d'irresponsabilité », cass. crim., 26 juin 2002, Bull. crim. n° 148, RTD com., 2003, n° 1, p. 177 sq.

تعلّق القضية بعامل من القطاع الخاص قام بارتكاب جريمة معاقب عليها بناء على أمر صادر عن السلطة الرئاسية التي يتبعها.

²- M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », préc., § 31.

³- V. G. EVEILLARD, préc., p. 698 : « [...] l'obéissance à un acte commandé par l'autorité publique décharge celui qui s'y conforme - agent public ou autre - de sa responsabilité pénale, excepté dans l'hypothèse où cet acte est manifestement illégal [...] » (nous soulignons).

⁴- A. FITTE-DUVAL, préc., § 182.

⁵- V. C. LOMBOIS, préc., p. 97.

⁶- A. FITTE-DUVAL, préc., § 181.

⁷- C. LOMBOIS, préc., p. 97.

⁸- V. C. LOMBOIS, préc., p. 97 ; B. BOULOC, Droit pénal général, préc., p. 344 § 409.

له¹. غير أنَّ الفقه اختلف حول أثر عدم مشروعيتها على قيام سبب الإباحة. فقليل بأنَّ تنفيذ الأمر غير المشروع يعتبر دائما سبب للإباحة، لأنَّ المأمور يتحمل واجب الطاعة اتجاه رئيسه في كل الحالات، ويجب عليه أن ينفذ أوامره، ولا يستطيع تقدير مشروعيتها أو مناقشتها²، وإلا تعرض إلى جزاء³. فإذا أطاع ذلك الأمر، فإنَّه يستفيد من عذر مبيح، إذا ارتكب الجريمة بناءً على أمر غير مشروع⁴. لكن هذا الرأي من شأنه أن يمنح للموظفين السُّلميين فرصة ارتكاب الجريمة بسبب سُلطاتهم العليا⁵. بينما يرى جانب فقهي آخر بأنَّ الموظف العمومي لا يستطيع بأيِّ حال من الأحوال التذرع بالأمر الصادر عن سُلطته النظامية، إذا كان غير مشروع⁶. فإذا بدى للموظف العمومي أنَّ الأمر الذي صدر إليه غير مشروع، فإنَّه يستطيع رفض تطبيقه بدون الخشية من التعرض إلى جزاء⁷. غير أنَّه يؤدي إلى الشلل في جهاز الإدارة العموميَّة بسبب حقِّ الاعتراض على تنفيذ أيِّ أمر للسُّلطة النظامية⁸. أما الرأي الأخير، وهو من صنع قانون العقوبات الفرنسي⁹، فيميز بين الأمر المخالف للقانون بصورة جلية *Ordre manifestement illégal*، الذي لا يمكن معه للموظف العمومي أن يستفيد من سبب الإباحة، وبين الأمر المشروع في الظاهر الذي يشكل بمفرده ذلك السَّبب¹⁰.

وبالاستناد إلى هذا الشرط، قامت محكمة موضوع جزائيَّة فرنسية برفض ذلك العذر المبيح، لأنَّ الموظف العموميَّ المُكَلَّف بمصلحة الشؤون القانونيَّة لدى إدارة عموميَّة، والذي قام بإعداد العقود محل الخصومة الجزائيَّة، لا يستطيع الاحتجاج بطاعة أمر صادر عن سُلطته الرئاسيَّة، لأنَّه، بسبب اختصاصه في القانون، كان يعلم بأنَّ الأمر الذي تلقاه يتميز بطابعه غير مشروع، ويتابع بالتالي بالاشتراك عن طريق المعاونة والمساعدة في جريمة المحاباة في الصَّفقات العموميَّة¹¹. غير أنَّه أعفى من العقوبة من طرف مجلس الاستئناف، لأنَّه كان يقوم بمهام عديدة وصعبة أُلقيت على عاتقه بسبب سوء تسيير الإدارة العموميَّة التي ينتمي إليها¹².

كذلك قضي في فرنسا بأنَّ مدير المصالح التقنية لدى إدارة عموميَّة الذي قام، بموجب أمر وجهته السُّلطة الرئاسية إليه، بتكليف شركة خاصَّة بتنفيذ أشغال خارج اطار العقد *Travaux hors marchés* يعتبر مرتكباً لجريمة المحاباة

¹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 344 § 409.

²- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 345 § 409 ; Y. MAYAUD, « Quelle justification pour une gifle éducative », comment. sur Tribunal correctionnel d'Avesnes-sur-Helpe, 17 février 2012, n° 199/2012 et Douai, 10 octobre 2012, n° 12- 01253, chron. de jurisprudence, R.S.C., 2013, n° 2, p. 343 sq.

ويعرف هذا الرأي بنظرية الطاعة السُّلبيَّة *Théorie de l'obéissance passive*. يراجع: X. PIN, préc., p. 196 § 219.

³- X. PIN, préc., p. 196 § 219.

⁴- X. PIN, préc., p. 196 § 219.

⁵- V. C. LOMBOIS, préc., p. 97.

⁶- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 345 § 409.

ويدعى هذا المذهب "بنظام الحراب الذكية *Baïonnettes intelligentes*". يراجع:

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 345 § 409.

الترجمة من الفرنسية إلى العربيَّة نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 125.

⁷- X. PIN, préc., p. 196 § 219.

⁸- C. LOMBOIS, préc., p. 97. V. aussi B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 345 § 409.

⁹- X. PIN, préc., p. 196 § 219.

¹⁰- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 345 § 409.

¹¹- T.G.I. Strasbourg, 31 mai 1996, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

¹²- C.A. Colmar, 11 septembre 1997, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

في الصّفقات العموميّة، حيث إنّه كان في وسعه نظرا لقدراته الفكرية وسلّطته الكافية رفض طلبات السّلطة السّلّمية، إضافة إلى طبيعة وظائفه، فإنّه لم يكن في مقدوره ألا يكتشف الطّابع غير المشروع والجلي للطلبات الموجهة إليه¹. فلاحظ من هذا أنّ الطبيعة المشروعة للأمر مهمة في إباحة الجريمة على أساس ما تأمر به السّلطة المشروعة. إذ يجب مثلا على الموظف العموميّ ألا يطيع الأمر غير المشروع الذي أصدره إليه المُنْتَخَب المحليّ القاضي بتحضير وثائق تتعلّق بصّفقة عموميّة المرتبطة بجريمة المحاباة². وأيضا أنّ عمليّة تقدير هذا السّبب هي واقعية، حيث تتم بالرجوع إلى شخصيّة الموظف المأمور، ومكانته داخل السّلّم الاداري التي تخوله حقّ الاعتراض على تنفيذ الأوامر غير المشروعة³. وأخيرا أنّ الأمر غير المشروع قد يشكل سببا من أسباب تعديل العقوبة المطبقة على المُدان، لكنه لا ينفى المسؤولية الجزائيّة عنه. وتتشابه في هذا حالة الفعل الذي تأمر به السّلطة المشروعة مع بعض أسباب انعدام المسؤولية الجزائيّة الأخرى⁴.

ب- الآثار القانونيّة للسلوك الذي تأمر به السّلطة المشروعة

إن الفعل الذي تأمر به السّلطة المشروعة من أسباب الإباحة التي تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائيّة (الفقرة 1). غير أنّ وجود طرفين فيها: الشّخص المأمور الذي تقرر سبب الإباحة لمصلحته والشّخص الأمر يفتح باب السؤال حول المسؤولية الجزائيّة لهذا الأخير عن الجريمة، المباحة، التي ارتكبتها الشّخص المأمور (الفقرة 2).

1- الشّخص المأمور

إذا توفرت الشّروط السّابقة في الأمر الذي قام الجاني بناءً على مضمونه بارتكاب جريمة، فإنّ مرتكب الجريمة يستفيد من عدم المسؤولية الجزائيّة عن جرمته التي ارتكبتها بناءً على أمر سلّطته المشروعة، ولا يتعرض للعقوبة المقرّرة للجريمة التي ارتكبتها، لأنّ الأمر الصادر عن السّلطة المشروعة يعتبر من أسباب الإباحة المعفي من تلك المسؤولية الجزائيّة⁵.

2- الشّخص الأمر

يجب التمييز بين حالتين بصدد الشّخص الأمر. فإذا كان الفعل الذي أمر به الرئيس مما يأمر به القانون طبقا لما نصت عليه المادّة 39 من قانون العقوبات، فإنّ هذا الأخير لا يتعرض للمسؤوليّة الجزائيّة بناءً على عذر الفعل الذي يأمر به القانون. فما تأمر به السّلطة المشروعة يعتبر سببا مكملًا للأمر الصادر عن القانون أو ما يأذن به القانون، لأنّه أمر يصدر في الأغلب من الأحيان بالتطبيق لتشريع أو تنظيم معين⁶.

أما إذا كان أمره مخالفا للقانون بحيث يوجه إلى التابع الأمر بارتكاب جريمة ما، فمن المحتمل أن تقوم مسؤوليته الجزائيّة في هذه الحالة. فالرئيس الذي يأمر الأشخاص التابعين له بارتكاب أفعال غير مشروعة يتعرض مباشرة

¹- Cass. crim., 15 décembre 2004, cité dans : D. SEBAN et I. GUTTADAURO, préc., p. 61.

²- J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

³- V. C. LOMBOIS, préc., p. 97.

⁴- يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁵- V. M. DANTI-JUAN, « Ordre de la loi », préc., § 28.

⁶- X. PIN, préc., p. 195 § 217.

للمسؤولية الجزائية بسبب ذلك، وإن استفاد التابع من إباحة سلوكه¹. وتختلف هذه الحالة عن مساءلة الرئيس عن الجرائم التي يرتكبها التابع بدون أمره، والتي تندرج ضمن المسؤولية الجزائية عن جريمة الغير².

الفرع الثاني: ممارسة حقّ

ويتمثل هذا السبب في حالة الضرورة³. ولقد تبين مما سبق أنّ قانون العقوبات لم ينصّ على حالة الضرورة كسبب مبيح للجريمة، على عكس الإكراه⁴. غير أنّ ذلك لا يعدم امكانية تطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لأنّ القضاء الجزائي يستطيع إنشاءها -وقد حدث ذلك بالفعل في فرنسا- وتطبيقها على الجرائم السابقة، وعلى جرائم أخرى. لكن بعض الفقهاء في الجزائر يعارضون فكرة التوسع في اسباب الإباحة، لأنّها وردت، حسبهم، على سبيل الحصر. ولا يجوز بالتالي اضافة اي سبب آخر إليها. ويخلصون من ذلك إلى ان اسباب الإباحة -العامة- في القانون الجنائي الجزائري تنحصر في ما يأمر أو يأذن به القانون وحالة الدفاع الشرعي⁵. ولا تشمل حالة الضرورة⁶. وباستثناء الدفاع المشروع من هذه الدراسة، يتبقى لنا سبب مبيح وحيد ينطبق بالتأكيد على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية وهو أمر القانون. ولقد تطرقنا إليه في السابق، لأنّه يقوم على أساس الواجب، وليس على أساس الحقّ الذي نبهت عليه في هذا الفرع.

لكن الرأي السابق يبدو مخالفا لقواعد القانون الجنائي التي تقتضي التضييق من مجال التجريم، لأنّه يسيء للأفراد، والتوسع في مجال الإباحة، لأنّه أصلح لهم بدون أنّ يعتدي ذلك على مبدأ الشرعية الجنائية الذي ينبغي استبعاد تطبيقه كلما أدى تطبيقه إلى الاساءة إلى مركز الأشخاص التي تقرر ذلك المبدأ في الأساس لحمايتها⁷. ولا شكّ إنّ أسباب الإباحة أصلح للأشخاص، وبالتالي يتعين عدم التضييق من نطاقها، ومنح القضاء الجزائي سلطة إنشائية بصدد⁸.

كما أنّه يخالف قواعد العدالة L'équité، لأنّ القضاء الجزائي يستحدث أسباب اباحة جديدة لا ينصّ عليها القانون للأخذ بالاعتبار بمفهوم العدالة⁹، فإذا أحجم عن استخلاصها، فقد يؤدي ذلك إلى نتائج شاذة وسلبية تؤثر بشدّة على تلك الفكرة¹⁰.

ولهذا نجد مثلاً أنّ القضاء الفرنسي لم يكتفي بإنشاء حالة الضرورة لإباحة الجرائم، وإنما انشأ إلى جانبها أسباب أخرى تُبرّر ارتكاب بعض الجرائم كظرف تجمع المؤسسات في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة لتكليف

¹- Services consultatifs en droit international humanitaire, « La responsabilité du supérieur et La responsabilité par omission », CICR, 2014, p. 1, <https://www.icrc.org/fr/download/file/2169/command-responsibility-icrc-fre.pdf> (18/10/2021).

²- Services consultatifs en droit international humanitaire, préc., p. 1.

³- V. X. PIN, préc., p. 191 § 213 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 301 § 344 et p. 314.

⁴- وقد نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات.

⁵- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 117-119.

⁶- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 326.

⁷- J.-B. PERRIER, *La jurisprudence en droit pénal*, préc., p. 128 § 24.

⁸- V. J.-B. PERRIER, *La jurisprudence en droit pénal*, préc., p. 129 § 26.

⁹- J.-B. PERRIER, *La jurisprudence en droit pénal*, préc., p. 126 § 20.

¹⁰- V. J.-B. PERRIER, *La jurisprudence en droit pénal*, préc., p. 126 § 20.

أحكام القانون الجنائي مع مقتضيات قانون الأعمال¹، وحالة ممارسة حقّ الدفاع أمام القضاء التي تبرر ارتكاب جريمة الاعتداء على سرّيّة التحقيق². وليس مستبعد أن يبتكر في المستقبل أسبابا جديدة ستكشف عنها ملابسات ارتكاب الجرائم التي ستعرض أمامه.

ويمكن تشبيه تنفيذ المصلحة الإدارية بهذا السبب. فالمحاسب العمومي الذي قام بتنفيذ اتفاق مصلحة تمّ لتسوية آثار انتهاك للمبادئ الأساسية للصفقات العموميّة المُكَوَّن لجريمة المحابة، لا يمكن متابعته أمام القضاء الجزائي بالاشتراك في تلك الجريمة³. ولكن يبدو أن السبب السابق يقتضي أن تكون هذه المصلحة قد خضعت لإجراء المصادقة Homologation من طرف القضاء الإداري حتى تكون نافذة اتجاه المحاسب العمومي الذي يستفيد بسببها من اباحة سلوكه الصادر بناءً عليها. ويعد من قبيل الفعل الذي يأمر به القانون أو السُلطة المشروعة. وفي امكان القضاء الجزائي الجزائري أن يعتبره كسبب مبيح في جريمة المحابة، ولكن لصالح المحاسب العمومي فقط، ومن اشترك معه فرعيا - بمعنى شريك الشريك المحاسب العمومي مع الفاعل الاصيلي في الجريمة السابقة. فالمصلحة الإدارية، كما سوف نرى، لا تؤدي إلى انقضاء الدّعى العموميّة بالنسبة إلى الفاعل في الجريمة⁴. منشأ بذلك سبب اباحة خاصّة بتلك الجريمة.

وأخيرا، فإنّ حالة الضّرورة تعد سبب إباحة ذو تطبيق عالمي Fait justificatif de portée universelle الذي يبيح ارتكاب الجرائم، برغم عدم النصّ عليه بصراحة في القانون، من أجل المحافظة على مصلحة أعلى تسمو على المصلحة المحمية بموجب الجريمة الضّرورية⁵. ولهذا لا بد وأنّ نتطرق إلى حالة الضّرورة كمانع للمسؤوليّة الجزائيّة في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة. فحتى إذا كان قانون العقوبات الجزائري لا ينصّ عليها، ولا يوجد في أحكام القضاء الجزائي الجزائري أيّ تطبيق لها، فإنّ ذلك "لا يعني جزما بأن القضاء الجزائري لا يأخذ به اطلاقا"⁶، كما يُقرّر بوسقية.

اذن يمكن لحالة الضّرورة، تبعا لما تقدم، إباحة جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة. وتقتضي دراستها في هذا المجال أن نعالج أولا شروط تطبيقها (الفقرة الأولى)، ثمّ الآثار القانونيّة المترتبة عنها (الفقرة الثانية).

أوّلا: شروط تطبيق حالة الضّرورة

يمكن تقسيم هذه الشروط الواجبة - لإنتاج حالة الضّرورة لأثرها القانوني⁷ - إلى قسمين: أوّلا الشروط المتعلّقة بالخطر الذي يتعرض له الشّخص الذي يرتكب الجريمة الضّرورية (الفقرة "ب")، وثانيا الشروط المتعلّقة بالسلوك

¹- D. THOMAS-TAILLANDIER, Faut-il généraliser la défense justificative ? Réflexions sur l'exercice des droits de la défense par le salarié, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015, pp. 165-166.

²- D. THOMAS-TAILLANDIER, préc., p. 166.

³- V. J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », préc., p. 243 sq.

⁴- يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁵- X. PIN, préc., p. 201 § 224.

⁶- نقلا عن: أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 141.

⁷- V. J.-C. SOYER, préc., p. 122 § 265.

الضروري الذي يصدر عنه¹ (الفقرة "ج"). لكن قبل التطرق إلى هذه الشروط الهامة لا بد من تقديم نبذة تعريفية بحالة الضرورة المبيحة للجريمة والمانعة بالتالي من المسؤولية الجزائية، وتمييزها عن الأسباب الأخرى المعدمة للمسؤولية الجزائية، وبخاصة الدفاع المشروع الذي استبعدنا دراسته من قبل (الفقرة "أ").

أ- تعريف حالة الضرورة وتمييزها عن غيرها من أسباب انعدام المسؤولية الجزائية

ونقسمه إلى جزأين: الجزء الأول يتضمن التعريف بحالة الضرورة (الفقرة 1)، والجزء الثاني يتناول ما يميز حالة الضرورة عن أسباب انتفاء المسؤولية الجزائية الأخرى، كالدفاع المشروع والإكراه (الفقرة 2).

1- تعريف حالة الضرورة

تقوم حالة الضرورة عندما يعتبر ارتكاب الجريمة التي يعاقب عليها القانون الوسيلة الوحيدة أمام الشخص لتفادي حدوث ضرر أكبر جسامة من الضرر الذي من الممكن أن يترتب عن ارتكاب تلك الجريمة². فالشخص الذي يواجه خطرا داهم يهدد مصلحة عليا يرتكب فعلا يعاقب عليه القانون من أجل المحافظة على تلك المصلحة³. لكنه ليس مكرها على ارتكاب الجريمة. فذلك الشخص يملك لمواجهة حالة الضرورة التي طرأت الخيار بين تحمل الضرر الذي سينتج عن خطرها الداهم، وبين ارتكاب الجريمة⁴. ويترب عن هذا الخيار أنه يجب في حالة الضرورة أن تكون الوسائل المستخدمة متناسبة مع جسامة التهديد⁵. ويقع على عاتق القاضي الجزائي التأكد من ذلك⁶. كما أنه يقتضي كذلك القيام بمقارنة بين المصلحة المهدورة بفعل الجريمة والمصلحة التي حافظ عليها الجاني بجريته الضرورية، حيث ينبغي أن تكون هذه المصلحة الأخيرة أعلى أو مساوية للمصلحة المعتدى عليها بالجريمة الضرورية، لكي تعتبر هذه الجريمة في حال ارتكابها نافعة من الناحية الاجتماعية⁷.

ولا يقتصر دور حالة الضرورة في جرائم محدّدة. فهي سبب عام لانعدام المسؤولية الجزائية⁸. كما أنّها تكتسب أهمية شديدة في مجال الصفقات العمومية. فهي تعكس العلاقة الموجودة بين قانون الصفقات العمومية والقانون الجنائي المطبق عليها. ففي قانون الصفقات العمومية، يجوز للإدارة العمومية -بناءً على نص من القانون⁹- أن تُبرم الصفقات العمومية بدون احترام بعض الإجراءات الشكلية الرامية إلى حماية المنافسة والحرية والمساواة في الصفقات العمومية في حالة الضرورة التي يترتب عن مخالفتها في الحالة العادية قيام المسؤولية الجزائية للموظف العمومي. وفي هذه الحالة، فإن المخالفة تمس بحق الأشخاص في الوصول إلى الصفقات العمومية ومعاملتهم بصورة متساوية لكن حالة الضرورة هي من يبرر الاعتداء على ذلك الحق: ففي حالة الضرورة لا يستطيع الشخص المحافظة على مال أو

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 328 § 382.

²- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 176 § 311 ; J.-A. ROUX, préc., pp. 195-196 § 57.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 325 § 376.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 325 § 376.

⁵- G. RABUT-BONALDI, préc., p. 224 § 287.

⁶- X. PIN, préc., p. 202 § 224.

⁷- G. RABUT-BONALDI, préc., pp. 224-225 § 287.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 314.

⁹- يراجع: ت.ص.ع، المادّتان 12، 49.

حقّ إلا بارتكاب جريمة تعتدي على أموال أو حقوق شخص آخر¹.

2- تمييز حالة الضرورة عن غيرها من أسباب انعدام المسؤولية الجزائية

تختلف حالة الضرورة من جهة أولى عن الأمر الصادر عن القانون في أنّها تنشأ عن ظروف واقعية تدفع المضطر إلى مخالفة القانون الجنائي، بينما ينشأ سبب الإباحة المبني على أمر القانون -أو إذنه- مباشرة عن نصّ قانوني². لكنها من جهة ثانية تتطابق مع سبب الدفاع المشروع بسبب شروطها³، ففي كلاهما يتصرف الجاني بغرض تفادي ضرر أكبر من الضرر الذي تتسبب فيه الجريمة المرتكبة⁴. إلا أنّه بالرجوع إلى طبيعة الخطر المحدق بالمصلحة العليا المراد المحافظة عليها نجد بأنّه في حالة الدفاع المشروع، فإنّ المدافع يكون أمام اعتداء صادر عن شخص من الغير، أما في حالة الضرورة، فإنّ الجاني لا يرتكب الجريمة لرد هجوم من طرف شخص آخر، وإنما لرد ضرر مرتبط بظروف خارجية ذات طبيعة مختلفة⁵. إلى جانب ذلك، فإنّ الدفاع المشروع يقتصر، من حيث نطاق تطبيقه، على جرائم معينة، بينما تُطبّق حالة الضرورة على الجرائم بصورة عامة⁶. وأخيرا فإذا كان مرتكب الجريمة في حالة الضرورة والمدافع في حالة الدفاع المشروع لا يسألان جزائيا، غير أنّ مرتكب الجريمة الضرورية يبقى مسؤولا مدنيا عن الضرر الذي أحدثته، بينما يتحلّل المدافع منها⁷.

وتختلف حالة الضرورة من جهة أخيرة عن الاكراه. ففي حالة الاكراه يجب على المُكْرَه أن يتصرّف بارتكاب الجريمة لا غير، لأنّه يتعرض لقوة قاهرة لا يستطيع مقاومتها Force irrésistible مما يؤدي إلى انعدام حرية الاختيار لديه، بينما تترك حالة الضرورة، والمتمثلة في حلول خطر محقق، للجاني حرية الاختيار بين تحمل الضرر الذي سينتج عن حالة الضرورة أو ارتكاب الجريمة من أجل تجنّبه⁸. بالإضافة إلى ذلك، فإنّ الاكراه يقوم بغض النظر عن التناسب بين الطّرف المؤدي إلى الاكراه وردة فعل المُكْرَه، بينما يعتبر هذا التناسب شرطا ضروريا في حالة الضرورة، حيث إنّ تخلفه يؤدي إلى انعدام حالة الضرورة المعفية من المسؤولية الجزائية⁹.

ب- الشروط المتعلقة بالخطر

تنقسم هذه الشروط اللازمة في الخطر الذي يهدد المصلحة المراد المحافظة عليها إلى قسمين. فهناك أولا شرط أن يكون الخطر حالا ووشيك الحدوث (الفقرة 1). يضاف إليه شرط آخر يتمثل في غياب خطأ سابق تسبب في حالة الخطر (الفقرة 2). وستناولها فيما يأتي.

1- الخطر الحال والوشيك

¹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 356 § 427.

²- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 249.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 328 § 382.

⁴- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 176 § 311.

⁵- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 176 § 311.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 314.

⁷- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

⁸- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 327 § 378 et p. 440 § 531 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 305 § 541 ; J.-A. ROUX, préc., p. 197 § 57 ; M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 35. V. aussi B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 357 § 428.

⁹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 305 § 541.

من جهة، حسب الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإنَّ للخطر في حالة الضَّرورة معنى واسع فيشمل الخطر الذي يهدد مرتكب الجريمة الضَّرورية في ذاته أو شَخْص آخر غيره أو كائنا آخر كالحیوانات، أو الأموال Biens¹، ولا تهم طبيعة هذا الخطر إنَّ كان مادِّيًّا أو معنويًّا²، أو أنَّ يكون جسيما، ما لم يشترط القانون ذلك بصراحة³. ولكن يجب من جهة أخرى أنَّ يكون هذا الخطر - بغض النظر عن مداه من حيث الأشخاص أو طبيعته الذاتية - حَالاً Actuel ووشيك الوقوع Imminent⁴، ويعتبر هذا الشرط الأخير - أنَّ يكون الخطر وشيك الوقوع - من مسائل الموضوع المنوطة بتقدير قضاة الموضوع الذين لا يخضعون فيها لرقابة الجهة القضائية العليا⁵. لكن يجب في الخطر الحال أنَّ يكون أكيدا Certain⁶ وليس محتملا⁷ حيث إنَّ الخوف الذي يساور الجاني لا يمكن أنَّ يشكل خطرا أكيدا في مفهوم حالة الضَّرورة⁸. لكنه قد يشكل بالعكس حالة اكراه معنوي⁹.

2- الخطر المنفصل عن الخطأ المُسبق

كذلك يُشترط أحيانا ألا يكون مرتكب الجريمة الضَّرورية قد ساهم بخطئه - وهذا الخطأ يكون سابقا على وجود حالة الضَّرورة Faute antérieure - في تكوين حالة الضَّرورة، وإلا تعرض مرتكب الجريمة الضَّرورية إلى العقوبة¹⁰. فالخطر يجب أنَّ يكون جائر Mal injuste لم يتسبب فيه الجاني المضطر¹¹. وتتشابه حالة الضَّرورة في ذلك مع حالة الاكراه¹². وإذا كان جانب من الفقهاء - مدعين باجتهادات القضاء الجنائي - يعتبره شرطا أساسيا في حالة الضَّرورة¹³، فإنَّ جانباً آخر من الفقهاء يرفض ذلك بدعوى أنَّ الخطأ الصادر عن مرتكب الجريمة الضَّرورية الذي يسبق حالة الضَّرورة يستوجب العقوبة، إذا كان يشكل جريمة أخرى، أما الجريمة التي ارتكبها بدافع الضَّرورة، فلا يؤثر خطؤه على المسؤولية الجزائية عنها، بحيث تعتبر هذه المسؤولية منعدمة وهذا، لأنَّ حالة الضَّرورة ذات طبيعة

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 328 § 383 ; J.-C. SOYER, préc., p. 122 § 265 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 358-359 § 429.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 328 § 383 ; J.-C. SOYER, préc., p. 122 § 265 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 177 § 313.

³- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 358 § 429.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 329 § 384 ; J.-C. SOYER, préc., p. 122 § 265.

⁵- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p.359 § 429.

⁶- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p.359 § 429.

⁷- X. PIN, préc., p. 202 § 225.

⁸- X. PIN, préc., p. 202 § 225.

⁹- J.-A. ROUX, préc., p. 197 § 57.

¹⁰- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 329 § 385.

¹¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 179 § 315.

¹²- M. DANTI-JUAN, « Force majeure », préc., § 51.

¹³- ومن هذا الرأي هناك Soyser الذي يرى بأنَّه طالما أنَّه يلزم لقيام حالة الضَّرورة أنَّ يكون ارتكاب الجريمة أمرا ضروريا لتجُّب الأضرار الناجمة عن وقوع حالة الضَّرورة، فإنَّ مُرتكب الجريمة الضَّرورية لا يمكن أنَّ يستفيد من حالة الضَّرورة، إذا ارتكب خطأ تسبب في قيامها. ويلاحظ هنا Soyser التشابه بين حالة الضَّرورة والاكراه. يراجع: J.-C. SOYER, préc., p. 122 § 265.

كذلك يرى Boulloc أنَّ غياب ذلك الخطأ شرط ضروري، بحيث يتوقف عليه توفر شرط أنَّ يكون الخطر حَالاً ووشيك الوقوع، فهذا الشرط سينعدم إذا تسبب الشَّخص بخطئه في الوقوع في حالة الضَّرورة. كذلك، فإنَّ الأساس الذي يستند إليه عدم العقاب على الجريمة الضَّرورية يقتضي ألا يرتكب الشَّخص خطأ من أجل أنَّ يستفيد من حالة الضَّرورة. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p.359 § 430.

موضوعية ولا علاقة لها بالرُّكن المعنوي للفاعل¹.

وفي إطار هذه الدِّراسة، يبدو أنَّ موقف الرأي الفقهي الأوَّل أجدر بالاتباع حتى لا تصبح حالة الضَّرورة وسيلة لالتفاف على واجب تطبيق أحكام قانون الصِّفقات العموميَّة. فغياب الخطأ شَرط ضروري، لأنَّ وجود الشَّرط السَّابق يتوقف على ذلك، حيث إنَّ الخطر لا يكون داهما ووشيك الوقوع إذا تسبب الجاني بخطئه في حصول ذلك الخطر². فوق ذلك، فإنَّ قانون الصِّفقات العموميَّة يشترط ألا تكون حالة الاستعجال الملح ناجمة عن القيام بمناورات احتيالية من طرف الإدارة المتعاقدة³. كما أنَّ الصِّفقة المبرمة وفق إجراء تعاقدا استثنائي بسبب حالة الاستعجال الملح يجب أن تتعلَّق بالأداءات العقدية الضَّرورية فقط لمواجهة حالة الضَّرورة⁴. وبالتالي فإنَّ أيَّ أداء عقدي إضافي غير مرتبط بحالة الاستعجال الملح قد يشكل جريمة المحابة إلى الغير المحدَّدة بالمادَّة 26-1 من القانون رقم 06-01.

ج- الشُّروط المتعلِّقة بالسُّلوك الضروري

يلزم في السُّلوك المباح بحالة الضَّرورة أن يكون ضروريا (الفقرة 1)، وأنَّ يكون أقلَّ جسامة من الضرر الذي يترتب عن الخطر (الفقرة 2).

1- ضرورة ارتكاب السُّلوك المُجرَّم

يجب أن يكون السُّلوك، المُجرَّم في القانون، المرتكب لمواجهة الخطر ضروريا للمحافظة على المصلحة العليا⁵، حيث يلزم فيه أن يكون السبيل الوحيد -لكن حالة الضَّرورة لا تفرض على المضطر اتخاذ عكس الاكراه⁶- لتوقي ذلك الخطر⁷، ولا يمكن لأيِّ وسيلة أخرى المحافظة على المصلحة التي يهدد الخطر بإهدارها⁸. فإذا كان الجاني يملك وسائل أخرى للمحافظة عليها، لكنه اختار -للدلالة هنا على أنَّه لا يفقد كلية إرادة الاختيار في حالة الضَّرورة- الجريمة عوضا عن استعمالها، فإنَّه يكون مسؤولا جزائيا عن الجريمة التي ارتكبها، وهذا ما قضى به في فرنسا⁹. على أنَّه يشترط في هذه الحالة أن تكون هذه الوسائل أحسن من الجريمة في المحافظة على المصلحة المُهدَّدة¹⁰.

مع الملاحظة في الأخير، ما دمنا أمام سُلوك يجب أن يصدر عن إرادة انسانية، أنَّه في الجريمة الضَّرورية يكون العمد بمعناه الجنائي، وهو اتجاه إرادة الشَّخص إلى اتیان سُلوك يعلم أنه مخالف للقانون¹¹، موجودا كذلك لدى مرتكب تلك الجريمة، غاية ما في الأمر أنَّ الباعث إليها يكون شريفا¹² بعكس لو كانت الجريمة مرتكبة في الحالة

¹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 329 § 385.

²- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 359 § 430.

³- ت.ص.ع.، المادَّتان 12 (الفقرة 1) و49.

⁴- F. ALLAIRE, « Marchés publics : procédure », préc., § 37.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 359 § 431 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 179 § 316.

⁶- J.-A. ROUX, préc., p. 197 § 57.

⁷- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 359 § 431 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 179 § 316.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 330 § 386.

⁹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 330 § 386.

¹⁰- X. PIN, préc., p. 203 § 226.

¹¹- وهذا هو القصد العام. يراجع: هذه الدِّراسة، ما سبق. أما القصد الخاص -إذا كان مطلوبا- فيبدو أنَّه لا يتوافر في مرتكب الجريمة الضَّرورية، لأنَّ الباعث إلى ارتكابها يكون دائما شريفا كما سوف نرى.

¹²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 326 § 378.

العادية.

غير أنّ هذا الباعث لا يكفي بمفرده لتبرير السلوك الإجرامي الذي يجب، فوق ذلك، أن يكون ضروريا. ففي قضية أمام القضاء الجزائري الفرنسي، حُكِمَ بأنّ مخالفة قانون العمل لا تعد ضرورية في مفهوم حالة الضرورة، إذا كانت تهدف إلى محاربة البطالة¹. وبالقِياس على ذلك، نلاحظ أنّ باعث مكافحة البطالة المتفشية على المستوى المحلي عن طريق استعمال معايير مخالفة لقانون الصّفقات العموميّة من أجل اختيار المتعامل الاقتصادي في إطار الصّفقات العموميّة ليست من قبيل حالة الضرورة في مجال الصّفقات العموميّة التي تبرر ارتكاب جريمة المحاباة. فهناك وسائل أخرى من شأنها المحافظة على مصلحة الأفراد في الحصول على شغل. فليس فقط لأنّ القضاء الجزائري لا يعتد بالباعث إلى ارتكاب الجريمة، وإنّ كان نزيها، من أجل التّثبت من وجودها²، تقوم المسؤولية الجزائية للموظف العموميّ بسببها، وإنما لأنّ ذلك السلوك، برغم نزاهة الباعث الدافع إلى ارتكابه، لا يعتبر ضروريا لدرجة تجعل من ارتكاب الجريمة أحسن وسيلة للمحافظة على تلك المصلحة المُهدّدة.

2- ضرورة التناسب بين المصلحة المُعتدَى عليها وبين المصلحة المحفوظ عليها

ويتميز هذا الشرط بصعوبته من حيث التقدير³. ويقتضي هذا الشرط أن تكون المصلحة التي يرغب الجاني في المحافظة عليها أعلى من حيث القيمة من المصلحة الأخرى التي ستعرض للاعتداء بسبب الجريمة⁴. وعلى النقيض من ذلك، إذا كانت المصلحة المعتدى عليها أعلى والمصلحة المحفوظ عليها أقل قيمة منها، فإنّ شرط التناسب يتخلّف، وتتخلف معه حالة الضرورة المعفية من المسؤولية الجزائية، لأنّ الجاني بسلوكه اعتدى بدون مُبرّر على المصلحة التي يحميها القانون الجنائيّ بموجب الجريمة⁵.

لكن الاشكال يقوم عندما تتساوى تلك المصالح في القيمة، فهل يعتبر السلوك ضروريا ومتناسبا ومن ثمّ مُبرّرا غير قابل للمعاقبة أم يعد بالعكس سلوكا إجراميا يجب معاقبة فاعله. فالقاضي الجزائري، لأنّه مكلف في حالة الضرورة بإجراء مقارنة بين المصلحتين المحفوظ عليها وتلك المهددة⁶، لا يستطيع ترتيب المصالح من الأعلى إلى الأدنى في حالة تساويها من حيث القيمة⁷. فهذا من عمل المُشرّع. كما أنّ وجهة نظر الجاني حول ترتيب تلك المصالح ليست معيارا مأخوذا به في هذه الحالة، لأنّ المصلحة التي حافظ عليها ستعتبر في كل الحالات مصلحة أعلى، وبالتالي واجبة الحماية في نظره الشّخصي، وحماتها بواسطة الجريمة مباحة. لذلك يرفض بعض الفقهاء في حالة التّساوي بين المصالح تطبيق حالة الضرورة على الجريمة، ويطبقون عليها، للإعفاء من العقوبة، نظرية الاكراه المعنويّ عوضا عن ذلك⁸. بينما يعتبرها البعض الآخر من حالات الضرورة في القانون الجنائيّ، ولا يرى مانعا، قانونيا أو منطقي، من

¹- Cass. crim., 12 janvier 1983, cité dans : X. PIN, préc., p. 203 § 226.

²- D. SEBAN et I. GUTTADAURO, préc., p. 60.

³- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 180 § 317.

⁴- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 360 § 431 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 330 § 387 ; J.-A. ROUX, préc., p. 201 § 56.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 360 § 431.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 330 § 387.

⁷- X. PIN, préc., p. 204 § 203.

⁸- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 360 § 431.

اعفاء الجاني من المسؤولية الجزائية فيها¹.

ولقد تفادى قانون العقوبات الفرنسي الحالي هذه المشكلة بحيث يشترط لقيام حالة الضرورة أن تتناسب الوسائل التي استعملها الجاني - بمعنى الجريمة - مع جسامه الخطر، ولم يتطلب وجود التناسب بين المصالح المتصادمة في حالة الضرورة (المصلحة التي تعتدي عليها الجريمة والمصلحة التي قد يعتدي عليها الخطر)².

ثانيا: الآثار القانونية المترتبة عن حالة الضرورة

لحالة الضرورة أثران بارزان. فهي من جهة تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائية (الفقرة 1). وقيام المسؤولية المدنية من جهة أخرى (الفقرة 2).

أ- المسؤولية الجزائية

يتعين أن تنعدم المسؤولية الجزائية بسبب حالة الضرورة. غير أن نطاق هذا الأثر من حيث الأشخاص قد يختلف. وعليه، سوف نتطرق إلى انعدام المسؤولية الجزائية للفاعل الأصلي (الفقرة 1) ثم المسؤولية الجزائية للمساهمين الآخرين معه (الفقرة 2).

1- انعدام المسؤولية الجزائية للفاعل الأصلي

لا يثير هذا الأثر القانوني أي شك بشأن صحته. فالمسؤولية الجزائية تنعدم بسبب أسباب الإباحة بالنسبة إلى الفاعل الأصلي دائما³. وحالة الضرورة لا تشذ عن ذلك، حيث إنها تترك نفس الأثر المتمثل في محو المسؤولية الجزائية أيضا⁴. وعليه، فإذا ثبت القاضي الجزائي - قاضي التحقيق أو قاضي الحكم - من وجود ذلك السبب المبيح، وجب عليه إما أن يأمر بالألا وجه للمتابعة، أو البراءة بحسب مرحلة المتابعة الجزائية التي أثير خلالها ذلك العذر⁵، لأنّ المجرم لم يرتكب أي خطأ جزائي⁶.

غير أن مجال تطبيق ذلك الأثر الهام على المسؤولية الجزائية يقتصر على الأفعال التي دفعت حالة الضرورة إلى ارتكابها فحسب. بمعنى الأفعال الضرورية التي تكون محل تجريم في الحالة العادية. أما الأفعال الأخرى غير الضرورية، فإنها تدخل ضمن دائرة التجريم، ولا تمتد عدم المسؤولية الجزائية إليها أيضا، ويمكن بالتالي المعاقبة عليها⁷. ويبدو أن هذا الأمر يقع عندما تتعدد الجرائم تعددا ماديا *conours réel d'infractions* ويكون مرتكبها واحدا - وتتميز هذه الحالة بأنّ الجريمتان أو أكثر لم يفصل بين ارتكابها صدور حكم قضائي بشأن احداها⁸ - فتعتبر احداها جريمة ضرورية، وتسقط المسؤولية الجزائية بشأنها عن فاعلها الأصلي، أما الأخرى فتعتبر جريمة غير مباحة، ويستحق ذلك الفاعل العقوبة عنها تبعا لذلك، إذا كانت غير ضرورية.

¹ - J.-A. ROUX, préc., p. 201 § 56.

² - X. PIN, préc., p. 204 § 203.

³ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 182 § 325.

⁴ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 360 § 432.

⁵ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 182 § 325.

⁶ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 360 § 432.

⁷ - V. J.-A. ROUX, préc., p. 200 § 57.

⁸ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 641 § 784.

2- انعدام المسؤولية الجزائية للمساهمين الآخرين

يلزم للبت في مسألة مسؤوليتهم الجزائية التمييز بين كون سبب الإباحة المعني شخصا أم موضوعي¹. فإذا كان سبب الإباحة قائما على أساس شخصي، فإنَّ المساهمين الآخرين لا يستفيدون كذلك من آثاره المعفية²، إلا إذا توافر ذلك السبب، أو سبب آخر، فيهم. فحالة الضرورة كما تظال الجاني بمفرده، قد تحل أيضا عليه مع شخص آخر غيره³. وفي هذه الحالة يستفيد كلا الشخصين من حالة الضرورة، إذا قررا ارتكاب الجريمة، وعدم التعرض للضرر الذي ينتج عن حالة الضرورة. أما إذا كان سبب الإباحة قائما على أساس موضوعي، فإنَّ مسؤوليتهم الجزائية تنعدم تبعا لانعدام مسؤولية الفاعل الأصلي في الجريمة المباحة⁴.

وما دامت حالة الضرورة لم تُطبَّق إلى حدِّ الآن من طرف القضاء الجزائي الجزائري⁵، وفي ظل سكوت قانون العقوبات عن النصِّ عليها، أو على الأقل تحديد آثارها الجنائية⁶، فإنَّ تحديد موقف ذلك القضاء من أساس الإباحة في حالة الضرورة مستحيل، وبالتالي فإنَّ تحديد نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص يبدو مستحيلا كذلك. وفي المقابل نجد هناك بعض الفقهاء في الجزائر من يعتبر حالة الضرورة، لأسباب منها أنَّ أسباب الإباحة وردت في القانون الجزائري على سبيل الحصر، كمانع حقيقي للمسؤولية الجزائية، لأنها تؤثر على إرادة الجاني المضطر⁷. ويترتب عن ذلك أنَّ المساهم الجنائي الذي واجه حالة الضرورة يستفيد من الاعفاء من المسؤولية الجزائية لوحده. أما المساهمين الآخرين معه في الجريمة، فلا يسري عليها ذلك الأثر. بينما التزم البعض الآخر الصمت إزاء المكانة القانونية لحالة الضرورة في القانون الجنائي، إنَّ كانت تشكل سبب إباحة أم مانعا من موانع المسؤولية الجزائية⁸.

ب- المسؤولية المدنية

إنَّ حالة الضرورة تُعَدُّ المسؤولية الجزائية فقط⁹. بينما تظل المسؤولية المدنية للجاني قائمة بسبب جرمته التي ارتكبتها بسبب حالة الضرورة، فيجب عليه تعويض الضحية في الجريمة تعويضا مدنيا¹⁰، حيث إنَّ الجريمة الضرورية تبقى تشكل اعتداء الذي خلف ضحايا، على عكس الدفاع المشروع الذي يعتبر فيه المدافع ضحية للهجوم الذي واجهه، ولهذا يتخلص المدافع من مسؤوليته الجزائية وفي الوقت ذاته من المسؤولية المدنية أيضا¹¹. وهذا الاختلاف بين السببين ينطوي على التعارض. حيث إنَّ الدفاع المشروع يعتبر صورة خاصة من حالة الضرورة¹². كما أنَّه سيعتبر

¹- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 182 § 325.

²- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 182 § 325.

³- J.-A. ROUX, préc., p. 197 § 57.

⁴- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 182 § 325.

⁵- وهذا حسب ما جاء في كتاب بوسقيعة حول القانون الجزائري العام. راجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 141.

⁶- وهو أمر يخالف المنطق، إذا لم ينصَّ أولا على تطبيقها على الجرائم.

⁷- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 325-326.

⁸- راجع مثلا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 140-141.

⁹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

¹⁰- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

¹¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

¹²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

فعلا ما غير مشروع أمام القضاء المدنيّ بينما يعتبر أمام القضاء الجنائيّ مباحا¹. غير أنّ صفة الضحية في الدفاع المشروع وصفة المعتدي في الجريمة الضّرورية تفرض ذلك الاختلاف في الحلول². كما أنّ الضحية في حالة الضّرورة -والتي تختلف عن مرتكب الجريمة الضّرورية- تتعرض للاعتداء الضروي بدون خطأ منها³. فهي ضحية بريئة بعكس المعتدي في الدفاع المشروع الذي يتعرض لردة فعل المدافع، إلا أنه يعتبر ضحية مُحطّة⁴. وأخيرا فإنّ التعويض المدنيّ عن الجريمة الضّرورية لا يتعارض مع مبادئ القانون المدنيّ، حيث يستطيع القاضي الجزائيّ -أو القاضي المدنيّ بحسب الحالة- الحكم بالتعويض بناءً على نظرية الإثراء بلا سبب⁵ أو الفضالة⁶.

مع ذلك فإنّ حالة الضّرورة تبقى مختلفة بسبب امكانية التعويض المدنيّ عنها، عن أسباب الإباحة الأخرى، بما فيها الدفاع المشروع، التي يعتبر الفعل المباح بموجبها مشروعاً وبالتالي لا يستحق جزاء التعويض⁷.

يلاحظ في الأخير بأنّ هذا الأثر السّلي لحالة الضّرورة المتعلّق بالمسؤوليّة المدنيّة للجاني يعيدنا في الحقيقة إلى مثال سابق حول حالة الضّرورة في مجال الصّفقات العموميّة. فعندما تختار الإدارة التعاقد تطبيق إجراء تعاقد تفاوضي بسبب حالة ضرورة استجمعت كل شروطها، فإنّها لا تلتزم بتعويض المرشّحين المقصيين من التعاقد معها بسبب ذلك الاختيار. ما لم يشكل اختيارها مخالفة للقانون. وهذا ما يتعارض مع نتائج حالة الضّرورة. ومنه نخلص إلى أنّ حالة الضّرورة في جريمة المحاباة تتداخل مع ما يسمح به القانون، وهو كذلك من أسباب انعدام المسؤولية الجزائية في القانون الجزائري، لأنّ القانون -المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بالتحديد- أجاز بصراحة للإدارة العموميّة إبرام الصّفقات العموميّة بصورة مخالفة للقواعد التّشريعية أو التّظيمية عندما تبرر حالة الضّرورة -المدنيّة- ذلك.

كخلاصة للقول في هذا الفصل: إذا تعين دَوْر كل شخص في ارتكاب الجريمة طبقاً لأحكام القانون، وتحققت شروط إسناد الجريمة عند جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم صفة المساهم الجنائيّ بخلوهم من الأسباب الشّخصيّة لانعدام المسؤولية الجزائيّة، فتتوفر فيهم الإرادة الحرة والتمييز والإدراك، وعدم وجود أسباب للإباحة يمكن أنْ تعترض تطبيق النصّ الجنائيّ المتعلّق بالجريمة الأساسيّة عليهم، قامت مسؤوليتهم الجزائيّة وحققت عليهم العقوبة المقرّرة لتلك الجريمة -ما لم تعترض تطبيقها هي الأخرى أسباب معينة- التي سوف نتطرق إلى أحكامها في الفصل التالي.

الفصل الثاني: العقوبة

لاستكمال التحليل القانونيّ للنصوص الجنائيّة المتعلّقة بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائري لا بد من التطرق إلى موضوع العقوبة. فالنصّ الجنائيّ يتألف من عنصرين هما: الخطر الجنائيّ، والعقوبة⁸.

¹- X. PIN, préc., p. 205 § 228.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

³- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 361 § 433.

⁴- V. X. PIN, préc., p. 205 § 228.

⁵- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 183 § 326 ; X. PIN, préc., p. 205 § 228.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 388.

⁷- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 183 § 326.

⁸- V. C. LOMBOIS, préc., p. 17.

أما الحظر الجنائي فقد تطرقنا إلى مضمونه في الباب الأول من هذه الدراسة، بحيث حدّدنا على ضوء النصوص الجنائية المتعلّقة بتلك الجرائم الشروط الأولى الضرورية لوجودها، ثمّ الأركان المؤسّسة فيها.

أما العقوبة فسوف نخصّص لها هذا الفصل. إذ تعتبر العقوبة المقرّرة لما هو محظور جنائياً معياراً -شكلياً- لما هو عقابي Pénal¹؛ فبدونها يعتبر التجريم عديم التأثير². فالعقوبة إذن هي التي تحدّد لنا ما هي الواقعة التي تعتبر في نظر القانون جريمة³، فتميزها بذلك عن غيرها من الأعمال غير المشروعة، وهي كذلك المعيار الذي يشير إلى تطبيق قواعد القانون الجنائي على تلك الواقعة. زد على ذلك أنّها تؤثر على المسار المهني للموظف⁴، علماً أنّ القانون يتطلب في أغلب الجرائم التي هي محل دراسة هنا أن يكون مرتكبها موظفاً عموميّاً. فقد يشترط القانون، للالتحاق بالوظيفة العموميّة، ألا يكون المرشّح قد سبق وأنّ حكم عليه بعقوبة. كما أنّ استمرار ذلك الموظف في منصبه قد يتوقف على عدم الحكم عليه بها⁵. فلا مناص، بعد هذه الأهميّة الكبيرة للعقوبة، من دراسة موضوع العقوبات فيما يتعلّق بجرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة.

لكن تجب الملاحظة في هذا الصدد أنّ العقوبة مجرّد نوع من الجزاء الجنائي. فللجزاء الجنائي معنى واسع في القانون الجنائي يشمل العقوبة Peine التي تتطرق إليها هذه الدراسة، بالإضافة إلى تدبير الأمن Mesure de sureté⁶. هذا التدبير⁷ -الذي يتمثّل غرضه في الوقاية من الجريمة⁸- يخضع كذلك إلى مبدأ الشرعيّة الجنائيّة⁹ فلا يصدره القاضي الجنائي ضد الشّخص إلا إذا قرّره النصّ الجنائي. لكنه لا يطبّق على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، لأنّ القانون رقم 01-06 -وإن كان اسم هذا القانون قد يدلّ على عكس ذلك¹⁰- قرّر لتلك الجرائم عقوبات

وبسبب هذه العقوبة، يعتبر النصّ الجزائي أبرز مثال تطبيقي لخصيصة الجزاء المتوفرة في القاعدة القانونية.

¹- C. LOMBOIS, préc., pp. 10. V. aussi *ibid.*, pp. 20 et 21 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 23 § 23.

²- C. LOMBOIS, préc., p. 21 : « L'incrimination est inopérante si elle n'est pas raccordée à une norme de pénalité, car l'interdit n'est pénal que s'il est sanctionné d'une peine. [...] ».

³- وهذا ما نصت عليه المادّة 4 (الفقرة 1) من قانون العقوبات بقولها: "يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات وتكون الوقاية منها باتخاذ تدابير أمن"، حتى وإن كان هذا النصّ الجنائي -بما أنّه يتكلم عن "تطبيق العقوبات" و "اتخاذ تدابير"- يشير إلى العقوبة أو تدبير الأمن المطبقان فعلاً من طرف القاضي الجنائي وليس المقرران في النصّ الجنائي، والجريمة لا تتحدّد إلا بالعقوبة أو تدبير الأمن الذي ينصّ عليه القانون عملاً بمبدأ الشرعيّة الجنائيّة، فإنّ ذلك القاضي لا يحكم إلا بالعقوبات أو تدابير الأمن التي يُقرّها القانون للجريمة. يقارن: النصّ الفرنسي للمادّة 4 من قانون العقوبات الجزائري الذي جاء فيه ما يأتي: "جزاء الجرائم هو العقوبات وتدابير الأمن هي للوقاية منها"، ولم يقل، كما فعل النصّ العربي، "بتطبيق العقوبات" و "اتخاذ تدابير".

L'article 4, alinéa 1^{er}, du Code pénal algérien prévoit : « Les infractions sont sanctionnées par des peines et prévenues par des mesures de sûreté ».

⁴- A. FITTE-DUVAL, préc., § 20.

⁵- V. A. FITTE-DUVAL, préc., §§ 20 et 26.

⁶- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، ط. 5، الجزائر، د.م.ج.، 2007، ص 415؛ أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 217.

⁷- تدابير الأمن محدّدة في الباب الثاني حول "تدابير الأمن" من الكتاب 1 من الجزء 1 من قانون العقوبات الجزائري في المواد 19 و 21 و 22 منه. وقد ألغى المُشرّع أغلب التدابير التي كان ينصّ عليها في ذلك الباب (المواد 20، 23، 24، 25، 26) وغير تكييفها من تدبير أمن إلى عقوبة تكميلية.

⁸- يراجع: ق.ع.، المادّة 4 (الفقرتان 1، 4). فقد جاء في فقرتها الرابعة: "إن لتدابير الأمن هدف وقائي".

⁹- ق.ع.، المادّة 1.

¹⁰- فتعبير الوقاية من الجريمة، أو كما جاء حرفياً في عنوان القانون رقم 01-06 "مكافحة الفساد والوقاية منه"، وسبق أن رأينا بأنّ المقصود بالفساد

فقط، كما أنه لم يتم بالإحالة إلى أيٍّ من أحكام قانون العقوبات المتعلقة بتدابير الأمن¹ التي من المستبعد جدا أن تُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة لأنّها تخصّ الأشخاص المصابين بعاهة عقلية أو المدمنين على الموادّ الكحولية أو المخدرات أو المؤثرات العقلية الأخرى²، وهذه الحالات بعيدة الصّلة بجرائم الفساد السّابقة. ولهذا تخرج دراسة تدابير الأمن عن نطاق هذه الدّراسة.

أما دراسة العقوبة في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، فتقتضي معالجة الموضوع من جانبين. من الجانب الموضوعي، والذي يتمثّل في عمليّة تحديد العقوبات من طرف المُشرّع، بحيث يجب عن سؤال ما هي العقوبات التي قرّرها التّشريع الجنائيّ لمواجهة تلك الجرائم في الجزائر، وكيف قرّرها (التشديد، التخفيف)، وما هي سلطات القاضي الجنائيّ على تحديدها، وهل توجد هناك عقوبات لها صلة بمجال الصّفقات العموميّة.

بعد ذلك تجب معالجة العقوبة من الجانب الإجرائي الذي يشير إلى الإجراءات الرامية إلى تطبيق تلك العقوبات. وتدور هذه الإجراءات أساساً حول الدّعوى العموميّة المرفوعة - حصرياً - أمام القضاء الجنائي³. فمن مميّزات قانون العقوبات، وعلى عكس القانون المدنيّ، أنّ تطبيقه لا يحصل إلا عن طريق دّعوى⁴. لا بد كذلك من دراسة الدّعوى المدنيّة للتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة التي يجوز للضحية في الجريمة أن ترفعها أمام القضاء الجنائي، بما أنّه قد توجد ضحايا في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة تدعي أنّ هناك ضرر لحقها جراء تلك الجرائم، ولأنّ العقوبة - كجزاء أصيل خاصّ بالقانون الجنائيّ - لا تهدف إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالضحية، وإنما تهدف إلى حماية المجتمع وإعادة تأهيل المُجرّم⁵، مما يقتضي البحث عن مسؤوليّة الجاني اتجاه الضحية في الجرائم السابقة.

المبحث الأوّل: تحديد العقوبات المقرّرة لجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة

يقصد بالعقوبة: "انتقاص من حقوق قانونية للإنسان تنزله سلطة القضاء بمن سلك سلوكاً يحظره قانون العقوبات [...]"⁶. ومن خلال قراءة الباب الرابع من القانون رقم 06-01 المتعلّق "بالتجريم والعقوبات وأساليب التحري"

حسب المادّة 2 من هذا القانون هي الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع منه، عندما يستعمل في تشريع جنائيّ، قد يدلّ على أنّ المُشرّع يقرّر للواقعة المحظورة جنايا عقوبات وتدابير الأمن، لأنّ الغرض من تدبير الأمن يكمن حسب الفقرة 4 من المادّة 2 من قانون العقوبات في الوقاية من الجريمة. لكن القانون رقم 06-01 لم ينصّ إلا على العقوبات. وكان يقصد بالوقاية من الفساد مجموعة من الإجراءات الإدارية التي لا علاقة لها بتدابير الأمن في قانون العقوبات. يراجع: الباب الثاني حول "التدابير الوقائية في القطاع العام" - وقد حصرها العنوان في القطاع العام رغم أنّه قد تضمن إجراء يتعلّق بالقطاع الخاصّ (المادّة 13) - من القانون رقم 06-01 في الموادّ من 3 إلى 16 منه. فيجب على المُشرّع أن يختار الألفاظ بدقة في المستقبل، لكي يؤلّف عنوان التّشريعات الجنائيّة، حتى لا يحدث أيّ لبس قد يؤدي إلى حصول التعارض بين اسم التّشريع ومحتواه.

1- نصّ قانون العقوبات الجزائري على هذه التدابير في الموادّ 19، 21 و 22 منه. أما التدابير التي نصت عليها الموادّ 20، 23، 24، 25، و 26 من نفس القانون، فقد ألغيت، وأصبحت تشكل العقوبات التكميلية.

2 يراجع: ق.ع.، المادّتان 21 و 22.

3- حيث أشار قانون الإجراءات الجنائيّة الجزائري إلى هذه الغاية (تطبيق العقوبات المقرّرة قانوناً للجريمة) من الدّعوى العموميّة في مادّة الأولى (الفقرة 1) عندما يقول: "الدّعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون".

4- X. PIN, préc., p. 27 § 27.

5- V. J.-C. SOYER, préc., p. 43 § 59.

6- ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط. 3، المرجع السابق، ص 36 الفقرة 12.

يتبين أنَّ المُشَرِّعَ رصد لجرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة -وجرائم الفساد بوجه عام- عقوبات¹ تتميز بتنوعها بخاصَّة بالنظر إلى موضوعها، بمعنى الحقِّ -المملوك في الغالب من الأحيان للشخص المُدان- الذي تنصب عليه العقوبة (المطلب الأوَّل). إلا أنَّ هذه العقوبات كما قرَّرها ذلك القانون قابلة للتعديل. ويرجع سبب ذلك إما إلى ظروف نصَّ عليها القانون عملاً بمبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة الملزم للقاضي الجنائي، أو عن طريق تطبيق فكرة جعل العقوبات شخصيَّة (Personnalisation de la peine) (المطلب الثاني).

المطلب الأوَّل: تنوع العقوبات

من بين التقسيمات المختلفة للعقوبة²، يتبنى قانون العقوبات الجزائري -وأيضاً قانون العقوبات الفرنسي، ولهذا يعتبر هذا التقسيم كتقسيم شرعي Normatif عند الفقه الجنائي الفرنسي³، وفي القانون الجزائري قياساً عليه، فيجب أن يتضمَّن الحكم بالإدانة إحدى هذه العقوبات الواردة بالقائمة التشريعية المتضمنة تلك العقوبات، ما لم يُعفى المسؤول جزائياً من العقوبة⁴ - التقسيم الذي يميز بين العقوبات الأصليَّة Peine principale، والعقوبات التبعيَّة Peines accessoires، والعقوبات التكميلية Peines complémentaires⁵، والذي يجد أساسه في العلاقة الموجودة ما بين العقوبات المنصوص عليها في القانون⁶. وعلى ضوء هذا التقسيم التشريعي للعقوبات، سوف نحاول استعراض العقوبات التي رصدها القانون الجزائري لمكافحة جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة المنصوص عليها في القانون رقم 06-01.

الفرع الأوَّل: العقوبات الأصليَّة المُقرَّرة لجرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة

إنَّ العقوبة الأصليَّة⁷ هي عقوبة أساسيَّة يُقرَّرها القانون لكل جريمة⁸ تقوم بوظيفة الأداة المباشرة لقمع الجريمة، ويجب على القاضي الجنائي أن يشير إليها بصراحة في حكمه القضائي بالإدانة⁹، ولو كانت عقوبة اجبارية¹⁰، كما أنَّها

¹ - يمكن القول منذ البداية أنَّ المُشَرِّعَ في الحقيقة قرَّر جميع العقوبات الممكنة في مادَّة الجُرح حسب القسم العام من قانون العقوبات لمكافحة جرائم الفساد. فهو لم يستبعد تطبيق أيٍّ منها على هذه الجرائم الأخيرة بصراحة.

² - هناك على سبيل المثال التقسيم الذي يُميِّز بين عقوبة الحقِّ العام والعقوبة السياسية، والتقسيم المُميِّز بين العقوبة الماسَّة بالحرية والعقوبة الماسَّة بالذمَّة الماليَّة والعقوبة الماسَّة ببعض الحقوق والحريات الأخرى. يراجع:

R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., pp. 262-264 § 125 et p. 266 § 128 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 476-477 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 539 § 645.

³ - V. C. LOMBOIS, préc., p. 14.

⁴ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 444 § 544.

⁵ - يراجع: ق.ع.، الباب 1 حول "العقوبات المطبقة على الأشخاص الطبيعيَّة" من الكتاب 1 من الجزء 1. ذلك الباب مقسم إلى ثلاثة فصول يتعلق كلُّ فصل منها بنوع مُحدَّد من العقوبات. فالفصل 1 يخصَّ العقوبات الأصليَّة، والفصل 2 العقوبات التبعيَّة، والفصل 3 العقوبات التكميلية. يراجع أيضاً: C. DAVID, préc., p. 319 § 40.

⁶ - V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 261 § 124.

⁷ - والتي يفضل أن تسمى، لفصلها عن العقوبات التكميلية، بالعقوبات الأساسيَّة، ويتطابق هذا مع اسمها الفرنسي Peine Principale، وتسميتها بالعقوبات -الأساسيَّة- الأصليَّة لتمييزها عن العقوبات -الأساسيَّة- المُعدَّلة بسبب ظُرف مُشدَّد أو ظُرف مُخفَّف أو عذر معفي من العقوبة.

⁸ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 464 § 584.

⁹ - V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., pp. 261-262 § 124 ; F. DAVID, « Du point de départ des peines accessoires et complémentaires », R.S.C., 1937, n° 4, p. 660.

¹⁰ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 465 § 586.

كافية بذاتها فلا يشترط أن تُطبَّق معها عقوبات أخرى¹، كالعقوبات التكميلية، وقد أشارت المادة 4 (الفقرة 2) من قانون العقوبات إلى هذا بقولها: "العقوبات الأصلية هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقتزن بها أية عقوبة أخرى". ولهذا، كان لا بد من البدء بدراستها أولاً بتقسيمها، نتيجة الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية²، إلى عقوبات أصلية للشخص الطبيعي وللشخص المعنوي. وسيكشف ذلك عن وجود فرق في العقوبات بين هذان الشخصان.

أولاً: العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي المسؤول جزائياً

حدّتها المادة 5 (الفقرة 2) من قانون العقوبات بقولها: "العقوبات الأصلية في مادة الجناح هي: 1- الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى، 2- الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج"³. وهذا النصّ يخص الأشخاص الطبيعية فحسب، لأنّه ينصّ على عقوبة الحبس التي لا تناسب الأشخاص المعنوية⁴. وبالرجوع إلى المواد 26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01 نلاحظ أنّها قرّرت لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية كل العقوبات الأصلية⁵ - ولم تقرر تطبيق واحدة منها فقط⁶ - التي حدّدها النصّ المذكور مسبقاً⁷، وهي عقوبتي الحبس والغرامة، ولكن بكميات تختلف عما جاء في النصّ السابق، وتختلف كذلك بين الجريمة والأخرى من تلك الجرائم. وبناءً عليه، سوف نتطرق فيما يلي إلى عقوبتي الحبس والغرامة كما قرّرها القانون رقم 06-01 لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

أ- عقوبة الحبس

تتمثّل أوّل عقوبة أصلية اختار القانون رقم 06-01 تقريرها لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في

¹- V. F. DAVID, préc., p. 660.

²- J.-P. CÉRÉ, « Peine : nature et prononcé », *Rép. pén.*, janvier 2008, § 47.

³- ويسمى الأسلوب الذي اتبعته المادة 5 من قانون العقوبات الجزائري بالقائمة الشرعية بالعقوبات *Liste légale des peines*، وهي من نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، وبموجب هذه القائمة التي يجب على القاضي الجنائي أو أي سلطة أخرى التقيد بها، ولا يمكن لهؤلاء، باستثناء السلطة التشريعية، إنشاء عقوبات غير موجودة بهذه القائمة. يراجع: C. LOMBOIS, préc., p. 13.

⁴- يراجع: هذه الدراسة، ما يأتي.

⁵- إنّ تقرير عقوبة أو عدّة عقوبات لكل جريمة على حدة يعتبر من تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية. C. LOMBOIS, préc., p. 13.

لذلك ينبغي دائماً الرجوع إلى النصّ الجنائي الخاص لتحديد عقوبة (أو العقوبات في حال تعددها) جريمة ما.

⁶- إذ يمكن للمشرّع أن يقرّر إما تطبيق عدّة عقوبات أصلية على الجريمة، أو تطبيق واحدة منها فقط.

B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 464 § 584.

لكن هذه السلطة التقديرية تنقيد في حالتين. في الجنايات أين لا يستطيع المشرّع تقرير عقوبة الغرامة بمفردها للجريمة، وفي جناح الصحافة حيث لا يجوز دستوريا تقرير عقوبة سالبة للحرية ضدها، حسب المادة 54 (الفقرة 5) من الدستور الجزائري لسنة 2020. وكلاهما لا تنطبقان على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي تبقى تخضع بالتالي إلى الأصل العام السابق.

⁷- فالمادة 26 تنصّ بأنّه: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج [...]". والمادة

27: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج [...]". وأخيراً، المادة

35: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج [...]".

الحبس¹، ويعرف بأنه "حبس شخص معين نتيجة إدانته جزائيا من طرف جهة قضائية جزائية تنظر في الموضوع"². فهو عقوبة، مؤقتة دائما³، سالبة للحرية⁴، وتعني هذه الحرية - التي تسلبها تلك العقوبة من الشخص المُدان بارتكاب جريمة نص القانون على معاقبتها بذلك - بالتحديد حرية الشخص في الحركة Liberté d'aller et venir⁵، بحيث أنّها تمنع الشخص المعاقب عن تنظيم حياته، وتعرّله عن أمواله ومحيطه المهني وغير ذلك من الأمور المرتبطة بتلك الحرية⁶. أما أغراضها الأساسية فتتمثل في حماية المجتمع، وإصلاح الشخص المُدان جزائيا، وإعادة تأهيله للعودة مجدداً إلى المجتمع⁷. كما أنّها تتميز بأنّها تبث لدى المخاطبين بالقاعدة الجنائية شعورا كبيرا بالخوف من الجزاء العقابي لردعهم عن ارتكاب الجريمة⁸، فهي، فوق أنّها تحرمه من حقوقه الأساسية، توقع على الشخص، بعكس عقوبات أخرى كالعمل للنفع العام، ضد إرادته⁹، مما يجعلها عقوبة قاسية جدا عليه.

ولا بد أن نشير إلى ستة ملاحظات أساسية في صدد عقوبة الحبس المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية حسب القانون رقم 06-01. أولاً، إنّ عقوبة الحبس تخصّ الجُناح (والمخالفات أيضاً¹⁰)، طبقاً للمادة 5 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، على عكس الجنايات التي يعاقب عليها بالسجن Réclusion. وهذا ما يميز بين الجُنحة والجناية في القانون الجزائري¹¹. فبناءً على اسم العقوبة السالبة للحرية - كما حدّده التشريع للجريمة وليس

1- فأول عقوبة أصلية بدأ نصّ الجنائي بتحديددها هي عقوبة الحبس. يراجع: المواد 26 و 27 و 35 من القانون رقم 06-01. وهناك معنيان لكلمة الحبس في القانون الجنائي. فيمكن أن يعني مكان تنفيذ العقوبة السالبة للحرية. كما يشير - في معنى أخصّ - إلى العقوبة التي بناها الشخص المُدان بارتكاب جريمة ما. وهذا المعنى الأخير هو المقصود في هذه الدراسة.

2- O. BACHELET, « Emprisonnement », *Rép. pén.*, avril 2014, § 1 : « L'emprisonnement se définit comme l'incarcération d'une personne à la suite de sa condamnation pénale par une juridiction répressive de jugement. ».

3- يراجع: ق. ع.، المادة 5. ويراجع أيضاً: J.-A. ROUX, préc., p. 424 § 124.

4- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 477 § 602.

5- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 477 § 601.

6- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 447 § 602.

تشمل حرية الشخص في الحركة عدّة حقوق هي، الحقّ في الدُخول والخروج من إقليم الدولة، الحقّ في التنقل بحرية، والحقّ في اختيار محل إقامة بحرية. يراجع: L. FAVOREU e.a., *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., France, Dalloz, 2012, p. 496 § 530. ولقد رأينا في السابق بأنّ حبس الشخص -الطبيعي- يعتبر من قبيل فعل الأمير الذي يجعل من الشخص المحبوس كمُكرّه فقدّ حريته في الاختيار، وبالتالي تنعدم مسؤوليته الجزائية عن بعض الجرائم. يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

7- V. O. BACHELET, préc., § 13-14.

يراجع أيضاً: المادة الأولى من القانون رقم 05-04 مؤرخ في 6 فبراير لسنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج.ر. رقم 12 مؤرخ في 13 فبراير سنة 2005، ص 10.

8- V. M. BOUCHET, *La validité substantielle de la norme pénale*, France, L.G.D.J., 2018, p. 395 § 501.

9- Cf. C. LOMBOIS, préc., p. 109 : « Quant au TIG [travail d'intérêt général], il est bien contrainte à la liberté, avec effet indirectement pécuniaire. Mais à la différence des autres atteintes pénales à la liberté, celle-ci doit être consentie. ».

يتبين من هذا أنّ العقوبات الماسّة بالحرية طُبّق على المُدان بغض النظر عن إرادته، على عكس عقوبة العمل للنفع العام التي تتطلب رضا ذلك الشخص من أجل تنفيذها ضده.

10- يراجع: ق. ع.، المادة 5 (الفقرة 3).

11- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 25. فتانون العقوبات يقسم الجرائم إلى ثلاثة أنواع هي، الجنايات والجُناح والمخالفات، ويشترط أن تُطبّق عليها العقوبات المُقرّرة في التشريع الجنائي لهذه الأنواع (المادة 27 منه).

كما صدر عن القاضي الجنائي¹ - يتحدّد نوع الجريمة ضمن تقسيم الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات²، ولهذا تعتبر العقوبة السالبة للحرية من العقوبات الواصفة لنوع الجريمة *Peines qualifiantes*³.

ونستخلص من ذلك أنّ جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة تعتبر من جرائم الجنح، خاصّة وأنّ مدّة عقوبة الحبس فيها - كما قرّرها القانون - تختلف عن مدّتها في المخالفات التي يعاقب عليها كذلك بالحبس⁴. ويعني هذا أنّها تخضع لأحكام جرائم الجنح المحدّدة في القانون الجزائري من حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات. وثانيا، إنّ الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة (المادّة 128 مكرّر 1 منه)، وجريمة المحاباة، وجريمة استغلال النّفوذ في الصّفقات العموميّة (المادّة 423 منه)⁵ كانت، من الناحية التاريخية، من الجنائيات في ظل قانون العقوبات، لأنّ هذا القانون كان يعاقب عليها بالسجن. بإستثناء جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة التي كان قانون العقوبات يعاقب عليها بالحبس منذ إنشائها⁶.

وهذا يدلنا على نظرة المشرّع الجزائري إلى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، بحيث اعتبرها في فترة تاريخية ماضية كجرائم جسيمة (جناية) تتطلب مواجهتها تطبيق عقوبة السجن عليها. ثمّ أصبحت في ظل القانون رقم 01-06 من الجنح، لأنّه استبدل عقوبة الحبس المقرّرة للجنح بعقوبة السجن الخاصة بالجنائيات ممارسا بذلك سياسة التجنّح التّشريعي *correctionnalisation légale*، ليعتبر القانون رقم 01-06، لهذا السّبب، تّشريعاً جنائياً أقلّ شدّة⁷.

ثالثاً، لعقوبة الحبس كميّة مقدرة في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، والتي حدّدها المشرّع بمدّة من الوقت⁸ وهذا، بعكس عقوبة الغرامة التي يُحدّدها بمبلغ من النقود⁹. فقد جعل لها القانون رقم 01-06 - كما جرت العادة في القانون الجزائري - حدّين أدنى وأقصى¹⁰. ويجب على القاضي الجنائي أن يحكم إما بالحدّ الأقصى

¹- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p.181 §191 ; R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p.259 §123.

²- يشار إلى أنّ هناك اختلاف في القانون الجنائي حول الأساس النظري لذلك التقسيم، وعدد أنواع الجريمة التي يجب أن يتضمّنها. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 180-182 §§ 188-191 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., pp. 95-97 §§ 159-162 et pp. 99-100 § 165.

³- V. C. LOMBOIS, préc., pp. 112-113.

⁴- فالجنح يعاقب عليها بالحبس مدّة تتجاوز شهران (ق.ع.، المادّة 5، الفقرة 2). أما المخالفات فيعاقب عليها بالحبس مدّة تساوي شهران على الأكثر (ق.ع.، المادّة 5، الفقرة 3).

⁵- كانت هاتين الجريمةين من سنة 1975 إلى سنة 1982 عبارة عن جنحة يعاقب عليها بالحبس، ثمّ قرّر لهما المشرّع عقوبة السجن من سنة 1982 إلى غاية إلغاء المادّة 423 سنة 2001. بعد ذلك نقلهما المشرّع الجزائري إلى المادّة 128 مكرّر في قانون العقوبات مع تعويض عقوبة الحبس بعقوبة السجن للمعاقبة عليها.

⁶- يراجع: ق.ع.، المادّة 123، والقانون رقم 01-06، المادّة 35.

⁷- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 155 § 163.

⁸- تعتبر العقوبات السالبة للحرية والعقوبات السالبة للحقوق العقوبات الوحيدة التي تتحدّد كميتها بمدّة من الوقت. يراجع:

R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 264 § 126.

⁹- V. J. LARGUIER et A.-M. LARGUIER, préc., pp. 759-760 § 1.

¹⁰- يراجع: القانون رقم 01-06، المواد 26، 27، 35. ففي العقوبات ذات الكميّة المقدرة *Peines quantitatives*، كعقوبة الحبس وعقوبة الغرامة، يجب على المشرّع أن يجعل لها حدّين أدنى وأقصى. يراجع: C. LOMBOIS, préc., p. 21.

أو بالحد الأدنى، أو بكمية تدخل ما بينهما، ولا يستطيع أن يتجاوز الحد الأقصى أو أن يحكم بعقوبة أقل من ذلك الحد الأدنى، إلا في الحالات التي قررها التشريع¹.

وواجب النص على هذين الحدين -الملقى على عاتق المشرع- ينتج من أساسين مختلفين. فأما الحد الأدنى من العقوبة فيتمثل أساسه في فكرة الدفاع عن المجتمع، وتفادي تسامح القضاة مع الجريمة². أما حدّها الأقصى فهو من التطبيقات المباشرة لمبدأ الشرعية الجنائية³.

وبالنسبة إلى مدتها، فهي كالاتي. أولاً، جرمي المحابة واستغلال النفوذ في الصفقات العمومية، ويعاقب عليها بالحبس من 2 إلى 10 سنوات، طبقاً للمادة 26 من القانون رقم 06-01. وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية الحبس من 5 إلى 10 سنوات، طبقاً للمادة 35 من ذلك القانون. أما جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، فتخضع لمدة مضاعفة تساوي 10 إلى 20 سنة من الحبس.

يلاحظ مما سبق: 1- أن كمية الحد الأقصى من عقوبة الحبس المقررة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تتجاوز كثيراً ما قرره القسم العام من قانون العقوبات للجنح في المادة 5 (مدة 5 سنوات)⁴، الأمر الذي قد يشكل مخالفة للقواعد العامة. لكنه غير صحيح. فالمادة السابقة قرّرت حكماً استثنائياً يستطيع المشرع بمقتضاه أن يُقرّر مدة أخرى من عقوبة الحبس للجريمة⁵. وهذا معناه أن تحديد نوع الجريمة بالنظر إلى خطورتها يتم بصورة آلية بالاستناد إلى طبيعة العقوبة السالبة للحرية (السجن أم الحبس) بدون الاكتراث بكميتها، لأن التشريع الجنائي يستطيع تقرير حدود أخرى للجريمة تتجاوز الحد الأقصى المذكور في المادة 5. وأن المشرع استعمل الصلاحية الاستثنائية التي قرّرها له المادة 5 لتحديد عقوبة الحبس في القانون رقم 06-01، فقرر لها حدوداً قصوى أخرى أعلى من الحد الأقصى العام. ولم يُقرّر تغيير تصنيفها من جنحة إلى جناية برغم أن مدة العقوبة السالبة للحرية في الجنايات تساوي الحد الأقصى من عقوبة الحبس في جرائم الفساد السابقة. وتكمن العلة من وراء الاحتفاظ بوصف الجنحة في "حرص المشرع على تبسيط إجراءات المتابعة و المحاكمة بالنسبة لهذه الجرائم و هو الأمر المتوفر في الجرح أكثر منه في الجنايات"⁶.

2- أن عقوبة جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية شديدة بالمقارنة مع عقوبة الحبس في الجرائم السابقة،

¹- V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 346 § 182.

²- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 339 § 591.

³- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 339 § 591 ; C. LOMBOIS, préc., p. 13 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 282 § 479.

⁴- أما حدّها الأدنى فلا يثير أية مشكلة تتعلّق بمخالفة أحكام المادة 5 من قانون العقوبات، لأنّ مدّته تزيد عن شهرين كما اشترطت تماماً.

⁵- تسمح بذلك المادة 5 (الفقرة 2) من قانون العقوبات التي تقول: "ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدوداً أخرى". يراجع: أ. بوسقيعة، الجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 230، 232. ولقد عدلت هذه الفقرة بموجب القانون رقم 21-14 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2021 (ج.ر. رقم 99 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2021، ص 5) ليصبح نصها كما يأتي: "العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي: (1) الحبس مدة تتجاوز شهرين (2) إلى خمس (5) سنوات، ما عدا الحالات التي يقرر فيها هذا القانون أو القوانين الخاصة بحدوداً أخرى". ويعتبر القانون رقم 06-01 من بين القوانين الخاصة التي أشارت إليها الفقرة السابقة.

⁶- نقلاً عن: ك. علة، المرجع السابق، ص 151.

وبالمقارنة أيضا مع عقوبة الحبس المُقرَّرة لجرمة رشوة الموظفين العموميين في المادة 25 من القانون رقم 06-01 (من سنتين إلى 10 سنوات). ولهذا يحتفل أن تكون الرشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة ظَرْفا مُشَدِّدا لهذه الجريمة الأخيرة، فلا يوجد لها نظير بنفس الكميَّة في القانون رقم 06-01 إلا في حالة تشديد العقوبة بسبب الظَّرْف - المُشَدِّد - المنصوص عليه في المادة 48 من القانون السابق.

يشار في هذا الاطار إلى أنَّ العقوبة التي يطبقها القاضي الجزائي على هذه الجريمة بناءً على المادة 48 من القانون رقم 06-01 تكون دائما مُبرَّرة، ولا يجوز بالتالي الطعن بالنقض في الحكم أو القرار القضائي الذي يُقرِّرها، لأنَّه سبق وأن قرَّر القضاء الجزائي الفرنسي أنَّ العقوبة المطبقة تعتبر مُبرَّرة، برغم عدم توفر الظَّرْف المُشَدِّد الذي أسس تطبيقها ضد المُدان، ما دامت مقررَّة للجريمة المعالجة عند اقترانها بالظُّروف المُشَدِّدة الأخرى التي تتوفر في نفس الجريمة¹. ومن باب القياس على هذا الحكم القضائي، فإنَّ العقوبة المُشَدِّدة بموجب المادة 48 من القانون رقم 06-01 المطبقة نظير ارتكاب جريمة الرشوة في مجال الصِّفقات العموميَّة، وإن ثبت بعد ذلك أنَّ ظَرْف التشديد المنصوص عليه في المادة 48 غير متوافر في قضية الحال. ونفس الأمر ينطبق إذا كانت المادة 27 من القانون رقم 06-01 تنص على جريمة رشوة مُشَدِّدة.

رابعا، إنَّ حساب مُدَّة التَّنفيذ الفعلي لعقوبة الحبس يبدأ من يوم وصول الشَّخص المحكوم عليه إلى مكان تنفيذ عقوبة الحبس بعد أن يصير الحكم بإدانته نهائيا². وهذا ما نصت عليه المادة 13 (الفقرة 1) من القانون رقم 05-04 مؤرخ في 6 فبراير لسنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين³. غير أنَّه إذا تعرض هذا الشَّخص من قبل إلى الحبس المؤقت خلال إجراءات المتابعة الجزائية، فإنَّ المُدَّة التي قضاها في الحبس بناءً على هذا الإجراء تخصم من مُدَّة عقوبة الحبس الصادرة ضده⁴.

خامسا، إنَّ التَّساوي في كميَّة عقوبة الحبس، وعقوبة الغرامة أيضا بين جرائم المحاباة (المادة 26-1 من القانون رقم 06-01) واستغلال التُّفوذ في مجال الصِّفقات العموميَّة (المادة 26-2 من نفس القانون) وأخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة أثناء الوظيفة العموميَّة (المادة 35 منه) لا يبقى بدون أثر قانوني. فطبقا لنظريَّة العقوبة المُبرَّرة⁵ Théorie de la peine justifiée فإنَّ أخطأ القاضي الجزائي في التكييف القانوني الصحيح للجريمة - وهذا يقع غالبا في جرائم الفساد نظرا للتشابه الكبير بينها من حيث الشُّروط والأركان - فإنَّ حكمه لا يتعرض للنقض، لأنَّ التكييف الصحيح

¹- Cass. crim., 15 décembre 1981, pourvoi n° 81-90.948, Bull. crim., n° 331, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007062226> (19/03/2023).

²- V. O. BACHELET, préc., § 7.

³- وقد جاء فيها ما يأتي: "يبدأ حساب سريان مدة العقوبة السالبة للحرية، بتسجيل مستند الإيداع الذي يذكر فيه، تاريخ وساعة وصول المحكوم عليه إلى المؤسسة العقابية".

⁴- V. O. BACHELET, préc., § 7.

يراجع أيضا: القانون رقم 05-04، المادة 13 (الفقرة 3).

⁵- J.-C. SOYER, préc., p. 73 § 121.

ولهذه النظريَّة تطبيقات عديدة في القانون الجنائي. فقد رأينا من قبل أنَّ التمييز بين الشريك والفاعل الأصلي المساعد ليس ضروريا من الناحية الإجرائية، لأنَّ كلاهما يتعرض لنفس العقوبة التي قرَّرها القانون للجريمة المُساهم في ارتكابها. يراجع كذلك: J.-C. SOYER, préc., p. 402 § 900.

الذي لم يُطبَّق لن يغير من العقوبة، وبالتالي لن يمس بمصلحة المحكوم عليه¹.

وكدليل على ذلك، فيما يتعلّق بجرائم الفساد في مجال الصّفقات العموميّة، نورد ما جاء في حكم الغرفة الجنائية لدى محكمة النّقض الفرنسية المؤرّخ في 1 أكتوبر 1984 الذي تعلّق بجرمة رشوة وقعت بمناسبة إبرام صفقات عموميّة للأشغال ارتكبتها موظف عموميّ، بحيث قرّرت المحكمة أنّ خطأ قضاة الموضوع في تكييف الجريمة، فقد اعتبرها هؤلاء جريمة استغلال نفوذ بينما هي تشكل في الحقيقة جريمة رشوة، الذي أدى إلى إدانة ومعاقبة الطاعن لا يتعارض مع المادّة 598 من قانون الإجراءات الجزائيّة - الملغى - الناصة على نظرية العقوبة المُبرّرة، لأنّهما تخضعان قانونا لنفس العقوبة².

وأخيرا، تجب الملاحظة أنّ بعض القوانين الأجنبية سلكت نفس مسلك القانون رقم 06-01 التي تصل فيها عقوبة الحبس، فيما يتعلّق بجرائم الفساد، إلى عشر سنوات كذلك. ففي القانون الفرنسي مثلا يعاقب على جريمة رشوة الموظفين العموميين، وكذلك جريمة استغلال نفوذهم - وهي من الجرائم المطبقة على الصّفقات العموميّة هناك³ ولكنها ليست خاصّة بها - وتقابلها في القانون الجزائري الجريمتين المحدّتان بالمادّة 25-2 المتعلقة برشوة الموظفين العموميين، والمادّة 27 المتعلقة بالرشوة في مجال الصّفقات العموميّة، والمادّة 32-2 المتعلقة باستغلال النفوذ في القطاع العام من القانون رقم 06-01، بالحبس لعشر سنوات وهذا، حسب المادّة 432-11 من قانون العقوبات الفرنسي.

غير أنّه قرّر لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة، وتقابلها الجريمة المحدّدة بالمادّة 35 من القانون رقم 06-01، عقوبة حبس تصل لخمس سنوات (المادّة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي)⁴، بينما قرّر لجريمة الاعتداء على حرية الوصول والمساواة بين المرشّحين في الصّفقات العموميّة وعقود الامتياز، وتقابلها الجريمة المحدّدة بالمادّة 26-1 من القانون رقم 06-01 المتعلقة بمنح امتيازات غير مُبرّرة إلى الغير في مجال الصّفقات العموميّة، عقوبة حبس تصل إلى سنتين (المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي)، وعقوبة هاتين الجريمتين أقل من عقوبة الحبس المُقرّرة لمثل هذه الجرائم في القانون رقم 06-01 (من سنتين إلى 10 سنوات)⁵. ولهذا تعتبر جريمة الرشوة من أكبر جرائم الفساد جسامة في القانون الفرنسي⁶. وتنطبق نفس الملاحظة على القانون الجزائري أيضا. بحيث تعتبر جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة بعقوبة حبس تساوي ما بين 10 إلى 20 سنة أكبر جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة من حيث جسامة.

¹- J.-C. SOYER, préc., p. 73 § 121.

²- Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, pourvoi n° 83-93.550, Bull. crim. 1984 n° 277, www.legifrance.gouv.fr (06/11/2021).

³- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 129.

⁴- يقارن: ق.ع.، المادّة 123 الملغاة التي كانت تعاقب على هذه الجريمة بالحبس من 1 سنة إلى 5 سنوات.

⁵- يقارن: المادّة 30 (الفقرة الفرعية 1) من اتفاقية الامم المتّحدة لمكافحة الفساد التي تقول: "تجعل كل دولة طرف ارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية خاضعا لعقوبات تُراعى فيها جسامة ذلك الجرم.". فكان من الأجدر أنّ يقرّر المُشرّع عقوبات جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة بالنظر إلى جسامة الجريمة، كما ذهب إليه الاتفاقية، والقانون الفرنسي.

⁶- Ch. MIRABLE, préc., p. 197 sq.

مع الإشارة إلى أنَّ القانون الفرنسي حدّد جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة عقوبة أكبر من تلك المُقرّرة لجريمة الاعتداء على حرية الوصول والمساواة بين المرشّحين في الصّفقات العموميّة وعقود الامتياز، لأنّ الموظف العموميّ الفاعل في الجريمة الأولى يأخذ الفائدة لنفسه بينما يمنحها في الجريمة الأخرى لغيره¹.

ومن الأنسب أن يُطبّق القانون رقم 06-01 نفس المعيار على جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. فيشددّ، على الأقلّ الحدّ الأدنى، من العقوبات الأصليّة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة، أو يعاقب جريمة المحاباة بعقوبات أصليّة تقلّ عن العقوبات المحدّدة للجريمة الأخرى حالياً. كأنّ يعاقب عليها بالحبس من 1 سنة إلى 5 سنوات وبغرامة ماليّة متناسبة معها.

ب- عقوبة الغرامة

إلى جانب عقوبة الحبس، رصد القانون رقم 06-01 لجميع جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة -ولا اختلاف بينها وبين جرائم الفساد الأخرى في هذه النقطة- على عقوبة أصليّة أخرى مختلفة عنها² هي الغرامة، وهي من أهمّ العقوبات التي تمسّ الدّيمّة الماليّة للمحكوم عليه³، وتتنحصر في ديمته دون سواه، لاحترام مبدأي شخصيّة العقوبات⁴ والعقوبة الصّوريّة⁵ لكي لا تفقد عقوبة الغرامة فعاليتها⁶. وتتميز بمحاسنها العديدة مقارنة مع العقوبة السّالبة للحرية⁷. ويمكن تعريفها بأنّها: "التزام واقع على عاتق شخص محكوم عليه بدفع مبلغ نقدي معين إلى الدّولة، وبالتحديد الخزينة، باعتباره جزاء جنائي⁸، بناءً على حكم قضائيّ جنائي⁹".

غير أنّ طريقة حساب مبلغها غير مقننة، بحيث اعتمد القانون رقم 06-01، لأجل تحديده، على قاعدة تقليدية تتعارض مع الطبيعة الرّبحية لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. وبناءً عليه، سوف نبدأ أولاً بدراسة تلك القاعدة التقليدية التي تبناها القانون رقم 06-01، من أجل تنفيذها، ثمّ نحاول بعد ذلك تطبيق نظام آخر

¹- J. SAVOYE, préc., p. 169 sq.

²- فمن خصائصها -لتمييزها عن العقوبة السّالبة للحرية- أنّها تُطبّق على الأشخاص الطبيعيّة والمعنويّة معا (C. LOMBOIS, , préc., p. 104)، وأنّها، برغم كونها من العقوبات المقدرة بكميّة *Peines quantifiables* (ibid., p. 21) تحسب بالنقود وليس بمُدّة من الوقت كالعقوبة الأخرى (V. J. LARGUIER et A.-M. LARGUIER, préc., pp. 759-760 § 1)، وأنّها تطلّ الدّيمّة الماليّة للمحكوم عليه بما يعكس الحبس الذي يطال -كما رأينا- حريته في الحركة.

³- V. H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 372 § 653.

⁴- يشير الفقه الجنائيّ إلى أنّ عقوبة الغرامة تخلّ بصورة سيئة بمبدأ شخصيّة العقوبات، لأنّها أثارها يرتدّ إلى غير الشّخص المساهم في الجريمة، بحيث يتأثر من تنفيذها على هذا الشّخص، كل شخص آخر يعيش من الدّيمّة الماليّة التي نُفّذت عليها عقوبة الغرامة، كعائلته، والأشخاص الأخرى التي تملك حقوقاً على هذه الدّيمّة.

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 562 § 672 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 483 § 610.

⁵- V. V. MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », préc. : « [...] une peine qui ne frapperait pas l'auteur de l'infraction ne pourrait apparaître comme strictement et évidemment nécessaire. ».

⁶- V. J.-A. ROUX, préc., p. 377 § 109.

⁷- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p.483 §610 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p.562 §672 ; J.-Y. LASSALLE, « Amende pénale et jour-amende », *Rép. pén.*, avril 2016, § 12.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 562 § 672 : « [...] l'amende pénale qui est l'obligation pour le condamné de payer à l'État une somme d'argent à titre [sic.] de sanctions pénales. » (Italique souligné par l'auteur).

⁹- J.-Y. LASSALLE, préc., § 1 : « Elle [l'amende] est définie comme l'obligation faite à un condamné, en vertu d'une décision de la justice répressive, de payer à l'État, plus précisément au Trésor, une certaine somme d'argent. ».

من عقوبة الغرامة يتلاءم أكثر مع طبيعتها.

1- النظام القانوني الحالي

ارتكز القانون رقم 06-01 لتحديد مبلغ الغرامة في الجرائم السابقة -وبقية جرائم الفساد- إلى قاعدة تقوم على أساس المقابلة بين مُدَّة عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة¹، بحيث إنَّ كل 6 أشهر حبس يجب أن تقابلها 50.000 دج من الغرامة. والتي نستخلصها بالعودة إلى أدنى عقوبة قرَّرها المُشرِّع لجرائم الفساد التي تتمثَّل في الحبس لستة أشهر والغرامة العقابية المساوية لـ 50.000 دج². وتعرف بالغرامة العادية Amende en la forme ordinaire³، وتعني، على ضوء ما سبق، جعل النصِّ التَّشريعي حدَّين أدنى وأقصى ثابتين لحساب مبلغها⁴.

فعلى سبيل المثال، يساوي الحدُّ الأدنى من عقوبة الحبس في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية -إلى جانب الجرائم الأخرى المنتمية إلى المجموعة الأولى السابقة- مُدَّة سنتين، والتي تساوي بالأشهر، لأنَّ عناصر تلك القاعدة تقتضي ذلك، 24 شهرا، وبقسمتها على 6 أشهر -المعيار المرجعي الأوَّل في القاعدة المذكورة أعلاه- نحصل على 4 وحدات زمنية، وبضربها في 50.000 دج -المعيار المرجعي الثاني- نحصل على 200.000 دج الذي يساوي الحدَّ الأدنى من عقوبة الغرامة المُقرَّرة لتلك الجريمة.

وفي مثال آخر، فإنَّ جريمة الرشوة في مجال الصَّفقات العمومية تعاقب الموظف العمومي المرتشي بالحبس إلى 20 سنة وبغرامة تصل قيمتها إلى 2.000.000 دج. وبحساب مُدَّة الحبس بالأشهر نحصل على 240 شهرا، وبقسمته على 6 أشهر نحصل على 40 وحدة زمنية، وبضربها في 50.000 دج نحصل على 2.000.000 دج التي تساوي حدَّها الأقصى المشار إليه.

وتعكس هذه القاعدة، السياسة التي تبناها القانون رقم 06-01 من أجل مكافحة جرائم الفساد القائمة على تفضيل العقوبة السَّالبة للحرية على عقوبة الغرامة، الشَّيء الذي من شأنه أن يقلل من أهميَّة عقوبة الغرامة⁵ في عمليَّة مكافحة تلك الظاهرة، في الوقت الذي يتعين فيه أن تتضافر جميع طرق السياسة الجنائية -ويقصد بالسياسة الجنائية، "مجموعة الطرق التي يواجه المجتمع بواسطتها الظاهرة الإجرامية"⁶- ومن ضمنها العقوبات بكل أنواعها لمكافحة تلك الظاهرة الإجرامية الخطيرة. وهذا الأمر يقتضي إعادة النظر في دور عقوبة الغرامة في مكافحة جرائم الفساد وعلى رأسها تلك المتعلِّقة بالصَّفقات العمومية.

¹- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 451 § 559 ; A. BAVITOT, « L'amende à taux mobile » dans dossier : « L'économie de la peine », AJ Pénal, 2019, n° 1, p. 18 sq.

²- يراجع: القانون رقم 06-01، المواد 44، 45، 46، و47.

³- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 562.

⁴- R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 346 § 182.

⁵- V. J.-A. ROUX, préc., p. 429 § 125 : « [...] l'amende a vu, au contraire, son importance diminuer dans le droit moderne. La cause en est sans doute à l'importance qu'a prise la peine d'emprisonnement ; [...] ».

وكان الأجدر، كما قال حاحا، "أن يكون تركيز المشرع الجزائري على فرض غرامات مالية مشددة تصيب الجاني في ذمته المالية". ع. حاحا، المرجع السابق، ص325.

⁶- M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, 1983, p. 13, cité dans : J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 60-61 § 59.

2- النظام القانوني المقترح

يوجد في القانون الجنائي نوع آخر لعقوبة الغرامة يسمى "بالغرامة النسبية" ¹ Amende proportionnelle ²، ويقصد بها: "الغرامة التي ترتبط بالضرر أو الفائدة التي تحققت من الجريمة" ³. والتي تعدد بالربح -المختلف عن العائد في الجريمة الذي قد يعود برّبح أو فائدة، وبالتالي يندمج المفهوم مع بعض، وقد لا يعود بأي فائدة اقتصادية مباشرة لمصلحة الجاني كالعائد غير الماديّ فيتميزان ⁴ - الذي حققه الجاني من جرمته، ولهذا تعتبر جزاء قانونيًا يعاقب على ما يعرف بالخطأ الربحي Faute lucrative ⁵. وتتلاءم هذه العقوبة مع الطابع الربحي، الضخم في الغالب ⁶، الذي يسيطر على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة ⁷. فلمكافحة هذه الجرائم بفعالية، يجب استهداف مكوّناتها الاقتصادي المتمثل أساسًا في الربح ⁸، من أجل حرمان المجرّم من الانتفاع من جرمته Garantir que le crime ne paie pas ⁹. فكما قال Beccaria: "لكي تنتج العقوبة أثرها المطلوب، يكفي أن تتجاوز هذه العقوبة المزية الناتجة عن الجريمة" ¹⁰. ولقد كانت هذه الغرامة مطبقة على جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة عندما كانت عبارة عن جريمة الوسيط في ظل القانون رقم 78-02 ¹¹.

وتتطابق هذه العقوبة مع إرادة المشرّع الدستوري المتجهة نحو حظر الثراء من الوظيفة العموميّة، طبقا للمادة 24 (الفقرة 2) من الدستور وجاء فيها: "لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدرًا للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة". ولعل من الجدير أن نشير هنا إلى أن هناك ميلا لدى الفقه الجنائي إلى تشبيه الربح غير المشروع جنائيا بالإثراء بلا سبب في القانون المدني ¹². ولا تتعارض -بشكل صارخ- مع مبادئ الشرعيّة

¹ - التسمية العربيّة منقولة عن: ج. ثروت، المرجع السابق، ص 449 الفقرة 520.

² - وتُنسب هذه التسمية الفرنسية إلى Garraud. يراجع:

J. LAGOUTTE, « La répression du profit illicite », dans *Le profit illicite*, J. LAGOUTTE Julien, FRELETEAU-CHAIBRASSOU Barbara (dir.), collection Les colloques de l'ISCJ, n° 03, juillet 2018, p. 57 marge n° 16

³ - ج. ثروت، المرجع السابق، ص 449 الفقرة 521.

⁴ - V. R. OLLARD, préc., p. 16 § 4.

⁵ - V. R. OLLARD, préc., p. 15 § 2.

⁶ - بخاصّة عندما يتعلّق الأمر بصّفقة عموميّة دّولية تشارك فيها شركة ذات نشاط دّولي Société multinationale. يراجع:

Th. BALLOT, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », R.S.C., 2013, n° 2, p. 338-339.

أما ترجمة تعبير Société multinationale إلى العربيّة فهي مقتبسة عن: م. ف. العربي، م. س. الفقي، المرجع السابق، ص 187 الفقرة 118.

⁷ - إن جرائم الفساد بوجه عام رّبحية. يراجع: ع. حاحا، المرجع السابق، ص 325؛

E. CAMOUS, La saisie et la confiscation des biens issus de la corruption, dans DUTEIL Gilles, SEGONDS Marc (dir.), *La corruption. Aspects actuels et de droit comparé*, Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFICAO), Monaco : 26-28 octobre 2011, Toulouse, érès, 2014, collection Nouvelles études pénales, Association internationale de droit pénal, n° 25, p. 29 § 1.

⁸ - Th. BALLOT, préc., p. 323.

⁹ - Th. BALLOT, préc., p. 324.

¹⁰ - « Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il dépasse l'avantage résultant du délit ». C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, cité dans : J. LAGOUTTE, préc., p. 55 § 1.

¹¹ - يراجع: القانون رقم 78-02، المادة 27 (الفقرتان 2، 3).

¹² - R. OLLARD, préc., pp. 15-16 marge n° 6.

الجنائية¹، وتفريد العقوبات²، والتناسب بين الجريمة وعقوباتها³.

كما أنّها لا تخل بأحكام قانون العقوبات. فهو لم يضع لعقوبة الغرامة في الجرح حدا أقصى وهذا، من أجل مراعاة ظروف كل جريمة بمفردها⁴، فيمكن، من باب الموافقة، تقرير غرامة نسبية لها⁵، لأنّها تتكيف جيدا مع ظروف بعض الجرائم، كظرف الربح في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة.

أكثر من ذلك فإنّها تقوم بوظيفة الردع العام⁶. فإذا تبين للمُجرّم المرشّح لارتكاب جريمة ربحية أنّه بمجرد نهاية تنفيذ العقوبة السّالبة للحرية لن يستفيد من الثروة التي جمعها نتيجة نشاطاته الإجرامية، فمن المحتمل جدا أن يحجم عن تنفيذ مشروعه الإجرامي، لكي يبرأ من هذه التبعة الجزائية الخطيرة⁷. وتقوم كذلك بوظيفة العقوبة في إرضاء الشعور بالعدالة Rétribution⁸، لأنّها عقوبة تقوم على وجود تناسب بين كميتها وبين الضرر الذي نتج عن الجريمة⁹. وهذا يتطابق مع مذهب التحليل الاقتصاديّ للقانون الذي يبيد تفضيله للعقوبات التي تُطبّق على الربح لحرمان المُجرّم المدفوع بباعث الربح من قيمة ماليّة تساوي قيمة الثراء الذي حصده من نشاطه الاجرامي¹⁰. فالردع العام وإرضاء الشعور بالعدالة يجعلانها اذن عقوبة عادلة Juste ونفعية Utile¹¹.

كما أنّها تُطبّق على الربح الماديّ¹² الناتج فعليّا وعلى الربح المنتظر أو المتوقع كذلك¹³ كما هو الحال عندما ترتكب جريمة الرشوة بمجرد الوعد أو الطلب. مما يحقق ردعا كبيرا للفسادين.

وأخيرا، إنّ القوانين الأجنبية أصبحت تعتمد على عقوبة الغرامة النسبية من أجل مكافحة هذا النوع من الجرائم،

¹- J. LAGOUTTE, préc., pp. 61-62 § 14.

²- A. ANZIANI, V. KLÈS, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et sur le projet de loi organique, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au procureur de la République financier, rapport n° 738*, Sénat, France, 2012/2013, <https://www.senat.fr/rap/112-738/112-738.html> (19/03/2023), p. 55.

³- J. LAGOUTTE, préc., p. 64 § 16 p. 78 § 31.

⁴- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 466.

⁵- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 233-234؛ ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 466-468.

⁶- يراجع: ع. حاحا، المرجع السابق، ص 325. وأيضا: J. LAGOUTTE, préc., p. 65 § 18.

⁷- R. GILLANDERS, « Les sanctions et les voies de recours dans les marchés publics remportés par le biais de la corruption », dans Conseil de l'Europe, *La corruption dans les marchés publics*, 2^e conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Tallinn (Estonie), 27-29 octobre 1997, éd. Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998, p. 99, cité dans : C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 26.

⁸- الترجمة من الفرنسية إلى العربية مقتبسة عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 218.

⁹- V. J. LAGOUTTE, préc., p. 65 § 18 ; J. PRADEL, « Le principe de proportionnalité en droit pénal », préc., p. 490 sq. § 16.

¹⁰- V. J. LAGOUTTE, préc., p. 60 § 12.

¹¹- V. J. LAGOUTTE, préc., p. 60 § 12.

¹²- فالقانون الجنائي لا يتصدى بواسطة العقوبة إلا إلى الأرباح العينية Profits pécuniaires، نظرا لطبيعتها الماديّة، وسهولة تقديرها. يراجع:

J. LAGOUTTE, préc., p. 57 § 6.

¹³- ففي عقوبة الغرامة النسبية، كما قال بهنام، "يكفي النص بوضع معيار [...] هو نسبة معينة من الحصيلة التي نالها الجاني من جرمته أو كان ينبغي نيلها". ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1127 الفقرة 193. يراجع أيضا:

W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 79.

كالقانون الفرنسي رقم 1117-2013 مؤرّخ في 6 ديسمبر 2013 متعلّق بمكافحة الغش الضريبي والجرائم الاقتصادية والمالية الكبرى¹. فهذا القانون أكد على أنّ تطبيق غرامة نسبية متلائمة مع قيمة الربح غير المشروع الناتج عن الجريمة يعني أنّ القانون يعاقب فيها على الباعث السيء، وهذا ما يلاحظه الفقه الفرنسي بشأن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية².

ويثبت كلّ ما سبق امكانية تطبيق عقوبة الغرامة النسبية لمواجهة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، ومضاعفة فعالية النصوص الجنائية ذات العلاقة بمكافحة الفساد، ولجأرة التطوّرات التشريعية الايجابية في القوانين الجنائية المقارنة.

مع الملاحظة في الأخير أنّ المُشرّع يستطيع تقرير هذه العقوبة بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية بمفردها أو إلى جانب عقوبة الغرامة العادية. ويبدو هذا الحل الأخير أفضل. لأنّه يأخذ في الاعتبار بالحالات التي لا يمكن معها تطبيق الغرامة النسبية على الجريمة، كما في حالة الشروع في الجريمة³، أو عندما يتمثّل الربح في الجريمة في مزية معنوية غير قابلة للتقييم مادياً⁴. فيعوضها القاضي الجزائي في هذه الحالات بعقوبة الغرامة العادية. وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي في خصوص جرائم الفساد. غير أنّه يقع على القاضي الجزائي في هذه الحالة التزام هام يتمثّل في أن يحدّد بدقة قيمة الشئ الذي سيخصّب مبلغ الغرامة على أساسه، وإلا تعرض حكمه للنقض، إذا لم يذكر ذلك الأمر بوضوح. وهذا ما يتبين من أحكام القضاء الجزائي الفرنسي⁵ التي نذكر منها، بحكم علاقته بموضوع هذه الدراسة، حكم الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 6 فبراير 1968، والذي تعلّق بجريمة رشوة ارتكبتها مورد لحوم -الراشي- وعامل في مستشفى بفرنسا -المرتشي- حيث نقضت تلك الجهة القضائية حكم قضاة الموضوع الذي قضى بتطبيق الغرامة النسبية على ذلك المورد بسبب أنهم لم يحدّدوا بدقة قيمة المزايا غير المستحقة التي حصل عليها المرتشي، ولم يذكروا العناصر الواقعية التي استندوا إليها في تحديد ذلك⁶.

ثانيا: العقوبات الأصلية المُقرّرة للشخص المعنوي المسؤول جزائياً

يسأل الشخص المعنوي جزائياً في القانون الجزائري⁷. ويترتب عن هذه المسؤولية الخطيرة على الشخص المعنوي

¹- Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, Journal officiel français, n° 284, 7 décembre 2013, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028278976> (01/04/2023).

²- V. M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., §§ 62-63.

فقد ثار بين الفقه الفرنسي، كما رأينا في السابق، جدال حول أهمية باعث الربح في تكوين الجريمة. وحسب Segonds، فإنّ القانون رقم 2013-1117 انتهى ذلك الجدال حيث اعتبر ذلك الباعث من شروط العقوبة وليس من شروط الجريمة.

³- ج. ثروت، المرجع السابق، ص 451 الفقرة 522؛ رمسيس بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1127 هامش 3.

⁴- كممارسة الراشي علاقة حميمة مثلاً لمكافأة المرتشي.

⁵- Cass. crim., 12 mars 1990, Bull. crim., n° 114 ; cass. crim., 14 juin 2006, Bull. crim., n° 178, cité dans : B. BOULOC, Droit pénal général, préc., p. 451 marge n° 6. V. aussi R. GARRAUD, Précis de droit criminel, préc., p. 346 § 182 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., § 70.

⁶- V. A. VITU, « Corruption de fonctionnaire », préc., p. 851.

⁷- يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

أنّه يتعرض - كالشخص الطبيعي، مبدئياً- لمجموعة من العقوبات تتكيف مع خصائصه¹، ما يعني أنّها قد تختلف عن عقوبات الشخص الطبيعي. لذلك يجب أولاً أن نحاول حصر العقوبات الأصلية المطبقة عليه في القانون الجزائري (الفقرة "أ")، لنحدّد بعد ذلك كمّيّتها المقرّرة قانوناً، فيما يتعلّق بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العموميّة (الفقرة "ب").

أ- تحديد العقوبات الأصلية المقرّرة للشخص المعنويّ المسؤول جزائياً

لم ينصّ القانون رقم 06-01 على عقوبات أصلية خاصة بالشخص المعنويّ تختلف عن القواعد العامة². فقد أحال بشأن مسؤوليته الجزائية عن جرائم الفساد إلى قواعد قانون العقوبات³. مما يعني أنّه يعاقب الشخص المعنويّ المسؤول جزائياً عن جرائم الفساد بنفس العقوبات المقرّرة للشخص المعنويّ في القسم العام من ذلك القانون الذي حدّدتها في مادّته 18 مكرّر (الفقرة الفرعية 1) التي تنصّ على ما يأتي: "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح هي: 1- الغرامة التي تساوي مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة".

ويلاحظ منه أنّ عقوبة الحبس لا تُطبّق على الأشخاص المعنوية. ويستثني المشرّع -استثناءً يقتضي أولاً الاعتراف بالمسؤوليّة الجزائيّة للأشخاص المعنويّة- العقوبة السالبة للحريّة من قائمة العقوبات التي تُطبّق على الشخص المعنويّ، لأنّ وضع هذا الشخص بمكان تنفيذ تلك العقوبة مستحيل، كما يرى ذلك الجانب من الفقهاء الذي كان يعارض المسؤوليّة الجزائيّة للأشخاص المعنويّة⁴.

كما يلاحظ أنّ عقوبة الغرامة تعدّ العقوبة الأصلية الوحيدة التي قرّرها قانون العقوبات لمعاقبة الشخص المعنويّ المسؤول جزائياً⁵، والتي تشترك فيها مع الشخص الطبيعي⁶. ويتبين من هذا أنّ العقوبة الأصلية -الوحيدة- التي تُطبّق على الشخص المعنويّ المسؤول جزائياً عن جرائم الفساد الخاصة بمجال الصفقات العموميّة تتمثّل في الغرامة، والتي ينبغي تحديد كمّيّتها.

ب- حساب كمّيّة عقوبة الغرامة المقرّرة للشخص المعنويّ المسؤول جزائياً

ينصّ قانون العقوبات على طريقتين لحسابها⁷، بعكس عقوبة الأشخاص الطبيعيّة التي يضطلع النصّ الجنائيّ

¹- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 347 § 602.

²- للمشرّع صلاحية تحديد عقوبات خاصة ضد الشخص المعنويّ في بعض الجرائم. يراجع مثلاً حول عقوبة الغرامة: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 322-345.

³- يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

⁴- V. O. BACHELET, préc., § 3.

لا يخضع الشخص المعنويّ أيضاً إلى عقوبة العمل للنفع العام Travail d'intérêt général. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 587 § 705.

⁵- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 311.

⁶- C. LOMBOIS, préc., p. 104 ; J. BORRICAND, A.-M. SIMON, préc., p. 184.

⁷- يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 316-317.

المتعلّق بالجريمة الخاصّة بتحديدّها، ولا تحدّد قواعدها القسم العام من قانون العقوبات¹، بحيث يقوم المُشرّع بتحديد عقوبات خاصّة بهذه الجريمة Pénalité propre² والتي يختارها من مصنف العقوبات Catalogue des peines³ الموجود في القسم العام من قانون العقوبات⁴. الطّريقة الأولى عندما لا ينصّ التّشريع في جريمة ما على عقوبة الغرامة بالنّسبة إلى الشّخص الطبيعيّ، وقد حدّدت المادّة 18 مكرّر 2 من قانون العقوبات طريقة حساب مبلغها⁵. ويعني هذا أنّ الغرامة تطال الشّخص المعنويّ في كل الجرائم حتى تلك التي لا يُقرّر فيها القانون عقوبة الغرامة للشّخص الطبيعيّ⁶. وواضح أنّ هذه الطّريقة لا تدخّل في هذه الدّراسة، لأنّ القانون رقم 06-01 حدّد لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، بدون إستثناء، عقوبة الغرامة للشّخص الطبيعيّ مرتكب الجريمة.

أما الطّريقة الثانية فقد نصت عليها المادّة 18 مكرّر (الفقرة الفرعية 1) من قانون العقوبات المذكورة أعلاه⁷، والتي يتبين منها أنّ عقوبة الغرامة التي يجب أن تُطبّق على الشّخص المعنويّ المسؤول جزائيًا عن جرائم الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة تساوي مرة إلى خمس مرات الحدّ الأقصى للغرامة المُقرّرة للشّخص الطبيعيّ في الموادّ 26، 27، 35 من القانون رقم 06-01. فحساب مبلّغ عقوبة الغرامة بالنّسبة إلى الشّخص المعنويّ يتم بالرجوع إلى القاعدة الجنائية التي تحدّد عقوبة الشّخص الطبيعيّ عن الجريمة⁸.

وهكذا إذا أدينّت شركة تجارية بارتكاب جريمة الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة، فإنّها تخضع لغرامة تساوي إما 2.000.000 دج كحد أدنى أو 4.000.000 دج أو 6.000.000 دج أو 8.000.000 دج أو إلى 10.000.000 دج كحد أقصى، والذي يمكن أن يؤدي إلى غاية انحلال الشّخص المعنويّ المُدان جزائياً⁹ كأثر اقتصاديّ لضخامة مبلّغ الغرامة المطبق عليه، إذا دفع المبلّغ المستحق. كذلك الأمر إذا عجز عن سداذه، بسبب انعدام الملاءة الماليّة، بحيث يؤدي ذلك إلى مباشرة إجراءات الإفلاس ضده¹⁰. فالآثار الاقتصاديّة لتلك الغرامة خطيرة جدا على حياة الشّخص المعنويّ، مما سيحقق ردعا جزائياً كبيراً له من اقتراف الفساد في مجال الصّفقات العموميّة.

تجب أخيراً الملاحظة أنّ عقوبة الغرامة المُقرّرة للشّخص المعنويّ هي غرامة عادية وليست غرامة نسبيّة. فقد تبدو

¹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 461 § 757.

²- C. LOMBOIS, préc., p. 115.

³- التعبير مقتبس عن: C. LOMBOIS, préc., p. 14 et 103.

⁴- يراجع: مصنف العقوبات المحدّد بالمادّة 5 ق.ع.

⁵- يراجع أكثر حول هذه الطريقة: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 319-321.

⁶- V. M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. I, 22^e éd., France, L.G.D.J., 2017, p.167 §1674 : « Les sanctions sont nombreuses. L'amende est encourue pour chaque infraction. [...] » (italique souligné par l'auteur).

⁷- وتمثّل أهميّة هذه الطريقة في أنّها تعفي المُشرّع من تحديد مبلغ عقوبة الغرامة التي يلزم على القاضي الجزائيّ تطبيقها على الشّخص المعنويّ في النصّ الجنائي الخاصّ بجريمة ما في كل مرة يقرّر فيها المُشرّع مسؤوليته الجزائية عنها. يراجع: § 29 . LASSALLE, préc.,

⁸- V. J.-Y. LASSALLE, préc., § 29 : « Son montant est fixé par référence à celle dans le texte d'incrimination pour les personnes physiques. ».

⁹- V. R. BERNARDINI, préc., § 67.

¹⁰- F. CHOPIN, préc., p. 254.

طريقة حساب مَبْلَغها مختلفة لأنّها غير محدّدة سلفا في القاعدة الجنائية. غير أنّ هذا الأمر ليس صحيح. فأوّلًا، إنّ الحدين الأدنى (مرة واحدة) والأقصى (خمس مرات) لعقوبة الغرامة المُقرّرة للشّخص المعنويّ محدّدان مُقدّمًا في المادّة 18 مُكرّر من قانون العقوبات. وثانيًا، إنّ حساب مبلغها يتم بالرجوع إلى القاعدة الجنائية التي تحدّد عقوبة الشّخص الطبيعيّ عن الجريمة¹، وهي - كما رأينا - من قبيل الغرامة العادية في جرائم الفساد. والأكثر من ذلك، أخيرًا، إنّ أساس المَبْلَغ المرجعي (يتمثّل هذا المَبْلَغ في قيمة الحدّ الأقصى من عقوبة الغرامة المُقرّرة للشّخص الطبيعيّ) لحساب الحدين الأدنى والأقصى من عقوبة الغرامة المُقرّرة للشّخص المعنويّ لا يقوم على الرّبح الذي ينتج من الجريمة كما يجب أن يكون عليه الحال في عقوبة الغرامة التّسببية، وإنّما يقوم على أساس المقابلة بين مُدّة العقوبة السّالبة للحرية ومبلغ الغرامة².

الفرع الثاني: العقوبات الإضافية المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة

إلى جانب العقوبات الأصليّة السّابقة، ينصّ قانون العقوبات على عقوبات أخرى تقسم بدورها إلى عقوبات تَبعية³ Peines accessoires - وهي مرتبطة بِشِدّة، أكثر من الأخرى، بالعقوبة الأصليّة⁴، لذلك تُرتّب، داخل قانون العقوبات، فورًا بعد العقوبة الأصليّة، وتليها مباشرة العقوبة التكميلية⁵ Peine complémentaire، ويتمثّل غرض هاتين العقوبتين الإضافيتين في استكمال وظيفة العقوبات الأصليّة، وضمان تنفيذها بالكامل، وضمان فعاليتها⁶. إلا أنّ العقوبات التّبعيّة، التي تُطبّق بقوة القانون⁷، و"التي تعتمد على عقوبات أخرى⁸ في وجودها فلا يحكم بها منفردة"⁹، ألغيت كليًا من قانون العقوبات لعيوبها¹⁰ وهذا، بموجب القانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006¹¹. ولقد حول المُشرّع بعضها إلى عقوبات تكميلية¹². وحتى لو أنّ المُشرّع تركها فلن تُطبّق

¹- V. J.-Y. LASSALLE, préc., § 29.

²- يراجع حول ذلك: هذه الدّراسة، ما سبق.

³- يراجع: قانون العقوبات، الفصل 2 بعنوان "العقوبات التّبعيّة" من الباب 1 من الكتاب 1 من الجزء 1.

⁴- فالعقوبة التّبعيّة، بعكس التكميلية، تُطبّق تلقائيًا مع العقوبات الأصليّة. يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 478.

⁵- يراجع: ق.ع.، الفصل 3 بعنوان "العقوبات التكميلية" من الباب 1 من الكتاب 1 من الجزء 1، والمادّة 18 مُكرّر (الفقرة 2) من نفس القانون في خصوص الشّخص المعنويّ.

⁶- F. DAVID, préc., p. 661.

⁷- يراجع: ق.ع.، المادّة 4 (الفقرة 3) قبل تعديله بالقانون رقم 06-23.

⁸- وتمثّل هذه العقوبات الأخرى في العقوبات الأصليّة. يراجع: ق.ع.، المادّة 4 (الفقرة 3) قبل تعديله بالقانون رقم 06-23.

⁹- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 472.

¹⁰- يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 269.

¹¹- يراجع: المادّة 62 من القانون السابق التي ألغت الموادّ 6 و7 و8 من قانون العقوبات. وكانت تنصّ على عقوبة الحجر القانونيّ وعقوبة الحرمان من الحقوق الوطنيّة. والمادّة 2 من القانون رقم 06-23 التي حذفت تعريف العقوبات التّبعيّة من نصّ المادّة 4 من قانون العقوبات، وأبقت على تعريف العقوبات الأصليّة والعقوبات التكميلية فقط. وبهذا يتأكّد إلغاء العقوبات التّبعيّة من قانون العقوبات.

¹²- يراجع: القانون رقم 06-23، المادّة 3 التي أدرجت العقوبات التّبعيّة -سابقا- ضمن قائمة العقوبات التكميلية في المادّة 9 من قانون العقوبات. يراجع أيضًا: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 259، 268-269.

على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، باعتبارها من الجُنح، لأنّها كانت تُطبّق على الجنايات فقط¹. غير أنّ ذلك لا يستبعد تطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، بشرط أن ينصّ عليها القانون بصراحة². لذلك سنركز في هذه الدّراسة على العقوبات التكميلية فقط.

اذن، لقد منح القانون رقم 01-06 -وهذه المنحة ضرورية، لأنّ العقوبات التكميلية تخضع كذلك إلى مبدأ الشرعيّة الجنائيّة³- القاضي الجزائيّ حرية تطبيق العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات التي يراها مناسبة ضد الشّخص المُدان بارتكاب جريمة من جرائم الفساد، وضمنها الجرائم الخاصة بالصّفقات العموميّة، ولم يستثن منها أيّ عقوبة.

تجب هنا الإشارة إلى أنّ جريمة أخذ فوائد غير قانونيّة بعد انتهاء الوظيفة العموميّة المنصوص عليها في الأمر رقم 01-07 مستثناة من الخضوع إلى العقوبات التكميلية، حيث إنّ هذا الأمر لم ينصّ على امكانية تطبيق هذه العقوبات على من ساهم جنائيا في ارتكابها، كما أنّ أحكام القانون رقم 01-06 لا تُطبّق عليها، لأنّ الأمر السّابق لم يحل بصراحة إلى ذلك، وبما أنّ العقوبات التكميلية تخضع، كما تم توضيحه، إلى مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، فإنّ الجريمة السابقة يجب أن تخضع إلى العقوبات الأصليّة التي حدّدها الأمر رقم 01-07 فقط.

تنصّ المادّة 50 من القانون رقم 01-06 على أنّه: "في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائيّة أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

وتعني بذلك العقوبات التي حدّدها المادّة 9 من قانون العقوبات المتعلّقة بالشّخص الطبيعيّ، والمادّة 18 مُكرّر من نفس القانون، وتخصّ الشّخص المعنويّ، ويجب على القاضي الجزائيّ أن يُطبّق العقوبات التكميلية التي وردت بقائمة العقوبات التكميلية في قانون العقوبات عملا بمبدأ الشرعيّة الجنائيّة، فهو لا يستطيع إنشاء عقوبات جديدة حتى ولو كانت تكميلية تطبيقا لمبدأ الشرعيّة الجنائيّة⁴.

كما يلاحظ أنّها تفوق العقوبات الأصليّة من حيث العدد، بعقوبتين أصليتين فقط بالنّسبة إلى الشّخص الطبيعيّ⁵

¹ - يراجع: ق.ع.، المادّة 6 (الفقرة 2) قبل الغائها سنة 2006 ؛ وأيضا: م. رحامي، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص256.

² - وهذا ما لاحظته Jeandider بشأن جرائم الرّشوة واستغلال النّفوذ، أين تُطبّق عليها بعض العقوبات التّبعيّة التي وردت بنصوص تشريعية خاصّة (كقانون التّأمينات مثلا)، برغم أنّ قانون العقوبات الفرنسي الحالي تخلى عن نظام العقوبات التّبعيّة. يراجع:

W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 93-97.

³ - فهذه العقوبات، لتطبيقها على الشّخص المُدان جنائيا، تخضع كذلك لمبدأ الشرعيّة الجنائيّة، بحيث لا يجوز للقاضي الجنائيّ أن يصدرها ضد هذا الشّخص إذا لم ينصّ القانون بصراحة على ذلك. يراجع: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 464 § 585. أضف إلى ذلك أنّ المُشرّع -عندما كرس هذا المبدأ في المادّة الأوّل من قانون العقوبات الجزائري- قال: "[...] ولا عقوبة [...]]" بدون تمييز بين عقوبة أصلية وأخرى تكميلية. وبالتالي، فقد أراد المُشرّع تطبيق المبدأ على جميع العقوبات مهما كان النوع الذي تنتمي إليه.

⁴ - V. C. LOMBOIS, préc., p. 13.

⁵ - يراجع: ق.ع.، المادّة 5.

وعقوبة أصلية وحيدة بالنسبة إلى الشخص المعنوي¹ مقابل 12 عقوبة تكميلية للشخص الطبيعي و7 عقوبات تكميلية للشخص المعنوي. وتتميز بغلبة الطابع الوقائي على الطابع العقابي، كالعقوبة المنع من تولي الوظيفة العمومية أو منصب عمومي².

على أن معظم العقوبات التكميلية التي أحالت المادة 50 إلى تطبيقها على جرائم الفساد تُطبّق على الشخصين الطبيعي والمعنوي معا، فكلاهما يخضع للمصادرة، والمنع من مزاولة مهنة أو نشاط، وإغلاق المؤسسة، والإقصاء من الصّفقات العمومية، ونشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة³.

لذلك، يبدو من الأنسب تقسيم دراسة العقوبات التكميلية في هذه الدراسة، بالنظر إلى معيار علاقتها بمجال الدراسة. فقد تظهر من خلالها خصوصية جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، بل وتظهر أيضا مكانة الصّفقات العمومية في نظر القانون الجنائي، فهذه العقود، كما سوف نرى، تعتبر موضوعا لعقوبة تكميلية مُستقلة في قانون العقوبات الجزائري.

وعليه، سوف نتناول قائمة العقوبات التكميلية التي يجوز للقاضي الجزائري تطبيقها ضد المحكوم عليهم جزائيا لارتكاب جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية بتقسيمها، بناءً على المعيار السابق، إلى: عقوبات تكميلية ترتبط بمكوّنات جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، بمعنى شروطها الأولية وأركانها المؤسّسة، والعقوبات الأخرى التي يمكن أيضا تطبيقها على تلك الجرائم.

نشير أخيرا إلى أن النظام القانوني لبعض العقوبات التكميلية يختلف أحيانا بالنظر إلى نوع الجريمة، إن كانت جنائية أو جنحة⁴. وعليه، سوف نقصر في هذه الدراسة على النظام القانوني الخاص بالجنح، لأنّ جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية -ولو كانت مُشدّدة- تعتبر من هذا القبيل.

أولا: العقوبات التكميلية المرتبطة بمكوّنات جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية

وتتمثّل هذه العقوبات أولا، في عقوبة العزل أو الإقصاء من الوظيفة العمومية أو المنصب العمومي، وثانيا، عقوبة الحرمان من حقّ الترشح، وثالثا، عقوبة المنع من ممارسة نشاط أو مهنة، ورابعا عقوبة الإقصاء من المشاركة في الصّفقات العمومية، وأخيرا عقوبة المصادرة الجزئية للأموال.

ومن خلال اخضاع الفاسدين في مجال الصّفقات العمومية لهذه العقوبات التكميلية، فإنّ المُشرّع الذي منح القاضي العقابي، لردعهم في المستقبل عن العودة إلى الجريمة (وإلا وقع هؤلاء في حالة العود، وهي ظَرْف مُشدّد للعقوبة)⁵، سلّطة اتخاذ إجراءات عقابية ضدهم، استهدف في الأساس عزلهم عن عوامل الإجرام التي تسهل ارتكاب

¹ - يراجع: ق.ع.، المادة 18 مُكرّر.

² - V. J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », préc., p. 76 sq.

³ - يراجع: ق.ع.، المادّتان 9، 18 مُكرّر.

⁴ - يراجع على سبيل المثال: ق.ع.، المادّتان 9 مُكرّر 1 (الفقرة 2) و14 المتعلقة بعقوبة الإقصاء أو العزل من الوظيفة العمومية أو المنصب العمومي.

⁵ - وهذا هو الغرض الرئيسي من تلك العقوبات. إذا يقول Bouloc في هذا الصّدّد بأنّ هذه العقوبات تقررت بهدف حماية الناس من السلوكيات المنحرفة

الجريمة، بمعنى الوظيفة العمومية والتعامل الاقتصادي، بالإضافة إلى ميدان الصفقات العمومية للصيقتين به.

أ- عقوبة العزل أو الإقصاء من الوظيفة والمنصب العموميان

تعتبر من تطبيقات عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية¹، ويقصد بها حسب المادة 9 مكرّر (الفقرة 1) من قانون العقوبات: "العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة"². وترتبط هذه العقوبة بشدة بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فأغلب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تتكون من شرط أولي يتمثل في صفة الموظف العمومي لدى الفاعل المادي، والذي له علاقة بارتكاب الجريمة، ولقد بينا هذه العلاقة في الباب الأول من هذه الدراسة.

كما أنّها تعد عقوبة قاسية جدا بالنسبة إلى الشخص المحكوم عليه بها³، وتهدف أساساً إلى حرمانه من وسيلة ارتكاب الجريمة أو مناسبة ارتكابها، لمنعه من ارتكاب الجريمة التي أدين من أجلها مجدداً⁴. ولقد خولت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الدول في جزئها المتعلق بالملاحقة والمقاضاة والجزاءات الأطراف فيها باتخاذها⁵.

أما من حيث تطبيقها، فإنّها تعتبر عقوبة مؤقتة، بحيث تصدر لمدة لا تزيد عن 5 سنوات في مجال الجنح⁶ كجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لأنّ القانون لم ينصّ على مدة أخرى أشد⁷. ويبدأ حساب هذه المدة "من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه"⁸، طبقاً للمادة 14 (الفقرة 2) من قانون العقوبات. إلى جانب ذلك، يجب ألا يكون الشخص الذي سيُحكّم عليه بالعزل قد انتهى من ممارسة وظيفته. فإذا انتهى من ذلك قبل متابعتها جزائياً، فإنّ تلك العقوبة تفقد موضوعها، وبالتالي يستحيل تطبيقها عليه. وبدلاً من ذلك، يمكن معاقبته بالإقصاء من ممارسة وظيفة عمومية في المستقبل.

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، تسري تلك العقوبة أيضاً على كل شخص من القانون الخاص يكتسب صفة الموظف العمومي حسب أحكام القانون الجنائي، كصاحب عقد تفويض مرفق عام، الذي يعتبر كموظف عمومي

لبعض الأفراد وتجنّب ارتكاب جرائم جديدة من طرفهم، وليس بهدف معاقبتهم.

V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 500 § 642.

¹ - يراجع: ق.ع.، المادّتان 9 (الفقرة الفرعية 2) و9 مكرّر 1 (الفقرة 1).

² - ق.ع.، المادة 9 مكرّر 1 (الفقرة 1).

³ - S. CORIOLAND, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », préc., § 80.

⁴ - J. LAGOUTTE, préc., p. 67 § 22.

⁵ - المادة 30 (الفقرة الفرعية 7) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

⁶ - ق.ع.، المادة 14 (الفقرة 1).

⁷ - فالمشرّع يستطيع توقيع تلك العقوبة لمدة تزيد عن المدة العائنة. يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 482.

⁸ - ويشمل الافراج عن المحكوم عليه بتلك العقوبة استفادته من عفو رئاسي أدى إلى الافراج عنه قبل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية. أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 244.

طبقا للقانون رقم 06-101¹، الذي يتعرض للعقوبة السابقة، في شقها المتعلق بالعزل، في شكل انهاء لعقده السابق² لما يرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية مثلا التي تتطلب في فاعلها -المادّي- صفة الموظف العمومي. لكن يبدو أنّ هذه العقوبة لا تشمل، كما قد يبدو في وهلة أولى، جميع صور صفة الموظف العمومي حسب مفهومها الواسع المحدّد بالمادة 2 من القانون رقم 06-101. حيث يلاحظ أنّ هذه العقوبة التكميلية لا تطبق، برغم اندراجهم ضمن تعريف الموظف العمومي الجنائي في القانون الفرنسي، وهو المصدر التاريخي والمادّي للقانون الجزائي الجزائري، على من يمارس عهدة انتخابية³، كرئيس البلدية الذي يرتكب جريمة المحاباة المنصوص عليها في المادتين 14-432 من قانون العقوبات الفرنسي و26-1 من القانون رقم 06-101 بمناسبة إبرام صفقة عمومية تتعلق بالبلدية التي يمارس عهده الانتخابية على مستوى نطاق اختصاصها. إذ تنصّ المادة 131-27 (الفقرة 3) من قانون العقوبات الفرنسي المتعلقة بعقوبة المنع من ممارسة وظيفة عمومية وبعض الأنشطة الأخرى على ما يأتي: "هذا المنع لا يُطبّق على ممارسة عهدة انتخابية أو مسؤولية نقابية [...]".⁴ فهل ينطبق نفس الحكم على نفس العقوبة في القانون الجزائري. بالتأمل في القسم العام من قانون العقوبات الجزائري والقانون رقم 06-101 نلاحظ أنّه لا يحتوي، بعكس القانون الفرنسي، على أيّ حكم يستثني الشخص الذي يمارس عهدة انتخابية من نطاق تطبيق العقوبة. لذلك يبدو أنّ القاضي الجزائري يستطيع منعه من ممارسة عهده الانتخابية بالحكم عليه بالعزل والاقتضاء من الوظيفة العمومية أو المنصب العمومي.

يشار أخيرا إلى أنّ مجال تطبيق عقوبة العزل والاقتضاء من الوظيفة العمومية أو المنصب العمومي من حيث الأشخاص قد ينحصر أحيانا، إذا رأى القاضي الجزائري ذلك، في الفاعل الأصلي الذي ثبت أنّه يتمتع بتلك الصفة، وعدم تطبيقها على الشريك معه في الجريمة، إذا لم يكن هذا الأخير متمعا بتلك الصفة الخاصة، نظرا إلى الطابع الوقائي لمثل هذه العقوبات⁵. كذلك قد توقع هذه العقوبة على الشريك لوحده دون المساهمين الآخرين (فاعل أصلي وشريك آخر)، إذا كان ذلك المساهم الجنائي يتمتع بتلك الصفة بمفرده⁶.

ب- عقوبة المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط

وقد حدّدت المادة 16 مكرّر (الفقرة 1) من قانون العقوبات أحكامها بقولها: "يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكابه جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، إذا ثبت للجهة القضائية أن للجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولة المهنة، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما". وهذه الصلّة قائمة في خصوص جرائم الفساد

¹ - يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

² - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 474.

³ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 467 et 491 §§ 587 et 619 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 89.

⁴ - L'article 131-27, al. 3^e, du Code pénal français : « Cette interdiction n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. [...] ».

⁵ - V. J. MAGNOL, « Complicité d'un délit supposant pour son existence une qualité personnelle de l'auteur principal », préc., p. 412.

⁶ - J. MAGNOL, « Complicité d'un délit supposant pour son existence une qualité personnelle de l'auteur principal », préc., p. 412.

الخاصة بالصّفقات العموميّة، فالحصول على الصّفقات العموميّة -بواسطة الجريمة- يعتبر من أهم مصادر الرّبح والثناء اللذان يسمحان للأشخاص الجناة بالاستمرار في مزاوله نشاطهم أو مهنتهم أو مؤسّستهم، وحرمان غيرهم من الحصول عليها لولا ارتكاب الجريمة¹.

وتنطبق هذه العقوبة، فيما يتعلّق بجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، على المتعامل الاقتصادي الذي يتعاقد مع الادارة العموميّة، سواء كان شخصا طبيعيا² أو معنوي³. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإنّ القانون يمنعه من ممارسة نشاط أو عدّة أنشطة مهنية أو اجتماعيّة -بمعنى تتعلّق بالشركة- بشكل مباشر أو غير مباشر⁴، لمنع، في الحالة الأخيرة، من الالتفاف على تنفيذ العقوبة الصادرة ضده.

وتكون هذه العقوبة مؤقّنة لمُدّة لا تتجاوز 5 سنوات في الجرح بالنسبة إلى الشّخص الطبيعي⁵. وتكون نهائية أو لمُدّة لا تتجاوز 5 سنوات بالنسبة إلى الشّخص المعنوي، طبقا للمادّة 18 مكرّر (الفقرة 2) من قانون العقوبات⁶. ويجوز للقاضي الجزائي الذي نطق بها أن يأمر بتنفيذها على وجه الاستعجال⁷.

ج- عقوبة الحرمان من حقّ الترشّح

يجوز كذلك للقاضي الجزائي، ولكن في اطار عقوبة مُستقلّة عن العقوبتين السابقتين، لأحدهما لا تطبقان على من يمارس عهدة انتخابيّة⁸، إلا أنّها تنتمي جميعا إلى عقوبة الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنيّة والمدنيّة والعائليّة، أن يحكم بحرمان الشّخص المُدان من حقّ الترشّح (فضلا عن حقّ الانتخاب وحمل أيّ وسام) إلى الانتخابات -العامة- كالاتخابات البلديّة والتشريعية والرئاسيّة، والمشاركة في الاستفتاءات العموميّة⁹. وتطبق تلك العقوبة على المُنتخبين الذين ثبت ارتكابهم لهذه الجرائم، كالمزوّدين بعهدة انتخابيّة محلية الذين ارتكبوا جريمة المحاباة في اطار صّفقة عموميّة محلية، والذين يعتبرون، في مفهوم القانون رقم 06-01، موظفين عموميين¹⁰.

د- الإقصاء من الصّفقات العموميّة

تتصل هذه العقوبة -بحكم اسمها القانوني- اتصالا وثيقا بجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة. وهي عقوبة

¹- V. É. CAMOUS, préc., p. 32.

²- ق.ع.، المادّة 9 (الفقرة الفرعية 6).

³- ق.ع.، المادّة 18 مكرّر (الفقرة 2).

⁴- ق.ع.، المادّة 18 مكرّر (الفقرة 2).

⁵- ق.ع.، المادّة 16 مكرّر (الفقرة 2).

⁶- لم يربط النصّ السابق تحديد طريقة تنفيذ العقوبة (مؤبدة أو مؤقّنة) بنوع الجريمة (جنابة أو جنحة). لذلك يبدو أنّ القاضي الجزائي يستطيع النطق بها بصورة مؤبدة ضد شخص معنويّ مُدان بارتكاب جنحة.

⁷- ق.ع.، المادّة 16 مكرّر (الفقرة 3).

⁸- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 467 et 491 §§ 587 et 619 ; W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 89.

⁹- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 475.

¹⁰- يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

حديثاً نسبياً مقارنة بالعقوبات التكميلية الأخرى. فقد استحدثها المشرع الجزائري¹، بالتدريج، بموجب القانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات² بالنسبة إلى الأشخاص المعنوية³. أما بالنسبة إلى الشخص الطبيعي، فيرجع ذلك إلى القانون رقم 06-23.

ويراد بها حسب المادة 16 مكرّر 2 (الفقرة 1) من قانون العقوبات: "منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية". وتهدف إلى حماية الشيء العمومي من خلال السماح للأشخاص الزهية فقط المشاركة فيها⁴. ويقصد بالمشاركة في الصفقة العمومية بصفة مباشرة - المحظورة بمقتضى هذه العقوبة - أن يتقدم الشخص المحكوم عليه، سواء بمفرده أو في إطار تجمع مؤسسات مؤقتة في مفهوم المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بعرض للحصول على صفقة عمومية.

أما المشاركة في الصفقة العمومية بصفة غير مباشرة فتتجسد من خلال التعامل الثانوي، ويسمى في المرسوم رقم 15-247 بالمناولة⁵، على تنفيذ جزء من موضوع الصفقة العمومية⁶. كذلك يدخل في معناها إبرام عقد يُقرّر ضماناً مالية في صفقة عمومية مثل كفالة حسن تنفيذ الصفقة المنصوص عليها في المادة 130 من المرسوم رقم 15-247. فقد تقوم مؤسسة مالية سبق وأن حكم عليها القضاء الجنائي بعقوبة الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بتقديم كفالة تعهد المؤسسات - المطلوبة طبقاً للمادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 - إلى المتعاقد مع الإدارة العمومية. ولدى قيامها بذلك تنتهك المنع المفروض عليها بموجب عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية الصادرة ضدها.

كذلك فإن العقوبة تُطبّق بأثر فوري على العقود التي لا زال تنفيذها مستمراً. وفي هذه الحالة ينتهي عقد الصفقة العمومية ما بين الإدارة العمومية والمتعاقد معها المقصي، بناءً على عقوبة جزائية، من المشاركة في الصفقات العمومية، نظراً لاستحالة مواصلة تنفيذه، مع تحميل المحكوم عليه جزائياً بعقوبة الإقصاء جميع آثار انحلال العقد⁷. كما أنّ سريانها يمتد إلى المستقبل، حيث إنّ المحكوم عليه جزائياً لا يستطيع التعاقد مع الإدارة العمومية، نظراً لعدم أهليته للتعاقد بسبب العقوبة، فإذا اكتشفت الإدارة العمومية المتعاقدة أنّها تعاقدت مع شخص ممنوع من المشاركة في

¹ - فلم تكن موجودة من قبل في القانون الجزائري. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 242.

² - ج. ر. رقم 71 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، ص 8.

³ - وإنشاء هذه العقوبة للأشخاص المعنوية أولاً لم يأتي بالصدفة. إذ يبدو أنّ المشرع الجزائري استوحاها من قانون العقوبات الفرنسي الذي وبفعل توصيات المجلس الأوروبي بخصوص المسؤولية الجزائية للمؤسسة ذات الشخصية المعنوية استحدث مجموعة من العقوبات للأشخاص المعنوية المسؤولة جزائياً منها الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. يراجع:

Ph. DELEBECQUE, « Les sanctions pénales applicables aux personnes morales. Les sanctions de l'article 131-39, 3°, 5°, 6° et 7° », Revue des sociétés, 1993, n° 2, p. 349 sq. § 3.

⁴ - V. Ph. DELEBECQUE, préc., p. 349 sq. § 11.

⁵ - يراجع: ت. ص. ع.، المادة 140.

⁶ - يراجع: ت. ص. ع.، المادة 140.

⁷ - Ph. DELEBECQUE, préc., p. 349 sq. § 13.

الصّفقات العموميّة بسبب عقوبة، فإنّها تستطيع المطالبة بإبطال العقد، وبعد البطلان في هذه الحالة مطلقاً¹. ولقد سبق وأن تطرقت الدّراسة إلى حالة أخرى يكون فيها العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا، بسبب ارتكاب جريمة فساد خاصّة بالصّفقات العموميّة. لنلاحظ منه أنّ مخالفة قواعد القانون الجنائيّ تحول القاضي المختصّ تطبيقاً أشدّ أنواع البطلان على التّصوّف القانونيّ (يعتبر كذلك بسبب الآثار التي تترتب عن تطبيقه: فهو يؤدي إلى انعدام العقد فلا ينتج هذا الأخير أيّ أثر، ويمنع إجازة العقد المشوب به²).

أخيراً، تختلف مدّة عقوبة الإقصاء من الصّفقات العموميّة بحسب ما إذا كان الشّخص المحكوم عليه بها شخصاً طبيعيّ أم معنويّ. فالأشخاص الطبيعيّة تمنع من المشاركة في الصّفقات العموميّة إما بصورة مؤبّدة أو لمدّة مؤقتة لا تزيد عن 5 سنوات في حالة الإدانة بجنحة³. أما الأشخاص المعنويّة، المسؤولة جزائيّاً، فتطبق عليها لمدّة لا تزيد على 5 سنوات، طبقاً للمادّة 18 مكرّر (الفقرة الفرعية 2) من قانون العقوبات. ولهذه العقوبة آثار اقتصادية سيئة على الدّيمّة الماليّة للشّخص المعنويّ، حيث إنّ الشّخص المعنويّ الذي يحظر من الاشتراك في الصّفقات العموميّة قد يعاني من صعوبات ماليّة نتيجة لذلك الحظر⁴.

كما تنصّ المادّة 16 مكرّر 2 (الفقرة الأخيرة) من قانون العقوبات على ما يأتي: "ويجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء". فالأصل أنّ العقوبات المحكوم بها لا يبدأ تنفيذها إلا بعد أن يصير الحكم القضائي بالإدانة نهائياً Irréversible⁵. لكنه يجوز استثنائياً تنفيذ العقوبات المحكوم بها فوراً أو بصفة مؤقتة⁶. كما أنّه لا يسري عليها، مثلها مثل بقية العقوبات التكميلية، نظام وقف التّنفيذ البسيط للعقوبات المحكوم بها قضائياً⁷.

هـ- عقوبة المصادرة الجزئية للأموال

يأخذ قانون العقوبات الجزائري، فيما يتعلّق بالعقوبات⁸، بالمصادرة الجزئية للأموال Confiscation partielle des biens، وتسمى كذلك بالمصادرة الخاصة Confiscation spéciale⁹، ولهذه العقوبة أهميّة كبيرة في مواجهة جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة نظراً إلى الطّابع الرّبحي الذي يميز هذه الجرائم¹⁰، ولهذا نصت عليها المادّة

¹ - Ph. DELEBECQUE, préc., p. 349 sq. § 12.

² - يراجع: ع. أ. السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 536 الفقرة 300. وهي نفس الآثار التي نصت عليها المادّة 102 من القانون المدني الجزائري. يراجع: ع. فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 336-337.

³ - يراجع: ق. ع.، المادّة 16 مكرّر 2.

⁴ - V. Ph. DELEBECQUE, préc., p. 349 sq. § 2.

⁵ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 613 § 740.

⁶ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 613 § 740.

⁷ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 348؛ 626 § 528، J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 626.

⁸ - فالمصادرة قد تعد في بعض الحالات -المختلفة عن جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة- كتدبير أمن. يراجع: ق. ع.، المادّة 16.

⁹ - وتقابلها المصادرة العامّة Confiscation générale التي تُطبّق على الدّيمّة الماليّة للمحكوم عليه بدون تعيين. يراجع:

R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 348 § 185.

ولقد استبعد قانون العقوبات تطبيقها كعقوبة تكميلية. يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 484-486.

¹⁰ - فمثلاً يقرّر القانون لجريمة الرشوة عقوبة المصادرة نظراً إلى الباعث -الرّبحي- الذي دفع الراشي والمرتشى إلى ارتكابها. يراجع:

R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., pp. 94-95 § 1197.

51 (الفقرة 2) من القانون رقم 06-01 عليها: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية"¹.

ولقد عرفت المادة 15 (الفقرة 1) من قانون العقوبات الجزائري عقوبة المصادرة بقولها: "المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء". مع الملاحظة أنّ ملكية الأشياء المصادرة لا تقول دائما إلى الدولة، فقد يشترط القانون نقل ملكيتها إلى أشخاص أخرى، كأن تنتقل إلى شخص معنوي عام محدّد، أو الشخص الذي أصابه ضرر من ارتكاب الجريمة على سبيل التعويض². وأنّ القانون خول القاضي الجزائي سلطة الحكم بأخذ ما يعادل قيمة الأشياء التي كان يجب مصادرتها من المحكوم عليه³. وقد تشابه في هذه الحالة مع عقوبة الغرامة، برغم الاختلاف الموجود بينهما⁴. فهذه الأخيرة ليست إلا مصادرة لمبلغ نقدي⁵. وأخيرا أنّ نقل هذه الملكية يتم بدون مقابل ماديّ تدفعه الدولة إلى المحكوم عليه⁶. ولقد عرفت أيضا المادة 2-ط من القانون رقم 06-01 بأنّها: "التجريد الدائم من الممتلكات بأمر صادر عن هيئة قضائية". وهو تعريف مقتبس أيضا عن اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد (المادة 2-ز).

وتطبق -من حيث نطاقها الماديّ- على أشياء معينة من ذمته المالية يتكفل القانون بتحديددها، وتشمل الأشياء التي يكون لها علاقة مباشرة بالجريمة إما لأنّها تشكل جسم الجريمة (وتتمثّل في الأشياء التي ارتكبت عليها الجريمة)، أو وسيلة ارتكابها، أو منتج الجريمة الذي يشمل الربح والأشياء الأخرى التي تتأتى من ارتكاب الجريمة كالمبلغ الماليّ الذي دفعه الراشي من أجل رشوة موظف عموميّ⁷، لكي لا تصبح الجريمة مصدرا للكسب⁸، وقياسا على ذلك، الأجرة أو المنفعة في الجريمة المحددة بالمادة 27 من القانون رقم 06-01، فإذا تمثلت جريمة الرشوة في مجرّد وعد أو

¹ - تقابلها المادة 31 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.

² - V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 349 § 186.

³ - ولقد منح المُشرّع ذلك الخيار للقاضي لتفادي حالة استحالة مصادرة الأشياء. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 248.

Cf. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 349 § 186.

ويقرّر هنا Garraud أنّ القاضي لا يستطيع تعويض المصادرة بالحكم على المُدان بدفع مبلغ ماليّ يساوي قيمة الأشياء التي كان يجب الحكم بمصادرتها، لأنّ عقوبة المصادرة تهدف أساساً إلى حرمان المُدان من شيء له علاقة بالجريمة. غير أنّ القانون قد يستثني منه بعض الجرائم بإجازة الحكم بما يعادل تلك الأشياء.

⁴ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 486.

⁵ - V. J.-C. SOYER, préc., p. 156 § 349.

⁶ - يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 483.

⁷ - R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 348 § 185.

والمادة 15 مُكرّرة 1 من قانون العقوبات التي تقول: "في حالة الادانة لارتكاب جنائية، تأمر المحكمة بمصادرة الأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها، وكذلك الهبات أو المنافع الأخرى التي استعملت لمكافحة الجريمة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية". وينطبق ذلك على الجنيح أيضا. يراجع: نفس النص، الفقرة 2.

⁸ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 484-485.

منح بدون قبول لمزية غير مستحقة، فإنَّها لا تُطبَّق لعدم وجود محلها المادي¹، والامتياز غير المُبرَّر الناتج مثلا عن ارتكاب الجريمة المحدَّدة بالمادَّة 1-26 من ذلك القانون.

إلا أنَّ تطبيق هذه العقوبة يعترضه أمران. فهذه العقوبة -بالنظر إلى نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص- يجب أن تطل الدَّيْمَة الماليَّة الخاصَّة بالشَّخص المُدان فقط². غير أنَّ تحديد هذه الدَّيْمَة صعب. فهي تتكون من مجموعة أشياء³ قد يكون لشخص من الغير حقوق عليها الذي يمكن أن يتضرر من مصادرتها. وللمحافظة على حقوقه، يشترط القانون مراعاة حقوق الغير حسن النية عندما يأمر القاضي الجزائي بالمصادرة⁴.

ويقصد هنا بالغير حسن النية: "الأشخاص الذين لم يكونوا شخصا محل متابعة أو إدانة من أجل الوقائع التي أدت إلى المصادرة، ولديهم سند ملكية أو حيازة صحيح ومشروع على الأشياء القابلة للمصادرة"، طبقا للمادَّة 15مكرَّر 2 من قانون العقوبات. وتعبير آخر، فإنَّ كلَّ مَنْ لم يساهم، بأيِّ شكل كان يعتبره القانون كمساهمة جنائية، في ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمصادرة يعتبر شخصا حسن النية⁵، سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا. ويجب كذلك أن يملك سند يثبت أنَّ ملكيته للشَّيء أو حيازته له مشروعة وصحيحة⁶.

ويتبين من هذا أهميَّة تحديد الأشخاص المسؤولين جزائيا في الجريمة، وقد كانت محل دراسة في الفصل السابق. وباكتساب صفة الغير حسن النية، يجوز للشَّخص أن يطالب باسترداد الأشياء التي قد تكون محل مصادرة⁷.

زد على ذلك فإنَّ الجهات النِّظاميَّة المختصَّة (كالقضاء الجزائي) تلاقي صعوبات التعرف على الموجودات المتأتية من جرائم الفساد، وبخاصَّة في جرائم الفساد عبر الوطنيَّة⁸، واستردادها عندما تكون موجودة خارج الاقليم الوطني لدولة الجزائر (وللإشارة، فإنَّ الأمر رقم 07-21 مؤرَّخ في 8 يونيو سنة 2021، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021⁹ فتح، بموجب المادَّة 43 منه، في كتابات الخزينة العموميَّة حساب تخصيص خاص رقمه 152-302، وأعطاه العنوان التالي: "صندوق خاص بالأموال والأموال المصادرة أو المسترجعة في إطار قضايا مكافحة

¹- V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, préc., p. 95 § 1197. Cf. É. CAMOUS, préc., p. 32 § 6.

²- É. CAMOUS, préc., p. 38 § 21.

³- في الواقع، إنَّ الدَّيْمَة الماليَّة تتكون من "حقوق وواجبات مالية" (ع. فرج الصدة، المرجع السابق، ص 400 الفقرة 273). أما الأشياء فهي محل تلك الحقوق (نفس المرجع، ص 510 الفقرة 351) والواجبات.

⁴- ق. ع.، المادَّة 15مكرَّر 1؛ القانون رقم 06-01، المادَّة 51 (الفقرة 2).

⁵- يرى بوسقيعة أنَّه حتى الشَّخص الذي صدر بشأنه حكم بالبراءة لا يعد من الغير حسن النية، ما دام كان محل متابعة جزائية. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 251. أيضا يقرِّر الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الامم المتَّحدة لمكافحة الفساد بأنَّ المفهوم يشمل كذلك "الأطراف التي [...] لا صلة لها بالجرم (أو المجرمين)". الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، المرجع السابق، ص 119 الفقرة 423.

⁶- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 251.

⁷- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 251.

⁸- فقد ينتهج الجناة، في إطار الجريمة المنظمة، أساليب لإخفاء المالك الحقيقي للأشياء المتحصلة من الجريمة. يراجع:

É. CAMOUS, préc., p. 38 § 21.

⁹- ج. ر. رقم 44 مؤرَّخ في 8 يونيو سنة 2021، ص 5.

الفساد"، ويتعلّق بالأموال المصادرة بناءً على حكم قضائي نهائي والأموال المسترجعة من الخارج¹؛ وهنا يأتي دور عقوبة الغرامة النسبية التي تكلمنا عنها في السابق، بحيث أنّها تُجَنَّب الجهات السابقة تلك الصعوبات². إذ تضمن هذه العقوبة تعريض الفاسدين لغرامة تساوي قيمتها قيمة العائدات الإجرامية التي حصلوا عليها، برغم تحويلها إلى خارج الاقليم الوطني، واستحالة مصادرتها من طرف الجهات النظامية الوطنية. ونلاحظ بهذا مجدداً أهمية تبني عقوبة الغرامة النسبية في مكافحة جرائم الفساد. مع ذلك، تجب الملاحظة أنّ عقوبة الغرامة المالية لا تعتبر حلاً ناجعاً دائماً إلا إذا استطاعت الدولة الحصول من الشخص المُدان جزائياً على مبلغ الغرامة التي حُكِمَ عليه بها، فإذا أفلس هذا الأخير أو غادر الاقليم الوطني للدولة، فإنّ احتمال تنفيذه لعقوبته المالية يتضاءل³.

ثانياً: العقوبات التكميلية الأخرى التي يمكن أن تُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

ولقد نصت أيضاً عليها المادة 9 من قانون العقوبات، وهي كالآتي.

أ- العقوبات المُقرّرة للشخص الطبيعي

وتنقسم هذه العقوبات إلى ما يأتي.

1- الحظر من إصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدّفع

نصت عليها المادة 9 وعرفتها المادة 16 مُكرّراً 3 (الفقرتين 1، 2) من قانون العقوبات. وتسري هذه العقوبة، لمُدّة 5 سنوات على الأكثر في مجال الجَنح، على المتعامل الاقتصادي، خصوصاً إذا ثبت أنّه استعمل الشيك أو بطاقة دَفْع لارتكاب جريمة الراشي في مجال الصفقات العمومية، كأنّ يسحب، قبل التعاقد مع الإدارة العمومية، عدّة شيكات لمصلحة الموظف العمومي المرتشي كأجرة من أجل الحصول على صفقة عمومية⁴. وتجب الملاحظة أنّ الحظر السابق يمكن أن يتّخذ أثناء مرحلة التحقيق القضائي شكل التّدير -قبل تطبيقه كعقوبة في مرحلة إجرائية لاحقة- بأمر من قاضي التحقيق ضد الشخص المعنوي المسؤول جزائياً مع مراعاة في هذه الحالة حقوق الغير، بناءً على المادة 65 مُكرّراً 4 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية. ويتعرض الشخص المعنوي الذي يخالف ذلك التّدير إلى عقوبة غرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج بأمر من قاضي التحقيق، بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية عملاً بالفقرة 2 من النصّ السابق.

2- عقوبة نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة⁵

¹ - ويراجع حول استرداد الموجودات في مجال الفساد بوجه عام في الجزائر: م. الأخصري، "المنظومة الوطنية في مجال استرداد الموجودات (عائدات الفساد)"،

2 يونيو 2021، النظام-الوطني-لاسترداد-الموجودات/الأنشطة-والمنشورات <https://www.ocrc.gov.dz/ar/> (16/04/2023).

² - V. Th. BALLOT, préc., p. 334 et pp. 337-340.

³ - Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime*, Nations Unies, New York, 2013, p. 23 § 46, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Confiscation_Manual_Ebook_F.pdf

⁴ - V. Cass. crim., 25 mai 2009, pourvoi n° 08-87.354, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020799657> (19/03/2023).

⁵ - بالمقابل، يجوز أيضاً نشر الحكم القاضي بالبراءة بناءً على طلب المعني بوصفه جزءاً تعويضي Réparation وليس كعقوبة. يراجع:

M. KECHICHIAN, « Affichage », *Rép. pén.*, février 2002, § 146.

وقد نصت عليها المادة 18 (الفقرة 1) من قانون العقوبات بقولها: "للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة رسمية أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها، وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على ألا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض، وألا تتجاوز مدة التعليق شهرا واحدا". فإذا لم يحدد الحكم القضائي الذي نطق بهذه العقوبة عدد النسخ التي يجب أن تنشر، وإذا قرّر القاضي نشر مستخرجا فقط -أو عدّة مستخرجات- من حكمه، وجب عليه أن يحدده¹، وأماكن نشرها أو تعليقها (وتعلّق عادة في الأماكن التي يبدو ضروريا فيها وصول العلم بها²)، وكذا مدّة التعليق، فالتعليق، لا النشر، هو الذي تسري عليه مدّة الشهر السابقة³، اعتبر حكما قابلا للنقض، لأنّ العقوبة التي أصدرها غير محدّدة في هذه الحالة. وهذا ما قضى به في فرنسا⁴.

كما أنّها عقوبة مشتركة بين الشّخصين الطبيعي والمعنويّ، فقد قرّرها القانون لكليهما⁵. وتمس المحكوم عليه في شرفه Honneur وسمعته Réputation، وتهدف إلى اهانتته Humilier⁶، زيادة على طابعها الماليّ Pécuniaire⁷، لأنّها تلقي على عاتق ذلك الشّخص تكاليف تنفيذها.

كذلك فإنّ المُشَرّع الجزائري حصر وسائل نشر الحكم القضائيّ بالإدانة في الجريدة فقط، بعكس نظيره الفرنسي الذي يمنح القاضي الجزائيّ سلّطة الأمر بنشر الحكم القضائيّ في الوسائل الاعلام السمعية المرئية Audiovisuels، فوق نشره على الجريدة الرّسميّة للجمهورية الفرنسية وعلى الجرائد الصحفية⁸. وكان يلزم على المُشَرّع الجزائري أن يُكَيّف العقوبة مع جميع طرق النشر الممكنة لضمان وصول العلم بالحكم بالإدانة إلى أكبر قدر ممكن من الأشخاص، بخاصّة وأنّ هذه العقوبة تهدف في بعض الأحيان إلى إعلام الناس وإفهامهم بالسلوكيات المعاقب عليها قانونا⁹. وكأنّها تقوم بوظيفة الردع العام المنوطة بالعقوبة، ويقصد به: "تحذير باقي أفراد المجتمع الذين تراودهم فكرة ارتكاب الجريمة من أنّهم سينالون نفس العقوبة التي توقع على المجرم الذي ارتكبها فعلا"¹⁰.

وفي الأخير، فإنّ النشر أو تعليق حكم أو قرار قضائيّ بالإدانة، كعقوبة تكميلية، لا يشمل هوية الضحايا في الجريمة، أو هوية ورثتهم، أو هوية ممثليهم القانونيين إلا بعد الحصول على موافقتهم¹¹.

¹- M. KECHICHIAN, préc., § 146.

²- V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 352 § 188.

فكما يقول سليمان، فإنّ الغاية من النشر أو التعليق "التشهير بالجاني، وتنبية الجمهور إلى خطورته"، و"الحط من قيمة الجاني الإجتماعية وتحذير الغير من التعامل معه إلا بفطنة وحذر". ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 490.

³- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 490.

⁴- M. KECHICHIAN, préc., § 152.

⁵- يراجع: ق. ع.، المادّتان 9 (الفقرة الفرعية 12) و18 مُكرّر (الفقرة 2).

⁶- V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., pp. 351-352 § 188.

ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 490.

⁷- V. J.-A. ROUX, préc., p. 450 § 432.

⁸- V. M. KECHICHIAN, préc., § 151.

⁹- V. M.-Th. VIEL, préc., p. 1006 sq.

¹⁰- نقلا عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 218.

¹¹- M. KECHICHIAN, préc., § 146.

3- عقوبة المنع من الإقامة في التراب الوطني

تسري هذه العقوبة على كل أجنبي أدين جزائيا من طرف جهة قضائية جزائية جزائية، وقد نصت عليها المادة 13 (الفقرة 2، 3، 4) من قانون العقوبات. وتتمثل في منع ذلك الشخص من الإقامة على التراب الوطني، إما نهائيا أو لمدة لا تزيد عن 10 سنوات¹، باقتياده إلى الحدود الوطنية بمجرد النطق بها أو عند انقضاء العقوبة السالبة للحرية الصادرة ضده²، لأن تطبيق عقوبة المنع "يوقف طوال آجال تنفيذ" العقوبة السالبة للحرية، "ويستأنف بالنسبة للمدة المحددة بحكم الإدانة من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه"، طبقا للمادة 13 (الفقرة 3) من قانون العقوبات.

وتطبق هذه العقوبة في مجال جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، في المبدأ، على المتعاملين الاقتصاديين الأجانب المشاركين في صفقة عمومية تابعة لإحدى الأشخاص المعنوية التابعة للدولة الجزائرية، والذين أدينوا جزائيا نظرا لمساهمتهم في ارتكاب إحدى الجرائم السابقة. كأن يشارك هؤلاء في صفقة عمومية أعلنتها إدارة عمومية جزائية مبرمة وفق إجراء تعاقدي دولي.

لكنها قد تطبق أيضا على أي شخص أجنبي آخر مسؤول جزائيا عن إحدى تلك الجرائم باعتباره شريكا في الجريمة أو فاعلا أصلي مساعدا أو غيرها من صور المسؤولية الجزائية في الجرائم السابقة، ومثال ذلك الوسيط الأجنبي بين الراشي والمرشحي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

ب- العقوبات المقررة للشخص المعنوي حصريا

هناك عقوبات تكميلية لا يمكن أن تطبق إلا على شخص معنوي، وسوف نتناولها فيما يأتي من خلال تقسيمها إلى نوعين من العقوبات، والذي يأخذ بالاعتبار طابع الفساد في الجرائم المحددة بالمواد 26، 27، 35 من القانون رقم 01-06. وهي: العقوبات التقليدية المنصوص عليها في القانون الجزائري (الفقرة 1)، وهي تقليدية لأنها لا تراعي خصوصية تلك الجرائم بكونها تتعلق بالفساد، حيث تطبق على جميع الجرائم بلا تمييز، والعقوبة المأمولة التي ينبغي على المشرع الجزائري أن يستحدثها، والتي يتحدد مجالها بجرائم الفساد (الفقرة 2).

1- العقوبات التقليدية

تتمثل هذه العقوبات في: أولا عقوبة حل الشخص المعنوي (البند 1)، وأخيرا عقوبة الوضع تحت الحراسة القضائية (البند الثاني).

البند الأول: عقوبة حل الشخص المعنوي

تعتبر بالنسبة إلى الشخص المعنوي بمثابة عقوبة الإعدام للشخص الطبيعي³، لأنها تقتضي "منعه من ممارسة عمله

¹ - ق.ع.، المادة 13 (الفقرة 2).

² - ق.ع.، المادة 13 (الفقرة 4).

³ - O. BACHELET, préc., § 3.

وتصفية أمواله وحرمانه من العودة لنشاطه ولو تحت اسم آخر أو مع مسيرين جدد¹. وهي عقوبة خاصة بالشخص المعنوي بمفرده². ولقد نصت عليها المادة 18 مكرر (الفقرة الفرعية 2) من قانون العقوبات. ويلزم، لتطبيقها، أن يكون الشخص المعنوي موجوداً³ أي، بعد تأسيسه⁴، فلا تنطبق عليه، إذا كان قيد الإنشاء. وينظر القانون التجاري إلى هذه العقوبة باعتبارها سببا عرضيا Cause accidentelle للحل Dissolution الذي يحدث أثناء وجود الشركة، بعكس الأسباب العادية لحل الشركة (كانقضاء مُدَّتْها المتفق عليها)⁵، ويدعى هذا بالانحلال القضائي Dissolution judiciaire⁶.

البند الثاني: عقوبة الوضع تحت الحراسة القضائية

وتنصب هذه العقوبة الخاصة بالشخص المعنوي "على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة"، طبقاً للمادة 18 مكرر (الفقرة الفرعية 2) من قانون العقوبات، بهدف منعه من العودة إلى الجريمة⁷. ويبدو أن هذه العقوبة هي عبارة عن نسخة مُحَقَّفة من عقوبة المنع من ممارسة نشاط أو مهنة المطبقة على الشخص المعنوي كذلك⁸. وتطبق بالتحديد على الأجهزة التي يتكون منها الشخص المعنوي المُدَّان جزائياً⁹. ولأجل تنفيذها¹⁰، يقوم القاضي الجزائري عند إصدارها ضد ذلك الشخص بتعيين وكيل قضائي Mandataire de justice، ويحدّد في الحكم القضائي مهامه التي تتعلّق "بممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة" لا غير، على أن يرفع هذا الوكيل إلى القاضي الجزائري المختصّ تقريراً يوضح فيه قيامه بتلك المهام التي كلّفه بها قاضي الحكم الجزائي¹¹.

في الأخير، نشير إلى أربعة مسائل هامة تتعلّق بالعقوبات التكميلية المُقرَّرة قانوناً والمطبقة في مجال الفساد الخاصّ بالصّفقات العموميّة.

أولاً، إنّ القانون رقم 06-01 منح القاضي الجزائري الخيار في تطبيق العقوبات السابقة، فهي اذن ليست عقوبة

¹ - نقلاً عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص 488.

² - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 587 § 705.

³ - V. B. BOULOC, « La responsabilité pénale des entreprises en droit pénal », R.I.D.C., 1994, n° 2, vol. 46, p. 679.

⁴ - R. BERNARDINI, préc., § 68.

⁵ - V. J. MESTRE e.a., préc., p. 436 § 530.

⁶ - V. J. MESTRE e.a., préc., pp. 436-437 § 531.

⁷ - م. حريط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 367.

⁸ - يراجع: هذه الدراسة ما سبق.

⁹ - R. BERNARDINI, préc., § 68.

¹⁰ - لم ينظم القانون الجزائري أحكام تنفيذ تلك العقوبة، على عكس القانون الفرنسي. يراجع: م. حريط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون

الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 367-368.

¹¹ - V. R. BERNARDINI, préc., § 68.

اجبارية¹، وتعتبر العقوبة التكميلية اختيارية عندما يمنح القانون القاضي الجزائي امكانية تطبيقها²، ويتأكد ذلك من خلال قول المادة 50 منه "يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات". وإن كان من الأجدر عليه أن يجعلها اجبارية من أجل ردع الفاسدين، وبخاصة الأشخاص الذين يستعملون وظائفهم من أجل الحصول بدون وجه حق على مزايا غير مستحقة.

ثانيا، تنفذ عقوبة المصادرة وعقوبة نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة فورا في نفس اليوم الذي تنفذ فيه العقوبة الأصلية المحكوم بها ضد الشخص المُدان³. كذلك تنفذ العقوبات التكميلية، إذا حُكِمَ بها ضد شخص محكوم عليه بعقوبة أصلية وحيدة تتمثل في الغرامة، في نفس اليوم الذي يصير فيه الحكم القضائي بالإدانة نهائيا Irrévocable⁴. أما بالنسبة إلى العقوبات التكميلية التي تمتد تنفيذها في الزمان، كعقوبة الاقصاء من الصفقات العمومية، فإذا صدرت إلى جانب عقوبة أصلية تمتد كذلك تنفيذها من حيث الزمان (كالعقوبة السالبة للحرية)، فإنها تُطبَّق من يوم انقضاء هذه الأخيرة⁵.

تجب الملاحظة أن دراسة ذلك التاريخ تكتسب أهمية بالغة، نظرا لوجود جريمة تعاقب على عدم احترام بعض العقوبات التكميلية التي تطرقنا إليها، بحيث إن الشخص المحكوم عليه بما سيعلم بالتحديد متى يبدأ وينتهي الحظر العقابي، فلا يقع في تلك الجريمة بسبب الغلط في طريقة حسابها.

ثالثا، إن بعض العقوبات السابقة قد يثير اشكالا قانونيا نظرا لوجود جزاءات تقابلها في القانون الإداري، كالمنع أو العزل من الوظيفة العمومية أو المنصب العمومي (جزاء تأديبي)، والإقصاء من الصفقات العمومية. فمن المعلوم أن العقوبات في القانون الجنائي تخضع لمبدأ هام بمقتضاه لا يمكن الحكم على نفس الشخص بسبب نفس الواقعة بنفس العقوبة مرتان Non bis in idem⁶. وبناءً عليه، هل يجوز تطبيق الجزاءات العقابية والجزاءات الإدارية معا على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بدون مخالفة المبدأ السابق.

المبدأ إن الجزاء المقرر في قاعدة غير جنائية الذي لا يستجمع خصائص العقوبة في القانون الجنائي يجوز أن يُطبَّق إلى جانب العقوبة على نفس الشخص ولنفس الواقعة غير المشروعة⁷. كذلك يشترط المجلس الدستوري الفرنسي، بالإضافة إلى الشرط السابق، ألا يكون للجزاءين اللذين يحتمل تطبيقهما على نفس الشخص بسبب نفس الواقعة غير المشروعة نفس الغاية، وألا تجري المتابعات والنطق بالجزاءين أمام نفس الجهة القضائية⁸. ومن هذا يلاحظ أن

¹ - وتقسيم تلك العقوبات إلى اجبارية واختيارية منصوص عليه في القانون بصراحة. يراجع: ق.ع.، المادة 4 (الفقرة 3). والأصل أنها تكون اختيارية، كما ذهب إليه القانون رقم 06-01، إلا أن القانون قد يُقرّها اجباريا للجريمة. يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص242.

² - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 464 § 585.

³ - V. F. DAVID, préc., p. 661.

⁴ - V. F. DAVID, préc., p. 661.

⁵ - هذه الحالة تثير مشاكل عديدة، بخاصة إذا كان القانون لا ينصّ على حل لها. يراجع حولها: F. DAVID, préc., pp. 660-669.

وأضفا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص245، 261، 265-266.

⁶ - V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp. 341-342 §596.

⁷ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 341 § 596.

⁸ - V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 341 marge n° 35.

ضم الجزاءات السابقة أمر ممكن.

رابعا، يعاقب القانون على انتهاك عقوبة الإقصاء من الصّفقات العمومية¹. فطبقا للمادة 16 مكرّر 6 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 25.000 دج إلى 300.000 دج كل محكوم عليه خرق الالتزامات المفروضة عليه بموجب العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المواد 9 مكرّر 1 و 16 مكرّر و 16 مكرّر 1 و 16 مكرّر 2 و 16 مكرّر 4 و 16 مكرّر 5 من هذا القانون"². ويرتكب هذه الجريمة الشّخص المحكوم عليه جزائيا بعقوبة الإقصاء من المشاركة في الصّفقات العمومية، ويعتبر فاعلا أصليا فيها، أما الموظف العمومي الذي يمنح الصّفقة العمومية، خرقا لتلك العقوبة، إلى هذا الشخص، فيمكن متابعته جزائيا بالاشتراك فيها³. ويمكن لهذا الموظف أن يتفادى هذه المسؤولية الجزائية عن طريق طلب صحيفة السّوابق القضائية لكي يتأكد من خلو الشّخص المرشّح إلى الصّفقة العمومية من أيّ التزام أو منع مرتبطة بتنفيذ عقوبة تكميلية حُكِمَ عليه بها. وفي هذا الموضوع، يقضي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مادته 67 بأنّ ملف الترّشح الذي تعدّه المؤسسة الراغبة في المنافسة على صّفقة عمومية يتضمّن صحيفة السّوابق القضائية الخاصّة بالمرشّح، الشّخص الطبيعي، أو مسير المؤسسة أو مديرها العام عندما يترشّح إلى الصّفقة شّخص معنوي.

إلى جانب ذلك، تكلمت المادة 16 مكرّر 6 السابقة عن خرق التزامات، غير أنّ العقوبات الواردة بالمواد 9 مكرّر 1 و 16 مكرّر و 16 مكرّر 1 و 16 مكرّر 2 و 16 مكرّر 4 و 16 مكرّر 5 من قانون العقوبات لا تفرض جميعا التزامات Obligations، وإنما تقرر في بعض الحالات موانع Interdictions كما في عقوبة الإقصاء من الصّفقات العمومية، فقد جاء في المادة 16 مكرّر 2 أنّه: "يترتب على عقوبة الإقصاء من الصّفقات العمومية منع المحكوم عليه من [...]". فالموانع تُطبّق بقوة القانون بلا حاجة إلى اتخاذ الجهة المختصة إجراء معيّن من أجل تنفيذ العقوبة. ولذلك تقوم الجريمة أعلاه بمجرد خرق الموانع المترتبة عن العقوبة التكميلية. أما الالتزامات فلا يؤدي الإخلال بها إلى ارتكاب الجريمة طالما لم تتخذ الجهة المختصة الإجراءات الصّورية لتنفيذ العقوبة. لذلك فإنّ عدم احترام تلك الالتزامات لا يعرض دائما الشّخص الذي أخل بها إلى العقوبة المُقرّرة في المادة 16 مكرّر 6 من قانون العقوبات⁴.

يتبين مما سبق أنّ انتهاك عقوبة الإقصاء من الصّفقات العمومية يحقق الجريمة المحدّدة بالمادة 16 مكرّر 6 من قانون العقوبات بمجرد قيام الشّخص الذي حُكِمَ عليه بعقوبة الإقصاء السابقة بالمشاركة في صّفقة عمومية⁵، لأنّ احترام

¹ - بالإضافة إلى عقوبات العزل أو الإقصاء من الوظائف والمناصب العمومية، والمنع من ممارسة مهنة أو نشاط. ويتبين من هذا أنّ جميع العقوبات التكميلية المرتبطة بالشّروط الأولى في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية يعاقب المحكوم عليه بها على عدم احترامها. يراجع: ق.ع.، المادة 16 مكرّر 6. وعقوبة الحظر من اصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدّفع، طبقا للمادة 16 مكرّر 3 (الفقرة 5) من قانون العقوبات.

² - استحدثت هذه الجريمة بموجب القانون رقم 06-23 المذكور مسبقا. وقد جاءت في القسم العام من قانون العقوبات الجزائي، بينما ينفرد قسمه الخاص بتحديد الجرائم وعقوباتها في الأصل.

³ - V. J.-M. PEYRICAL, « Les incidences du droit pénal sur le droit des marchés publics », CP-ACCP, 2002, n° 12, p. 21.

⁴ - V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., préc., p. 1166 § 1077.

⁵ - قد يتابع الموظف العمومي الذي قبل عن علم بمشاركة ذلك الشّخص في الصّفقة العمومية كشريك في الجريمة السابقة.

تلك العقوبة يدخل في نطاق الموانع وليس الالتزامات¹.

2- العقوبة المأمولة: الالتزام بتطبيق إجراءات للوقاية من الفساد واكتشافه

إنَّ المُشَرَّعَ الجزائري لا زال يواجه جرائم الفساد بواسطة عقوبات تقليدية، بينما عرفت القوانين المقارنة تطوُّراً كبيراً في هذا المجال. فقد استحدث المُشَرَّع الفرنسي مؤخراً عقوبة جديدة² - من غير الممكن تحديد ما إذا كانت عقوبة أصلية أم تكميلية ذلك أنَّ قانون العقوبات الفرنسي الجديد تخلى عن ذلك التقسيم³ على أنَّ بعض الفقهاء الفرنسيين صنفها ضمن العقوبات التكميلية⁴ - تخضع لها الشَّرَكَاتُ الكبرى Sociétés importantes المسؤولة جزائياً عن جرائم الرِّشوة الإيجابية واستغلال النفوذ⁵، تتمثل في إخضاعها لبرنامج يدعى بـ Programme de mise en conformité هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي يجب على تلك الشَّرَكَة أن تتبعها من أجل الوقاية - في المستقبل - من الفساد واكتشاف أيِّ فعل يرتكب بداخلها يمكن أن يوصف بذلك. مثلاً إصدار مدونة سلوك Code de conduite يحدّد الأفعال المحظورة التي يمكن أن تشكل رِشوة أو استغلال نفوذ، وضع إجراء يسمح للعاملين لدى الشَّرَكَة بالإبلاغ إلى رؤسائهم عن تلك الأفعال، الرِّقابة المحاسبية الداخليّة والخارجيّة، إلخ. على أن يتحمل الشَّخْصُ المحكوم عليه بما تكاليف تنفيذها. ويعاقب في حالة عدم امتثاله لها⁶. وبخلاف العقوبات التقليدية التي تنصب على حقٍّ معين⁷، فإنَّ للعقوبة الجديدة طابع أخلاقي صِرْف حيث إنّها لا تحرم المحكوم عليه جزائياً من أيِّ حقٍّ أو تقيّد هذا الحقَّ⁸.

ويتعين على المُشَرَّع الجزائري أن يفكر في فرض مثل تلك العقوبة على الأشخاص المعنويّة في مجال الفساد بوجه عام، بالإضافة إلى تطبيقها كذلك على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة للزيادة من فعالية أحكام الوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر. فاتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته تتضمن حكماً يبرر فرض هذه العقوبة، إذ تنصّ المادّة 11 (الفقرة 3) منها على أنّه: "تلتزم الدول الأطراف بما يأتي: [...] 3- اتخاذ أي إجراءات أخرى قد تكون لازمة لمنع الشركات من دفع الرشاوى للفوز بمنح الصفقات". كذلك نصّ القانون رقم 08-22

¹ نفس الأمر ينطبق على الشَّخْص المعنوي الذي يعاقب كذلك على الإخلال بتلك العقوبة. يراجع: ق.ع.، المادّة 18 مكرّر3.

² يراجع: المادّة 18 من القانون رقم 1691-2016 مؤرخ في 9 ديسمبر 2016 المتعلّق بالشفافيّة ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية.

Loi n° 2016-1961 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Journal officiel français, n° 287, 10 décembre 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558528> (01/04/2023).

³ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 534 § 636.

⁴ J.-M. BRIGANT, « Les peines complémentaires dans la loi Sapin II : entre extension et innovation », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2017, n° 124, p. 48.

⁵ لم يشر القانون السابق إلى تطبيقها على جريمة الخبايا في الصفقات العموميّة المنصوص عليها في المادّة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي. وإنما طبقها على الجرائم التقليدية، كما يصفها الفقه الفرنسي، التي تُطبّق كذلك على الصفقات العموميّة باعتبارها من مجالات النشاط الإداري الذي يشملها نطاق تطبيقها.

⁶ J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Corruption et trafic d'influence : nouvelles mesures applicables aux sociétés », *AJ Pénal*, 2017, n° 2, p. 64 sq. V. aussi R. BERNARDINI, préc., §§ 71-73.

⁷ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 476-477, § 3. Classification des peines en fonction du bien sur lequel porte l'effet afflictif.

⁸ J.-M. BRIGANT, « Les peines complémentaires dans la loi Sapin II : entre extension et innovation », préc., p. 48.

مؤرخ في 5 مايو سنة 2022 يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها¹ على إجراء يتضمن إخضاع الأشخاص المعنوية إلى التزام بالمطابقة لأنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته (المادة 7، الفقرة 1)، والتي يبدو أنها مقتبسة عن القانون الفرنسي رقم 1691-2016 مؤرخ في 9 ديسمبر 2016 المتعلق بالشفافية ومكافحة الفساد وتحديث الحياة الاقتصادية، المادة 17 تحديدا التي تنص على نفس الالتزام. لكن ذلك الالتزام في القانون الجزائري يعتبر إجراء غير عقابي. ويحتاج، لفرض احترامه من طرف الأشخاص الخاضعة له، إلى استحداثه كعقوبة كما فعل القانون الفرنسي الذي فرضه كالتزام غير جنائي في بعض الحالات، وقرره كعقوبة تكميلية في حالات أخرى². وفي هذا الصدد، يستطيع المشرع الجزائري تكييفها بالعقوبة الأصلية، أو بالعقوبة التكميلية التي تكون إما اختيارية أو إجبارية³. ومن الأحسن في هذه الحالة أن ينص عليها كعقوبة تكميلية اختيارية. فقد سبق للفقهاء الجنائيين الفرنسيين وأن انتقد عدم منح القانون للقاضي الجزائري الفرنسي سلطة التعديل على الالتزامات التي تفرضها تلك العقوبة ضد الشخص المعنوي المحكوم عليه جزائيا بالنظر إلى حجم وخصوصيات ذلك الشخص⁴. ولهذا سيتيح تطبيق تلك العقوبة بصورة اختيارية للقاضي الجزائري في الجزائر الأخذ بالاعتبار بتلك الظروف وذلك من خلال تقرير تطبيقها أو استبعاد ذلك بحسب حجم وخصوصية الشخص المعنوي في كل قضية جزائية على حدة.

المطلب الثاني: تعديل العقوبة

للتقيد بمبدأ الشرعية الجنائية، يحدد التشريع لكل جريمة بمفردها العقوبات الخاصة بها. غير أن هذه العقوبات المقررة للجريمة ليست ثابتة. فقد يتدخل التشريع لتعديلها تعديلا يصلح للشخص المدان أو يسيء إليه⁵. كذلك تلزم فكرة جعل العقوبات شخصية -وهي أوسع من مبدأ تفريد العقوبات⁶، وتختلف عن مبدأ شخصية العقوبة⁷- القاضي الجنائي بالأخذ في الاعتبار بظروف الجريمة ضمن الحدود التي يسمح بها القانون أثناء مرحلة إصدار العقوبات وتحديد أحكام تنفيذها⁸. وهذه الظروف قد تكون كذلك أصلح للشخص المدان، لأنها تؤدي إلى التخفيف من

¹ - ج.ر. رقم 32 مؤرخ في 14 مايو سنة 2022، ص 6.

² - J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Corruption et trafic d'influence : nouvelles mesures applicables aux sociétés », préc., p. 64 sq.

³ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 533 § 634.

⁴ - J.-M. BRIGANT, « La corruption et le trafic d'influence », dans *Lamy droit pénal des affaires*, France, mise à jour 11/2021, § 887.

⁵ - وهذا ما لاحظته Dalloz بخصوص الظروف المشددة الشرعية بأنها "بطبيعتها هي عناصر من شأنها أن تجعل مركز الشخص المتابع سينا". لهذا يجب حسبه أن يحدد المشرع بمفرده لأنها تؤدي إلى تغيير الحدود الموضوعية للعقوبة وهذا، عملا بمبدأ الشرعية الجنائية.

M. DALLOZ, préc., § 4.

⁶ - فمبدأ تفريد العقوبة يتعلق بالإنسان فقط. ولكن القانون الجنائي أصبح يعترف كذلك بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي. ولهذا فمن الأحسن الكلام عن جعل العقوبة شخصية حتى يشمل الشخص السابقان معا. يراجع: C. RIBEYRE, préc., p. 214.

⁷ - لأن مبدأ شخصية العقوبات Principe de personnalité des peines يعني أن العقوبة يجب ألا تطبق إلا على مرتكب الجريمة. بعكس الفكرة الأخرى التي تعني تكييف العقوبة مع شخصية مُرتكب الجريمة. على أن تفريد العقوبة يفترض مقدما الاعتراف بمبدأ شخصية العقوبات. يراجع:

C. RIBEYRE, préc., p. 214.

⁸ M. DALLOZ, préc., § 3.

العقوبة. لكنها قد تكون أسوأ له بأن تؤدي - بعكس الأولى - إلى التشديد في عقوبته لتساوي كميّة حدّها الأقصى المقرر في القانون¹.

ولتعديل العقوبة بهذه الصّورة -الأصلح أو الأسوأ للشخص المتابع أو المُدان بحسب الحالة- يلزم توافر أسباب معينة تحد مصدرها في الطُّروف المحيطة بارتكاب الجريمة. ويقصد بهذه الطُّروف ذلك العنصر العارض *Élément accidentel* -فهو ليست عنصرا أساسيا- الذي يضاف إلى الأركان المؤسّسة في الجريمة، ويتمثّل أثره الرئيسي في التعديل على كميّة العقوبة المُقرّرة قانونا للجريمة البسيطة².

وعلى ضوء ذلك، سوف نقسم دراسة موضوع تعديل العقوبة المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة إلى قسمين. يتناول القسم الأوّل حالة تعديلها بصّورة أصلح للشخص المسؤول جزائيا (الفرع الأوّل). أما القسم الثاني فيتناول بالدراسة حالة تعديلها بصّورة أسوأ لذلك الشخص (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: تعديل العقوبة بصّورة تصلح للشخص المسؤول جزائيا عن جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة

تعديل العقوبة بصّورة أصلح للشخص المسؤول جزائيا عندما يستفيد من الأعذار. ولقد عرفته المادّة 52 من قانون العقوبات بقولها: "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة". هناك إلى جانب الأعذار المُخفّفة الشرعيّة أعذار قضائية تؤدي كذلك إلى تخفيف العقوبات. وستتطرق أوّلا إلى العذر المعفي من العقوبة، لأنّه يؤدي إلى "عدم عقاب المتهم تماما"³، ولأنّ ظرّف العود -وهو ظرّف مُشدّد سنتطرق اليه لاحقا- لا يتحقق عندما تقتزن الجريمة بعذر معفي⁴. ثمّ نتطرق بعد ذلك إلى التخفيف من العقوبة في جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة.

أوّلا: الإعفاء من العقوبة

لا توجد في قانون العقوبات قائمة محدّدة بالأعذار المعفية من العقوبة، والمُسمّاة كذلك "موانع العقاب"⁵، فقد ترك القانون أمر تحديدّها إلى المُشرّع. ومن تطبيقاتها في مجال جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة نصّ المادّة 49 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01 التي بتوافر الشُّروط التي تتطلبها (الفقرة "أ") تنتج أثرها القانوني (الفقرة "ب").

أ- الأعذار المعفية من العقوبة المطبقة على جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة

يتمثّل العذر المعفي من العقوبة في واقعة تنطبق على شخص ثبتت إدانته جزائيا بارتكاب جريمة ما، والتي من

¹- V. M. DALLOZ, préc., § 3.

²- V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 92 § 46.

³- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 391.

⁴- V. M. HERZOG-EVANS, « Récidive », *Rép. pén.*, septembre 2007, § 239.

⁵- نقلا عن: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 391.

شأنها ضمان عدم معاقبته¹. فالخصومة الجزائية في هذه الحالة وصلت إلى آخر مرحلة فيها المتمثلة في تحديد العقوبة²، غير أن قيام عذر كهذا يحتم الاستغناء عن الحكم بما ضد الشخص الذي يظل مسؤولاً³. بحيث يمنع على القاضي الجزائي أن يصدر العقوبة المقررة للجريمة في هذه الحالة⁴. لكن المتهم لا يستطيع التذرع بأي سبب لإعفائه من العقوبة سوى الأسباب المنصوص عليها في القانون بصراحة، بعكس أسباب الإباحة التي يمكن للقاضي الجزائي تطبيقها، ولو لم ينص عليها القانون⁵. فهي إذن تخضع لمبدأ الشرعية الجنائية⁶. وتتقرر لأغراض اجتماعية أو تتعلق بالسياسة الجنائية وليس بسبب تخلف الخطأ الجنائي⁷. وتتمثل دائما في الإبلاغ عن بعض الجرائم الخطيرة⁸. ويسمى هذا العذر أيضا بالتوبة Repentir actif⁹.

وبهذا أخذ القانون رقم 06-01 الذي كرس -مجازة لما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد¹⁰ - عذر الإبلاغ عن الجريمة في المادة 49 (الفقرة 1) منه وجاء فيها: "يستفيد من الأعذار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات¹¹، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية، عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها". والعلة من تقريره تكمن في دفع أطراف الفساد إلى مساعدة العدالة الجزائية¹²، وتشجيعهم على تبليغ الجهات المختصة بوجود اتفاقات رشوة أو ممارسات فاسدة أخرى مقابل إعفائهم كلياً من العقوبة¹³، ففي العادة يتمتع أطراف الفساد عن التبليغ مخافة تحمل العواقب الجزائية المترتبة عن البلاغ (متابعته بالمساهمة في ارتكاب

¹ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., pp. 362-363 § 196.

² - ولهذا يقال بأن العذر المعفي من العقوبة لا يطبق إلا من طرف قاضي الحكم الجزائي، لأنه الوحيد المخول بالتأكد من إثم المتابع جزائياً، والذي بدونه -بمعنى الإثم- لا يمكن تطبيق تلك الأعذار، بعكس أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية التي يمكن تطبيقها ابتداء من مرحلة التحقيق التحضيري. يراجع: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 609 § 734.

³ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 683.

ولهذا فإن المتابع جزائياً لا يستفيد، في العذر المعفي من العقوبة، من البراءة، وإنما من الإعفاء من العقوبة فقط. نفس المرجع، ص 529 الفقرة 685.

⁴ - أ. محدودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائي والقانون المقارن، ج 2، المرجع السابق، ص 428.

⁵ V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 362 § 196.

⁶ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 608 § 732.

ويقول بأن المادة 65 من قانون العقوبات الفرنسي القديم تتضمن بأنه لا عذر بدون نص.

⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 683.

يراجع أيضاً: أ. محدودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائي والقانون المقارن، ج 2، المرجع السابق، ص 428.

⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 684.

⁹ J.-A. ROUX, préc., p. 215.

¹⁰ - يراجع: المادة 30 المتعلقة بـ "الملاحقة والمقاضاة والجزاءات" (الفقرتان الفرعية 1 و 2) من الاتفاقية السابقة.

¹¹ - والصحيح هو: "ضمن الشروط المنصوص عليها في قانون العقوبات"، طبقاً للنص الفرنسي.

¹² - إذ يسمى بنظام المساعدين للعدالة Collaborateurs de la justice. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 608 § 733.

¹³ - V. Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », dans dossier : « La lutte contre la corruption », D., 2008, n° 16, p. 1081 sq.

الجريمة التي بُلِّغ عنها مثلاً¹، بالإضافة إلى تلافي صعوبة اكتشاف بعض الجرائم - كجرائم الفساد لطابعها الخفي² - إلا بعد تبليغ من أحد المساهمين فيها عن ارتكابها³. وينطبق على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، لأنّها من الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 06-01.

ويشترط لتطبيقه ثلاثة شروط أساسيّة، يجب على قاضي الموضوع لوحده، بما أنّ العذر المعفي لا ينتج أثره إلا في مرحلة المحاكمة، فحص وجودها قبل استخلاص نتائج القانونيّة⁴. فأوّلًا يجب أن يكون المُبلِّغ فاعلاً في الجريمة المُبلِّغ عنها أو شريكاً فيها⁵. ويلزم في هذا الصّدّد ألا تكون هذه الجريمة مباحة، أو تكون مسؤوليته الجزائيّة منعدمة لعارض شخّصي⁶. ثانياً يجب أن يقع التّبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة الجزائيّة، فيستوي أن تكون الجريمة مجرّد محاولة أو تامة عند تاريخ التّبليغ. فالقانون رقم 06-01 لم يشترط أن يتم ذلك قبل إتمام الجريمة كما يحدث في العادة⁷، وبموجب هذا الشرط، المُتخلّف في القانون السّابق، ينطبق العذر على المساهمين في جريمة محاولة فقط. وفي هذه الحالة يلعب العذر دور الوقاية من الجريمة، لأنّه يؤدي إلى اكتشاف جريمة لا زالت لم تستنفذ جميع أركانها (ليست جريمة تامة)⁸. ولا يتعذر هذا الدّور في خصوص المادّة 49 (الفقرة 1) ما دامت تُطبّق على الجريمة التامة وعلى المحاولة على حدّ سواء. وأخيراً لا يكفي أن يُبلِّغ المساهم عن الجريمة التي ساهم فيها، ولكن يجب أيضاً أن يساعد الجهات المختصّة التي جرى تبليغها على معرفة مرتكبي تلك الجريمة.

ب- أثر الأعذار المعفية من العقوبة المطبقة على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة

يترتب عن العذر السّابق عدم الحكم بعقوبة ضد المستفيد من ذلك العذر مع بقاء الجريمة قائمة، بعكس أسباب الإباحة⁹ التي تمحي هذه الجريمة¹⁰. والإعفاء السّابق ملزم للقاضي الجزائيّ عند ثبوت وجود سببه¹¹. إذ ينتج أثره حتى لو اجتمع العذر المعفي من العقوبة بظرف مشدد. فبسبب ذلك العذر لا تكون هناك أصلاً أية عقوبة يجب

¹ - V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 328.

² - يراجع: ر. بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً، المرجع السّابق، ص 82 الفقرة 12. وتكلم هنا عن جريمة رشوة الموظف العموميّ.

³ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 684.

أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السّابق، ص 279.

⁴ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 529 § 685 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 609 § 734.

⁵ - ولم يشر النصّ إلى التّخريض، بحيث اشترط أن يكون المُبلِّغ من ارتكب الجريمة بمعنى فاعلها المادّي، أو شريكاً فيها. مما قد يعني بأنّ المُخرّض لا يستفيد من ذلك العذر. وهذا، ما لم يشكل التّخريض في ذاته صورة من صور السلوك الإجراميّ المُكوّن لجريمة من جرائم الفساد، حيث أنّه في هذه الحالة يعتبر من قبيل ارتكاب الجريمة.

⁶ - ويستخلص هذان الشرطان من نصّ المادّة 52 (الفقرة 1) من قانون العقوبات الذي أحالت المادّة 49 من القانون رقم 06-01 إلى تطبيقه. بحيث يقول: "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة". فيلزم إذن أن تكون الجريمة والمسؤوليّة الجزائيّة قائمتان لتطبيق العذر المعفي.

⁷ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 684.

⁸ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 20 § 25.

⁹ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 608-609 § 734.

¹⁰ - يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

¹¹ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 528 § 685.

تطبيقها على المستفيد¹. لذلك يبدو أنّ على القاضي الجزائري التأكد أولاً من وجود أو انعدام العذر المعفي من العقوبة قبل تطبيق الظرف المُشدّد الذي يصبح بلا معنى في حال قرّر هذا القاضي إفادة الشّخص العائد إلى الجريمة من العذر المعفي من العقوبة².

غير أنّ المادّة 52 (الفقرة الأخيرة) من قانون العقوبات منحت القاضي الجزائري صلاحية تطبيق تدابير الأمن على المعفي عنه، لمواجهة خطورته³. غير أنّ هذا الأمر مستبعد في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، لأنّ ذلك العذر لا يتعلّق بأيّ عارض عقلي أو إدمان اللذين يبران تطبيق مثل هذه التدابير. وعليه، فإنّ تطبيق العذر المعفي المنصوص عليه في المادّة 49 من القانون رقم 06-01 يعفي المستفيد منه، وفق الشّروط المذكورة أعلاه، في إطار جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، من العقوبة وتدير الأمن في الوقت ذاته.

أخيراً، فإنّ الاستفادة من ذلك العذر يختلف عن الحكم بالبراءة. فالمستفيد من العذر المعفي من العقوبة يمكن أن يتابع مدنياً للتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه جرمته التي لم تنعدم بسبب ذلك العذر الذي تمسك به⁴. فحسب المادّة 361 من قانون الإجراءات الجزائيّة: "إذا وجد لصالح المتهم عذراً مانعاً من العقاب، قضت المحكمة بإعفائه من العقوبة وفصلت في الدعوى المدنية عند الاقتضاء وفق ما هو مقرر في الفقرتين 2 و3 من المادّة 357". فوجود عذر معفي من العقوبة لا يعني إذن أنّ الشّخص الذي استفاد منه يعفى كذلك من التبعات غير الجزائيّة لجرمته⁵.

ثانياً: التخفيف من العقوبة

مع بعض الأسباب، فإنّ العقوبة تبقى واجبة التطبيق، غير أنّ كميتها هي التي تتغير بالنزول -أو بالصعود كما في حالة الظّروف المُشدّدة⁶- وتسمى هذه الأسباب -بسبب أثرها المخفف- بالظّروف المُخفّفة. وينتج هذا التخفيف، فيما يتعلّق بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، عن سببين⁷ في القانون الجزائري. إما بسبب ظّروف نصّ عليها القانون، والتي تسمى بالأعذار المُخفّفة Excuses atténuantes⁸، كما يمكن تسميتها كذلك بالظّروف المُخفّفة الشرعيّة، لأنّ التّشريع هو الذي يتكفل بتحديددها. أو بسبب ظّروف صاحبت ارتكاب الجريمة فاعتد بها القضاء الجنائيّ لحساب كميّة العقوبة التي سيصدرها -في حدود ما يسمح به القانون- ضد الشّخص المُدان جزائياً، وتسمى في هذه الحالة بالظّروف المُخفّفة Circonstances atténuantes⁹.

¹- V. M. HERZOG-EVANS, préc., § 239.

²- V. M. HERZOG-EVANS, préc., § 239.

³- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 392.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 609 § 734.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 529 § 685.

⁶- يراجع حولها: هذه الدّراسة، ما يأتي.

⁷- V. J.-A. ROUX, préc., p. 228 § 68.

وق.ع، المادّة 52.

⁸- التسمية نقلاً عن: J.-A. ROUX, préc., p. 228 § 68.

⁹- التسمية نقلاً عن: J.-A. ROUX, préc., p. 228 § 68.

ويخص هذين النوعين جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة. وسنتطرق إليها فيما يأتي.

أ- الأعدار المُخفّفة

تجد هذه الأعدار مصدرها في قانون العقوبات (الفقرة 1)، والقانون رقم 06-01 بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة (الفقرة 2).

1- الأعدار المُخفّفة في قانون العقوبات

ينصّ قانون العقوبات على عذر مُخفّف يتمثّل في صغر السن، وهو عذر عام¹، ويؤدي إلى تخفيف العقوبة بسبب اختلال شَرط التمييز اللازم في المسؤوليّة الجزائيّة الذي يؤدي إلى التقليل من جسامّة خطئه². ولقد نصت عليه المادّة 49 (الفقرة 3) من قانون العقوبات، أما المادّة 50 منه فقد حدّدت كميّة العقوبة المُخفّفة التي تُطبّق على صغير السن³.

ولوهلة أوّلَى، يبدو أنّ هذا العذر يستحيل أن يُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة التي تتطلب في فاعلها المادّي أن يكون موظفا عموميا، لأنّ صغير السن لا يستطيع الولوج إلى الوظيفة العموميّة، ما لم يقع تزوير الوثائق المثبتة لسنه الطبيعي الحقيقي.

غير أنّ احتمال مشاركة شَخص طبيعي، وصل إلى السن التي يجوز فيها تخفيف عقوبته، في الصّفقات العموميّة كتاجر مُرشّد مثلا، يقتضي التعامل مع هذا العذر المُخفّف بحذر. ذلك أنّ التاجر المُرشّد مثلا قد يساهم في إحدى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، كأن يشارك في ارتكابها، مما يعني أنّه قد يستفيد من ذلك العذر المُخفّف. فتتّبع الفروض في الصّفقات العموميّة يمكن أن يؤدي إلى تطبيق أحكام جزائيّة قد يبدو في لحظة أوّلَى بأنّها غير مرتبطة أبدا بذلك المجال.

2- الأعدار المُخفّفة في القانون رقم 06-01

تنحصر هذه الأعدار، بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، في سبب وحيد حدّده المادّة 49 (الفقرة 2) من القانون رقم 06-01 بقولها: "عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة أعلاه⁴، تخفض العقوبة إلى النصف بالنسبة لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي، بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها".

ويسمى هذا الظرف بالتوبة الإيجابية Repentir actif⁵، ويعتبر من تطبيقات فكرة العدالة الجنائيّة التفاوضية Justice négociée التي يقصد بها: "إجراء يهدف إلى تبسيط أحكام الخصومة الجنائيّة يقوم على تبادل يجري ما

¹ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 393.

² - J.-A. ROUX, préc., p. 230 §§ 70-71.

³ - يراجع حوله: J.-A. ROUX, préc., pp. 230-233 § 71.

⁴ - يقصد النصّ بها العذر المعفي من العقوبة.

⁵ - J.-A. ROUX, préc., pp. 243-244 § 74.

بين السُّلطة المكلفة بالمتابعة وشخص مُعرَّض للمتابعة، والذي ينصب على كَمِيَّة العقوبة أو إثبات الوقائع¹. وتتم هذه المفاوضة بالضرورة بعد مباشرة إجراءات المتابعة، وهذا شرط أساسي لإجرائها². وتختلف عن العدول من طرف الفاعل عن إتمام الجريمة الذي يقع قبل الإتمام النهائي للجريمة أي، قبل حدوث النتيجة التي يحظرها القانون الجنائي، فقد تقرر العدول لمنع حدوثها. أما عذر التوبة الایجابیة، فهو سلوك لاحق على إتمام الجريمة الذي يهدف إلى إصلاح الآثار المترتبة عنها، حيث يعتبر التائب في هذه الحالة مسؤولاً جزائياً أساساً عن جريمة تامة وليست محاولة³. غير أنَّها تسقط -أي، تلك المسؤولية- بسبب ذلك العذر.

كذلك يلزم، لتطبيق العذر السابق، وجود ثلاثة شروط هي. أولاً، أن يكون المستفيد من عذر التوبة ممن ارتكبوا أو شاركوا في ارتكاب جريمة الفساد المعنية. ثانياً، يجب أن يساعد الجهات المختصة في القبض على من ساهم معه في ارتكاب الجريمة، بتحديد هويتهم مثلاً، أو تحديد مكان تواجدهم لإلقاء القبض عليهم، أو تقديم معلومات أخرى من شأنها تسهيل عملية إلقاء القبض عليهم. ثالثاً، وهذا الأهم، لأنه يميز لنا بين العذر المُخفِّف والعذر المعفي المنصوص عليه في المادة 49 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01، يجب على المتهم أن يساعد تلك الجهات بعد مباشرة إجراءات المتابعة الجزائية. فإذا ساعدهم قبل ذلك، فإنه يستفيد من عذر معفي من العقوبة.

فإذا توفرت الشروط السابقة، فإنَّ العذر يؤدي إلى تخفيف العقوبة، لأنَّ المساهم في الجريمة يقوم في هذه الحالة، بواسطة سلوكه اللاحق -على ارتكاب الجريمة المُبلَّغ عنها- أين يتمثل في المساعدة على القبض على من ساهم في هذه الأخيرة، بالتقليل من جسامة جرمته⁴. فالمُشرِّع يستهدف بذلك وقف آثار الجريمة أو الحد من أضرارها الجانبية⁵. ويلاحظ أنَّ هذا الأثر يقتصر على التعديل على كَمِيَّة العقوبة، فهي لا تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائية عن الجريمة المصاحبة لهذه الظروف⁶.

وحسب المادة 49 (الفقرة 2) من القانون رقم 06-01، فإنَّ العقوبة تخفض إلى النصف "بالنسبة لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي، بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها". فالأعذار المُخفِّفة يحدِّد أثرها النصَّ الخاص الذي قرَّرها⁷. ولكن ما هي العقوبة التي يمكن للقاضي الجزائي تخفيفها إلى النصف طبقاً لذلك النص، هل هي العقوبة المُقرَّرة للجريمة أم العقوبة التي ستطبق عليها. فمن خلال النصِّ الفرنسي للمادة 49 السابقة يتبين بأنَّ

¹ - نقلاً عن:

S.-M. CABON, *La négociation en matière pénale*, France, L.G.D.J., 2016, p. 19 § 24 : « [...] la justice négociée vise un processus de simplification des règles du procès pénal qui repose sur un échange entre une autorité de poursuite et la personne mise en cause portant sur le *quantum* de la peine et la preuve des faits. [...] » (italique souligné par l'auteur).

² - V. S.-M. CABON, préc., pp. 19-21 § 26.

³ - D. REBUT, « Tentative », préc., § 40.

⁴ - J.-A. ROUX, préc., p. 229 § 69.

⁵ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 609 § 735.

⁶ - يراجع: المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، قرار رقم 772928 مؤرخ في 26 جويلية 2018، (ك. ن.) ضد: (ي. م.) و(ك. ع.) والنيابة العامة، <http://www.coursupreme.dz/> ملف-رقم-0772928-قرار-بتاريخ-26-07-2018/الغرف-الجزائية-من-قرارات-المحكمة-العليا (11/07/2021).

⁷ - V. J.-A. ROUX, préc., p. 228 § 68.

المقصود هو الحد الأقصى من العقوبة المقررة في القانون وليس حدّها الأقصى كما كان سيحكم به القاضي الجزائي¹.

فمثلا إذا استفاد مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من عذر التخفيف السابق، فإنّه يعاقب بـ 10 سنوات حبس وغرامة تساوي 1.000.000 دج. وهي عقوبات مساوية للحد الأدنى من العقوبة المقررة قانونا للجريمة. وإذا ارتكب جريمة المحاباة، فقد يعاقب بالحبس لـ 5 سنوات وبغرامة تصل إلى 500.000 دج، غير المساوية لحدّها الأدنى (2 سنة حبس و 200.000 دج كغرامة).

لكن طريقة حساب كميّة العقوبة تتغير، إذا كان المستفيد من العذر السابق عائدا. ولقد نظم المشرع هذه الحالة في المادة 53 مكرّر (الفقرة 1) من قانون العقوبات التي تقول: "عندما تطبق العقوبات المشددة بفعل حالة العود، فإن التخفيف الناتج عن منح الظروف المخففة ينصب على الحدود القصوى الجديدة المقررة قانونا". ويقصد النصّ بالحدود الجديدة الحدود التي تنتج عن التشديد بسبب العود إلى الجريمة. وهذا الحل التشريعي الذي أخذ به قانون العقوبات يتعارض مع ما يذهب إليه فقهاء القانون الجنائي من ضرورة البدء أولا بتطبيق الطّرف القانوني المُخَفِّف على العقوبة ثمّ تطبيق طّرف العود على العقوبة الجديدة الناتجة عن التخفيف، لأنّ الطّرف القانونيّة المُخَفِّفة تعتبر نصوصا خاصّة، والنصّ الخاصّ يقيد النصّ العام، وهو في حالتنا النصّ المتعلّق بالعود².

كذلك تتغير تلك الطّريقة، إذا اجتمع العذر المُخَفِّف بظرف مُشَدَّد خاصّ، كالذي تنصّ عليه المادة 48 من القانون رقم 06-01 الذي يحتمل تطبيقه على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، فإنّ هذا الطّرف يُطبّق أولا، ثمّ بعد ذلك يُطبّق العذر المُخَفِّف، ثمّ بعد ذلك يُطبّق طّرف العود، إذا وجد، فإذا لم يوجد طّرف العود، طبّق القاضي الجزائيّ أولا الطّرف المُشَدَّد الخاصّ فالعذر المخفف³.

في الأخير، يشار إلى أنّ عذر التخفيف المنصوص عليه في المادة 49 (الفقرة 2) من القانون رقم 06-01 يعتبر من الأعذار الشّخصيّة⁴ التي تتميز بنطاق تطبيقها الضيّق من حيث الأشخاص، إذ لا يفيد منها سوى الشّخص الذي ارتبطت به، وهذا طبقا للمادة 44 (الفقرة 2) من قانون العقوبات التي جاء فيها: "ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف". وبالتالي لا يستفيد من العذر المُخَفِّف للعقوبة السابق إلا الشّخص الذي قام بمساعدة الجهات المختصّة على القبض على المساهمين معه في الجريمة.

ب- الطّروف المُخَفِّفة

لابد من تحديد معنى هذه الطّروف، وذكر بعض تطبيقاتها العمليّة في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، والتي ستقتصر على أمثلة مستمدة من القضاء الجزائيّ الفرنسي (الفقرة 1)، ثمّ تحديد أثرها القانوني بعد ذلك (الفقرة

¹- Article 49, al. 2^e, de la loi n° 06-01 : « [...] la peine maximale encourue par toute personne auteur ou complice [...] ».

²- V. M. HERZOG-EVANS, préc., § 238.

³- M. DALLOZ, préc., § 57.

⁴- J.-A. ROUX, préc., p. 244 § 74.

1- تحديد الظروف المُخَفِّفة

وتعرف أيضا "بالظروف القضائية المخففة"¹. وهي الأسباب - المؤدية إلى تخفيف العقوبة - التي ترك القانون، بعكس الأعدار المُخَفِّفة²، أمر تحديد عددها وشروطها إلى القاضي الجزائي الذي يتولى ذلك الأمر بكل سلطة تقديرية³، فهي ليست ملزمة للقاضي الجزائي⁴. ولقد اعترف قانون العقوبات - وبخلاف نظيره الفرنسي الصادر سنة 1810⁵ وإجراء هذه المقارنة ضروري لأن قانون العقوبات الجزائري يجد فيه مصدره المادي والأساسي - للقاضي الجزائي بسلطة تطبيق هذه الظروف على جميع الجرائم، سواء وردت بقانون العقوبات في ذاته أم في نصوص جزائية خاصة، كجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

ومن أمثلتها في مجال جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية ما قضت به محكمة الاستئناف الفرنسية Toulouse بتاريخ 22 مارس 2006⁶ بأنه يجب أن تخفف المسؤولية الجزائية عن جريمة المحاباة، إذا كان اتخاذ قرارات إبرام الصفقات، محل الخصومة الجزائية، بدون وضعها في إطار المنافسة قد تم عقب التصويت من طرف هيئة جماعية⁷. وعادة ما تخفف المسؤولية الجزائية للمتابع، إذا صدر عن الأعضاء الآخرين في الهيئة الجماعية أفعال مشبوهة⁸. فالمسؤولية الجزائية الجماعية، وإن لم تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائية⁹، فإنها تؤثر في عملية تحديد كمية العقوبة، استدلالا بما قالته المحكمة في حكمها السابق عن ظرف التصويت من طرف هيئة جماعية على القرارات المتعلقة بالصفقات العمومية الذي يجب أن يخفف عقوبة المتهم إلى حد كبير¹⁰.

كما أن القضاء الجزائي الفرنسي أخذ بالباعث النزيه للتخفيف من العقوبة في الجريمة السابقة. فقد قضى هناك بأن منح الصفة العمومية بناء على معيار التوطين المحلي *critère du localisme* يشكل سببا للرفعة في العقوبة بما أنه لم يهدر مصالح *Intérêts* الإدارة المتعاقدة والمال العام أيضا¹¹. كذلك حكم في فرنسا بأن العقوبة ينبغي أن تكون مخففة، بما أنه ثبت أن المتابعين في القضية لم يدفعهم باعث ديني أو مصلحة خاصة لارتكاب الجريمة، وإنما كان الدافع الأساسي وراءها معالجة مشاكل تشغيل اليد العاملة¹². وللباعث أدوار أخرى - عندما لا يكون عنصرا

¹ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 389 و 393.

² - V. J.-A. ROUX, préc., p. 228 § 68.

³ - J.-A. ROUX, préc., p. 228 § 68.

⁴ - ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 399.

⁵ - فهذا القانون كان يحصر مجال تطبيق الظروف المُخَفِّفة في الجناح والمخالفات في تلك الجرائم المنصوص عليها فيه فقط. أما الجرائم من القوانين الجنائية الخاصة فلم تكن تسري عليها هذه الظروف إلا إذا ورد نص خاص بشأنها يقضي بذلك. يراجع: J.-A. ROUX, préc., pp. 249-250 § 46.

⁶ - C.A. Toulouse, 22 mars 2006, cité dans : J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 114.

⁷ - V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 114.

⁸ - V. T.G.I. Orleans, 14 mai 1997, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

⁹ - يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

¹⁰ - V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 114.

¹¹ - T.G.I. Avranches, 16 mai 1995, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

¹² - T.G.I. Vannes, 4 décembre 1997, cité dans : circulaire CRIM. 98.4-G3 du 2 juillet 1998, préc.

في الجريمة- كتحديد الطابع السياسي أو العام للجريمة المرتبطة بجريمة سياسية *Infraction connexe* وتطبيق الظروف المخففة التي يتوقف تطبيقها على إرادة القاضي الجزائي¹، كما رأينا في السابق.

كذلك يبدو أن القاضي الجزائي يستطيع كذلك أن يخفف كمية العقوبة التي سيطبقها على المرتشي، الموظف العمومي، في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية عملاً بسلطته في الأخذ بالظروف القضائية، إذا ارتكب ذلك الشخص جرمته نتيجة تحريضه من طرف الراشي؛ لأنه يجوز للقاضي الجزائي عند مرحلة اختيار كمية العقوبة التي سيطبقها على الفاعل في الجريمة المحرض عليها أن يأخذ في الاعتبار سلوك الشخص المحرض إلى ارتكاب الجريمة². لكن العقوبة المخففة لا تقل في هذه الحالة عن الحد الأدنى من العقوبة المقررة قانوناً للجريمة، لأنه مجرد ظرف قضائي. وهذا يقودنا إلى الحديث عن أثر تلك الظروف.

أخيراً فإن عقوبة جريمة أخذ فوائد بصفة قانونية أثناء الوظيفة العمومية قد تتعرض كذلك للتخفيف، إذا لم ينتج عن ارتكابها أية فائدة شخصية³. فنلاحظ من كل ما سبق أن هناك عدّة عوامل واقعية قد تؤثر على عقوبة جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. وهذا ما يقودنا إلى دراسة هذا الأثر فيما يأتي.

2- أثر الظروف القضائية المخففة

نظمت آثارها المادة 53 مكرر 4 من قانون العقوبات التي تتعلق بالعقوبات الأصلية فقط، ولم تتركها حرية القاضي الجزائي. ولفهم أحكام هذا النص القانوني، يجب التمييز بين الشخص المسبوق قضائياً (الحالة الأولى) وبين الشخص غير المسبوق قضائياً (الحالة الثانية). ففي الحالة الأولى، إذا نص القانون على عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة معا بالنسبة إلى جريمة ما، فإن القاضي الجزائي يستطيع تخفيض كمية هاتين العقوبتين إلى شهرين بالنسبة إلى الحبس و 20.000 دج بالنسبة إلى الغرامة⁴. كما يجوز له أن يحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، بشرط ألا تقل كميتها عن الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة المرتكبة⁵. فإذا كانت الجريمة يعاقب القانون عليها بالحبس فقط أو الغرامة فقط، فإن القاضي الجزائي يستطيع تخفيض كمية العقوبة التي قررها القانون للجريمة (الحبس أو الغرامة)⁶ أو أن يستبدل عقوبة الحبس، إذا كانت مقررة وحدها للجريمة، بعقوبة الغرامة على أن لا يقل مبلغها المحكوم به عن 20.000 دينار جزائري وألا يتجاوز 500.000 دينار جزائري⁷.

الحالة الثانية. أما إذا كان الشخص مسبوقاً قضائياً، وهو أوسع من مفهوم العود⁸، ويقصد به: "كل شخص

¹- R. VOUIN, J. LÉAUTÉ, préc., p. 58.

²- F. DEFFERRARD, préc., p. 235 sq.

³- M. DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires. Partie spéciale : infractions*, t. II, 3^e éd., France, P.U.F., 1990, p. 80.

⁴- ق.ع.، المادة 53 مكرر 4 (الفقرة 1).

⁵- ق.ع.، المادة 53 مكرر 4 (الفقرة 2).

⁶- ق.ع.، المادة 53 مكرر 4 (الفقرة 1).

⁷- ق.ع.، المادة 53 مكرر 4 (الفقرة 2).

⁸- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 297.

طبيعي محكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة سالبة للحرية، مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ، من أجل جناية أو جنحة من القانون العام، دون المساس بالقواعد المقررة لحالة العود"¹، فإنه "لا يجوز تخفيض عقوبات الحبس والغرامة عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجنحة المرتكبة عمدا". وهذا النصّ يطبق، كما يتضح من مضمونه، على المسبوق قضائيا الذي ارتكب جريمة عمدية واستفاد فيها من ظَرْف - أو ظُرُوف - مُخَفِّف (ة). كما أنّه "يتعين الحكم بما في حالة النص عليهما معا"²، وفي حالة كان القانون ينصّ على عقوبة الحبس فقط، فإنه "لا يجوز في أي حال استبدال الحبس بالغرامة"³.

نفس الشيء ينطبق على الشَّخص المعنوي الذي يخضع، بسبب طبيعته المختلفة عن الشَّخص الطبيعي، لعقوبة الغرامة فقط كعقوبة أصلية. فقد نصت المادة 53 مكرّر 7 من قانون العقوبات على أنّه: "[الفقرة 1] تجوز إفادة الشخص المعنوي بالظروف المخففة، حتى ولو كان مسؤولا جزائيا وحده. [الفقرة 2] إذا تقرر إفادة الشخص المعنوي بالظروف المخففة، فإنه يجوز تخفيض عقوبة الغرامة المطبقة عليه إلى الحد الأدنى للغرامة المقررة في القانون الذي يعاقب على الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي. [الفقرة 3] غير أنه إذا كان الشخص المعنوي مسبوقا قضائيا، بمفهوم المادة 53 مكرر 8 أدناه، فلا يجوز تخفيض الغرامة عن الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا للجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي"⁴.

يلاحظ أخيرا أنّه يجوز للقاضي الجزائي أن يخفف من العقوبة السالبة للحرية مع تطبيق الحد الأقصى من عقوبة الغرامة كما قرره القانون للجريمة بدون أن يتعارض ذلك مع قاعدة منع القاضي الجزائي من الحكم بالحد الأقصى في حالة إفادة المُدان من ظَرْف مُخَفِّف⁵. ويتلاءم هذا الحكم جيدا مع عقوبة الغرامة العادية والنسبية في الجرائم الرّبحية، كجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية. بحيث أنّ فعالية عقوبة الغرامة بنوعيتها في حرمان الجاني من ثمار جرمته لا تتأثر بتطبيق الظُّروف المُخَفِّفة للعقوبة على الجريمة.

الفرع الثاني: تعديل العقوبة بصورة تسيء للشَّخص المسؤول جزائيا عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية

لا يوجد في قانون العقوبات تعريف مُحدّد للظرف المُشدّد في الجريمة، على عكس الأعدار القانونية. ولا اختلاف في ذلك مع القانون الفرنسي⁶. ويمكن تعريفها بأنّها: "العنصر المحدد في القانون بصورة حصرية الذي يتعلق بسلوك

1- ق.ع.، المادة 53 مكرّر 5.

2- ق.ع.، المادة 53 مكرّر 4 (الفقرة 2).

3- ق.ع.، المادة 53 مكرّر 4 (الفقرة 2).

4- عرّفت المادة 53 مكرّر 8 من قانون العقوبات الشَّخص المعنوي المسبوق قضائيا بأنّه: "[...] كل شخص معنوي محكوم عليه نهائيا بغرامة، مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ، من أجل جريمة من القانون العام، دون المساس بالقواعد المقررة لحالة العود".

5- V. A. VITU, VITU André, « Effets des circonstances atténuantes en matière correctionnelle », chron. jurisprudence, R.S.C., 1988, n° 1, p. 81.

6- V. M. DALLOZ, préc., § 1.

معاقب عليه جنائيا، والذي يؤدي إلى زيادة جسامة العقوبات المقررة قانونا بكميات محددة أيضا من طرف المشرع¹؛ والتي يجب، على المستوى الإجرائي، أن تكون محل "سؤال مستقل متميز" أمام القضاء الجزائي، تطبيقا للمادة 305 من قانون الإجراءات الجزائية². ولأنها تسيء إلى وضعية الشخص المتابع جزائيا، تخضع الظروف الشرعية المشددة لمبدأ الشرعية الجنائية الذي يمنح المشرع بمفرده - فلا تنازعه أي سلطة أخرى (سواء كانت السلطة التنظيمية أو القضائية) في ذلك - سلطة تحديد الظروف التي ترفع العقوبة لأكثر من حدّها الأقصى الأصلي³.

ويمكن تقسيم هذه الظروف إلى قسمين بالنظر إلى طبيعتها ونطاق تطبيقها⁴. فأما بالنسبة إلى طبيعتها، فإن تلك الظروف تنقسم إلى ظروف موضوعية وأخرى شخصية⁵. ولقد أخذ بهذا التقسيم قانون العقوبات في مادته 44 لتحديد عقوبة المساهم في الجريمة عند تعدد المساهمين فيها. وأما بالنسبة إلى نطاق تطبيقها، فتقسم إلى ظروف عامة وأخرى خاصة⁶. ونظرا لطبيعة هذه الدراسة - إذ تتعلق بجرائم من القسم الخاص من القانون الجنائي، وليس بالنظرية العامة للجريمة والعقوبة - وأهدافها - فالدراسة تحاول تحديد الظروف التي تُشدد هذه الجرائم - فإننا سندرس الظروف المشددة لعقوبات جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بتسميتها القانونية، وليس بالنظر إلى طبيعتها أو نطاق تطبيقها، كما يأتي.

أولا: الظروف المشددة التي ينص عليها قانون العقوبات

من المحتمل أن يُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية ظرفان مُشدّدان نصّ عليهما قانون العقوبات وهما، ظرفُ العود (الفقرة "أ")، وهو ظرفٌ مُشدّد عام يسري على جميع الجرائم⁷ بما فيها جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، والظرفُ المُشدّد الذي حدّدته المادة 143 من نفس القانون (الفقرة "ب").

أ- ظرفُ العود

قد تفشل العقوبة المُطبّقة على المُجرّم في القيام بوظيفتها في إصلاحه Amendement بأنّ يعود مُجدّداً إلى الجريمة برغم إدانته قضائيا من قَبْل⁸. وتُعرفُ هذه الحالة "بالعود" في القانون الجزائري⁹. وستتطرق في الآتي إلى شروطه (الفقرة 1)، وحالاته التي تنطبق على عقوبة جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية (الفقرة 2)، وأخيرا آثاره (الفقرة 3).

1- شروط حصول العود

¹ M. DALLOZ, préc., § 1 : « Ce [les circonstances aggravantes] sont des éléments qui, fixés de façon limitative par la loi, sont rattachés à un comportement pénalement répréhensible et entraînent un accroissement de la sévérité des peines encourues dans des proportions également définies par le législateur. ».

² يطبّق النصّ السابق برغم وروده في القسم الخاص بمحكمة الجنايات أمام المحاكم المختصة بالنظر في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

³ V. M. DALLOZ, préc., § 5.

⁴ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 357 § 191.

⁵ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 357 § 191.

⁶ R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, préc., p. 357 § 191.

⁷ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 612 § 738.

⁸ V. J.-C. SOYER, préc., p. 29 § 42.

⁹ فقد خصّص قانون العقوبات الجزائري قسماً خاصاً تحت عنوان "العود" لهذا الظرف. يراجع: القسم 3 من الفصل 3 من الباب 2 من الكتاب 2 من الجزء الأول من قانون العقوبات.

يكون الشَّخص -الطبيعيّ أو المعنويّ فكلاهما يخضعان له¹- في حالة عود Récidive الذي يشدد العقوبة عندما يصدر ضده حكم قضائي جزائي نهائي حائز لحجية الشَّيء المقضي به، فيرتكب بعد ذلك جريمة أو عدّة جرائم أخرى حسب الشُّروط التي يحددها القانون للعود والتي يتعلّق جانب منها بطبيعة الجريمة والجانب الآخر بالمدّة التي تمضي ما بين الحكم القضائي الأوّل والجريمة الجديدة². وقد عرفه بهنام بأنّه: "العودة إلى الإجرام أي أن يرتكب الشخص جريمة بعد الحكم عليه نهائيا في جريمة سابقة"³. أما سلامة فعرفه بأنّه: "[...] العودة إلى الجريمة من قبل شخص سبق الحكم عليه نهائيا بالادانة من أجل جريمة أخرى"⁴. وعرفه سليمان بأنّه: "الوصف القانوني الذي يلحق بشخص عاد إلى الإجرام بعد الحكم عليه بعقوبة بموجب حكم سابق بات، ضمن الشروط التي حددها القانون"⁵. فالعود يفترض اذن أننا نكون أمام جريمة أوّل صدر بشأنها حكم قضائي جزائي بالادانة وجريمة أخرى ارتكبتها نفس الشَّخص الطبيعيّ في مرحلة لاحقة على ذلك الحكم بحيث تفصل بين ارتكاب الجريمة والحكم القضائي السابق مدّة زمنية تشمل في العادة الوقت اللازم لتنفيذ العقوبات زائد المدّة المحدّدة للعود (ما بين خمس إلى عشر سنوات). وهذه هي شروط العود المُشدّد للعقوبات⁶ التي سوف نتناولها فيما يأتي.

الشُّرط الأوّل، يلزم أن يرتكب العائد جريمة سابقة تعرض بسببها إلى متابعة جزائية أفضت إلى صدور حكم قضائي. ويشترط في هذا الحكم القضائي أوّلًا أن يكون وطنيًا، بمعنى صادرا عن جهة قضائية جزائية وليست أجنبية⁷، فالحكم القضائي الأجنبي لا يدخل في العود حتى إذا توافرت بقية شُّروطه⁸، وثانيا أن يتضمّن الإدانة وليس البراءة Acquittement، فالحكم القضائي بالبراءة لا يعتبر من شُّروط العود المُشدّد للعقوبة⁹، وثالثا أن يتضمّن عقوبات وليس تدابير تربية Mesures éducatives كتلك التي تُطبّق على الأحداث¹⁰، أو تدابير الأمن Mesures de sûreté التي تُطبّق على الأشخاص الطبيعيين البالغين¹¹، ورابعا أن يصير هذا الحكم القضائي الجزائي بالادانة المتضمن عقوبات نهائيا استنفذت جميع طرق الطعن فيه¹²، ويجوز بالتالي حجية الشَّيء المقضي به قبل ارتكاب الجريمة الجديدة¹³، ومن هذا القبيل الحكم بالادانة مع وقف التَّنفيذ Condamnation avec sursis¹⁴. كما يُشترط

¹- يراجع: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

²- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 547 § 720 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 418 § 738 ; C. LOMBOIS, préc., p. 126.

³- ر. بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1153 الفقرة 215.

⁴- م. سلامة، المرجع السابق، ص 564. يراجع أيضا: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 314.

⁵- ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 377-378.

⁶- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 624 § 756 ; J.-C. SOYER, préc., p. 184 § 434.

⁷- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 548 § 724 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 420 § 740.

⁸- V. J.-C. SOYER, préc., p. 185 § 435.

⁹- B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22^e éd., préc., p. 548 § 724.

¹⁰- B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22^e éd., préc., p. 548 § 724 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 419 § 740 ; J.-C. SOYER, préc., p. 184 § 435.

وقد نصت على هذه التدابير المادّة 49 الفقرة 1 من قانون العقوبات.

¹¹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 626 § 757.

¹²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 626 § 757 ; J.-C. SOYER, préc., p. 184 § 435.

¹³- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 548 § 724 ; J.-C. SOYER, préc., p. 184 § 435.

¹⁴- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 548-549 § 724 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., pp. 419-

أن يصبح الحكم القضائي بالإدانة نهائيا قبل ارتكاب الجريمة الجديدة وليس قبل مباشرة المتابعة الجزائية بشأنها¹. وأخيرا، يجب ألا يكون تنفيذ ذلك الحكم القضائي، بجميع مميزات السابقة، قد توقف بسبب العفو الشامل² أو رد الاعتبار³. فهذه الأسباب تؤدي لا إلى انقضاء العقوبة فحسب وإنما إلى زوال الحكم بالإدانة في حد ذاته⁴. أما إذا لم ينفذ المحكوم عليه العقوبات الصادرة ضده بسبب العفو الرئاسي، أو التقادم المسقط للعقوبات (أو حتى الفرار من المؤسسة العقابية التي ينفذ بداخلها عقوبته السالبة للحرية)، فإن الحكم القضائي المتضمن الإدانة والمصحوب بعقوبات يواصل إنتاج آثاره بالنسبة إلى العود⁵. كما أنه لا يهم إذا لم يكن الحكم القضائي الأول نافذا ضد العائد بسبب وقف التنفيذ Sursis⁶. فالحكم القضائي الأول يؤدي برغم العوائق السابقة إلى قيام حالة العود. وبالمقارنة بين أثر العفو الشامل ورد الاعتبار من جهة والعفو الرئاسي والتقادم المسقط من جهة أخرى على توافر الشرط السابق اللازم في العود، نلاحظ أن ظرف العود المُشدد إنما يتطلب ألا تكون العقوبة الأولى قد انقضت بسبب زوال الحكم القضائي بالإدانة. وفي عبارة أخرى، يجب أن يكون هذا الحكم القضائي موجودا عندما ترتكب الجريمة الجديدة⁷. أما إذا انقضت العقوبات المحكوم بها بدون انقضاء الحكم القضائي بالإدانة معها، فإن العود يتوفر. فأسباب انقضاء العقوبات المحكوم بها تنقسم إلى نوعين⁸: فهي تنقضي بصورة تبعية لزوال الحكم القضائي بالإدانة بسبب العفو الشامل⁹ ورد الاعتبار¹⁰، كما أنها قد تنقضي مع استمرار وجود الحكم القضائي بالإدانة كما في حالة العفو الرئاسي والتقادم المسقط¹¹.

وبخصوص إثبات الحكم القضائي الأول، وبالتالي إثبات حالة العود، فإن ذلك يتم بواسطة صحيفة السوابق القضائية¹². فعندما يصبح الحكم القضائي بالإدانة نهائيا، فإنه يذكر في صحيفة السوابق القضائية¹³. لكن حجيتها في إثبات ذلك الأمر ليست مطلقة¹⁴. فإذا أنكر المعني بالأمر صحة مضمون صحيفته القضائية، فإنها تفقد كل قيمتها الإثباتية في مجال العود، ويجب في هذه الحالة القيام بتحريات إضافية لإثبات وجود حكم قضائي أول،

420 § 740. V. aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 625 § 757.

¹- V. C. LOMBOIS, préc., p. 127.

²- J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 420 § 740 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 626 § 757.

³- J.-C. SOYER, préc., p. 184 § 435 ; C. LOMBOIS, préc., p. 126.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 737 et p. 740 § 911.

⁵- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 548 § 724 : « Il faut que cette condamnation soit *définitive*, passée en force de chose jugée, avant que la deuxième infraction ne soit commise [...]. Peu importe qu'elle n'ait pas été exécutée pour une raison ou pour une autre (grâce, prescription, évasion, etc.) [...] » (italique souligné par l'auteur) ; C. LOMBOIS, préc., p. 126.

⁶- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 626 § 757.

⁷- V. M. HERZOG-EVANS, préc., § 45.

⁸- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 723 § 885.

⁹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 737.

¹⁰- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 740 § 911.

¹¹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 724 § 886.

¹²- V. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 556 § 735 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 635 § 772.

¹³- MARCHAUD, « Le casier judiciaire après la loi du 17 juill. [juillet] 1970 », *JCP* 1971.I.2390, cité dans : B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 549 § 727.

¹⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 639 § 779.

كالوصول على نسخة من الأحكام القضائية الجزائية الأولى¹ بطلب من النيابة العامة².

الشَّرط الثاني، يجب أن يرتكب نفس الشَّخص -على أن التماثل هنا ليس شَرْطاً ضرورياً كما سوف نرى فيما يتعلَّق بالشَّخص المعنوي- جريمة جديدة خلال فترة زمنية يحددها القانون. فهي الظَّرْف العارض -بمعنى أنه ليس عنصراً أساسياً لتكوين الجريمة- الذي يتسبب في تشديد العقوبة³. وتحدّد هذه المُدّة التي يتكون منها هذا الشَّرط بالرجوع إلى العقوبة السالبة للحرية كما هي مقررة في القانون وليس العقوبة التي طبقها القاضي الجزائي⁴.

2- حالات العود في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العمومية

قد تشكل جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة الجريمة الأولى التي سبق وأن حكم بسببها على الشَّخص -الطبيعي أو المعنوي- بالإدانة وبالعقوبات جزائية، وهذه الحالة لا تعيننا في هذه الدِّراسة، لأننا نعالج التعديل الذي يطرأ على العقوبة الخاصّة بتلك الجرائم، أو تشكل الجريمة الجديدة، بحيث أن الجريمة الأخرى تكون في كلا الحالتين مختلفة عنها.

أولاً، ارتكاب الجرائم التي يعاقب القانون عليها بنفس العقوبة المُقرّرة للجريمة الأولى. وقد نصت عليها المادّة 54 مُكرّر 1 من قانون العقوبات الجزائري. وثانياً الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس الذي يزيد حدّه الأقصى عن خمس سنوات. وقد نصت عليها المادّة 54 مُكرّر 2 من قانون العقوبات. وتشمل هذه النصوص القانونيّة العود العام الذي يقتضي فقط ارتكاب جريمة جديدة مهما كانت طبيعتها أو علاقتها بالجريمة الأولى⁵. ثالثاً، والجرائم المماثلة للجريمة الأولى. وقد نصت عليها المادّة 54 مُكرّر 3 من قانون العقوبات، وتتعلّق بالعود الخاصّ الذي يتطلب أن تكون الجريمة الثانية مطابقة للجريمة الأولى كأن يرتكب العائد جريمة السرقة لمرة ثانية، أو أن تكون مماثلة لها من حيث النوع، إذا اعتبرها القانون كذلك بصراحة⁶.

كما أن جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة قد تدخّل في حالة العود الخاصّ المنصوص عليها في المادّة 54 مُكرّر 3 من قانون العقوبات، إذا كانت الجريمة الأولى والجديدة من نوع الرِّشوة الذي يشمل جريمة المادّة 27 من القانون رقم 06-01، فحسب المادّة 57 من قانون العقوبات: "تعتبر من نفس النوع لتحديد العود، الجرائم التي تشملها إحدى الفقرات الآتية: 1- اختلاس الأموال العمومية أو الخاصة والسرقة والإخفاء والنصب وخيانة الأمانة والرشوة، [...]".

ويكون العود في كل الحالات السّابقة مؤقّتاً، لأنّ القانون حدّد مُدّة معينة يجب أن ترتكب خلالها الجريمة، ويسمى هذا النِّظام الذي تبناه قانون العقوبات الجزائري، والمطبق كذلك على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة - بما أن القانون رقم 06-01 أو أيّ قانون آخر لم يحدّد أحكام أخرى للعود في جرائم الفساد- بالعود المؤقت

¹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 639 § 779.

²- BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 556 § 735.

³- C. LOMBOIS, préc., p. 127.

⁴- V. C. LOMBOIS, préc., p. 126.

⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 547-548 § 721.

⁶- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 547 § 721 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., pp. 626-627 § 759.

Système de récidive temporaire الذي يختلف عن نظام العود المؤبد Système de récidive perpétuelle الذي يسمح بتطبيق ظَرْف العود على العائد بغض النظر عن المدة التي مضت بين تاريخ صيرورة الحكم القضائي الأول نهائيا وحائزا حجية الشيء المقضي به وتاريخ ارتكاب الجريمة الجديدة¹. ولقد أخذ قانون العقوبات الجزائري بهذا النظام الأخير في البعض من جرائم الجنايات فقط²، عملا بالمبدأ القائل: إنَّ العود يكون عامًا ومؤبدًا بالنسبة إلى الجرائم الأكثر خطورة، وخاصًا ومؤقتًا بالنسبة إلى الجرائم الأخرى³.

غير أنَّ هذه المدة -والتي يمكن أن تسمى بمدة الاختبار اقتباسا عن مدة الاختبار Délai d'épreuve في رد الاعتبار⁴، لأنَّ العود تَقَرَّر كما رأينا في السابق لعدم جدوى الانذار الأول المتمثل في الحكم بالإدانة، بحيث يَحْتَرِب المُشَرَّع مدى جدوى هذا الحكم خلال تلك المدة -تختلف بحسب الجريمة الجديدة المرتكبة من طرف العائد. أما حساب مدة الاختبار في العود فيبدأ من يوم انقضاء أو تقادم الحكم بالإدانة النهائي المتعلِّق بالجريمة الأولى⁵. ويتم التأكّد من توافر هذا الشرط على مرحلتين. فيجب في مرحلة أُولى تحديد تاريخ انقضاء أو تقادم الحكم بالإدانة النهائي المتعلِّق بالجريمة الأولى. ثُمَّ في المرحلة الثانية يجب تحديد تاريخ ارتكاب الجريمة الجديدة. والعبرة هنا كذلك بوقت ارتكاب الجريمة وليس بتاريخ انطلاق المتابعة الجزائية بخصوصها. فإذا ارتكبت الجريمة الجديدة بعد انقضاء المدة المحددة في القانون التي بدأ حسابها من يوم انقضاء أو تقادم الحكم بالإدانة النهائي المتعلِّق بالجريمة الأولى، فإنَّ ظَرْف العود لا يتحقق.

وفي القانون الفرنسي، يُطبَّق العود على الشَّخْص المعنويّ حتى إذا ارتكب الجريمة الثانية أجهزة أو ممثلين جُدد للشَّخْص المعنويّ يختلفون عن الأجهزة والممثلين الذين ارتكبت الجريمة الأولى المنسوبة إلى الشَّخْص المعنويّ من طرفهم⁶. ونستنتج من هذا أنَّه لا يشترط للعود أن يرتكب نفس الشَّخْص الطبيعيّ الجريمة، وإنما أن يكون نفس الشَّخْص المعنويّ المحكوم عليه بجريمة أُولى.

لكن السؤال يثور من جهة أخرى بخصوص مقدار مساهمة العائد في هذه الجريمة، فهل يجب أن يكون قد ساهم مساهمة مباشرة في ارتكابها؟ أم يكفي في ذلك أن تكون مساهمته تَبَعِيَّة فقط؟ هذا الأمر غير هام في حالة العود، بحيث يكفي أن يكون الفاعل في الجريمة الجديدة مجرّد شريك في جريمة أُولى لكي يتوفر ظَرْف العود، ويتعرض المُجْرِم إلى تشديد عقوبته. فقد لاحظ الفقه بمناسبة تحديد طبيعة ظَرْف العود إن كان شَخْصِيًّا أم موضوعيًّا أنَّ العود "[...] إلى تشديد عقوبته. فقد لاحظ الفقه بمناسبة تحديد طبيعة ظَرْف العود إن كان شَخْصِيًّا أم موضوعيًّا أنَّ العود [...] يعتبر ظرفا شخصيا يتعلق بشخص الجاني ولا يسري إلا في مواجهة من توافر في حقه دون غيره من الفاعلين أو الشركاء [...]"]⁷.

¹- V. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 548 § 722. V. aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 627 § 759.

²- يراجع: ق.ع.، المادة 54 مُكرَّر.

³- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 626 § 757.

⁴- V. H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 563 § 1001.

⁵- C. LOMBOIS, préc., p. 127.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 640 § 780.

⁷- نقلا عن: م. سلامة، المرجع السابق، ص 564.

غير أنَّ العود بالنسبة إلى الفاعل المباشر مستبعد في بعض الحالات المتعلقة بجزء من الجرائم المخصصة من الناحية العملية. فتشديد عقوبة الموظف العمومي الفاعل المباشر في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27) بسبب ظرف العود غير متصور، لأنَّ ارتكاب هذه الجريمة لأول مرة يؤدي في العادة إلى حظر ذلك الشخص من ممارسة الوظيفة العمومية، وهي شرط ضروري لاقتراف تلك الجريمة، بحيث لا يستطيع العودة إلى ممارسة الوظيفة العمومية. غير أنَّ ظرف العود قد ينطبق عليه في هذه الحالة كشريك في الجريمة أو بصفته الراشي فيها. فالعود اذن يُطبَّق ضد الشخص حتى وإن كان في الجريمة المُكرَّرة كشريك فيها بينما ساهم في ارتكابها كفاعل في المرة الأولى.

3- الآثار القانونية المترتبة عن العود

يتمثل الأثر الرئيسي للعود في السماح للقاضي الجزائي بتجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة في القانون للجريمة الثانية عندما لا يكون مرتكبها عائد Récidiviste¹، ولهذا السبب يعتبر العود كظرف مُشَدِّد². ويقوم هذا التشديد على أساس أنَّ الانذار الأول الذي وجهه القاضي الجزائي إلى العائد من خلال الحكم عليه نهائيا بالإدانة مع عقوبات -ولو كانت هذه الأخيرة موقوفة التنفيذ-³ لتحذيره من العودة إلى الجريمة في المستقبل⁴، لم يكن مجدي لأنَّه لم يكن قاس، الأمر الذي يستدعي تشديد العقوبة ضد من يعود لارتكاب الجريمة مجددا بعد إدانته من قبل من طرف القضاء الجزائي الجزائري⁵. وعلى هذا الأساس، نصت المواد 54 مُكرَّر 1، 54 مُكرَّر 2، 54 مُكرَّر 3 من قانون العقوبات على ظرف العود بحيث تضاعف كمية الحد الأقصى من العقوبات الأصلية، بالإضافة إلى جواز الحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات.

أما جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المحددة بالمادة 27 من القانون رقم 06-01 فتستفيد، نظرا إلى عقوبتها الشديدة، من أحكام خاصة لحساب مدة عقوبة الحبس في حالة العود بارتكاب جريمة يعاقب القانون عليها بنفس العقوبة. فطبقا للمادة 54 مُكرَّر 1 (الفقرة 2) من قانون العقوبات: "[...] يرفع الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية إلى عشرين (20) سنة حبسا، إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا لهذه الجائحة يزيد عن عشر (10) سنوات. وإذا كان هذا الحد يساوي عشرين (20) سنة حبسا، فإن الحد الأدنى لهذه العقوبة يرفع وجوبا إلى الضعف". وبتطبيق هذه الأحكام على الجريمة السابقة ينتج لنا حد ثابت لعقوبة الحبس فيها يساوي دائما عشرين سنة، لأنَّ حدَّها الأدنى المتمثل في عشر سنوات هو الذي يرفع وجوبا إلى الضعف عند العود بسبب أنَّ حدَّها الأقصى الأصلي يساوي عشرين سنة.

بالنسبة إلى عقوبة الغرامة، فالأمر لا يطرح أية إشكالية. فحدَّها الأقصى يرفع وجوبا إلى الضعف في حالة العود بارتكاب جريمة يعاقب القانون عليها بنفس العقوبة، وهذا طبقا للمادة 54 مُكرَّر 1 (الفقرة 1) من قانون العقوبات. وبالتالي يصبح مبلغ غرامتها يساوي 4.000.000 دج بدلا من 2.000.000 دج، وهو حدَّها الأقصى المقرر

¹- V. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 557 § 736 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 627 § 761.

²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 627 § 761.

³- V. J.-C. SOYER, préc., p. 183 § 430.

⁴- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 626 § 757.

⁵- V. J.-C. SOYER, préc., p. 183 § 430.

للمجريمة في القانون رقم 06-01 عندما لا تكون مقترنة بأيّ ظَرْف مُشَدَّد.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّه "يجوز للقاضي [الجزائي] أن يشير تلقائيا حالة العود إذا لم يكن منوها عنها في إجراءات المتابعة" وهذا، طبقا للمادة 54 مكرر 10 من قانون العقوبات. مما يعني أنّ العود المُشَدَّد للعقوبة يعتبر من النّظام العام في القانون الجنائيّ الجزائري. كما أنّه يعتبر ظَرْف تشديد شخصي¹. وكدليل على ذلك، فإنّ العود يعتبر كما يلاحظ الفقه "سبب لتشديد العقوبة عن الجريمة الجديدة ولو كانت من حيث الجسامة المادية مماثلة للجريمة السابقة"². ومعنى هذا أنّ الجسامة المادّية للجريمة الجديدة - سواء كانت شديدة أم مماثلة أم أدنى من الجسامة المادّية للجريمة الأولى - لا تهم لتوافر ظَرْف العود الذي يُشَدَّد العقوبة، ما لم يأخذ المُشرّع في الاعتبار بهذه الجسامة لتشديد عقوبة تلك الجريمة بصفة مُستقلّة عن ظَرْف العود. فما يهم فيه هو شَخْصِيّة مرتكب الجريمة وليس الفعل³، فالعود إلى الجريمة يعكس الخطورة الكامنة لدى العائد على المجتمع، والتي لم يردعها الحكم القضائيّ السّابق الصادر ضدّ العائد عن جريمته الأولى⁴. فيتضح من هذا أنّ ظَرْف العود شخصيّ ليس موضوعيّاً. ويسري بالتالي على المساهم في الجريمة الذي يتوافر فيه، ولا يسري على المساهمين الآخرين معه في الجريمة الجديدة، طبقا للمادة 44 (الفقرة 2) من قانون العقوبات التي تقول: "ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف".

ب- الظَرْف المُشَدَّد الذي تنصّ عليه المادة 143 من قانون العقوبات

تنصّ المادة 143 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: "فيما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون عقوبات في الجنايات والجنح التي يرتكبها الموظفون أو القائمون بوظائف عمومية فإن من يساهم منهم في جنایات أو جنح أخرى مما يكلفون بمراقبتها أو ضبطها يعاقب على الوجه الآتي:

إذا كان الأمر متعلّقا بجنحة فتضاعف العقوبة المقررة لتلك الجنحة.

إذا كان الأمر متعلّقا بجناية فتكون العقوبة كما يلي:

السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كانت عقوبة الجناية المقررة على غيره من الفاعلين هي السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

السجن المؤبد إذا كانت عقوبة الجناية المقررة على غيره من الفاعلين هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وتطبق العقوبات نفسها دون تغليظها فيما عدا الحالات السابقة".

وقد ورد بالقسم الخامس بعنوان "تشديد العقوبات في بعض الجنايات والجنح التي يرتكبها الموظفون والقائمون

¹ - يراجع: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1153 الفقرة 214؛ م. سلامة، المرجع السابق، ص 564.

² - ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1153 الفقرة 215.

³ - ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1153 الفقرة 215.

⁴ - يراجع: ر. بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1153 الفقرة 215. وأيضاً: م. سلامة، المرجع السابق، ص 564.

بوظائف عمومية" الذي يدلّ عنوانه على أنّه يتعلّق بظرف مُشدّد في الجريمة من الفصل الرابع حول "الجنايات والجناح ضد السلامة العمومية" الذي كان يضمّ معظم جرائم الفساد الموجودة حاليا في القانون رقم 06-01 كجريمة رشوة الموظفين العموميين وجريمة المحاباة من الباب الأوّل بشأن "الجنايات والجناح ضد الشيء العمومي" من الكتاب الثالث حول "الجنايات والجناح وعقوباتها" من الجزء الثاني من قانون العقوبات.

غير أنّ هذا الظرف لا يسري على جرائم الفساد التي يشترط القانون في فاعلها المباشر أن يكون موظفا عموميّا، لأنّ المادّة 143 استثنيتها بصراحة عندما قالت: "فيما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون عقوبات في الجنايات والجناح التي يرتكبها الموظفون أو القائمون بوظائف عمومية [...]".

ثانيا: الظرف المُشدّد الذي ينصّ عليه القانون رقم 06-01

وسوف نلتزم في هذا الصّدّد بخطة القانون رقم 06-01. فما قرّره هذا القانون كجريمة بسيطة اعتبرناه هنا جريمة بسيطة كذلك، وما قرّره كظرف مُشدّد لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة اعتبرناه ظرفا مُشدّدا لها كذلك¹. نصت عليه المادّة 48 من القانون رقم 06-01 تحت عنوان "الظروف المشددة". وتقضي هذه المادّة بما يأتي: "إذا كان مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدّولة، أو ضابطا عموميا، أو عضوا في الهيئة²، أو ضابطا أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط، يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة وبغرامة المقررة للجريمة المرتكبة".

وظاهر من هذا النصّ أوّلا، أنّ الظرف يُطبّق على الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 فقط، مما يجعله ظرفا خاصّا. وثانيا، أنّ الظرف المُشدّد فيه يدور كليا حول الصفة في الجاني. ولهذا يعتبر من الظروف المُشدّدة الشخصية³. وثالثا، أنّ جميع الصفات التي عددها المادّة 48 من القانون رقم 06-01 ترتبط بالوظيفة العموميّة. ورابعا، أنّ معظم الصفات التي يستهدفها تنتمي إلى قطاع العدالة وهي، صفات القاضي، وضابط أو عون الشرطة القضائية، والأشخاص الأخرى التي تمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية، وموظف أمانة الضبط، وبعض الضباط العموميين كالموثق والمحضر القضائي. وخامسا، أنّ مجال التشديد يقتصر على العقوبة السالبة للحرية فقط،

¹ - فبعض النصوص الجنائية في القانون رقم 06-01 تدعو إلى الشك بشأن تكييفها القانوني بين جريمة مُستقلّة وظرف مُشدّد للجريمة، كالمادّة 27 التي تبدو أنّها تنصّ على ظرف مُشدّد لجريمة رشوة الموظف العموميّ السّلبية المحدّدة بالمادّة 25-2 من ذلك القانون نظرا إلى عقوباتها الأصليّة الغليظة جدا. ولكن بسبب أنّ المُشرّع الجزائري لم يفصل بصراحة - كما كان يجب - في طبيعتها القانونيّة، فضلنا اعتبارها كجريمة مُستقلّة في هذا الجزء من الدّراسة. هناك أيضا المادّة 43 المتعلّقة بالإخفاء التي يبدو بعد مقارنتها مع المادّة 387 من قانون العقوبات الجزائري أنّها قرّرت عقوبات أصليّة مُشدّدة للمساهم في الجريمة عندما تكون الأشياء المخفّاة من عائدات الفساد. غير أنّ المُشرّع لم يقل أيّ شيء بشأن طبيعتها القانونيّة. كما أنّها لا تُشَدّد العقوبة المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة محل الدّراسة هنا، مما يعني أنّها ليست مهمة في هذا الجزء من الدّراسة.

² - يقصد النصّ الهيئة الوطنيّة للوقاية من الفساد ومكافحته. وهذه الهيئة أُلغيت بموجب دُستوريّ 2016 و2020. وعليه، يجب على المُشرّع أن يتدخّل لتصحيح ذلك.

³ - أ. مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائيّ في القانون الجزائريّ والقانون المقارن، ج 2، المرجع السابق، ص 430.

لأنّ نفس مبلغ عقوبة الغرامة المُقرَّرة للجريمة المرتكبة غير المقرّنة بالظرف المُشدّد الذي تنصّ عليه تُطبّق على الجاني الذي تتوافر فيه إحدى الصفات المذكورة في المادة 48.

كما يظهر منه، أخيراً، أنّ نوع الجريمة بالنظر إلى خطورتها لا يتغير بسبب توافر الظرف المُشدّد السابق برغم كميّة العقوبة السالبة للحرية التي تساوي كميّة عقوبة السجن المؤقت في جرائم الجنايات حسب المادة 5 من قانون العقوبات. فالمادة 48 قضت بعقوبة الحبس، وهي عقوبة مقرّرة لجرائم الجنب فقط، ولقد أوضحنا في السابق آثار هذا الفرق على تحديد نوع الجرائم في القانون الجزائري. وبهذا نخلص إلى أنّ المادة 48 لا تنصّ على ظرف مُشدّد يغير نوع الجريمة من جنحة إلى جناية¹، وأنّ إجراءات المتابعة الجزائية المُقرَّرة للجنايات لا تُطبّق بالتالي على جرائم الفساد المُشدّدة بالمادة 48 السابقة².

ويثير تحديد نطاق تطبيق المادة 48 المذكورة أعلاه على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة إشكالات ترتبط بناحيتين. أولاً، من ناحية الجرائم التي يجوز تطبيق الظرف المُشدّد عليها. وثانياً، من ناحية تطبيقه على الشريك في الجريمة.

أ- جريمة الفساد التي يجوز تطبيق الظرف المُشدّد عليها

يقوم الشكّ أولاً فيما يتعلّق بجواز تطبيق المادة 48 من القانون رقم 06-01 على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة التي تتطلب، لقيامها قانوناً، صفة الموظف العموميّ كعنصر مُكوّن للجريمة. فالملاحظ أنّ الصفات المُشدّدة المذكورة في المادة 48 يمكن ربطها بتعريف الموظف العموميّ في المادة 2-ب من القانون رقم 06-01 الذي يحدّد لنا صفة الفاعل، اللازمة كشرط أوّليّ، في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة. فالقاضي³، والموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة، والضابط العموميّ، والعضو في الهيئة الوطنيّة للوقاية من الفساد ومكافحته (سابقاً)، والضابط أو العون في الشرطة القضائيّة، وكل شخص يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائيّة، وموظف أمانة ضبط يمكن اعتبارهم إما أشخاصاً يشغلون منصبا تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً، أو أشخاصاً مزودين بوظيفة أو عهدة، أو أشخاصاً يعتبرهم القانون كموظفين عموميين (ويتعلّق هنا الأمر بالتحديد بالضابط العموميّ كالموثق مثلاً)، طبقاً لأحكام المادة 2 السابقة.

¹ - يراجع حول هذا الظرف: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 612 § 738 ; M. DALLOZ, préc., § 14 .

² - يراجع حول هذه المسألة بوجه عام: M. DALLOZ, préc., §§ 48-54 .

³ - يشير بوسقيّة إلى أنّ المادة 48 تأخذ بالمفهوم الواسع للقاضي، والذي يعني بحسبه: "قضاة النظام العادي والإداري، قضاة مجلس المحاسبة، وأعضاء مجلس المنافسة، بل ويشمل أيضاً الوزراء والولاة ورؤساء البلديات". أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 47. لكنه اعتبر في المقابل أنّ للشخص الذي يشغل منصبا قضائياً معنى ضيّق حسب المادة 2 من القانون رقم 06-01، وهي التي تحدّد عنصراً مكوّناً للجريمة، وليس مجرّد ظرف فيها. ويتعلّق الأمر، حسب بوسقيّة، بالقضاة التابعين لنظامي القضاء العادي والقضاء الإداري، والخبراء القضائيين. في حين لا يشمل ذلك المعنى قضاة مجلس المحاسبة، وأعضاء المجلس الدستوري، وأعضاء مجلس المنافسة. نفس المرجع، ص 18. لكن يبدو أنّ هذا الاختلاف في المعنى بين ما جاء في المادتين 2 و 48 يتعارض مع مبدأ الشرعيّة الجنائيّة الذي يحظر التوسع في تفسير النصوص القانونية التجزئية والمُشدّدة على حدّ السواء.

لكن وصف نفس الواقعة في نفس الجريمة بأنها عنصر مُكوّن في الجريمة وظرف مُشدّد لعقوبتها، فالعنصر المُكوّن للجريمة يختلف عن الظرف المُشدّد فيها، قد يخالف مبدأ أساسي في القانون الجنائي يعرف باسم *Non bis in idem*، والذي يجب على المُشرّع الجزائري احترامه بسبب انضمام الدولة الجزائرية¹ إلى الصك الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966² الذي ينصّ عليه في المادة 14 (الفقرة 7) منه. ويترتب عن هذا المبدأ أثران. فمن الناحية الإجرائية، يمنع المبدأ متابعة نفس الشّخص ثانياً أمام القضاء الجنائي بسبب نفس الأفعال. ومن الناحية الموضوعية، فإنّه يحظر معاقبته مرة ثانية بسبب ذلك³. أما فيما يتعلّق باجتماع وصف العنصر المُكوّن في الجريمة والظرف المُشدّد بصدد نفس الواقعة، فيقضي المبدأ بأنّ نفس الواقعة لا يمكن أن تشكل ركناً مُؤبّساً وظرفاً مُشدّداً في نفس الجريمة، لأنّ متابعة نفس الشّخص بسبب نفس الوقائع مرتان محظورة⁴.

وينطبق هذا الأمر على الصفة الشّخصية التي يعتد بها المُشرّع في الجريمة. فإما أن تكون صفة الفاعل في الجريمة عنصراً مُكوّناً للجريمة أو تكون ظرفاً مُشدّداً فيها، وليس الاثنان معاً، إذا تعلّق الأمر بنفس الجريمة⁵.

مما سبق، يبدو من الواضح اذن أنّ الظرف المُشدّد المحدّد بالمادة 48 والمتعلّقة بصفة الموظف العمومي لا يسري إلا على جرائم الفساد التي يرتكبها شّخص آخر ليس موظفاً عمومياً في مفهوم المادة 2 من القانون رقم 06-01⁶، لكي لا تخالف المادة 48 من هذا القانون أحكام المبدأ الجنائي *Non bis in idem*. ويشمل هذا الأمر جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العمومية المحدّدة بالمواد 26 (الفقرة الفرعية 1) و 27 و 35 من القانون رقم 06-01⁷، لأنّها تتطلب في فاعلها المادّي تلك الصفة⁸. وبالتالي يتعين ألا تخضع لأحكام المادة 48 من القانون رقم 06-01⁸. فكون صفة الموظف العمومي عنصراً مُكوّناً في بعض جرائم الفساد كتلك الخاصّة بالصفقات العمومية يعيق تعميم الظرف المُشدّد للعقوبة المنصوص عليه في المادة 48 من القانون رقم 06-01 على جميع جرائم الفساد التي نصّ عليها هذا القانون⁹.

¹ - تم ذلك بموجب المرسوم رقم 89-67 مؤرخ في 16 مايو سنة 1989، ج. ر. رقم 20 مؤرخ في 17 مايو سنة 1989، ص 531.

² - <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (16/06/2020).

³ - J. L. de LACUESTA, préc., pp. 676-677 §§ 2 et 4.

⁴ - V. X. PIN, préc., p. 212 § 236 ; M. DALLOZ, préc., §§ 40.

⁵ - وهذا ما ذهب إليه سليمان عندما تطرق إلى الظرف المُشدّد المتعلّقة بشّخص مرتكب الجريمة بقوله: "وحالة ذلك عندما لا يتطلب القانون لوجود النموذج الأصلي للجريمة صفة أو مركزاً أو وظيفة معينة للجاني، ولكن وجود بعض هذه الصفات في الشّخص يشدد العقوبة المقررة للجريمة، إذ يعدها بمثابة ظرف مُشدّد". ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، المرجع السابق، ص 374.

⁶ - بينما يطبّق جانب من الفقه في الجزائر الظرف السابق على جرائم الفساد التي تقوم قانوناً، إذا كان مرتكبها موظفاً عمومياً. يراجع: م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط. 4، الجزائر، دار هوم، 2009، ص 15-16، الذي يطبّق على جريمة الاختلاس في القطاع العام مُدّة تقادم للدّعوى العمومية تساوي 20 سنة، إذا كانت الجريمة مُشدّدة بفعل المادة 48 من القانون رقم 06-01، لأنّ المادة 54 من هذا القانون قرّرت لها مُدّة تقادم تساوي الحدّ الأقصى لعقوبتها السّالبة للحرية.

⁷ - يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

⁸ - وفي هذه الحالة، لن يتعارض اعطاء مفهوم واسع لإحدى الصفات المُشدّدة (كما فعل مثلاً بوسقيعة) مع مبدأ الشرعية الجنائية، لأنّ الجريمة التي سيجري تشديدها لا تتطلب أصلاً صفة الموظف العمومي حسب المادة 2 من القانون رقم 06-01 في مرتكبها.

⁹ - وهذه القاعدة تحقّق كلما طبّق المُشرّع على الواقعة أو الوضعية القانونية وصفان: وصف الرّكن ووصف الظرف المُشدّد، بحيث يصبح مستحيلاً تعميم

إلا أن الأمر قد يختلف إذا كان يتعلّق بالحرص على ارتكاب جريمة فساد يتطلب القانون لقيامها صفة الموظف العمومي في مرتكبها. ففي هذه الحالة، رغم أن الجريمة تتطلب في فاعلها المادي صفة من هذا القبيل، يمكن أن تُشَدّد عقوبة الشّخص الذي حرصه على ارتكابها بناءً على المادة 48، وبخاصّة إذا جرى التّخريص عن طريق الوعد (كأن يُعدّ موظف يمارس وظيفة عليا في الدّولة، وهي صفة مُشَدّدة طبقاً للمادة 48، موظفاً آخر تحت امرته لا تتوفر فيه صفة مُشَدّدة حسب النصّ السابق بالترقية إذا هو نفّذ الجريمة) أو اساءة استعمال السّلطة¹، إذا توفرت في المُحرّض صفة مُشَدّدة - إلى جانب توفر شروط التّخريص الأخرى - لأنّ المساهمة بالتّخريص، وبمعكس المساهمة المباشرة، تتحقّق في مثل هذه الجرائم ولو كان المُحرّض من غير الموظفين العموميين في مفهوم القانون الجنائي (بمعنى أنّه شّخص عادي).

فلاحظ بهذا وجود نتائج استثنائية عديدة تترتب عن وصف المُحرّض على ارتكاب الجريمة كفاعل في الجريمة التي حرّض إليها بحسب المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري، وتطبيق هذا الوصف على جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة التي تتميز بكونها من الجرائم المُخصّصة أي، ذات فاعل يجب طبقاً للقانون أن يتمتع بصفة شّخصيّة معينة (صفة الموظف العمومي، وصفة المتعامل الاقتصادي في الجرائم السابقة بحسب الحالة).

ب- المساهم في جريمة الفساد الذي تُطبّق عليه المادة 48

أما بالنسبة إلى الشريك في جريمة أساسيّة، فإنّه لا يتعرض للعقوبة المُشَدّدة المنصوص عليها في المادة 48 من القانون رقم 06-01، سواءً أكان متمتعاً بشخصيا بإحدى الصفات المُشَدّدة للعقوبة، أو اقترن ذلك الظرف بالفاعل في الجريمة الأساسيّة.

وسبب هذا أن النصّ أشار، لتحديد نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص، إلى مرتكب جريمة أو أكثر من جرائم الفساد، ويقصد بمرتكب الجريمة الفاعل (الماديّ أو المحرض) في الجريمة، وهذا ما يتبين بوضوح من النصّ الفرنسي الذي قال: *L'auteur d'une ou de plusieurs infractions*، ولا يقصد به الشريك، لأنّ الاشتراك لا يشكل في القانون الجزائري جريمة مُستقلّة، كما رأينا في السابق، حتى يعتبر فاعلاً في جرمته الخاصّة، وبالتالي يمكن، بوصفه مرتكباً لهذه الجريمة، أن تُطبّق عليه أحكام المادة 48 السابقة، وإنما يرتبط إجرامه، بناءً على مبدأ استعارة الإجماع المعمول به في قانون العقوبات الجزائري والقانون رقم 06-01، بما أنّه أحال إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات السابق، بوجود جريمة أساسيّة.

وفي ضوء ما تقدم نستنتج أنّ تطبيق الظرف المُشَدّد المنصوص عليه في المادة 48 من القانون رقم 06-01 يقتصر، فيما يتعلّق بجرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة، على الفاعل وحده، وبالتحديد المُحرّض، ولا يُطبّق كذلك على الشريك معه في الجريمة، حتى وإن كان هذا الأخير متمتعاً كذلك بالصفة المُشَدّدة.

الظرف على جميع الجرائم الموجودة. يراجع:

V. TELLIER-CAYROL, Faut-il généraliser les circonstances aggravantes ?, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015, p. 188.

¹ - وهما من طرق التّخريص الذي يعتبر كمساهمة مباشرة في الجريمة حسب المادة 41 من قانون العقوبات.

لكن، ماذا لو أنَّ المُشَرِّع قرَّر تشديد عقوبة الشريك في جرائم الفساد بناءً على المادة 48 من القانون رقم 06-01، فكيف سيُطبَّق ظَرْف التشديد السابق عليه في هذه الحالة. إذا كان الفاعل والشريك مجرَّدان عن الصفات المُشَدِّدة (بوصف الفاعل موظفاً عُموميّاً لا تنطبق عليه تلك الصفات والشريك كشخص عادي أو موظف عُمومي لا تنطبق عليه كذلك الصفات السابقة)، فلا تسري عليهما أحكام المادة 48 السابقة.

غير أنَّ الإشكالية تقوم، إذا كان الفاعل في الجريمة الأساسية التي اشترك فيها الشريك متمتعاً بوحدة من تلك الصفات. في هذه الحالة ينبغي التمييز بين فرضين. الفرض الأوَّل، تشديد عقوبة الشريك برغم عدم توفر الظَّرَف المُشَدِّد فيه. ويجب لذلك أن يعتبر ظَرْف المادة 48 مختلطاً *Circonstance aggravante mixte*. ويشترط، لاعتباره ظَرْفاً مختلطاً، أمران. أوَّلًا، أن يتمتع الفاعل فعلاً بصفة مشددة، مما يعده ظَرْفاً شخصياً. وثانياً، أن يرتكب هذا الفاعل جرمته أثناء الوظيفة أو بمناسبة ذلك. ويعني هذا أن التشديد لم يتوقف فقط على صفة الفاعل، وإنما ارتبط كذلك بملازمات ارتكاب الفعل الإجرامي، مما يعني أنه ظَرْف موضوعي كذلك¹.

فإذا كان الشريك ممن لا تتوفر فيه الصفات المُشَدِّدة السابقة، واعتبرنا ظَرْف المادة 48 مختلطاً، فإنَّ العقوبة المُشَدِّدة التي قرَّرها النصُّ السابق يجب أن تطال في هذه الحالة كلا من الفاعل ذي الصفة التي تسببت في التشديد والشريك معه غير المتمتع بها، لأنَّ الظَّرَف المُشَدِّد المختلط، ينطبق على جميع المساهمين في الجريمة².

وتجدر الإشارة إلى أنَّ المادة 44 من قانون العقوبات لم تنصَّ على الظَّرَف المُشَدِّد المختلط أو تحدّد أثره، وإنما تنصَّ فقط على الظَّرَفَيْن الشَّخصيِّ والموضوعي اللذين يشدّدان العقوبة.

الفرض الثاني، يقتضي اعتبار الصفات الواردة بالمادة 48 ظَرْفاً مُشَدِّداً شخصياً. ويحدث هذا الأمر، إذا لم يشترط القانون، للتشديد، ارتكاب الجريمة من طرف فاعل يتوفر على صفة مُشَدِّدة أثناء أو بمناسبة الوظيفة. ففي هذه الحالة يتعين عدم تطبيق الظَّرَف السابق على الشريك، إلا إذا كان هذا الأخير متمتعاً شخصياً بالصفة المُشَدِّدة، حتى وإن كان الفاعل في الجريمة الأساسية غير متمتعاً بها. وبالعكس، إذا كان الفاعل ذو صفة مُشَدِّدة بعكس الشريك، فإنَّ هذا الأخير يتعرض للعقوبة البسيطة وليس إلى العقوبة المُشَدِّدة التي تُطبَّق على الفاعل الذي يتصل به الظَّرَف فقط³.

ويبدو أنَّ هذا الفرض يتطابق مع أحكام قانون العقوبات الجزائري. إذ تنصَّ المادة 44 (الفقرة 2) من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الاعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف".

بل ويتطابق كذلك مع أحكام المادة 48 من القانون رقم 06-01 بصياغتها الحالية، بشرط تطبيقها فعلاً على الشريك في الجريمة الأساسية، لكونها لا تشترط لتشديد العقوبة أن يرتكب الفاعل جرمته أثناء أو بمناسبة ممارسة الوظائف التي نتج التشديد عنها. بحيث يتعين أن لا يعاقب الشريك بالعقوبة المُشَدِّدة المحددة في المادة 48، إلا

¹- V. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 493 § 20.

²- V. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 493 § 20.

³- V. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », préc., p. 493 § 20.

إذا توفر فيه شَحْصيا الظَرْف المُشَدَّد الذي تنصّ عليه.

نشير في الأخير إلى أنّ الظُّروف الشرعيّة المُشَدَّدة ليست ملزمة للقاضي الجزائيّ، على عكس الأعدار القانونيّة، بحيث يحتفظ هذا الأخير بسُلْطته على تطبيقها فيجوز بذلك الحدّ الأقصى للعقوبة المُقرَّرة للجريمة البسيطة، أو يعاقب الشَّخص المُدان جزائيا ضمن الحدود الأصليّة¹. وتعيدنا هذه الملاحظة إلى مساوئ اعتبار المادّة 27 من القانون رقم 06-01 كظَرْف مُشَدَّد لجريمة المرتشي في القطاع العام، بحيث لو اعتبرناها كذلك لاستطاع القاضي الجزائيّ التحلي عن تطبيقها مقابل تطبيق الحكم الأخف، وهو ما نصت عليه المادّة 25 من القانون رقم 06-01. ومن ثمّ فإنّ الحماية القانونيّة للصفقات العموميّة ستتأثر سلبا.

ثالثا: الظُّروف القضائيّة المُشَدَّدة

أخيرا، يستطيع القاضي الجنائيّ، في إطار عمليّة جعل العقوبات شَحْصيّة Personnalisation des peines، أن يأخذ في الاعتبار بالظُّروف التي لا بست ارتكاب الجريمة لتغليظ عقوبة الشَّخص المُدان لتساوي الحدّ الأقصى من العقوبة المُقرَّرة قانونا -ولا يمكن أن تتجاوز ذلك² في هذا النوع من الظُّروف، مما يعني أنّها لا تعدل من كميّة العقوبة المُقرَّرة قانونا- للجريمة في شكلها البسيط -بمعنى عندما لا تقترن هذه الأخيرة بأيّ ظَرْف مُشَدَّد شرعي- وتعرف باسم الظُّروف المُشَدَّدة القضائيّة Circonstances aggravantes judiciaires³.

لكنها تختلف عن الظُّروف الشرعيّة المُشَدَّدة من ناحيتين. فأوّلًا إنّ الظُّروف القضائيّة المُشَدَّدة تتعلّق بالعقوبة الصادرة عن القاضي الجزائيّ بعكس الظُّروف المُشَدَّدة الشرعيّة فإنّها تعدل، وبصورة قبلية -على خلاف الظُّروف السّابقة التي يطرأ تطبيقها في مرحلة لاحقة على تحديد العقوبات من قبل المُشرّع- العقوبة المُقرَّرة للجريمة البسيطة. وثانيا إنّ تطبيق الظُّروف المُشَدَّدة القضائيّة يرجع إلى الحرية التامة لدى القاضي الجنائيّ، بحيث لا يتعين عليه أن يذكر أسباب تطبيقها في حكمه القضائيّ بالإدانة، أما الظُّروف المُشَدَّدة الشرعيّة فإنّها محدّدة بصراحة في القانون، ولا يمكن أن توجد إلا في الحالات التي قرّرها القانون⁴.

ومعظمها عبارة عن الصّورة العكسية لبعض الظُّروف المُخَفِّفة القضائيّة التي ذكرناها من قبل. فمثلا يمكن للقاضي الجزائيّ أن يُطبّق الحدّ الأقصى من عقوبتي الحبس والغرامة المحدّتين في المادّة 26 من القانون رقم 06-01 على جريمة المحاباة، بمعنى تطبيق 10 سنوات حبس، وفرض غرامة يساوي مبلغها 2.000.000 دج على الشَّخص المُدان جزائيا، إذا ترتب عن ارتكابها ضرر معتبر للخزينة العموميّة، أو ثبت أن ذلك الشَّخص ارتكب جرمته بدافع إجراميّ، كالسعي وراء مصالحه الخاصّة على حساب المصلحة العامّة، أو باعث الشراء الشَّخصي.

المبحث الثاني: تطبيق العقوبات المُقرَّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة

¹- V. M. DALLOZ, préc., § 5.

²- فتجاوز ذلك الحدّ لا يمكن أن يحدث بصورة مشروعة إلا بسبب ظَرْف مُشَدَّد شرعي. يراجع:

R. GARRAUD, Précis de droit criminel, préc., pp. 356-357 § 190.

³- M. DALLOZ, préc., § 3.

⁴- V. M. DALLOZ, préc., § 4.

بعد تحديد العقوبات التي قرّرها القانون رقم 06-01 لجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، يجب علينا الآن أن نتحدث عن الأحكام المتعلّقة بتطبيق هذه العقوبات. فعملية تطبيق العقوبات تحكمها إجراءات خاصّة يحددها القانون. وتنقسم إلى أحكام متعلّقة بالمتابعة أمام القضاء الجزائي، وتدور أساساً حول الدّعوى العموميّة التي تعرض الجريمة أمام القضاء الجزائيّ للفصل في وجودها وقيام المسؤوليّة الجزائيّة والمسؤوليّة المدنيّة أيضاً، لمن ساهم، مساهمة معاقبا عليها في القانون، في ارتكابها، وأخيرا العقوبات التي يجب أن تُطبّق عليها وكميتها. بالإضافة إلى الأحكام الأخرى التي تتعلّق بانقضاء الدّعوى العموميّة لتطبيق العقوبات، وأخيرا أحكام انقضاء هذه العقوبات في حالة الحكم بها. والتي سنتطرق إليها في المطلبين التاليين. يتناول المطلب الأوّل مسألة متابعة المسؤول جزائياً أمام القضاء الجزائيّ. أما المطلب الثاني فيتعلّق بانقضاء الدّعوى العموميّة والعقوبات المحكوم بها.

المطلب الأوّل: متابعة المسؤول جزائياً أمام القضاء الجزائيّ

لوضع حقّ المعاقبة الذي يملكه المجتمع¹ حيز التنفيذ، يُقرّر القانون الدّعوى -القضائيّة- العموميّة لتطبيق العقوبات². فالعقوبة تصدر -على وجه الإلزام لأنّ "كل شخص يُعتبر بريئاً حتّى تثبت جهة قضائيّة إدانته، في إطار محاكمة عادلة"³ - ضد الأشخاص كنتيجة لإجراء قضائيّ سابق⁴. ذلك أنّ القانون الجنائيّ الموضوعي، وبعبارة القانون المدنيّ والقانون التجاريّ، يلزم أن يُطبّق في إطار دّعوى قضائيّة لكي يكون فعالاً⁵. غير أنّ الجريمة قد تنشئ عنها كذلك، وأمام القضاء الجزائيّ، دّعوى قضائيّة أخرى تختلف عن الدّعوى السّابقة تتمثّل في الدّعوى المدنيّة للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن الجريمة⁶ التي تملك الضحية -أو ذوي حقوقها كالورثة والدائنين⁷ - حقّ ممارستها⁸. وعلى أساس ما سبق، سوف نحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق أولاً إلى الدّعوى العموميّة، وخصصنا لها الفرع الأوّل، ثمّ الدّعوى المدنيّة التي خصصنا لها الفرع الثاني.

¹ - F. MOLINS, préc., § 2.

² - V. F. MOLINS, préc., § 3 : « L'action publique, mise en œuvre du droit de punir, appartient à la société, dont ce droit est une prérogative exclusive. ».

ويسمى Lombois قواعد قانون الإجراءات الجزائيّة بالقواعد الرامية إلى وضع القواعد العقابية Normes de répression حيز التنفيذ C. LOMBOIS, préc., p. 21. ويراجع: Norme: "تكلّيف يهدف إلى توجيه السلوك الانساني". وهي تصف ما يجب أن يكون وليس ما هو كائن فعلاً. B. SEILLER, préc., § 211. أما عن محتوى التكلّيف فيها، فهو يتمثّل إما في اتباع سلوك معين أو بالعكس في الامتناع عن القيام بسلوك معين. نفس المرجع، الفقرة 212.

³ - دستور سنة 2020، المادّة 41. فالدّعوى العموميّة لتطبيق العقوبات تهدف، من بين أغراضها الأخرى، إلى إثبات إدانة الشّخص أو الأشخاص المتابعة جزائياً، وتوقيع جزاء جنائيّ على هؤلاء عند إدانتهم. يراجع:

F. MOLINS, préc., § 1 : « L'action publique est l'action exercée au nom de la société pour [...], établir la culpabilité de la ou des personnes poursuivies, et obtenir le prononcé de la sanction (peine ou mesure de sûreté) prévue par la loi, [...] ».

⁴ - C. LOMBOIS, préc., p. 21 : « La sanction pénale ne peut être prononcée qu'au résultat d'une démarche juridictionnelle, [...] ».

⁵ - J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 56 § 81.

⁶ - يراجع: ق.إ.ج.، المادّتان 2 (الفقرة 1) و3

⁷ - V. J.-C. SOYER, préc., pp. 264-266 §§ 666-669.

⁸ - يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 2 ؛ § 1. F. MOLINS, préc.,

الفرع الأول: الدّعى العموميّة لتطبيق العقوبات بشأن جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة

إنّ المتابعة تكون دائما جزائيّة أمام الجهة القضائيّة الجزائيّة، بحيث لا يمكن للشّخص أن يتابع آخر أمامها متابعة مدنيّة فقط. والتي -يعني هذه الجهة القضائيّة- يتكون منها النظام العقابي System répressif في أيّ دولة، فوق التّشريع الجنائيّ الموضوعي Législation pénale de fond الذي يتولى تجريم السّلوّك والمعاقبة عليه، والتي بانعدامها يفقد التّشريع الجنائيّ قوته¹. وتقتضي هذه المتابعة الجزائيّة مباشرة² دّعى قضائيّة مميّزة وصفها قانون الإجراءات الجزائيّة "بالدّعى العموميّة لتطبيق العقوبات"³ التي تمارس ضد الفاعل -بمختلف أشكاله في القانون الجزائي⁴- والشريك معه في الجريمة⁵، سواء كانوا أشخاصا طبيعيّة⁶ أو معنويّة⁷. ويقصد بها: "الدّعى التي تمارس باسم المجتمع⁸ من أجل تمكين القاضي الجنائيّ المختصّ، خلال مواعيد معقولة، إثبات الواقعة المعاقبة عليها، ومن أجل إثبات إدانة الشّخص أو الأشخاص المتابعين جزائيّا، ومن أجل توقيع عليهم الجزاء (عقوبة أو تدبير أمن) المُقرّر في القانون وهذا، طبقا لمبدأ العدالة، واحترام مبدأ المحاكمة الحضورية، ومبدأ قرينة البراءة"⁹.

وإذا كان موضوع الإثبات يلعب دورا هاما في مرحلة المحاكمة الجزائيّة، إذ ينظر إلى هذه الأخيرة كجدال يقوم ما بين النيابة العامّة والشّخص المتابع جزائيّا حول أدلة الجريمة¹⁰. غير أنّه جدال ينصب على حجية الدليل الناتج من مرحلتى البحث والتحري من جهة، والتحقيق الابتدائي من جهة أخرى، على الإثبات¹¹. ويقوم في هذه المرحلة على أسس الشفاهية Oral، والعلانية Public، والمواجهة Contradictoire¹². أما أنواع هذه الأدلة وطرق جمعها،

¹- A. FOURNIER, « Conflits de lois : matière pénale », préc., § 1.

²- ويقصد بمباشرة الدّعى العموميّة: "جميع إجراءات الدّعى العموميّة ابتداء بأول إجراء فيها إلى حين استصدار حكم نهائيّ فيها" (نقلا عن: ع. اوهابيه، المرجع السابق، ص57)، سواء حركت هذه الدّعى أو رفعت (نفس المرجع، نفس المكان). فالتحريك "يقتصر على اقامة الدّعى العموميّة أمام قضاء التحقيق بتقديم طلب من النيابة العامة إليه" (نفس المرجع السابق، ص55). والرفع "يقتصر على القيام بأول إجراء في الدّعى العموميّة امم جهة الحكم، وهو لا يكون إلا أمام المحكمة في مواد الجناح والمخالفات" (نفس المرجع، ص56) المختصة بالنظر في جرائم الفساد الخاصّة بالصفّقات العموميّة، لأنّه يجوز رفع الدّعى العموميّة مباشرة امامها بدون المرور بالتحقيق (نفس المرجع، نفس المكان).

³- ق.إ.ج.، المادّة 1 (الفقرة 1).

⁴- فاعل مادّي وحيد، فاعل مادّي مساعد، او فاعل بالتّحريض. يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

⁵- لكنها لا تمارس ضد الأشخاص المسؤولة مدنيّا فقط عن الجريمة (كورثة المساهم الجنائيّ في الجريمة المسؤولين مدنيا عن التعويضات والديون المدنيّة فقط). يراجع: F. MOLINS, préc., § 46.

⁶- V. F. MOLINS, préc., § 46.

⁷- V. F. MOLINS, préc., § 54.

وق.إ.ج.، المادّة 65 مكرّر.

⁸- وهذا ما جاء أيضا في المادّة 29 من قانون الإجراءات الجزائيّة.

⁹- نقلا عن: F. MOLINS, préc., § 1. ولقد اخترنا هذا التعريف، نظرا إلى أنّه يشمل جميع الموضوعات التي ستعالجها هذه الدّراسة، كموضوع الاختصاص القضائيّ وقد أشار إليه التعريف "بالقاضي الجنائيّ المختصّ"، والتّقدم المسقط وقد أشار إليه التعريف السّابق بتعبير "خلال مواعيد معقولة"، وموضوع الإثبات الجنائيّ من خلال الإشارة إلى المبادئ التي تدّير الخصومة الجنائيّة، وأخيرا موضوع العقوبة.

¹⁰- J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 699.

¹¹- J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 699 et p. 287 § 701.

¹²- J.-C. SOYER, préc., p. 287 § 701.

يراجع أيضا: ق.إ.ج.، المادّة 212 (الفقرة 2).

فتتعلّق بمرحلة البحث والتحري عن الجرائم والتحقيق فيها¹. لذلك فإنّ المنطق يفرض دراسة أدلة الإثبات قبل أيّ شيء². ثمّ دراسة مسألة الاختصاص بالتحري والبحث، والتحقيق، والحكم في الموضوع بشأن جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، وهو التّرتيب الذي سنتبعه في هذه الدّراسة³.

أوّلاً: الإثبات الجنائيّ

يقصد بالإثبات في القانون الجنائيّ: "إقامة الدليل على وجود واقعة معينة، وإسنادها إلى شخص محدّد، بالإضافة إلى إقامة الدليل على وجود قصد ارتكاب الجريمة لديه"⁴. ويشمل إقامة الدليل على وجود عناصر ارتكاب الجريمة، وعدم وجود أيّ سبب قد يؤدي إلى انعدامها⁵. وتخصّص هذه الأدلة في مراحل تكوينها وانتاج أثرها أمام القضاء الجزائيّ إلى أحكام القانون الجنائيّ. بإستثناء ما تعلّق بالشّروط الأوّليّة في الجريمة كشّرط الموظف العموميّ والعقد في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة⁶ التي يحكمها قانونها الأصليّ (القانون الإداري أو المدنيّ أو التجاريّ الخ.) من حيث إثباتها أمام القضاء الجزائيّ⁷.

ويعتبر البحث عن أدلة الجريمة من النقاط المشتركة بين مرحلة البحث والتحري ومرحلة التحقيق الابتدائيّ⁸. غير أنّ الضبطية القضائية تبحث عن تلك الأدلة قبل مباشرة الدّعوى العموميّة، بعكس التحقيق الابتدائيّ الذي يبدأ بعد مباشرتها⁹. فالغرض الأساسيّ اذن من المرحلتين هو البحث عن الأدلة لإثبات وجود جريمة¹⁰. وتثير الجرائم المتعلّقة بالصّفقات العموميّة خلال المرحلتين السّابقتين إشكالات في ذلك الخصوص. فمعظمها، وبخاصّة تلك التي تتطلب دفع عمولة خفية، تتم باتّفاق بين الجناة الذين تجمعهم مصلحة متبادلة، لذلك يصعب كثيراً على الجهات المختصة تحصيل أدلة مُقنعة متعلّقة بتلك الجرائم¹¹. لذلك سنتناول في هذه الدّراسة مسألة طرق إثباتها (الفقرة "أ") ثمّ القواعد التي تحكم استخدامها (الفقرة "ب").

أ- طرق الإثبات الجنائيّ في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة

يمكن إثبات جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة عن طريق الاعتراف (الفقرة 1) والكتابة (الفقرة 2) والخبرة (الفقرة 3) والشهادة (الفقرة 4)، وقد نصت عليها الموادّ 213 إلى 228 من قانون الإجراءات الجزائيّة¹².

¹ J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 699.

² J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 699.

بينما تطرق قانون الإجراءات الجزائيّة إلى أدلة الإثبات في الجزء الخاصّ بجهات الحكم. يراجع: ق.إ.ج.، الباب 1 من الكتاب 2.

³ - سيلاحظ أيضاً استعمال تفرعات عديدة في الدّراسة، نظراً لطبيعة القانون الجنائيّ الإجرائي التي تتميز بوجود إستثناءات عديدة عن القاعدة العامّة.

⁴ J. BUISSON, préc., § 1.

⁵ V. J. BUISSON, préc., § 15.

⁶ - يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

⁷ V. J. BUISSON, préc., § 47.

⁸ J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 698.

⁹ J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 698.

¹⁰ J.-C. SOYER, préc., p. 285 § 699.

¹¹ C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 297.

¹² - وقد وردت بذلك التّرتيب في القانون السّابق.

بالإضافة إلى المعاينة المادية (الفقرة 5) وأخيرا قرائن الإثبات (الفقرة 6). مع ضرورة التمييز في هذا الصدد بين طريقة الإثبات التي نعالجها في هذه الدراسة وبين عناصر الإثبات التي تنتج من استعمالها. فمثلا، اعتراض المراسلات يعتبر طريقة إثبات في حين يعتبر الشريط Cassette الذي يحتوي على المراسلة المسجلة من عناصر الإثبات الناتجة عن استعمال الطريقة السابقة¹.

1- الاعتراف

ويكتسي أهمية كبيرة في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. برغم أنه نادرا ما يعترف الجاني بارتكابه لإحدى تلك الجرائم². بحيث قد يُستخلص منه وجود القصد الخاص لدى المتابع جزائيا³، كما في جريمة المحاباة التي تتطلب، كما أوضحت الدراسة في السابق، وجود قصد خاص لدى فاعلها يتمثل في قصد منح ذلك الامتياز إلى شخص آخر. غير أنه يجب في هذا الاعتراف أن يتم في ظروف تحترم الكرامة الانسانية، بحيث يجب ألا يصدر نتيجة العنف أو التهديد أو استعمال وسائل علمية أو طبية من طرف الجهات المكلفة بالبحث عن الأدلة وإدارتها للتأثير على إرادة الشخص وقدراته العقلية لحمله على الاعتراف⁴. كما أنه يخضع للقناعة الشخصية للقاضي الجزائي، فالاعتراف ليس سيد الأدلة في المادة الجزائية. وهذا ما قضت به المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي".

2- الكتابة

ويتعلق الأمر بالكتابة المثبتة للجريمة⁵، كالرسائل المكتوبة التي تكشف مساهمة الفاعل في ارتكاب جريمة ما⁶. وتؤدي هذه الكتابة دورا هاما أيضا في مجال جرائم الفساد. بحيث أنها تساعد على إثبات تاريخ إبرام اتفاق الرشوة بين الراشي والمرتشي، الذي يتميز إثباته بوجه عام بالصعوبة نظرا لعدم وجود سند مكتوب في خصوصه⁷، كما أن أطراف ذلك الاتفاق تمتنع في العادة عن الاعتراف بوجوده، فجريمة الرشوة من الجرائم السرية⁸. ويتأتى هذا الدليل من خلال إجراء التفتيش⁹، مع ضرورة احترام سرية المراسلات¹⁰ المكفولة في القانون لبعض صور الكتابة. و"يأمر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة"، طبقا للمادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية. لكن أهمية الكتابة تبدو محدودة في إثبات جرائم الفساد، إذا علمنا أن اتفاق الرشوة، بل واتفاقات

¹- J. BUISSON, préc., § 47.

²- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 297 ; Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

³- V. J. BUISSON, préc., § 26.

⁴- V. J. BUISSON, préc., § 85.

⁵- هناك أيضا الكتابة لارتكاب الجريمة كرسائل التهديد في جريمة التهديد، وأيضا محاضر الإثبات Procès-verbaux الناتجة عن المعاينة المادية للجريمة، وهي من أشكال الكتابة الرامية إلى الإثبات في القانون الجنائي. يراجع: J.-C. SOYER, préc., pp. 294-296 §§ 717-718.

⁶- J.-C. SOYER, préc., pp. 294-296 §§ 717-718.

⁷- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 9.

وعادة ما يطرح الفقهاء أمثلة عن الشروع في الرشوة برسالة مكتوبة لا تصل إلى علم المرسل اليه. أ. بوسقية، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 77. وهذا يعكس ما للكتابة من قيمة إثباتية في هذا الشكل من أشكال الفساد المعاقب عليه.

⁸- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 133 ; Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁹- يراجع حول إجراء التفتيش: ق.إ.ج.، المواد من 81 إلى 86.

¹⁰- J.-C. SOYER, préc., p. 295 § 717.

الفساد الأخرى، لا تتم أبداً في شكل مكتوب، وإنما في شكل محادثة شفوية متبادلة بين أطراف الفساد دون تقييدها في شكل مكتوب¹. لكنها تبقى طريقة إثبات ممكنة في هذه الجرائم.

3- الخبرة القضائية

وتعد كذلك من طرق الإثبات في القانون الجنائي². ويمكن أن تستعمل في إطار جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، لتذليل صعوبة عدم تخصص القاضي الجزائي بمسائل الصّفقات العمومية أو نظراً لتعقيد الجريمة³ خلال مرحلتين من مراحل الخصومة الجزائية. أولاً مرحلة البحث والتحري من طرف الضبطية القضائية عن طريق ندب خبراء مؤهلين لفحص المسائل التقنية والعلمية المرتبطة بالجريمة لمساعدتهم على إقامة الدليل على وجود جريمة⁴، كالاستعانة بمحاسبين⁵ لفحص دفاتر المحاسبة الخاصة بشركة تجارية لإثبات عمليّة الدّفع المتعلّقة برشوة موظف عمومي. وثانياً في مرحلة التحقيق والحكم في الموضوع. ولقد نظمتها المواد 143 إلى 156 من قانون الإجراءات الجزائية، فيما يتعلّق بالأطراف التي يجوز لها طلبها، وكيفية تعيين الخبير، وصلاحياته، وواجباته، إلى جانب الأحكام الأخرى المتعلّقة بها في تلك المرحلة. ومن عيوبها أنّها قد تبطئ سير الخصومة الجزائية⁶.

4- الشهادة

وتعتبر من أكثر طرق الإثبات استعمالاً في المادّة الجزائية، ويمكن استعمالها في جميع مراحل الخصومة الجزائية بشرط أن تجري أمام الجهة المختصة في تلك المرحلة⁷، وأن يكون الشاهد من يسمح لهم القانون بالشهادة⁸. وتتم إما باليمين، لضمان جدية الشهادة⁹، أمام جهة التحقيق الابتدائي وجهة الحكم أو بدون يمين أمام الضبطية القضائية؛ وللشهادة في الحالة الأولى قوة أكثر في الإثبات من الحالة الثانية¹⁰. فعلى سبيل المثال، تساعد طريقة الشهادة، على وجه الخصوص، على إثبات جرائم الفساد كتلك الخاصة بالصّفقات العمومية، ومن هذا القبيل جريمة المرتشي عندما يرفض الراشي المستهدف الطلب الصادر، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن المرتشي، حيث إنّ إثبات تلك الجريمة في هذه الحالة يعتبر عمليّة شديدة الصعوبة بدون الشهادة¹¹.

غير أنّ الجهات المُكلّفة بإثبات الجريمة تواجهها مسألة السّر المهني بصدد استعمال الشهادة في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية. فمعظم الأشخاص المضطّعة بالصّفقات العمومية والتي يمكن أن تدلي بشهادتها حول تلك الجرائم مكلفة قانوناً بكتمان السّر المهني، مما قد يحد من فعالية طريقة الإثبات السابقة. كما أنّ استعمالها في مجال الفساد في الصّفقات العمومية يستدعي أحياناً تطبيق أحكام خاصّة بشأنها في ذلك المجال، كالمادّة 542 من قانون

¹ V. Ch. MIRABEL, p. 197 sq.

² J. BUISSON, préc., § 47.

³ C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 298.

⁴ V. J. BUISSON, préc., § 120.

⁵ J.-C. SOYER, préc., p. 293 § 713.

⁶ C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 298.

⁷ V. J.-C. SOYER, préc., p. 289 § 705.

⁸ - كأن يكون ممنوعاً من الشهادة بسبب عقوبة. يراجع: J.-C. SOYER, préc., p. 289 § 706.

⁹ V. J.-C. SOYER, préc., p. 291 § 709.

¹⁰ J.-C. SOYER, préc., p. 290 § 707.

¹¹ V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 30.

الإجراءات الجزائية المتعلقة بطلب شهادة أعضاء الحكومة. فأعضاء الحكومة يشاركون أيضا في عملية إبرام عقود الصفقات العمومية كالموافقة على الصفقة لكي يصح العقد ويصبح نهائي¹، والترخيص بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، إذا بررت ذلك حالة الاستعجال الملح²، ولقد رأينا من قبل أن اللجوء التعسفي إلى حالة الاستعجال يشكل تطبيقا من تطبيقات جريمة المحاباة، فهم يشاركون اذن في اتخاذ قرارات هامة في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي قد يقتضي طلب شهادتهم، إذا كانت تلك الصفقة موضوع فساد. ولقد حددت المادة 542 السابقة إجراءات هذه الشهادة أمام قضاة القانون الجزائي.

5- المعاينة المادية

وهي أيضا من طرق الإثبات في القانون الجنائي³. ولقد خول القانون الجزائي الجهات المختصة، بغرض القيام بها، سلطات استثنائية في مجال الفساد، كالتسليم المراقب، والترصد الالكتروني، والتسرب Infiltration (وقد أشار إليه القانون رقم 06-01 بالاختراق) الذي نظمته المواد 65 مؤكّر 11 إلى 65 مؤكّر 18 من قانون الإجراءات الجزائية، ويلاحظ بشأنه أن القانون خول أعوان الضبطية القضائية المكلفين بالتسرب القيام بأفعال إجرامية بدون أن يكونوا مسؤولين جزائيا عنها، كتزويد مرتكبي الجريمة بوسائل ارتكابها⁴، والذي يشكل الفعل الذي يأمر به القانون، والذي يعتبر من أسباب الإباحة في القانون الجزائي⁵. وقد أجازت المادة 56 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01 استعمال هذه الأساليب الخاصة بشرط الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية المختصة، كما أنها أضفت عليها حجية في الإثبات إذا تحصلت بصورة متوافقة مع التشريع والتنظيم المعمول بهما (المادة 56، الفقرة 2). كذلك خول قانون الإجراءات الجزائية الجهات المختصة استعمال أساليب خاصة لإثبات تلك الجرائم، والتي تعد أيضا من قبيل المعاينة المادية⁶، يذكر منها اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات المنصوص عليهما في المادة 65 مؤكّر 5 منه، المستحدثة بموجب القانون رقم 06-22. ولقد نظمته المواد 65 مؤكّر 5 إلى 65 مؤكّر 10 من ذلك القانون. ويخضع لشروط صارمة كالإذن المسبق من الجهة المختصة⁷ الذي يجب أن يكون مكتوبا، ويسري لمدة أقصاها 4 أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية (الكتابة مع تحديد عناصر العملية) والزمنية (سريان التجديد 4 أشهر كحد أقصى)⁸. وأن تتم العملية تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بحسب المرحلة التي وصلت إليها الإجراءات الجزائية⁹. وأن يحترم المكلف

¹ - ت.ص.ع.، المادة 4.

² - ت.ص.ع.، المادة 12.

³ - V. J.-C. SOYER, préc., p. 287 § 702.

⁴ - ق.إ.ج.، المادة 65 مؤكّر 14.

⁵ - يراجع: ق.ع.، المادة 39.

⁶ - V. J.-C. SOYER, préc., p. 292 § 712.

⁷ - ق.إ.ج.، المادة 65 مؤكّر 5 (الفقرتان 1، 4).

⁸ - ق.إ.ج.، المادة 65 مؤكّر 7.

⁹ - ق.إ.ج.، المادة 65 مؤكّر 5 (الفقرتان 3 و 4).

بالتحقيق البّر المهني الملقى على عاتق الشّخص الموضوع تحت المراقبة¹. وواجب تحرير محضر عن مجريات العمليّة². وفي المقابل يحقّ للضابط المُكلّف بالتحقيق، بناءً على الإذن السّابق، "بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من [قانون الإجراءات الجزائية] وبغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم حقّ على تلك الأماكن"³.

6- قرينة الإثبات

ولقد علّجناها كآخر طريقة للإثبات الجنائي، لأنّها تنقل عبء الإثبات من على عاتق الطرف الأصيل (النيابة العامّة) وتضعه في عاتق الطرف المدعى عليه جزائياً. وتهدف هذه القرائن إلى تفادي الصعوبات التي يثيرها إثبات أركان الجريمة أو استحالة ذلك⁴. وتنقسم إلى قرائن قانونيّة *Présomption légale* يضعها المُشرّع⁵ لإثبات الرُّكنين المادّيّ أو المعنويّ للجريمة⁶. وتنقسم هذه الأخيرة إلى قرائن مطلقة *Absolue* لا يجوز إثبات عكسها، وقرائن نسبيّة *Relative* يمكن دحضها بالدليل العكسي⁷. غير أنّ المُشرّع الجزائري لم يأخذ بما لإثبات الرُّكنين المادّيّ والمعنويّ في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة. وهناك إلى جانبها القرائن المادّيّة *Présomption de fait*، وتستخدم هذه القرينة بخاصّة لإثبات الرُّكن المعنوي⁸ من قصد عام وخطأ غير عمدي من طرف السُلطات المختصة (الضبطية القضائية وقضاة القانون الجزائي⁹)، وتستخلص من خلال معاينة الوقائع المادّيّة¹⁰. ومثاله في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة قرينة الخبرة التي يملكها المتهم في مجال إبرام الصفقات العموميّة، وأقدميته في الوظيفة، الخ.¹¹. أما عبء اثبات عكسها -بمعنى إثبات البراءة¹²- فيقع على عاتق الطرف المدعى عليه جزائياً مما يخالف مبدأ قرينة البراءة. غير أنّ الدفاع عن المصالح العليا للمجتمع يحتم هذا الانتهاك عندما يصعب أو يستحيل تحصيل دليل آخر على وجود أركان الجريمة¹³، وما دامت ليست قرائن مطلقة بحيث يمكن اثبات عكسها ودحضها بتقديم الدليل العكسي، والمحافظة بالتالي على حقوق المتابع جزائياً في الدفاع¹⁴.

ب- جمع أدلة الإثبات الجنائي في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة

¹ - يراجع: ق.إ.ج.، المادّتان 65مكرّر 6 (الفقرة 1).

² - ق.إ.ج.، المادّة 65مكرّر 9 (الفقرتان 1، 2)، والمادّة 65مكرّر 10 (الفقرة 1).

³ - ق.إ.ج.، المادّة 65مكرّر 5 (الفقرتان 2).

⁴ - J. BUISSON, préc., §§ 30 et 36.

⁵ - J.-C. SOYER, préc., p. 294 § 716 ; J. BUISSON, préc., § 30.

⁶ - يراجع حول قرائن الإثبات الجنائي القانونيّة: J. BUISSON, préc., §§ 30-35.

⁷ - J.-C. SOYER, préc., p. 294 § 716

⁸ - J. BUISSON, préc., § 36.

⁹ - V. J. BUISSON, préc., § 36.

¹⁰ - V. J. BUISSON, préc., § 22.

¹¹ - يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

¹² - J. BUISSON, préc., § 26.

¹³ - V. J. BUISSON, préc., § 38.

¹⁴ - وهذا ما يذهب إليه المجلس الدّستوري الفرنسي. يراجع:

C. AMBROISE-CASTÉROT, « Présomption d'innocence », *Rép. pén.*, février 2003, § 60.

يتقرر في القانون الجنائي مبدأ يسمى بالحرية في إنتاج دليل الإثبات Liberté dans la production de la preuve الذي يهدف إلى تسهيل عملية إقامة الدليل على وجود جريمة وإسنادها إلى شخص محدد بواسطة أية طريقة ممكنة، ويمكن للقاضي الجزائي إما قبول هذه الأدلة أو رفضها¹. ولقد كرسته المادة 212 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية. وينطبق من حيث الأشخاص على أعوان الضبطية القضائية، بما فيهم التابعين للديوان المركزي لقمع الفساد، والقضاة المكلفين بالمتابعة الجزائية والتحقيق كالتابعين إلى القطب الجزائي الاقتصادي والمالي، وقضاة الحكم، وأخيرا على الطرف المدني²، لأنَّ عبء الإثبات يقع عليهم في المواد الجزائية بفعل قرينة البراءة من إثم ارتكاب الجريمة³. لذلك يجوز لإثبات الجريمة والوصول إلى الحقيقة استعمال جميع الطرق المتاحة⁴، كالمعينة Constataion والخبرة L'expertise، واعتراض المراسلات⁵، وما ينتج عنها من أدلة، كالدليل الإلكتروني الذي يُعرَّف بأنَّه: "طريقة غير مادية لإنتاج معلومة من طبيعتها أن تؤسس القناعة الشخصية"⁶ للقاضي الجزائي.

لكن مبدأ الحرية في إنتاج الأدلة ليس مطلقا، بل يتقيد بمبدأ آخر يتمثل في مبدأ الشرعية الذي يعني في مجال الإثبات الجنائي واجب إدارة طريقة الإثبات المختارة بصورة مطابقة للقانون Légalité dans l'administration de la preuve⁷ من أجل ضمان فعالية الأدلة حتى تكون غير قابلة للمعارضة، وأيضا تفادي الانتهاكات التي قد تنتج عن الحرية المطلقة في التحقيق في الجرائم⁸. ومن تطبيقاته الأساسية مبدأ النزاهة في البحث عن الأدلة Le principe de loyauté dans la recherche des preuves⁹ الذي يحظر على الشخص الذي يدير الإثبات الجنائي استعمال طرق غير نزيهة واحتمالية للحصول على الأدلة¹⁰، ويعتبر من ضمانات المحاكمة العادلة¹¹ المشروطة دستوريا في المجال الجنائي¹². ولهذا المبدأ أهمية كبيرة في عملية إدارة إثبات جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، نظرا إلى طابعها الخفي الذي يجعل من إثباتها باستعمال طرق الإثبات التقليدية أمرا صعبا، ولذلك يقتضي اللجوء إلى طرق أخرى مبتكرة، كالتخريض على ارتكاب الجريمة، مما قد يصطدم مع المبدأ السابق.

فبناءً على مبدأ النزاهة حُكِمَ في فرنسا في قضية تعلقت بجريمة رشوة بأنَّ عون الضبطية القضائية الذي قام بتنظيم مكاملة هاتفية بالاتفاق مع أحد أطراف جريمة الرشوة بغرض إثبات تورط الآخر، أين كان ذلك العون يملّي أثناء

¹- V. J. BUISSON, préc., § 43.

²- V. J. BUISSON, préc., § 47.

³- V. J. BUISSON, préc., §§ 7 et 13.

⁴- V. J. BUISSON, préc., § 47.

⁵- J. BUISSON, préc., § 47.

⁶- R. ALLAIN e.a., La preuve numérique, dans *Les transformations de la preuve pénale*, BEAUVAIS Pascal, PARIZOT Raphzèle (dir.), XXIIIe colloque de l'AFDP organisé par le centre de droit pénal et de criminologie de l'université de Paris Nanterre, les 9 et 10 novembre 2017 avec le concours de la Cour de cassation et la commission de recherche droit et justice, France, L.G.D.J., 2018, p. 141 : « [...] [il] s'agit ainsi d'un procédé dématérialisé de production d'une information de nature à fonder une intime conviction. ».

⁷- V. J. BUISSON, préc., § 43.

⁸- V. J.-C. SOYER, préc., p. 286 § 700.

⁹- V. J. BUISSON, préc., § 87.

¹⁰- J. BUISSON, préc., § 87.

¹¹- J. BUISSON, préc., § 90.

¹²- يراجع: المادة 41 من دستور 2020.

المحادثة الهاتفية على أحدها الأسئلة لي طرحها على الطرف الآخر المستهدف بذلك الإجراء، يخالف مبدأ النزاهة في البحث عن الأدلة¹. والذي تؤدي مخالفته إلى بطلان الدليل والإجراءات الجزائية².

في المقابل قبلت محكمة النقض الفرنسية في قضية تعلقت برشوة في صفقة عمومية للنقل المدرسي الأدلة الناتجة عن الإيقاع بموظف عمومي مرتشي متلبسا في الحال بارتكاب الجريمة عقب تبليغ الراشي عنه فاختبئ أعوان الضبطية القضائية داخل خزانة مكتب المرتشي لإمساكه فور تسلمه مقابل الرشوة³. ويبدو أن الطريقة السابقة كانت مقبولة، لأن الضبطية القضائية لم تستعمل طرقا غير نزيهة للإيقاع بالمرتشي، إذ يشترط ألا ينتج الدليل في مثل هذه الحالة من تحريض صادر عن السلطة المختصة⁴. وقبلت كذلك عملية تحريض قامت بها الضحية في جريمة استغلال نفوذ لإثبات هذه الجريمة، بما أن دور الضبطية القضائية، التي أبلغتها الضحية بمضمون المحادثة التي جرت بينها وبين المجرم المفترض (موظف عمومي في القضية)⁵، اقتصر على المعاينة المادية للجريمة (استعمال وسائل للمراقبة، كاميرا في القضية، والقاء القبض على المجرم عقب تسلمه مبلغ من النقود من الضحية⁶)، ولم تتدخل في ارتكاب الجريمة⁷ التي بدأ الجاني تنفيذها - بطلبه مزية غير مستحقة من الضحية - قبل تدخل الجهات المختصة بناء على شكوى من الضحية⁸.

ويشار في هذا الخصوص إلى أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أفرد لحالة التلبس أحكام خاصة تتعلق بالتحقيق فيها⁹ تنطبق كذلك على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. كما يلاحظ أن الضحية في الجريمة لعبت الدور الهام في كشف الجريمة عن طريق التبليغ (ولقد أفرد القانون رقم 06-01 حماية جزائية خاصة للتبليغين عن الفساد، ويُعرف هؤلاء الأشخاص باسم Lanceurs d'alert و Whistleblowers أيضا، بالإضافة إلى حماية الشهود والضحايا وهذا، في المادة 45 منه)، وإثباتها عن طريق الإيقاع بالمجرم. مما يعني أن إثباتها بالطرق الأخرى يبدو أمرا بعيدا في ظل طابعها الخفي والمستتر.

كذلك يتطلب جمع الأدلة في جرائم الفساد مدة أطول من غيرها من الجرائم، نظرا للطابع المعقد الذي يكتسي إثباتها، وعلى وجه الخصوص إثبات قبض المزية غير المستحقة - الذي يثبت بدوره وجود اتفاق الرشوة مثلا الذي يتميز بطابعه الخفي¹⁰ - الذي يستدعي القيام بتحقيقات معمقة في سجلات المحاسبة الخاصة بأطراف الفساد،

¹ - Cass. crim., 12 juin 1952, cité dans : J. BUISSON, préc., § 87.

² - V. J. PRADEL, « Preuve du délit de trafic d'influence. Provocation », D., 2008, n° 39, p. 2757 sq.

³ - Cass. crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 142.

⁴ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 142.

⁵ - V. J. PRADEL, « Preuve du délit de trafic d'influence. Provocation », préc., p. 2757 sq.

⁶ - V. J. PRADEL, « Preuve du délit de trafic d'influence. Provocation », préc., p. 2757 sq.

⁷ - Cass. crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-87.633, Bull. crim., n° 14, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018095968> (19/03/2023) ; AJ Pénal, 2008, n° 3, p. 148 sq., note M.-E. CHARBONNIER.

⁸ - V. J. PRADEL, « Preuve du délit de trafic d'influence. Provocation », préc., p. 2757 sq.

⁹ - يراجع: ق.إ.ج.، المواد 41 إلى 62.

¹⁰ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 142.

ويقول Jeandider بأن إثبات ذلك الاتفاق يتم إما عن طريق نتائج الممتثلة في المكافآت أو عن طريق العلاقات السابقة ما بين الأطراف. نفس المرجع،

والبحث عن مكان تواجد تلك المزية إذا تمثلت في مبلغ من النقود الذي غالبا ما يخفى في حساب بنكي بالخارج مما يقتضي اللجوء إلى إجراءات تحقيق واسعة¹ تقتضي التعاون الدّولي، ولقد نظمته الباب 5 من القانون رقم 06-01 الذي يتكون من المواد 57 إلى 70 منه، الذي يتطلب انجازه مُدّة زمنية غير قصيرة. زد على ذلك أنّه يجب على الجهات المختصة إثبات المصدر غير المشروع لتلك النقود، وهي عمليّة تكسبها الصعوبة أيضا². لذلك اقترح في فرنسا إطالة مُدّة تقادم الدّعوى العموميّة، لأنّ مواعيد تقادمها النافذة آنذاك كانت قصيرة (3 سنوات)³، أو تحديد تاريخ بداية حساب مُدّة التقادم من يوم اكتشاف الجريمة، نظرا لصعوبة إقامة الأدلة في مثل هذه الجريمة⁴.

وهذا يثبت مدى صعوبة إقامة الدليل على ارتكاب جرائم الفساد⁵ التي يفضل المتضرر من ارتكاب احدي جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، لتجنّبها، اللجوء إلى القضاء الإداري، بدلا من القضاء الجزائي، للاعتراض على منح صفقة عموميّة بطريقة غير قانونيّة إلى غيره⁶. كما أنّه يثبت ما للحدود القانونيّة المتعلّقة بتقادم الدّعوى العموميّة من تأثير سلبي على ذلك. فهي من عوائق الوصول إلى الحقيقة في هذه الجرائم. صعوبة إثبات الجرائم التقليدية دفعت إلى استحداث جرائم جديدة خاصّة بالصفقات العموميّة. فقد استحدث المشرّع الفرنسي جريمة المحاباة في الصفقات العموميّة لما كانت إقامة الدليل على وجود رابطة السببيّة بين منح الصفقة العموميّة ومنح مزية غير مستحقة في جريمة الرشوة - بمعنى بين القيام أو عدم القيام بواجب من واجبات الوظيفة والمزية غير المستحقة - تثير إشكالات حول إثباتها فأنشأ تلك الجريمة التي لا تتطلب لقيامها إثبات تلك الرابطة⁷.

ثانيا: مباشرة الدّعوى العموميّة والتحقيق والحكم

تنصّ المادة 1 من قانون الإجراءات الجزائيّة على أنّ: "[الفقرة 1] الدّعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بما بمقتضى القانون. [الفقرة 2] كما يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرك هذه الدّعوى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون". وستتطرق في موضوع الدّعوى العموميّة إلى قيود مباشرتها (الفقرة "أ"). ثمّ إلى الأشخاص التي يجوز لها اخطار النيابة العامّة بجرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة (الفقرة "ب"). والاختصاص أثناء البحث والتحري والتحقيق والحكم في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة (الفقرة "ج"). وأخيرا سلّطة التصريح ببطلان الصفقات العموميّة، وهي سلّطة غريبة في القانون الجنائيّ أناطتها المادة 55 من القانون رقم 06-01 بالقاضي الجزائي⁸ (الفقرة "د"). فعلى الرغم من أنّ ذلك النصّ لم يحدّد بدقة الجهة القضائيّة المخولة سلّطة التصريح ببطلان التصرّفات القانونيّة. لأنّ القاضي المختصّ في الأصل بالبطلان هو القاضي

نفس المكان.

¹- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 5.

²- Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

³- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 6.

⁴- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 133 ; Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁵- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 5.

⁶- J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 4.

⁷- V. M. SEGONDS, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », préc., p. 18. V. aussi J. LARGUIER, Ph. CONTE, S. FOURNIER, préc., p. 336 ; C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 348.

⁸- ك. علة، المرجع السابق، ص 156.

غير الجنائي¹. والمختص بالجرمة والمعاقبة هو القاضي الجزائري². غير أنّها أشارت إلى الجهة القضائية "التي تنظر في الدعوى" وليس إلى الجهة القضائية المختصة. ولا بد وأنّها قصدت بها الدعوى العمومية. وإضافة هذه السلطة إلى اختصاصات القاضي الجزائري يؤكد المدى الذي وصل إليه تجرّم الفساد بوجه عام، وفي الصّفقات العمومية بوجه خاص: فكما لاحظ Brennet، فإنّ بروز ظاهرة التجريم في قانون الصّفقات العمومية سمح للقانون الجنائي باستيعاب مسائل كانت إلى وقت قريب من اختصاص القانون الإداري³. ولذلك سنتطرق إليها في هذا المكان من الدراسة.

أ- القيود الواقعة على ممارسة الدعوى العمومية المتعلقة بجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية

تنصب هذه القيود على حرية النيابة العامة، باعتبارها الطرف الأصل الذي يباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع للمطالبة بتطبيق القانون⁴، في تحريك الدعوى العمومية⁵، وتفقد بالتالي الدعوى العمومية من خاصية التلقائية التي تتميز بها⁶. وتتمثل إما في الشكوى (الفقرة 1) أو الحصانة (الفقرة 2) أو الإذن (الفقرة 3). ويضاف إليها التقادم المسقط الذي سنعالجه في أسباب انقضاء الدعوى العمومية. وعليه، سنحاول في هذا الجزء من الدراسة أن نرى مدى انطباق القيود الثلاثة السابقة على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية في القانون الجزائري.

1- تقديم الشكوى

تقيد الشكوى، وهي "إجراء يباشره المجني عليه أو وكيل خاص عنه، يطلب فيه من القضاء تحريك الدعوى العمومية في جرائم معينة يحددها القانون على سبيل الحصر لإثبات مدى قيام المسؤولية الجنائية في حقّ المشكو في حقه"⁷. حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية. فإذا امتنع المجني عليه، والشكوى إجراء مقرر له لوحده⁸، وبشروط أن تكون له أهلية التقاضي⁹، لسبب أو لآخر، عن تقديم شكوى ضد الجاني، والتي يجب أن تقدم إلى الجهة المختصة إما كتابة أو شفاهية¹⁰، فإنّ النيابة العامة لا تستطيع تحريكها بمحض إرادتها¹¹. فإذا حركتها بدون هذه الشكوى المشروطة قانوناً، فإنّ إجراءات المتابعة المباشرة من طرف النيابة العامة تعتبر باطلة بطلاناً من النظام العام¹². وإذا كانت الشكوى شرطاً لازماً لمباشرة الدعوى العمومية، وسحبها المجني عليه أو وكيله الخاص، ويجوز لهما سحبها

¹ - يراجع: ك. علة، المرجع السابق، ص 156.

² - V. J.-H. ROBERT, « Unions et désunions du droit pénal et de celles du droit administratif », préc., p. 76 sq.

³ - F. BRENET, « La théorie du contrat administratif. Évolution récentes », préc., p. 919 sq.

⁴ - ق.إ.ج.، المادة 29.

⁵ - يراجع: م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص 12.

⁶ - ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 52.

⁷ - نقلاً عن: ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 100.

⁸ - ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 101.

⁹ - ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 102.

¹⁰ - ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 101؛ 110، F. MOLINS, préc., § 110.

¹¹ - يراجع: ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 100.

¹² - F. MOLINS, préc., § 111.

ما دام لم يصدر حكم قضائي نهائي بشأنها، عقب تقديمها، فإنَّ الدَّعوى العموميَّة التي حركها بشكواه تنقضي¹. غير أنَّ الشكوى لا تقيد حرية النيابة العامة في ممارسة حقها الأصيل في الدَّعوى العموميَّة في جميع الجرائم، وإنما تتعلَّق بجرائم معينة - ذات طابع أسري لحماية الأسرة أو أخلاقي أو مالي² التي تنطوي على اعتداء على مصالح خاصَّة³ - يتكفل القانون بتحديدتها على سبيل الحصر⁴. وفي صدد جرائم الفساد، تنصُّ المادَّة 6 مكرَّر (فقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائيَّة على أنَّه: "لا تحرك الدَّعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية التي تملك الدولة كل رأس مالها أو ذات الرأسمال المختلط عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة إلا بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الاجتماعية للمؤسسة المنصوص عليها في القانون التجاري وفي التشريع الساري المفعول". وهي امتداد للمادَّة 119 (الفقرة 3) من قانون العقوبات⁵ المُعدَّلة بموجب القانون رقم 01-09، والملغاة بموجب القانون رقم 06-01. وتتعلَّق بجرائم مختلفة عن جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة. ومن ثمَّ لا يتصور تطبيقها عليها⁶. وبالتالي، فإنَّ إجراء الشكوى لا يقيد حرية النيابة العامة في مباشرة الدَّعوى العموميَّة في خصوص جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة، ولا يشكل أيضا سببا لانقضاء الدَّعوى العموميَّة بشأنها.

2- الحصانة

تعتبر الحصانة "سببا لعدم العقاب الذي يعترض أيَّ متابعة ضد مرتكب الجريمة بالنظر إلى وضعيته الخاصَّة"⁷. وتضع حدا للدَّعوى العموميَّة، ويجب على القاضي، إذا قام الدليل على وجودها، أن يثيرها بمحض إرادته⁸. والتي تعد امتيازاً جزائياً حقيقياً *Véritable privilège pénal*⁹. كما أنَّها تعفي، ما لم يوجد هناك إستثناء بنصٍّ خاصٍّ، من المسؤولية المدنيَّة أيضاً¹⁰. وبعض الأشخاص الذين يحتمل ارتكابهم لجريمة من جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة يستفيدون منها. ولإسقاطها، يجب على جهة المتابعة الحصول على إذن حتى يتسنى لها مباشرة متابعتهم جزائياً. ويقصد بالإذن "رخصة مكتوبة، صادرة عن هيئة نظامية عامة يحددها القانون سلفاً، تتضمن الموافقة أو الأمر باتخاذ إجراءات المتابعة في مواجهة شخص ينتمي إليها يتمتع بحصانة قانونية بوجه عام"¹¹. ويمكن أن تشمل هذه الحصانة في جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة بعض الموظفين كالولاة، وأعضاء البعثات الدبلوماسية

¹ - يراجع: ق.إ.ج.، المادَّة 6 (الفقرة 3) ؛ ع. اوهابيه، المرجع السابق، ص 103.

² - ع. اوهابيه، المرجع السابق، ص 105 هامش 5 ؛ م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، المرجع السابق، ص 12.

³ - F. MOLINS, préc., § 106.

⁴ - ع. اوهابيه، المرجع السابق، ص 105.

⁵ - الفقرة 4 منها تعاقب على عدم الإبلاغ.

⁶ - ولكن يمكن تطبيقها على جرائم الفساد الأخرى كجريمة اختلاس الأموال العموميَّة في المادَّة 29 من القانون رقم 01-06.

⁷ - F. MOLINS, préc., § 87.

⁸ - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 534-535 § 696.

⁹ - J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 299 § 343.

¹⁰ - B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 535 § 696.

¹¹ - ع. اوهابيه، المرجع السابق، ص 116.

البند الأول: الحصانة الإجرائية

وتشير هذه الحصانة إلى "القواعد والأحكام الخاصة لمتابعة فئات محددة من الموظفين المشمولة بالحصانة"¹. فبصفة استثنائية، كانت المحكمة العليا تمارس نفس الصلاحيات المتعلقة بالتحقيق الابتدائي المنوطة بقضاة محكمة الجناح والمخالفات المختصة إقليمياً، عن طريق تعيينها قاضي يُكلّف بالتحقيق في الجريمة، إذا كان الشّخص الذي يحتمل اتهامه بارتكاب جناية أو جنحة عضواً من أعضاء الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أو رئيس أحد المجالس القضائية أو النائب العام لدى المجلس القضائي². وبعضهم من الأشخاص التي يمكن أن تقع تحت طائلة النصوص الجنائية المتعلقة بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، نظراً إلى ارتباطهم الوثيق بمجال الصفقات العمومية، كالوالي الذي يضطلع بمهام عديدة في مجال الصفقات العمومية كالمشاركة في لجنة الصفقات العمومية الولائية، والتوقيع على الصفقات العمومية للولاية. كذلك أعضاء الحكومة. ويعرف هذا الإجراء الخاص بامتياز التقاضي Privilège de juridiction الذي يؤدي إلى الخروج عن قواعد الاختصاص الإقليمي³. ويشترط لمباشرة أن تكون الجريمة مرتكبة من طرف هؤلاء أثناء مباشرة مهامهم أو بمناسبة⁴. ويتم إخطار المحكمة العليا بالقضية في هذه الحالة عن طريق إحالة ملفها من طرف وكيل الجمهورية بالطريق السلمي إلى النائب العام لدى المحكمة العليا⁵. فإذا خالف وكيل الجمهورية الإجراءات الخاصة السابقة، فإنه قد يتعرض للمسؤولية الجزائية⁶. غير أن هذا الامتياز ألغي بموجب الأمر رقم 04-20 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية⁷، بحيث أصبح يجوز للمحكمة العليا المخطرة بالملف تعيين محكمة أخرى لمباشرة إجراءات المتابعة والتحقيق والمحاكمة فقط⁸.

البند الثاني: الحصانة الدبلوماسية

يستفيد أعوان السلك الدبلوماسي - باستثناء القنصل وأعضاء البعثة القنصلية الآخرين⁹ - طوال مدة خدمتهم من

1- نقلاً بتصرف عن: ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 119 هامش 229. ولذلك فضلنا استعمال مصطلح "الحصانة الإجرائية"، المقبّس عن: ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 119 هامش 229، وليس "الحصانة القضائية" التي تكفل عدم متابعة الأشخاص بمناسبة ممارستهم لحق الدفاع أمام القضاء. يراجع: F. MOLINS, préc., § 97.

2- ق.إ.ج.، المادّة 573 (الفقرة 1).

3- V. F. AGOSTINI, « Compétence », *Rép. pén.*, février 2005, §§ 148-149.

4- ق.إ.ج.، المادّة 573 (الفقرة 1).

5- ق.إ.ج.، المادّة 573 (الفقرة 1).

6- يراجع: ق.ع.، المادّة 111 ؛ ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 120.

7- ج. ر. رقم 51 مؤرخ في 31 غشت سنة 2020، ص 9.

8- ق.إ.ج.، المادّة 573 (الفقرة 1) المُعدّلة والمُتمّمة بموجب الأمر رقم 04-20. كما أن النصّ أصبح يشمل قضاة مجلس الدّولة ومحافظي مجلس الدّولة، وقضاة المحاكم الإدارية، وأخيراً قضاة محكمة التنازع. والأمر السابق ألغى المادّة 574 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالتحقيق في الجرائم التي يرتكبها هؤلاء.

9- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 178 § 210.

حصانة دبلوماسية، قائمة على أساس المجاملة الدولية والمُكرسة في اتفاقية فيينا المؤرخة في 18 أبريل 1961¹، تضم الأعيان الدبلوماسية وعائلاتهم والإداريين والتقنيين في البعثة الدبلوماسية ضد جهات المتابعة الجزائية للدولة المضيفة عن الجرائم المرتكبة أثناء ممارسة وظائفهم أو قبل الالتحاق بها². فلا يجوز متابعتهم جزائياً داخل الدولة المضيفة ما لم ترفع الدولة التي ينتمي إليها العون الدبلوماسي الحصانة عنه³. ولذلك تحدد الحصانة الدبلوماسية من نطاق مبدأ التطبيق الاقليمي للقانون الجنائي⁴. كما أنها تشمل مقرات البعثة الدبلوماسية وإقامة رئيس هذه البعثة، فلا يجوز تفتيشها أو مصادرة الأشياء منها إلا بناءً على موافقة صريحة من رئيس البعثة⁵. وأخيراً فإنها تشمل جميع الجرائم⁶. لكنها ليست من أسباب انعدام المسؤولية الجزائية، وإنما مجرد قيد ذو طبيعة إجرائية يعيق توقيع عقوبة على الدبلوماسي، لأن الجريمة المرتكبة تبقى قائمة، ويمكن متابعة مرتكبها في وطنه الأصلي⁷. ويحتمل أن ينطبق هذا القيد على الصفقات العمومية التي تُبرمها البعثات الدبلوماسية الجزائية في الخارج أين تستقر، إذا تعلّق الأمر مثلاً بعون دبلوماسي جزائري متهم بارتكاب جريمة رشوة مع شركة تابعة للدولة المضيفة بشأن صفقة عمومية تتعلق بترميم مقر البعثة الدبلوماسية للدولة الجزائر الموجود على إقليم الدولة المضيفة.

3- الإذن المُسبق

ويتعلّق بأعضاء البرلمان -بغرفتيه- الذين يعتبرون كموظفين عموميين لأنهم يشغلون منصبا تشريعيا في مفهوم القانون رقم 06-01. فأعضاء البرلمان يتمتعون بحصانتين. الحصانة الأولى بالنسبة للأعمال المرتبطة بممارسة مهامهم البرلمانية، كالجرائم المرتكبة أثناء المناقشات البرلمانية أو التصويت⁸. ونصت عليها المادة 129 من الدستور الحالي. وتهدف إلى ضمان حرية التعبير عن الرأي في إطار الوظيفة البرلمانية⁹. ويشار إليها بالحصانة البرلمانية Immunité parlementaire المختلفة عن الحصانة الأخرى المهمة في هذه الدراسة المتعلقة بجريمة المهمة البرلمانية Inviolabilité parlementaire¹⁰.

فالحصانة الثانية تخص الأعمال غير المرتبطة بمهامهم البرلمانية، وتقتضي، لمباشرة الدعوى العمومية ضد أعضاء البرلمان، وجود الإذن الذي يعتبر من قيود حرية النيابة العامة في مباشرتها. ونصت عليها المادة 130 منه، والتي تندرج تحتها الأعمال الموصوفة بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. ويجب التمييز هنا بين حالتين. أولاً في حالة التلبس. ويشترط لمتابعتهم قضائياً عن تلك الأعمال إما أن يتنازل عضو البرلمان بصراحة عن حصانته (المادة 130، الفقرة

¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 178 § 210.

² V. F. MOLINS, préc., § 98.

³ F. MOLINS, préc., §§ 98-99.

⁴ X. PIN, préc., pp. 115-116 § 123.

⁵ F. MOLINS, préc., § 99.

⁶ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 534 § 695.

⁷ X. PIN, préc., p. 116 § 123.

ولهذا كان من الطبيعيّ دراستها ضمن قيود مباشرة الدعوى العمومية، وليس ضمن موانع المسؤولية الجزائية في هذه الدراسة.

⁸ V. F. MOLINS, préc., § 92.

وتمتد في القانون الفرنسي إلى أعضاء الحكومة والموظفين المشاركين في جلسات البرلمان. نفس المرجع، الفقرة 93.

⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 533 § 695.

¹⁰ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 533 § 695 ; F. MOLINS, préc., § 93.

(1). وإما أن ترفع عنه حصانته من طرف المحكمة الدستورية بعد اخطارها من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة أو 40 نائبا في المجلس الشعبي الوطني أو 25 عضوا في مجلس الأمة¹، إذا لم يتنازل المعني عن حصانته بمحض إرادته (المادة 130، الفقرة 2). على أن الإذن المُسَبَّق لا يلزم، إذا تعلّق الأمر باستدعاء العضو البرلماني من غير استعمال القوة الماديّة ضده، للشهادة في جريمة خاصّة بالصفقات العموميّة².

فإذا كان هذا العضو مساهما جنائيا في جريمة من جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، فيجب احترام قيد الاذن المُسَبَّق لمباشرة الدّعوى العموميّة ضده على أساس الجرائم السابقة. ويحدث ذلك: 1- إذا قام العضو البرلماني بارتكابها - كفاعل مباشر أو كمتحرّض أو كشريك فيها- بالتزامن مع تنفيذ مهمته البرلمانية، كأن يخالف الأحكام التّشريعية أو التّنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصفقات العموميّة بمناسبة إبرام صفقة عموميّة خاصّة بالبرلمان المعاقب عليها بالمادّة 1-26 من القانون رقم 06-01، أو أن يقبض أجرة مناسبة لتنفيذها طبقا للمادّة 27 من القانون السابق. 2- أو إذا ارتكب العضو في البرلمان تلك الجرائم قبل التحاقه بالبرلمان كعضو في إحدى غرفتيه³.

ثانيا، في حالة التلبس. كأن يضبط عضو البرلمان متلبسا بارتكاب جريمة رشوة تتعلّق بصفقة عموميّة. ونصت المادّة 131 (الفقرة 1) من ذلك الدّستور على أنّه: "في حالة تلبس أحد التّواب أو أحد أعضاء مجلة الأمانة بجنحة أو جناية، يمكن توقيفه، ويخطر بذلك مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمانة، حسب الحالة، فورا". ويشمل التوقيف القبض على ذلك العضو أو تفتيشه من طرف الجهات المختصة بدون شرط الحصول على إذن مُسَبَّق⁴. غير أنّه يمكن للمكتب المُخَطَر "أن يطلب إيقاف المتابعة وإطلاق سراح النّائب أو عضو مجلس الأمانة، على أن يعمل فيما بعد بأحكام المادّة 130 أعلاه". فتوقيف عضو البرلمان الذي كان في حالة تلبس لا يسقط الحصانة، إذا طلبت الجهات المختصة إيقاف المتابعة وإطلاق سراحه.

هذا، ويتعين على قاضي الموضوع المطروحة أمامه الدّعوى العموميّة المتعلّقة بالجريمة التي يرتكبها هؤلاء أن يفحص احترام النيابة العامّة لشرط الاذن المُسَبَّق. لأنّ مخالفة هذا القيد تفرض على ذلك القاضي بالحكم بعدم قبول الدّعوى العموميّة التي لا تحترم إجراءاتها الشرطية السابقة. ويمكن لهذا القاضي إثارة انعدام شرط الاذن المُسَبَّق بمحض إرادته أو بناءً على طلب من الشّخص المتابع جزائيا، لأنّه "إجراء يتعلّق بالنظام العام يجوز التمسك به في كل مرحلة من مراحل المحاكمة. ويمكن إثارته أمام أي جهة قضائية من جهات الحكم. ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا"⁵.

¹ - وهما من الأطراف التي يجوز لها اخطار تلك المحكمة، طبقا للمادّة 193 (الفقرتان 1، 2) من دُستور سنة 2020.

² - V. cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85.003, préc. ; Recueil Dalloz, 2007, n° 41, p. 2873 sq. ; AJ Pénal, 2007, n° 12, p. 537 note S. L.

³ - À rapprocher : cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85.003, préc.

ويبدو من القضيّة أنّها تعلقت بموظف عمومي ارتكب جريمة المحاباة في الصفقات العموميّة، والذي أصبح بعد ذلك عضوا بمجلس الشيوخ الفرنسي Sénat عند بدأ الإجراءات الجزائيّة بشأن الجريمة مما أثار السؤال حول كفيّة متابعته جزائيا بما أنّه يستفيد الآن من الحصانة البرلمانية. وقد أجابت محكمة التّقصّ الفرنسية عن ذلك في الحكم المذكور أعلاه.

⁴ - ع. اوهايبه، المرجع السابق، ص 119.

⁵ - ع. سعد، إجراءات ممارسة الدّعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، ط. 2، الجزائر، دار هوم، 2006، ص 32.

ب- إخطار النيابة العامة بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

ونتطرق إلى ثلاثة فاعلين رئيسيين يمكن أن يأتي منهم الاخطار المتعلق بوقوع جريمة فساد خاصة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري وهم، أولاً المتعامل الاقتصادي المتضرر من الجريمة (الفقرة 1)، وثانياً الشخص المكلف بمراقبة الصفقات العمومية (الفقرة 2)، وأخيراً، السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته (الفقرة 3).

1- المتعامل الاقتصادي المتضرر من الجريمة

يجوز كذلك للمتعامل الاقتصادي الذي يتضرر من اقتراف جريمة فساد خاصة بالصفقات العمومية أن يُعلم السلطات الجزائية المختصة بالجريمة المتضرر منها عن طريق تقديم شكوى أو بلاغ Dénonciation إليها، كبقية الجرائم الأخرى التي يصل خبر ارتكابها إلى علم النيابة العامة من خلال الضحايا أو الشهود أو أي شخص آخر علم بأمر ارتكابها¹. ويعتبر من أهم طرق وصول العلم إلى السلطات المختصة (كالضبطية القضائية مثلاً) باقتراف جريمة خاصة بالصفقات العمومية². غير أن الاخطار من طرف المتضرر في الجريمة يبقى نادراً في مجال الفساد في الصفقات العمومية: أولاً، لأن الضحية في تلك الجريمة نادراً ما تكتشف أن هناك اتفاق فساد قد تم في الخفاء ضد مصلحتها³. ثانياً، لأن إثبات وجود جريمة الفساد يكون شبه مستحيل -لطابعها الخفي أساساً- مما قد يعرضه في حال قام بتبليغ السلطات الجزائية بالجريمة لعقوبات جريمة البلاغ الكاذب، إذا لم تتمكن الجهات المختصة من إثباتها⁴. لذلك يفضل المتضرر اللجوء إلى القضاء الإداري مطالباً بإبطال العقد المشوب بالفساد⁵، أو التفاوض مع الإدارة المتعاقدة من أجل إصلاح ضرره⁶. وامتناع المتضرر عن اخطارها يؤثر سلباً على فعالية عمل الجهات القضائية الجزائية⁷.

2- الشخص المكلف بمراقبة الصفقات العمومية

تُلزم المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية "[...] كل سلطة نظامية وكل ضابط أو موظف عمومي يصل إلى علمه أثناء مباشرته مهامه خبر جنائية أو جنحة إبلاغ النيابة العامة بغير توان. وأن يوافيها بكافة المعلومات. ويرسل إليها المحاضر والمستندات المتعلقة بها". ويعتبر الالتزام السابق عاماً⁸. ويتعرض مخالفه، فيما يتعلق بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، إلى عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى

¹- V. F. MOLINS, préc., § 62.

²- V. S. LORANGE, « Ce qui vous attend en cas de poursuites pour favoritisme ou autres délits », dans : « Marché public et risque pénal », CP-ACCP, 2002, n° 12, p. 30.

ويشير Lorange بأنه في الغالب من الأحيان يتم تبليغ موظفي الشرطة والدرك الفرنسي -وهم من أعوان الضبطية القضائية- بوجود جريمة تتعلق بالصفقات العمومية عن طريق شكوى من الضحية أو بلاغ من الغير. نفس المرجع، نفس المكان.

³- V. Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁴- Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁵- وهذا الأمر يخول في الواقع السلطات القضائية غير الجزائية اخطار السلطات المختصة بوجود جريمة.

⁶- Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

يشير Mirabel إلى أن الإدارة قد تعوضه بمناسبة الشروع في إبرام صفقة جديدة أو الاعلان عن طلب عروض جديد نتيجة ابطال الصفقة المعيبة. لكن هذه الحالة يجب أن تخضع دائماً إلى أحكام قانون الصفقات العمومية، وإلا فإن الإدارة المتعاقدة قد تقع في جريمة المحاباة.

⁷- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 298.

⁸- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 328.

500.000 دج، طبقاً للمادة 47 من القانون رقم 06-101. ويتعلق الأمر، في خصوص جرائم الفساد المرتبطة بالصفقات العمومية، بخاصة بأعضاء لجنة الصفقات العمومية. فهذه اللجنة، المدرجة في إطار الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية²، تكلف بالتحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة عليها للتشريع والتنظيم المعمول بهما³. مما يجعلها من أهم هيئات الرقابة المخولة اكتشاف جريمة المحاباة التي تتألف في شقها المادي من مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ العامة للصفقات العمومية، والمخالفات الأخرى المشكلة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي يمكن على وجه الخصوص لممثلي الوزير المكلف بالمالية تابعين لمصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة، الذين تشكل منهم جميع لجان الصفقات العمومية⁴، اكتشافها، وتبليغ السلطات الجزائية بشأنها. كما ينطبق ذلك على أعضاء لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض المكلفة بمهمة الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية⁵ التي تشكل من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، ويختارون لكفاءتهم⁶. ولغرض مكافحة الفساد في الصفقات العمومية، ينبغي تشكيلها من أعضاء ينتمون إلى هيئات مكلفة قانوناً بمعاينة المخالفات التي يحتمل أن تشكل جريمة، لأن ذلك سيساهم كثيراً في اكتشاف جرائم الفساد المرتكبة أثناء إبرام الصفقات العمومية⁷، أو استدعائهم للحضور والمشاركة في نشاط هذه اللجنة، والاستفادة من خبرتهم في مجال اكتشاف ومكافحة تلك السلوكيات غير المشروعة.

أخيراً يمكن كذلك للمراقب المالي اكتشاف جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية بفضل صلاحيات الرقابة التي يملكها مما يعده من وسائل مكافحة المناورات غير المشروعة في مجال الصفقات العمومية⁸. فقد يعاين المحاسب العمومي أثناء الرقابة على العقد بعض المخالفات لأحكام قانون الصفقات العمومية التي ارتكبها الأمر بالصرف، فيقوم فوراً بوقف تنفيذ عمليات الدفع⁹، ومن ثم إبلاغ السلطات الجزائية بها امثالاً لأحكام المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية.

3- السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته

يجوز لهذه المؤسسة الدستورية المكلفة بالرقابة¹⁰ اخطار السلطة القضائية المختصة كلما عاينت وجود انتهاكات

¹- هناك جرائم أخرى قد تنطبق على عدم الإبلاغ عن الجريمة. يراجع: C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 329.

²- ت.ص.ع.، المادة 165.

³- وترمي أيضاً إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية. يراجع: ت.ص.ع.، المادة 163 (الفقرة 1).

⁴- يراجع: ت.ص.ع.، المواد 171 (الفقرة 2)، 172 (الفقرة 2)، 173 (الفقرة 2)، 174 (الفقرة 2)، 175 (الفقرة 2)، 185 (الفقرة 2).

⁵- يراجع: ت.ص.ع.، المادة 160 (الفقرة 1).

⁶- ت.ص.ع.، المادة 160 (الفقرة 1).

⁷- V. Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁸- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 387.

⁹- C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 387.

¹⁰- يراجع: المادتان 184، 204 من دستور 2020. وفي فرنسا، كانت هناك هيئة خاصة لمراقبة الصفقات العمومية بغرض اكتشاف وقائع الفساد في هذا الخصوص. وتسمى بالمهمة الوزارية المشتركة للتحقيق في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي Mission interministérielle J.-P. GOHON, وتعرف باختصار باسم MIEM. يراجع: J.-P. GOHON, d'enquête sur les marchés publics et délégations de service public

قد تشكل جريمة فساد، طبقا للمادة 205 من دستور 2020. كما أنها تقوم أيضا بجمع ومعالجة وتبليغ المعلومات المرتبطة بمجال اختصاصها، ووضعها في متناول الأجهزة المختصة، عملا بأحكام المادة 205 السابقة، كديوان قمع الفساد. ولقد وسع المشرع الدستوري من صلاحياتها في خصوص الاخطار. فقد كانت -قبل أن يجري تحويلها إلى مؤسسة دستورية للرقابة بموجب المراجعة الدستورية لسنة 2020¹، وكانت تسمى آنذاك بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته²- تساهم بطريقة غير مباشرة في المتابعة الجزائية عن طريق البلاغ عن الجريمة³. وكانت تستطيع "الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد" طبقا للمادة 20 من القانون رقم 01-06. وعندما تتوصل إلى وقائع ذات وصف جزائي، كان يجب عليها أن تُحوّل الملف إلى وزير العدل، حافظ الأختام، الذي يخطر بدوره النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 22 من القانون رقم 06-01. وفي هذا الصدد، فإنّ قانون الإجراءات الجزائية يكفل لوزير العدل، حافظ الأختام، ممارسة الاخطار بناءً على المادة 30 (الفقرة 1) منه. لكن السُلطة التقديرية التي كان يملكها هذا الوزير على احوال الملف من عدمه إلى الجهة القضائية الجزائية، وحرمان الهيئة من اخطار النيابة العامة بصورة مباشرة كانا يعرقلان تطبيق القانون بصورة سليمة ومباشرة الدعوى العمومية، فيما يتعلّق بجرائم الفساد⁴.

ج- اختصاصات البحث والتحري والحكم في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة

تتميز جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة من الناحية الإجرائية بخضوعها لجهات خاصّة في البحث والتحري (الفقرة 1) والتحقيق والحكم (الفقرة 2).

1- اختصاص البحث والتحري

يتولى الديوان المركزي لقمع الفساد المستحدث بموجب الأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010⁵ مهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة -بالإضافة إلى جرائم الفساد الأخرى- طبقا للفقرة الأولى من المادة 24 مُكرّر من القانون رقم 01-06. ويعمل تحت سُلطته ضباط الشرطة القضائية الذين يمارسون مهامهم حسب أحكام قانون الإجراءات الجزائية، بالإضافة إلى أحكام القانون رقم 01-06 الذي يمنحهم اختصاص إقليمي واسع يمتد إلى كامل الإقليم الوطني الجزائري⁷. ويتخذ هذا الديوان، طبقا للمادة 2 من

sq p. 109, préc., . وقد ألغيت هذه الهيئة سنة 2012.

¹ - يراجع: دستور 2020، المادتين 204 و 205.

² - تطوّرت فكرة استحداث هيئة خاصّة لمكافحة الفساد في القانون الجزائري من مجرد التزام دولي بموجب اتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد إلى مؤسسة دستورية.

³ - يراجع: المادة 22 من القانون رقم 01-06.

⁴ - V. R.ZOUAIMIA, *Droit de la régulation économique*, Algérie, Berti, 2006, p. 140.

⁵ - يتم القانون رقم 01-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. رقم 50 مؤرخ في 1 سبتمبر سنة 2010، ص 16.

⁶ - القانون رقم 01-06، المادة 24 مُكرّر 1 (الفقرة 2)؛ المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المُعدّل والمُتمّم، المادة 19.

⁷ - القانون رقم 01-06، المادة 24 مُكرّر 1 (الفقرة 3).

المرسوم الرئاسي رقم 11-426 مؤرخ في 8 ديسمبر سنة 2011، المُعَدَّل والمُتَمَّم، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره¹، شكل "مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية" يتمثل هدفها في "البحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد". كما أنَّه يتمتع بصلاحيات الضبطية القضائية في خصوص جرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية.

2- اختصاص التحقيق والحكم

يتوزع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية الجزائية بالنظر إلى ثلاثة عناصر أساسية هي، 1- ارتكاب الجريمة ضمن حدود الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية الجزائية (الاختصاص الإقليمي)، 2- كون الجريمة المرتكبة ذات تكييف قانوني معين يتمثل أساساً في الجنايات أو الجنح أو المخالفات (الاختصاص المادي)، 3- ارتكاب الجريمة من طرف شخص يتمتع أم لا بامتياز التقاضي (الاختصاص الشخصي). فالتطورات الهامة، فيما يتعلق بجرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية، مست الاختصاصين الإقليمي والمادي. لهذا سنركز الاهتمام هنا على هذين الاختصاصين من خلال التطرق إلى: محكمة الجنح والمخالفات، والجهة القضائية ذات الاختصاص الموسع، والقطب الجزائي الاقتصادي والمالي التي تتنافس فيما بينها للحكم في الجرائم السابقة.

البند الأول: محكمة الجنح والمخالفات

يقسم قانون الإجراءات الجزائية، ويعتبر ذلك من نتائج تقسيم الجرائم بالنظر إلى خطورتها إلى جنائية وجنحة ومخالفة²، الجهات القضائية الجزائية أفقياً إلى نوعين: محكمة الجنايات، وتختص بالجنايات والجرائم -أيما كان نوعها جنحة أو مخالفة- المرتبطة بها³، ومحكمة الجنح والمخالفات، وتختص هذه الأخيرة بالبت في جرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية، وبالتحديد قسّم الجنح فيها⁴، لأنّها تعد من الجنح⁵. ويجب أن تكون مختصة إقليمياً. ويتحدّد هذا الاختصاص إما بمكان الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم⁶. فإذا كان المتابع جزائياً

¹ - ج. ر. رقم 68 مؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2011، ص 10-13.

² - V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 182-183 § 192.

³ - ق.إ.ج.، المادة 248.

⁴ - يراجع: المادة 13 (الفقرة 1) من القانون العضوي رقم 05-11 مؤرخ في 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر. رقم 51 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2005، ص 6. أجازت الفقرة 2 من تلك المادة لرئيس المحكمة، بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية، تقسيم أقسام المحكمة إلى فروع حسب أهمية وحجم النشاط القضائي. ومن الممكن، بناءً على هذا النص، استحداث فرع بقسم الجنح يختص بجرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية، نظراً لأهمية وحجم القضايا المتعلقة بهذه الجرائم على مستوى جميع الجهات القضائية الإقليمية في الجزائر.

⁵ - يراجع: ق.إ.ج.، المادة 328 (الفقرة 1). بعض جرائم الفساد الخاصة بالصِّفقات العمومية كانت في السابق عبارة عن جنائية التي تندرج -بحكم طبيعتها- ضمن اختصاص محاكم الجنايات وليس ضمن اختصاص محاكم الجنح والمخالفات. يراجع: ق.إ.ج.، المادة 248. ما لم يكن القضاء الجزائي يستعمل آنذاك أسلوب التجنيس القضائي *Correctionnalisation judiciaire* الذي يسمح بالبت في إدانة شخص ارتكب جريمة يعترفها القانون كجنائية أمام محكمة الجنح والمخالفات غير المختصة في الأصل بذلك. يراجع حول التجنيس القضائي:

V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 183 § 192.

⁶ - ق.إ.ج.، المادة 329 (الفقرة 1).

محبوسا تنفيذاً لحكم قضائي ضده بالإدانة، فإن محكمة حبسه تختص محليا بالنظر في الوقائع الجديدة المنسوبة اليه¹. وتختص هذه الجهات أيضا بالشخص المعنوي المسؤول جزائيا، إذا تمت متابعته في الوقت ذاته مع الشخص الطبيعي². فإذا كان متابعا لوحده، فإن الاختصاص ينعقد للجهة القضائية بالنظر إلى مكان ارتكاب الجريمة، كالأشخاص الطبيعية تماما، أو مكان وجود مقره الاجتماعي³.

لكنها تفقد أحيانا اختصاصها الاقليمي او النوعي لفائدة جهة قضائية عادية أخرى. فمحكمة الجناح والمخالفات تفقد اختصاصها الاقليمي بناءً على المادة 548 من قانون الإجراءات الجزائية التي تقول: "يجوز للمحكمة العليا في مواد الجنايات أو الجناح أو المخالفات إما لداعي الأمن العمومي أو لحسن سير القضاء أو أيضا بسبب قيام شبهة مشروعة أن تأمر بتخلي أي جهة قضائية عن نظر الدعوى وإحالتها إلى جهة قضائية أخرى من الدرجة نفسها". وهي حالة ممكنة الوقوع في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة بخاصّة إذا كانت محاكمة المتهمين من شأنها -إن كانت القضيّة ضخمة- إثارة الرأي العام بشكل قد يؤدي إلى الاخلال بالأمن العمومي أو حسن سير القضاء. قد يؤول أيضا الاختصاص النوعي بالنظر في جناح الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة إلى محكمة الجنايات. ويقع هذا الأمر عندما تكون هذه الجرائم مرتبطة بجناية في مفهوم المادة 188 من قانون الإجراءات الجزائية. وأبرز مثال عن ذلك ما حدث في قضية رفعت إلى المحكمة العليا في الجزائر أُحيل فيها ملف القضيّة إلى محكمة الجنايات بينما كان الأمر يتعلّق بجناح فساد خاصّة بالصّفقات العموميّة نصّ عليها القانون رقم 06-01، نظرا إلى ارتباط هذه الأخيرة بجناية تكوين جمعية أشرار⁴.

البند الثاني: الجهة القضائية الجزائية ذات الاختصاص الموسّع

بموجب الأمر رقم 10-05، أصبح اختصاص الحكم في جرائم الفساد من صلاحيات الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وهذا طبقا للمادة 24 مكرّر 1 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01. وتخضع لنفس القواعد المتعلقة بالدعوى العموميّة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية مع مراعاة الأحكام الخاصة المحددة بالمواد من 40 مكرّر 1 إلى 40 مكرّر 5 من نفس القانون⁵. وينعقد اختصاصها بارتكاب جريمة فساد نصّ عليها القانون رقم 06-01. بعكس القطب الجزائي الاقتصادي والمالي الذي ينعقد اختصاصه، إذا توافرت شروط إضافية في جريمة الفساد تستخلص من ملابسات ارتكابها، وقد حدّدها القانون على سبيل الحصر، كعدد المساهمين في ارتكابها،

¹ - ينتج هذا الاختصاص بالجمع بين المادة 329 (الفقرة 2) والمادّتان 552 و 553 من قانون الإجراءات الجزائية.

² - ق.إ.ج.، المادة 65 مكرّر 1 (الفقرة 2).

³ - ق.إ.ج.، المادة 65 مكرّر 1 (الفقرة 1).

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 1149822 مؤرخ في 17 جويلية 2019، النيابة العامة ومن معها ضد: (ا. م) ومن معه، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2019، ص 249، (11/07/2021) http://www.coursupreme.dz/sites/default/files/pdf_magasin/2019-02.pdf.

⁵ - ق.إ.ج.، المادة 40 مكرّر المستحدثة بالقانون رقم 04-14 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ر. رقم 71 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، ص 4.

ومكان تنفيذها¹. وقد استحدثت بمقتضى القانون رقم 04-14 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الاجراءات الجزائية. غير أنّها لم تكن آنذاك مختصة سوى بجرائم أخرى، كجرائم المخدرات، والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية²، وجرائم تبييض الأموال³، وغيرها⁴. أما جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية فكانت آنذاك من اختصاص محاكم الجناح والمخالفات المنصبة على مستوى الاقليم الوطني. ولا زالت هذه الجهة القضائية محتفظة باختصاصها القضائي في مجال جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية برغم إنشاء قطب جزائي متخصص منافس لها.

البند الثالث: القطب الجزائي الاقتصادي والمالي

استحدثه المشرع بموجب الأمر رقم 20-04، ويختص كذلك بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. لكنه ليس بناءً قانوني غير مسبوق في الجزائر. فقد أنشأ المشرع سنة 1966 المجالس القضائية الاقتصادية⁵، وقد كانت مختصة بأغلب جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية الحالية في القانون رقم 06-01. كما أنّ محكمة الجنايات كانت تتكون كذلك من قسم خاص بالجرائم الاقتصادية⁶ منذ سنة 1975 -بعد الغاء المجالس القضائية الاقتصادية لسنة 1966- كان يختص بالنظر في البعض من جنایات الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي كان ينص عليها قانون العقوبات⁷. غير أنّها ألغيت نهائيا سنة 1990⁸. وعاد الاختصاص بعدها ليؤول مجدداً إلى المحاكم الجزائية العادية⁹. فاستحدثت قضاء استثنائي يختص، بالإضافة إلى جرائم أخرى، بمعالجة قضايا الفساد في مجال الصفقات العمومية ليس جديدا في القانون الجزائري.

ويتميز القطب الجزائي الاقتصادي والمالي باختصاصه الوطني¹⁰، واختصاصه القضائي الموسع، بحيث يتولى البحث والتحري والمتابعة والتحقيق والحكم في الجرائم الاقتصادية والمالية الأكثر تعقيدا والجرائم المرتبطة بها¹¹. أما اختصاصه

¹ - يراجع حول القطب الجزائي الاقتصادي والمالي: هذه الدراسة، ما يأتي.

² - وقد تشمل هذه الأخيرة جريمة الرشوة في بعض الحالات.

³ - بما فيها جريمة الفساد المتعلقة بتبييض الأموال .

⁴ - يراجع: ق.إ.ج.، المادة 37 (الفقرة 2) بالنسبة إلى اختصاص وكيل الجمهورية، والمادة 40 (الفقرة 2) بالنسبة إلى قاضي التحقيق.

⁵ - يراجع: الأمر رقم 66-186، المواد من 14 إلى 38.

⁶ - يراجع: ق.إ.ج.، المادة 248.

⁷ - يراجع: ق.إ.ج.، المادة 248 (الفقرة 3) في صيغتها لسنة 1975. وقد عرفت هذه الفقرة تعديلات عديدة بعد ذلك إلى غاية إلغائها. يراجع أيضا:

ع. مانع، "تطور مفهوم الجريمة الاقتصادية والقانون الذي يحكمها في الجزائر: دراسة وصفية تحليلية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1993، ع 3، ص 617-618.

⁸ - A. ZAALANI, préc., p. 327 marge n° 3.

⁹ - يراجع: ع. مانع، المرجع السابق، ص 615-616. للإشارة فإنّ مجلس أمن الدولة المُحل سنة 1989 كان يختص كذلك بالنظر في بعض الجرائم الاقتصادية التي لا تتعلق بالجرائم محل الدراسة هنا. يراجع حول ذلك: نفس المرجع، ص 614.

¹⁰ - ق.إ.ج.، المادة 211 مكرّر.

¹¹ - ق.إ.ج.، المادة 211 مكرّر 3 (الفقرة 1).

المادّي فيستمد من التكييف القانوني للجريمة¹. فهو يختصّ بمجموعة من الجرائم ضمنها جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، وكذلك الجرائم الأخرى المرتبطة بها، طبقا لقائمة الجرائم المدرجة ضمن اختصاصه المحدّد بالمادّة 211 مكرّر 2 من قانون الإجراءات الجزائيّة. ويلزم في جرائم الفساد السابقة، لكي يختصّ القطب الجزائي بالنظر فيها، صفة خاصّة. فيجب طبقا للمادّة 211 مكرّر (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائيّة أن تكون جريمة الفساد أكثر تعقيدا Grande complexité الذي، بمعنى ذلك الطابع، يسوغ إنشاء جهات قضائيّة مُتخصّصة في جرائم معينة². فإذا لم يتوافر فيها الطابع الأكثر تعقيدا، فإنّ القطب الجزائي الاقتصادي والمالي يَفقد اختصاصه³. وتصبح جريمة الفساد أكثر تعقيدا، طبقا للمادّة 211 مكرّر 3 (الفقرة 2) من قانون الإجراءات الجزائيّة، إذا تطلبت اللجوء إلى وسائل تحري خاصة أو خبرة فنية مُتخصّصة أو تعاون قضائي دولي بالنظر إلى تعدد الفاعلين أو الشركاء أو المتضررين أو بسبب اتساع الرقعة الجغرافية لمكان ارتكاب الجريمة أو جسامة الأضرار المترتبة عنها أو لصبغتها المنظمة العابرة للحدود الوطنيّة أو لاستعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال في ارتكابها.

ونظرا للتنافس بين ثلاثة جهات قضائية حول جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة⁴ - محكمة الجناح والمخالفات من جهة، والجهة القضائية ذات الاختصاص الموسع من جهة ثانية، والقطب الجزائي الاقتصادي والمالي من جهة أخيرة - نظم قانون الإجراءات الجزائيّة منح الاختصاص القضائي إلى ذلك القطب الجزائي المتخصص، ولو نازعته في ذلك الجهة القضائية ذات الاختصاص الموسع، لكن بشرط أن يحقّ على الجريمة المتنازع عليها وصف الجريمة الأكثر تعقيدا. ويتم حل ذلك التنازع بين الأفضية عن طريق إجراء المطالبة بالملف من طرف القطب الجزائي Revendication والتخلي من طرف الجهة غير المختصة عن الملف لصالحه Dessaisissement⁵. فلدى القطب الجزائي اختصاص مانع، بحيث يعود إليه الاختصاص بالنظر في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة الأكثر تعقيدا، ويجب على كلّ من محكمة الجناح والمخالفات والجهة القضائية ذات الاختصاص الموسع أن تتخلى عن ملف القضية لصالحه كلما طالبها القطب بذلك. وللإشارة، تعتبر المطالبة بالملف والتخلي من الإجراءات الجزائيّة المطبقة في حالة تنازع الاختصاص بين جهة قضائية عادية وجهة قضائية استثنائية كما هو الحال بين محكمة الجناح والمخالفات والقطب الجزائي الاقتصادي والمالي، وفي حالة تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين استثنائيتين كما هو الشأن بين القطب الجزائي السابق والجهة القضائية ذات الاختصاص الموسع⁶. ولقد عالجّت المادّة 211 مكرّر 11 من قانون الإجراءات الجزائيّة مشكلة تنازع الاختصاص بين القطب الجزائي الاقتصادي والمالي والجهة القضائية ذات

¹- V. F. AGOSTINI, préc., § 25.

²- V. E. EHRENGARTH, « Les juridictions pénales spécialisées... Ou la difficile équation entre lutte contre la criminalité grave et respect des principes protecteurs de la procédure pénale », dans dossier : « La spécialisation des juridictions pénales », AJ Pénal, 2020, n° 5, p. 216 sq.

³- V. F. AGOSTINI, préc., § 357.

⁴- أو ما يعرف بتنازع الاختصاص بين الجهات القضائية.

⁵- يراجع: ق.إ.ج.، المواد 211 مكرّر 6 إلى 211 مكرّر 15. ويراجع حول إجراء التخلي في قانون الإجراءات الجزائيّة الدّراسة الهامة التالية:

J. GUYENOT, « Le dessaisissement de juridictions dans la procédure pénale française », R.S.C., 1963, n° 2, pp.279-310.

⁶- V. J. GUYENOT, préc., p.280 §2.

الاختصاص الموسع، وأسندت الاختصاص في هذه الحالة إلى القطب الجزائري. يذكر في الأخير أنّ هناك جهة قضائية استثنائية تسمى بالمحكمة العليا للدولة تختصّ بالنظر في الأفعال التي يقترفها رئيس الجمهورية أثناء ممارسة عهده والتي توصف بالخيانة العظمى، بالإضافة إلى الجنايات والجناح التي يرتكبها الوزير الأول¹ ورئيس الحكومة² بمناسبة تأدية مهامهما³، والتي قد تشمل جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية ضمن اختصاصها، إذا ارتكبها هؤلاء الأشخاص⁴.

د- سلطة التصريح بطلان الصفقات العمومية الناتجة عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

أفرد القانون رقم 06-01 - نتيجة المصادقة على أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁵ - نصًا خاصًا، المادة 55 بالتحديد، يقضي بإبطال التصرفات القانونية الناتجة عن ارتكاب الجريمة كالعقود⁶. ولقد اختار المشرع الجزائري جزاء البطلان، برغم تعدد الجزاءات القانونية التي يمكن أن تنفذ ضد التصرف القانوني المخالف للقانون Irrégulier كالغرامة المدنية Amende civile والإلغاء Caducité، والتي يعتبر البطلان أهمها وأكثرها استعمالاً⁷. ويقصد ببطلان العقد: "الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها"⁸. وهو نفس تعريف بطلان التصرف القانوني⁹. ولقد أشار النص القانوني السابق كذلك إلى الصفقة -دون تحديد ما إذا كانت عمومية أو مدنية أو معا- تماماً كما هو الحال بالنسبة إلى تعريف جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في المادتين 26 و 27 من نفس القانون، لكنه ترجمها إلى Transaction في النسخة الفرنسية التي تدلّ على المعاملات المالية¹⁰. وقد جاء الأعمال التحضيرية لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أنّها كانت تذكر المناقصة العمومية في

1- المادة 105 من دستور 2020. ويعتبر وزيراً أول الذي يقود الحكومة (المادة 103، الفقرة 1، منه) الشخص الذي يعينه رئيس الجمهورية، إذا أسفرت الانتخابات التشريعية عن أغلبية رئاسية.

2- المادة 110 (الفقرة 1) من دستور 2020. ويعتبر رئيساً للحكومة، ويقود بهذه الصفة الحكومة (المادة 103، الفقرة 2، منه)، الشخص الذي يعينه رئيس الجمهورية من الأغلبية البرلمانية إذا أسفرت الانتخابات التشريعية عن أغلبية برلمانية.

3- يراجع: المادة 183 (الفقرة 1، 2) من دستور 2020.

4- يراجع أكثر حول المحاكم الجنائية الخاصة برئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة:

J. FOYER, « Cour de justice de la République », *Rép. pén.*, mai 1999, §§. 1-54 ; J.-F. DREUILLE, « Haute Cour », *Rép. pén.*, mai 2014, §§ 1-46.

5- جاء في المادة 34 منها، وعنوانها "عواقب أفعال الفساد"، ما يأتي: "مع إيلاء الاعتبار الواجب لما اكتسبه الأطراف الثالثة من حقوق بحسن نية، تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، تدابير تتناول عواقب الفساد. وفي هذا السياق، يجوز للدول الأطراف أن تعتبر الفساد عاملاً ذا أهمية في اتخاذ إجراءات قانونية لإلغاء أو فسخ عقد أو سحب امتياز أو غير ذلك من الصكوك المماثلة أو اتخاذ أي إجراء انتصافي آخر".

6- يقارن: ت.ص.ع، المادة 89 التي تكلمت عن جزاء الفسخ والإلغاء للصفقة العمومية أو المُلحق في حال ارتكاب جريمة الرشوة من طرف المتعاقد مع الإدارة العمومية.

7- V. Y. PICOD, préc., § 1.

8- نقلاً عن: ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مع 1، المرجع السابق، ص 532 الفقرة 298.

9- V. Y. PICOD, préc., § 1.

10- *Le petit Larousse illustré*, préc., p. 1026, mot « transaction », sens numéro 1.

ولقد عثرنا على حالة أشير فيها إلى معنى الصفقات العمومية بعبارة Transaction عند الفقه الإداري.

L. RICHER, F. LICHERE, préc., p. 429 § 865.

لكنه يستخلص من السياق الذي استعملت فيه تلك الكلمة -استعملت بمناسبة التطرق لموضوع تحديد قيمة الانفاق على الصفقات العمومية Montant

مكان الصّفقة¹ التي تقابلها في القانون الجزائري عبارة الصّفقات العموميّة، قبل أن تختفي هذه العبارة من النصّ النهائي. وبالتالي من الممكن أنّ المُشرّع قصد بالصّفقة في المادّة 55 من القانون رقم 06-01 الصّفقات العموميّة. وفي البداية، تجب الملاحظة أنّ المادّة 55 لم توضع لفحص توافر الشّروط الأولى في جرائم الفساد، كشرط التّصرّف القانوني الاتّفاقي في المادّتين 26 و 27. فأوّلًا، ينصّ عنوان المادّة 55 على: "آثار الفساد". وهذه الجملة تدلّ بوضوح على أنّ المقصود بها الآثار التي تترتب عن جريمة الفساد، وليس مكوّناتها المؤبّسة. ثانياً، هناك حجة منطقية تدعم صحة هذا التّفسير. فالبطلان في هذه الحالة إنّما يترتب بسبب أنّ التّصرّف القانوني تحصل من ارتكاب جريمة فساد. وهذا ما يستخلص من المادّة 55 التي قالت: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون". فسبب البطلان حسبها هو الجريمة لا غير. لذلك يجب على القاضي الجنائي أن يتحقق أوّلًا من توافر جميع مكوّنات الجريمة كما حدّدتها القانون: الشّروط الأولى، إنّ تطلبها النصّ الجنائي، والأركان الأساسيّة، لكي يُقرّر بعد ذلك إبطال التّصرّف القانوني الذي تحصل منها أو تركه قائماً. وهذا يعني أنّ التصريح بالإدانة لا بد وأن يسبق التصريح بالبطلان في هذه الحالة. مما يدلّ على أنّ أحكامها واجبة التطبيق في مرحلة لاحقة على مرحلة إثبات ارتكاب جريمة.

أما عن شّروط تطبيق هذا البطلان الخاص²، فيجب أساساً أن يتأتى العقد من ارتكاب جريمة فساد نصّ عليها القانون رقم 06-01 وضمنها جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. وإلى جانبه، يجب -وهذا الشّروط يستخلص ضمناً، ولم تنصّ عليه المادّة 55 السّابقة بصراحة- أن ترتكب الجريمة أثناء مرحلة تكوين العقد. ذلك أنّ البطلان كجزء قانوني مستقل لا يطرأ إلا إذا تحلّف الرّكن أو الشّروط في العقد أثناء التكوين³. فإذا كانت الجريمة سبباً للبطلان حسب ذلك النصّ، لأنّه يُطبّق عندما يتحصل العقد الباطل من الجريمة، فيجب أن تُرتكب هذه الجريمة أثناء تكوين العقد كغيرها من أسباب البطلان.

وبالنّسبة إلى طبيعته، فهو يعتبر بمثابة انعدام قانوني لأنّ المادّة 55 قالت أنّ الأثر الذي يترتب عن ارتكاب جريمة الفساد يتمثّل في التصريح ببطلان التّصرّف القانوني وانعدام آثاره « nul et de nul effet »، وهذه العبارة تدلّ في

de la dépense - أنّها تستخدم للدلالة على معاني اقتصادية وماليّة ومحاسبيّة، ولا تستعمل للدلالة على المعنى القانوني.

¹ - الأعمال التحضيرية للمفاوضات الرامية إلى وضع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مكتب الأمم المتّحدة المعني بالجريمة والمخدرات، نيويورك، 2011، ص 317.

² - ويعتبر خاصاً، لأنّ القانون نظمته بنصّ خاصّ، ولا يحتكم إلى القواعد العامّة للبطلان. يراجع: ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج 1، ج 1، المرجع السابق، ص 593-540 الفقرة 301. ويتقرّر البطلان بنصّ خاصّ لتأمين العقد من خطر البطلان لأيّ سبب، حيث يخضع لقاعدة لا بطلان إلا بنصّ Pas de nullité sans texte، بعكس البطلان الآخر الذي يُطبّق على العقد كلما نصّ القانون على شّروط تكوينه دون تحديد جزاء تحلّفها. ولذلك يسمى بالبطلان الافتراضي Virtuel. يراجع: S. BROS, J.-F. LAFAIX, préc., p. 114. مع الملاحظة أنّ البطلان الذي جاءت به المادّة 55 من القانون رقم 06-01 لم يتقرّر لتأمين العقد من خطر الزوال، وإنّما لمعالجة آثار الفساد. فالغرض منه يختلف عما هو عليه الحال في قانون العقود، وهو اختلاف مُبرّر، لأنّه يتعلّق بالمادّة الجزائية.

³ - فالبطلان كما يقول Bénabent جزاء خاصّ بشّروط تكوين العقد. A. BENABENT, préc., p. 177 § 201.

القانون على معنى الانعدام¹. ويعتبر الانعدام أشد أشكال البطلان المطلق الذي ينتج عندما يكون التصرف القانوني معيبا بمخالفة جسيمة جدا². ويبدو منه أن القانون رقم 06-01 ساوى بين مخالفة القانون الجنائي بارتكاب الجريمة وبين هذا النوع من المخالفات المؤسسة للبطلان. أما أثر البطلان، فيترتب عنه زوال التصرف القانوني من النظام القانوني في الماضي وفي المستقبل³. وذلك مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية طبقا للمادة 55 السابقة. وي طرح تحديد مفهومه اشكالية أساسية: فهل يتحدّد الغير حسن النية بالرجوع إلى القانون غير الجنائي حيث يُقرّر في بعض الحالات حماية للغير حسن النية الذي قد يتأثر كالمتعاقدان بالبطلان⁴، علما أن للغير مكانة هامة في منازعات بطلان العقد في القانون الاداري، حيث إنّ العقد الاداري -وضمنه الصّفقات العموميّة- يعتبر وسيلة للنشاط العمومي، واشباع المصالح الجماعية للأفراد -الغير بعبارة أخرى- وليس المصالح الماليّة لأطرافه فقط⁵، أم يتم ذلك حسب ما جاء في القانون الجنائي الذي عرّفه في عقوبة المصادرة (المادة 15 مكرّر 2، قانون العقوبات) والذي يمكن أن يشمل حتى الطرف المتعاقد -المستثنى من معنى الغير في نظرية العقد- إذا كان حسن النية أي، لم يكن شخصا محل متابعة أو إدانة بالجريمة التي تحصل منها العقد. والرأي الأقرب إلى المنطق يقتضي أن يُطبّق المفهوم المستمد من نظرية البطلان في القانون المدني والإداري على الغير حسن النية وليس أحكام القانون الجنائي، لأنّ البطلان، وإنّ أصدره القاضي الجزائي، يعتبر جزاء مدنيًا وليس عقوبة. فيخضع لذلك لأحكام قانونه الأصلي وليس لأحكام القانون الجنائي.

وأخيرا، يبدو أنّ التصريح ببطلان الصّفقة العموميّة يحرم المتعاقد مع الإدارة العموميّة، وخاصّة إذا كان مساهما في الجريمة التي نتج عنها البطلان، من الحصول على التعويض عن الالتزامات الاتفاقية التي نقّدها -إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وهي من نتائج البطلان ومن أسباب الاسترداد والتعويض، تقتضي تنفيذ العقد أو على الأقل الشروع في تنفيذه⁶- والتي انقضت بالبطلان، حيث إنّ البطلان -إذ يزول العقد الباطل بأثر رجعي من يوم إبرامه⁷- يؤدي إلى إعادة "المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد [...]"، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل"، طبقا للمادة 103 (الفقرة 1) من القانون المدني الجزائري، غير أنّه "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به"، طبقا للفقرة 3 من نفس المادة، ونتج هذا الحكم الأخير -الذي كرسه المشرّع سنة 2005⁸- عن قاعدة رومانية قديمة، تهدف أساسا إلى الأخلاق⁹، تقول: "ليس

¹- J.-C. RICCI, préc., p. 16.

²- J.-C. RICCI, préc., p. 16.

³- P. BOURDON, préc., p. 392 § 776.

⁴- يراجع: ع. أ. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 1، المرجع السابق، ص 593-594 الفقرة 341-340.

⁵- S. BROS, J.-F. LAFAIX, préc., p. 111.

⁶- يراجع: ع. فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 356.

⁷- ع. علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط. 8، الجزائر، د.م.ج.، 2008، ص 83 الفقرة 70.

⁸- يراجع: القانون رقم 05-10 مؤرّخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26

سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدّل والمتّم، ج.ر. رقم 44 مؤرّخ 26 يونيو سنة 2005، ص 17.

⁹- V. A. BÉNABENT, préc., p. 205 § 243.

للغاش أن يستفيد من غشه *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*¹. والتي ينحصر موضوعها في أحقية الغاش في استرداد ما دفعه بعد تقرير بطلان العقد، أما حقه في طلب الإبطال فيبقى قائما². ومن تطبيقاتها الهامة في مجال هذه الدراسة أن الراشي لا يستطيع، أمام القضاء المختص، أن يطلب استرداد المزية غير المستحقة التي أعطاهها إلى المرتشي، حيث تعتبر جريمة الرشوة من قبيل السبب الموصوف *Caractérisée* المفضي إلى عدم المشروعية الضروري لتطبيق القاعدة السابقة، إذ لا يكفي أن تكون عدم المشروعية بسيطة لكي يحرم الشخص من حقه في الاسترداد³.

وهذا ما يمكن ملاحظته وتأكيده، فيما يتعلق ببطلان الصفة العمومية حسب المادة 55 من القانون رقم 06-01، في قضية قريبة حدثت في فرنسا، حيث قام رئيس بلدية فرنسية بالتعاقد على صفقة عمومية مع مؤسسة خاصة كان مقاولا فيها مما أوقعه في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية المعاقب عليها بالمادة 432-12 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي أدين فعلا بارتكابها من طرف القضاء الجزائري الفرنسي، فقرر القاضي الإداري هناك، تبعا لذلك، عدم أحقية ذلك المقاول في الحصول على تعويض مادي على أساس الإثراء بلا سبب عن الأشغال التي نُفذها في إطار الصفة العمومية محل النزاع نتيجة بطلان العقد⁴. ولكن، في المقابل تمكن جانب آخر من القضاء الإداري الفرنسي من الحكم، على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، بالتعويض لفائدة مؤسسة تعاقدت مع شخص ظاهر الذي لجأت إليه الإدارة العمومية لكي تنفاد تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية⁵؛ رغم أن هذه الحالة تعد جريمة المحاباة، وأن المتعاقد مع الإدارة العمومية باعتباره مستفيدا من الامتياز غير المُبرّر قد يعد شريكا في تلك الجريمة أو مخفيا لنتائجها (بمعنى الامتياز غير المُبرّر)، كما سبق وأن أوضحت الدراسة. ربما بسبب أنه لم تكن هناك متابعة جزائية سابقة بتلك الجريمة تعرض لها الفاعل في القضية السابقة. وللإشارة، يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة العمومية في حالة بطلان العقد على أساس الإثراء بلا سبب في القانون الإداري نظرا لتعذر الوفاء بثمن ما جرى تنفيذه بناء على العقد بسبب فقدان هذا الأخير لقيمتها القانونية نتيجة البطلان⁶.

الفرع الثاني: الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات

العمومية

يحق للشخص الذي أصابه -بصورة معينة⁷- ضرر -من نوع محدد⁸- نتج عن جريمة فساد معاقب عليها -وليس

¹ - حول هذه القاعدة: ع. علي سليمان، المرجع السابق، ص 85 الفقرة 71؛ وحول تطبيقها في القانون المدني الجزائري: ع. فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 362.

² - A. BÉNABENT, préc., pp. 187, 204 §§ 214, 243.

³ - V. A. BÉNABENT, préc., p. 205 § 243.

⁴ - Cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17BX01026, préc., note P. VILLENEUVE.

⁵ - V. C. MONIOLLE, « Enrichissement sans cause », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, France, Dalloz, juin 2013, § 15.

⁶ - V. C. MONIOLLE, préc., §§ 12-15.

⁷ - يشترط أن يكون الضرر قد أصاب الضحية شخصا. يراجع: ق.إ.ج.، المادة 2.

C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », *Rép. pén.*, septembre 2012, §§ 141- 155.

⁸ - فهذا الضرر يلزم أن يكون مباشرا وأكيدا ومعاصرا (حالا). يراجع: ق.إ.ج.، المادة 2.

عن عمل غير مشروع ليس له أيّ تكييف جنائي¹ - ويسمى ذلك الشَّخص، في إطار الدَّعوى المدنيَّة للمطالبة بتعويض ضرر نتج عن جريمة، بالضحية Victime² أن يطلب التعويض عن ذلك الضرر أمام جهتان قضائيتان مختلفتان؛ على أن اختيار الضحية لأحد الطريقتين ينبغي أن يجرمها من استعمال الطريق الآخر المتبقي³. إذن لم تعد ردة الفعل نظير الجريمة قاصرة على حماية مصلحة المجتمع من خلال توقيع عقوبة على الجناة في الوقت الحالي، وإنما أصبحت تأخذ بالاعتبار أيضا بمصلحة الضحية التي تضررت جسديا أو معنويا من جراء الجريمة، بحيث يجب أن تحصل على تعويض لما لقيته من المعاناة بسببها⁴.

فيجوز له أولا⁵، رفعها أمام القضاء المدني⁶. وتقوم هذه الدَّعوى على أساس المسؤولية المدنيَّة بخطأ⁷، وإن كان إثبات هذا الخطأ صعبا نظرا إلى الطَّابع الخفي للفساد⁸، وتحصل الضحية، بموجبها، إذا توافرت كل شروطها القانونيَّة، على تعويض كامل عن الضرر الذي لحقها⁹. ولكن هذه الدَّعوى لا تعيننا في هذه الدِّراسة، لأنَّ هذا المطلب يعالج الدَّعوى المدنيَّة الهادفة إلى التعويض عن ذلك الضرر عندما ترفع أمام القضاء الجزائي.

إذ يجوز لهذا الأخير أن يبت أيضا في طلب التعويض المدني¹⁰. ويعتبر في هذه الحالة "قضاء استثنائيا"¹¹. أما صاحب الدَّعوى فيتخذ طلبه شكل الدَّعوى الفرعية التي تتبع الدَّعوى العموميَّة الأصليَّة من حيث الإجراءات -فتخضع لأحكام قانون الإجراءات الجزائيَّة وليس لقانون الإجراءات المدنيَّة- ومن حيث المصير¹². وتعرَّف الدَّعوى المدنيَّة أمام القضاء الجزائيَّ بأنَّها "حق المتضرر من الجريمة في مطالبة المتهم أو المسؤول المدني عنه أمام القضاء الجزائي بجزر الضرر الذي لحقه نتيجة الجريمة التي ارتكبها"¹³.

C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., §§ 106, 110-140.

¹- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., §§ 55, 86, 89, 90.

²- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 56.

³- وهذا ما نصت عليه المادَّة 5 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائيَّة بقولها: "لا يسوغ للخصم الذي يباشر دعواه أمام المحكمة المدنيَّة المختصة أن يرفعها أمام المحكمة الجزائيَّة". وقد أوردت استثناء من ذلك في فقرتها 2 التي تقول: "إلا أنه يجوز ذلك، إذا كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنيَّة حكم في الموضوع".

⁴- V. J. LEROY, *Droit pénal général*, préc., p. 13 § 1.

⁵- لأنَّه الأصل. يراجع: ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 142؛ ع. زودة، "اختصاص القضاء الجزائي في نظر الدعوى المدنيَّة"، تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر من الغرفة الجنائيَّة الثانية القسم الثالث بتاريخ 1987/4/14 عدد 44522، المجلة القضائيَّة، ع 1، 1992، ص 257.

⁶- ق.إ.ج.، المادَّة 4 (الفقرة 1).

⁷- أساس المسؤولية المدنيَّة عن الجريمة (الخطأ أم الخطر) لا يهم في تحديد اختصاص القضاء الجزائيَّ بالدَّعوى المدنيَّة. يراجع: ع. زودة، المرجع السابق، ص 257.

⁸- Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

⁹- Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

¹⁰- ق.إ.ج.، المادَّة 3 (الفقرة 1).

¹¹- نقلا عن: ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 144. يراجع: أيضا: ع. زودة، المرجع السابق، ص 257-258.

¹²- يراجع: ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 145-147.

¹³- م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائيَّة الجزائري، المرجع السابق، ص 35. يراجع أيضا: ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 143؛ و ق.إ.ج.، المادَّة 2.

نتطرق إلى مسألتين ملحيتين في خصوصها. فنظرا، لمميزات جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، فهي ترتبط بشدّة بالمصلحة العامّة، يجب، لدراسة الدّعى المدنيّة للتّعويض أمام القضاء الجزائيّ، أن نتأكد أولا من أنّ تلك الجرائم لا تنتمي إلى طائفة خاصّة من الجرائم من شأنها غلق باب الدّعى المدنيّة أمام الضحية أمام القضاء الجزائيّ. لنحدّد بعد ذلك الأشخاص التي يجوز لها رفعها، فليس كلّ من يدعي تعرضه لضرر من الجريمة يستطيع ممارستها أمام القضاء الجزائيّ. ودراسة هذه الأشخاص تنطوي بالضرورة على تحديد شروط الدّعى.

أوّلا: الجرائم التي يجوز معها الدّعى

نعالج أولا مفهوم جرائم المصلحة العامّة (في الفقرة "أ")، ثمّ نحاول تطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة (في الفقرة "ب").

أ- مفهوم جرائم المصلحة العامّة في قانون الإجراءات الجزائيّة

برغم المساوئ الكثيرة للدّعى المدنيّة للتّعويض أمام القضاء الجزائيّ¹، فإنّ قانون الإجراءات الجزائيّة الجزائيّ أقرها للضحية، كما رأينا من قبل. غير أنّها، برغم ترخيص القانون بممارستها، فإنّ القاضي الجزائيّ يستطيع رفض قبولها في بعض الحالات نظرا إلى طبيعة الجريمة بناءً على ما يعرف بنظرية جرائم المصلحة العامّة *Infractions d'intérêt général*².

تنطلق هذه النظرية، التي ابتكرها القضاء الجزائيّ الفرنسي³، من أنّ الدّعى المدنيّة للتّعويض عن الجريمة، التي ينصّ عليها القانون، لا تُقبل أمام القضاء الجزائيّ إلا إذا تعرضت الضحية إلى ضرر شخصي مباشر تسببت فيه الجريمة⁴. ومن هذا المنطلق اعتبر القضاء الجزائيّ الفرنسي أنّ بعض الجرائم، بسبب طبيعتها، لا تنطوي إلا على اعتداء يمس مصلحة عامة، ولا يمس بأية مصلحة أخرى شخصيّة أو جماعية *Intérêt collectif*⁵، التي يشترطها القانون لرفع تلك الدّعى. كالجرائم ضد الشّيء العموميّ التي تندرج ضمنها أغلب جرائم الفساد، كالرشوة واستغلال النفوذ، حيث إنّ المجتمع يعتبر فيها المتضرر المباشر والفوري من ارتكابها⁶.

¹ V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., §§ 15-25.

² - التسمية منقولة عن:

J. BOSSAN, *L'intérêt général dans le procès pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 2017, p. 536, § 916.

وقد جرت العادة في القانون المصري على ضم ودراسة جرائم رشوة الموظف العمومي واستغلال النفوذ التي نعالج منها في هذه الدراسة صوّرا مشاهمة لها، بالإضافة إلى جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة تحت عنوان الجنايات والجناح المضرة بالمصلحة العموميّة. يراجع: الباب 3 (الرشوة) من الكتاب 2 (الجنايات والجناح المضرة بالمصلحة العموميّة وبيان عقوباتها) والمادة 115 من الباب 4 (اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر) من الكتاب السابق من القانون المصري رقم 58 لسنة 1937 بإصدار قانون العقوبات. لكن يبدو أنّه بمجرد إعطاء تلك الجرائم وصف الجريمة المضرة بمصلحة عامة حسم القانون المصري في مسألة الدّعى المدنيّة بشأنها التي ترفع أمام القضاء الجنائيّ. لهذا ينبغي عدم استخدام ذلك المصطلح للإشارة إلى جرائم الفساد في القانون الجزائيّ.

³ V. J. BOSSAN, préc., p. 536 § 916 et p. 537 § 917.

⁴ J. BOSSAN, préc., p. 536 § 916.

⁵ J. BOSSAN, préc., p. 536 § 916.

⁶ V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 10 § 13 ; M.-C. SORDINO, préc., p. 183.

إذ بمجرد معاينة أنَّ الجريمة المعروضة أمامه تُعد من جرائم المصلحة العامة (كأن تكون مثلاً جريمة اقتصادية)¹، يعلن القاضي الجزائي المختصّ عدم قبول الدّعى المدنية المرفوعة من طرف الضحية في الجريمة، نظراً لغياب ضرر - شخصي - منفصل عن الضرر العام الذي لحق المجتمع جراء ارتكاب الجريمة².

فنظرية جرائم المصلحة العامة إذن تؤدي إلى انكار توفر صفة الضحية في الجريمة بالنسبة إلى جميع الأشخاص³، والتي - بمعنى صفة الضحية - تعتبر من الشروط الصّورية لقبول الدّعى المدنية أمام القضاء الجزائي⁴، مما يؤدي إلى غلق باب ممارسة تلك الدّعى أمام كل من يدعي بتعرضه لضرر جراء ارتكاب الجريمة، أمام القضاء الجزائي⁵.

ويتعين حسب هذه النظرية، وعلى غرار الجرائم الاقتصادية والمالية، منع من يدعي لحاق ضرر به بسبب جرائم رشوة الموظف العمومي من رفعها أمام القضاء الجزائي، لأنّ صفة الضحية لا تتوفر فيه، نظراً إلى أنّ تلك الجرائم لا تسبب إلا ضرراً اجتماعياً مجزّداً عن أيّ ضرر ماديّ، فلا تمس إلا مصلحة عامة⁶. ويستدعي هذا الاستنتاج فحص مدى تطبيقها على فئة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية التي تتكون من جريمة رشوة أيضاً.

ب- تطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية

كانت نظرية جرائم المصلحة العامة تُطبّق في فرنسا - أين كان منشأها - على الجرائم الاقتصادية⁷، والجرائم الجرمية⁸، في الأساس، وجرائم أخرى غيرها⁹. لكن نطاق تطبيقها بدأ يتراجع كثيراً في القانون الفرنسي¹⁰. فالقضاء الجزائي الفرنسي - مؤسّس النظرية - لم يحدّد مفهومها¹¹، زد على ذلك صعوبة تحديد بدقة ما يعتبر بعينه من جرائم المصلحة العامة، نظراً إلى تغير الاجتهاد القضائي بشأنها¹²، بحيث أنّ نطاقها تغير بمرور الوقت عما كان عليه عندما كانت النظرية في بداياتها¹³. مما جعلها نظرية يسودها الاضطراب¹⁴.

فمثلاً، كانت جريمة الرشوة من جرائم المصلحة العامة في نظر القضاء الفرنسي. فقد قضى سنة 1934 في فرنسا بأنّ المكلف بالضريبة لا يستطيع التأسيس كطرف مدني¹⁵، أثناء دّعى عمومية ضد رئيس البلدية المتهم بجريمتي

¹ - ويصف Bossan هذه الطريقة بالتحليل الموضوعي *Analyse in abstracto* أين يترتب عن نفس التكييف القانوني (مثلاً تكييف جريمة الزيادة في الأسعار بصفة غير قانونية) نفس الآثار القانونية في جميع القضايا المرفوعة إلى القضاء الجزائي. J. BOSSAN, préc., p. 552 § 946.

² - J. BOSSAN, préc., p. 538 § 920.

³ - V. J. BOSSAN, préc., p. 536, § 916.

⁴ - C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 56.

⁵ - J. BOSSAN, préc., p. 536 § 916.

⁶ - V. Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

⁷ - C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 150 ; A. CERF-HOLLENDER, « Recevabilité et bien-fondé de l'action civile du salarié en cas de travail clandestin ou dissimulé (art. L 324-9 et s., c. trav.) », comment. sur cass. crim., 6 février 2001, R.S.C., 2002, n° 2, p. 343 sq.

⁸ - C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 154.

⁹ - V. J. BOSSAN, préc., pp. 537-538 § 920 et p. 539 § 923.

¹⁰ - V. J. BOSSAN, préc., p. 538 § 921 et p. 540 § 924 ; Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

¹¹ - V. J. BOSSAN, préc., p. 543 § 926 et p. 547 § 936.

¹² - J. BOSSAN, préc., p. 539 § 923.

¹³ - J. BOSSAN, préc., p. 540 § 924.

¹⁴ - J. BOSSAN, préc., p. 540 § 924.

¹⁵ - تجب الإشارة إلى أنّ الضحية لا تعتبر في واقع الأمر طرفاً في الدّعى العمومية أمام القاضي الجزائي، لأنّ الخصومة الجزائية تقوم بين طرفين هما مرتكب

الاختلاس والرشوة، من أجل تعويضه عن الضرر الذي يلحقه جراء الزيادة في سعر الضرائب التي قد تنتج بسبب تلك الجرائم¹. ويقع ذلك عادة لتغطية تكاليف إبرام اتفاق الرشوة بين الراشي والمرتشي بالزيادة في قيمة الضريبة، أو زيادة أجرة الانتفاع من المرفق العام بالنسبة لمستخدمي هذا المرفق². غير أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن ذلك في سنة 1992، وأجازت للضحية في جريمة الفساد، الراشي بالتحديد، ممارسة حقه في الدّعى المدنية للتعويض، لأنّ الرشوة، برغم أنّها تهدف إلى حماية مصلحة عامة، فإنّها تهدف كذلك إلى حماية الأفراد الذين قاموا بمنح عطايا أو هدايا إلى المرتشي أو كانوا محل طلب بذلك، والذي يصيبه في هذه الحالة ضرر مباشر وشخصي يخلوهم الحصول على تعويض أمام القضاء الجزائي³. مع الملاحظة هنا أنّ الراشي الذي ادعى مدنيًا أمام القضاء الجزائي لم يدان بالرشوة، لأنّه قام بالفعل من أجل إثبات جريمة المرتشي⁴.

لأجل ذلك حاول عدّة فقهاء البحث عن أساس متين لهذه النظريّة يمكن أن يضبط بالدقة الكافية مضمونها⁵. غير أنّ هذه المحاولات لا تصمد أمام الانتقادات الموجهة إلى هذه النظريّة⁶. ومن أبرزها أنّ هذه النظريّة تخالف القانون، بحيث إنّها أقامت تقسيما للجرائم لا تنصّ عليه القواعد الجزائية المطبقة على الدّعى المدنية الرامية للتعويض عن الجرائم⁷. أكثر من ذلك فإنّ عدم وجود معيار حاسم يحدّد لنا جرائم المصلحة العامة يعد اعتداءً على الأمن القانوني⁸؛ وقد تطرق الدّستور الجزائري لسنة 2020 إلى الأمن القانوني في المادّة 34 (الفقرة 4) منه، ولكن في المجال التشريعي.

يتبين مما سبق أنّ البت في تطبيق تلك النظريّة على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة أمر مستحيل، لأنّ ما هو من قبيل الجرائم المضرة بمصلحة عامة اليوم قد يصبح في المستقبل من الجرائم التي تفتح أمام ضحيتها الباب

الجريمة والدّولة، وبالتالي فالضحية عندما تتدخل في هذه الخصومة للمطالبة بالتعويض لا تكون خصما لا لمرتكب الجريمة ولا للنيابة العامّة كذلك. يراجع:

. M. BOUCHET, préc., p. 464 § 578

¹- Cass. crim., 25 octobre 1934, *Bull. crim.*, no 169, cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 116.

²- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 119.

ويذكر هنا Jeandidier حكما قضائيا مما جاء فيه أنّ الشركات صاحبة الامتياز Concessionnaire قامت برفع سعر المياه من أجل تعويض خسائرها بسبب الهدايا التي دفعتها إلى رئيس البلديّة الفرنسية المرتشي (بلدية Grenoble). وفي نفس السياق، تقول Cutajar في هذا الصّدّد أنّ المجتمع في مجموعه يكون دائما هو الضحية في جرائم الرشوة، لأنّ مقابل الرشوة غالبا ما يلقى على عاتق المنتفعين من المرفق العام، العملاء، والمُكلّفين بالضريبة. فالمواطن في النّهاية هو من سيدفع ضرائب أعلى أو أجرة باهضة للحصول على الأشياء أو خدمة المرفق العام.

Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

³- V. Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

⁴- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 123.

⁵- V. J. BOSSAN, préc., pp. 542-544 §§ 926-928.

⁶- J. BOSSAN, préc., p. 929 § 544.

⁷- J. BOSSAN, préc., p. 929 § 544.

فكما يقول الفقهاء في فرنسا: لا مجال للتمييز عندما لا يميز القانون. نقلا عن:

B. BOULOC, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », préc., p. 466.

⁸- J. BOSSAN, préc., p. 929 § 544.

لرفع الدّعى المدنيّة للتّعويض¹ المنصوص عليها في المادّة 2 من قانون الإجراءات الجزائيّة. فالأمر يتطلب إذن بحثا في الأحكام القضائيّة الجزائيّة الحديث منها والقديم، للبت في الموقف الحالي للقضاء الجزائيّ الجزائري بشأن تطبيقها على تلك الجرائم، وهذا الأمر غير الممكن، نظرا إلى ندرة الأحكام القضائيّة في هذا المجال. غير أنّه، نظرا للانتقادات المؤسّسة التي تعرضت لها نظرية جرائم المصلحة العامّة في فرنسا، يبدو أنّه من المستبعد جدا تطبيق هذه النظريّة على جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة في القانون الجزائري، حتى وإن كانت هذه الجرائم تتصل بالمصلحة العامّة اتصالا وثيقا.

كما أنّ القضاء الجزائيّ الفرنسي الذي استحدث مفهوم جرائم المصلحة العامّة لا يطبقها على جرائم تتطابق مع جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة في القانون الجزائري، كجريمة استغلال التّفوذ والمحابة في الصفقات العموميّة² المرتكبتان من طرف عون تابع للدولة، فقد اعتبرت محكمة التّقض الفرنسيّة أنّ هاتان الجريمتان لا تعرقلان قبول التأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائيّ³ (وقد تأسست الدولة كطرف مدنيّ في قضية الحال)⁴، بالإضافة إلى جريمة المرتشي في القطاع العام⁵.

وأخيرا، فإنّ امكانية ممارستها في مجال الفساد أمام القضاء الجزائيّ في الجزائر متاحة، وتجد أساسها في أحكام اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد، الملزمة للدولة الجزائرية، التي تنصّ في مادّتها 35 على أنّه: "تتخذ كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير، وفقا لمبادئ قانونها الداخلي، لضمان حقّ الكيانات والأشخاص الذين أصابهم ضرر نتيجة لفعل فساد في رفع دعوى قضائية ضد المسؤولين عن إحداث ذلك الضرر، بغية الحصول على تعويض". ما يعني أنّ فكرة جرائم المصلحة العامّة، وإن وُجدت فعلا مجالا للتطبيق في جرائم أخرى أمام ذلك القضاء، قد لا تنطبق على الفساد في الصفقات العموميّة في الجزائر. مع الإشارة إلى أنّ جزء التعويض المدنيّ - مثله مثل رد الأشياء - الذي يترتب عن ممارسة هذه الدّعى أمام القضاء الجزائيّ قد يتحمّله الأشخاص المحكوم عليهم جزائيا بسبب ارتكاب جريمة فساد خاصّة بالصفقات العموميّة بصورة تضامنية وهذا، طبقا للمادّة 4 (الفقرة 3) من قانون العقوبات الجزائري.

ثانيا: الأشخاص التي يجوز لها ممارسة الدّعى أمام القضاء الجزائيّ

وينحصر مجالها بالتطبيق لشروط الدّعى المدنيّة أمام القضاء الجزائيّ. فهذه الشّروط هدفها التمييز بين الضحايا في الجريمة ومنّ ليسوا كذلك⁶. ولا مفر من التطرق إليها (الفقرة "أ")، لأنّها تعتبر معيارا أساسيا لتحديد الضحية في

¹ - ولقد استدل Bossan على ذلك برأيّ Maron الذي لاحظ بأنّه يستحيل إعطاء قائمة بجرائم المصلحة العامّة إذا علمنا أنّ ما يعتبر اليوم أسود قد يصبح في الغد أبيض على حدّ تعبيره الذي أراد به أن يبرز أنّ تغير الوصف القانونيّ أمر ممكن.

A. MARON, observations sous Cass. crim., 23 février 2000, *Revue droit pénal*, 2000, commentaire 132, cité dans : J. BOSSAN, préc., p. 923 § 539.

² - يراجع حول جريمة المحابة: J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 148.

³ - J. BOSSAN, préc., p. 539 § 922.

⁴ - J. BOSSAN, préc., p. 541 § 924.

⁵ - V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., §§ 129-131.

⁶ - في هذا المعنى تلاحظ Ambroise-Castérot بأنّ شرطي التعرض لضرر شخصي ومباشر يعني أنّه ليس كل شخص تعرض لضرر يعتبر ضحية في مفهوم القانون الجنائيّ. يراجع: C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 56.

الجريمة التي يحق لها طلب التعويض أمام القضاء الجزائي في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة (الفقرة "ج"). كما أنّها دَعوى تمارس خلال فترة مُحدّدة بالرجوع إلى الدّعى العموميّة، نظرا إلى العلاقة التّبعيّة بينهما (الفقرة "ب").

أ- شروط قبول الدّعى المدنيّة أمام القضاء الجزائي

لممارسة هذا الحقّ الهام الذي كفلته، فيما يتعلّق بجرائم الفساد، اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد لضحايا الفساد¹، هناك شروط قانونيّة يجب أن تتوفر، حتى تبلغ الدّعى غايتها. وأوّلها شرط أهليّة التقاضي Capacité à agir، وهو شرط مشترك بين جميع الدّعاوي القضائيّة² الواجب لدى الضحية سواء كان شخّصا طبيعيا أو معنويا³. وأخيرا شروطها الخاصّة بالقانون الجنائي⁴. ويتعلّق الأمر بوجود جريمة معاقب عليها قانونا تعلن المحكمة المختصّة إدانة المتابع جزائيا بارتكابها، حتى وإن لم يكن قد حكم عليه بعقوبة بسببها (كأن يستفيد من سبب إباحة⁵)، فلا يشترط أن تكون الجريمة المعينة أيضا محل عقوبة صادرة عن القاضي الجزائي⁶. مع الملاحظة أنّه حتى في حالة الحكم ببراءة المتابع مدنيّا أمام القاضي الجزائي، يجب على هذا الأخير الفصل في الادعاء المدني، لا أن يقضي بعدم اختصاصه⁷.

كما يشترط أن يكون الطرف المدنيّ قد تعرض لضرر شخّصي ومباشر، حالي ومؤكّد، وليس محتمل أو مفترض، تسببت فيه الجريمة⁸. وتوافر هذا الشرط فيه يكتسب ذلك الشخّص صفة الضحية Victime⁹ التي تختلف عن صفة المجني عليه في الجريمة¹⁰. ولقد حدّدته المادّة 2 من قانون الإجراءات الجزائيّة. وبناءً عليها، يلزم في الضرر القابل للتعويض في جرائم الفساد أن يكون مباشرا. ويشمل ذلك، في إطار جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة،

1- يراجع: المادّة 35 المتعلّقة بـ "التعويض عن الضرر" من اتّفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد ؛

Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

2- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., §§ 54, 58.

3- C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 58.

4- C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 54.

5- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 91.

طبقا للقانون المدنيّ الجزائي، "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". المادّة 127 منه. يراجع كذلك: المادّة 128 من نفس القانون حول الدفاع المشروع. ومعناه أنّه حتى لو لم تُصدّر العقوبة لسبب إباحة، فإنّ الضحية قد يفشل في الحصول على تعويض، لأنّ المستفيد من الإباحة يعفى كذلك من التعويض المدنيّ طبقا للقانون المدنيّ. ولكن يبدو أنّ نطاق هذه الأحكام يقتصر على الدّعى المدنيّة المرفوعة أمام القضاء المدنيّ، لأنّ مبدأ التّبعيّة يقتضي التصريح بعدم اختصاص القاضي الجزائي، إذا ثبتت براءة المتابع مدنيّا أمامه، ما لم ينصّ القانون على خلافه. يراجع: ع. زودة، المرجع السابق، ص 262.

6- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 86.

7- يراجع: ع. زودة، المرجع السابق، ص 261؛ ق.إ.ج.، المادّتان 78 و 316.

8- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., §§ 56, 106, 110-111.

9- C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 106.

10- ع. اوهايبه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي: التحري والتحقيق، المرجع السابق، ص 149. بحيث يلاحظ هنا اوهايبه أنّ صفة المدعي المدنيّ لا تتحدّد من خلال صفة المجني عليه. فقد يكون الشخّص مجنيا عليه في الجريمة غير أنّه لم يصبه أيّ ضرر يستجمع شروط الدّعى المدنيّة، فلا تحقّق عليه صفة المدعي المدنيّ. وقد يتعرض لهذا الضرر، فيعتبر في هذه الحالة مجنيا عليه وضحية في الجريمة معا.

الضرر المادي، ويقصد به "كل ما ينقص من الذمة المالية للمضرور ويمكن تحديده تبعا للخسارة التي لحقت به أو الكسب الذي فاتته"¹، ومثاله الضرر الذي أصاب المصلحة المتعاقدة بسبب التعويضات التي دفعتها لفسخ صفقات عمومية بسبب عدم تناسب موضوع هذه العقود (اقتناء 15 آلة ناسخة Photocopieurs) مع احتياجاتها الفعلية، وكان ذلك نتيجة جريمة رشوة². وأيضا الضرر المعنوي أو الأدبي، إذا كان مستقلا عن الضرر الاجتماعي الذي سببته الجريمة³، وهو "ضرر يصيب المضرور في شعوره أو سمعته أو شرفه أو عرضه أو حرته"⁴، كأن تمس الجريمة والمتابعة الجزائية بشأنا الشخص المعنوي العام في سمعته ومكانته بداخل المجتمع⁵. مع الملاحظة أن هذا الشرط يحد كثيرا من حق الضحية في الادعاء مدنيا امام القضاء الجزائي⁶. وأن هذا الضرر، لكي يكون مباشرا، وبالتالي قابلا للتعويض أمام القاضي الجنائي، يجب أن يتطابق مع الضرر الذي يهدف نص التجريم إلى الحيلولة دون وقوعه⁷. كذلك يجب أن يكون ذلك الضرر شخصا حسب ذلك النص القانوني.

أخيرا، يجب أن يكون لهذه الضحية مصلحة للتقاضي Intérêt à agir، ويقتضي هذا الشرط أن يهدف الطرف المدني بالدعوى الحصول على مزية مهما كانت طبيعتها⁸. وبعبارة أخرى، يتمثل هذا الشرط في المنفعة أو المصلحة التي ستعود على الطرف المدني من ممارسته للدعوى المدنية⁹. وتعكس فكرة التعويض الذي يعتبر جزاء المسؤولية المدنية للشخص المتابع مدنيا، الذي يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا¹⁰، أمام القضاء الجزائي. على أنه شرط مقضي في بعض الحالات في بعض جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، كجريمة المحاباة التي يلزم للتعويض عنها مدنيا وجود مصلحة فعلية لدى المؤسسة الخاصة بالمضرة، بحيث يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين منح صفقة عمومية بصورة غير قانونية لمؤسسة أخرى (السبب) وتفويت الفرصة على المؤسسة المتضررة في الحصول عليها (النتيجة)¹¹.

ب- موعد ممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي

يمكن للضحية في الجريمة التي سببت لهذا الشخص ضررا أن تمارس الدعوى المدنية للتعويض أمام القضاء الجزائي

¹ - نقلا عن: ع. اواهبييه، المرجع السابق، ص 151.

² - Cass. crim. 20 mai 2009, pourvoi n° 08-87.354, préc., cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 117 et 186.

³ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 116.

⁴ - نقلا عن: ع. اواهبييه، المرجع السابق، ص 151. يجوز التعويض أيضا عن الضرر الجماعي، غير أنه لا ينطبق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لأنها لا تؤدي -ورابطة السببية شرط في التعويض- إلى ضرر يمس سلامة جسم الانسان، وهذا ما يشتمل عليه ذلك الضرر (ع. اواهبييه، المرجع السابق، ص 151). وإن كانت هذه الحالة متصورة إذا تعرض المرتشي مثلا إلى التهديد عن طريق العنف البدني.

⁵ - Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

⁶ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 115.

⁷ - E. DREYER, « Causalité civile et pénale », Revue Lamy droit civil, 2007, supplément au n° 40, p. 37 § 18.

⁸ - V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 57.

⁹ - C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 156.

¹⁰ - يراجع: ق.إ.ج.، المادة 3 (الفقرة 2).

¹¹ - V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 150.

خلال مرحلتين من المتابعة الجزائية هما مرحلة التحقيق القضائي ومرحلة المحاكمة الجزائية المتعلقة بالجريمة الضارة¹. فحسب قانون الإجراءات الجزائية، يجوز للضحية في الجريمة أن يدعي مدنياً في أي وقت أثناء سير التحقيق القضائي² عن طريق تقديم شكوى أمام قاضي التحقيق المختص³، كشكوى المؤسسة التي أقصيت من المشاركة في صفقة عمومية⁴، فإذا لم يكن قاضي التحقيق الذي قدمت إليه الشكوى مختصاً طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، يصدر هذا القاضي، بعد سماعه التحقيق غير المختص طلبات النيابة العامة، أمراً بإحالة الضحية في الجريمة المدعية مدنياً أمامه إلى الجهة القضائية التي يراها مختصة بقبول ادعائها⁵. وتمارس الدعوى في هذه الحالة عن طريق الادعاء المدني Voie d'action⁶.

كذلك يمكن للضحية في الجريمة أن ترفعها خلال مرحلة المحاكمة القضائية إما قبل الجلسة أو خلالها⁷؛ ويجب في الحالة الأخيرة أن تبدي الضحية في الجريمة ادعاءها المدني قبل أن تبدي النيابة العامة طلباتها في الموضوع، وإلا كان ذلك الادعاء المدني غير مقبول وهذا، طبقاً للمادة 242 من قانون الإجراءات الجزائية. وتمارسها الضحية إما بطريق التدخل L'intervention أمام قاضي الحكم، إذا كانت النيابة العامة قد باشرت الدعوى العمومية بشأن الجريمة⁸. أو بالادعاء مدنياً Voie d'action عن طريق التكليف المباشر بالحضور Citation directe⁹ أمام محكمة الجناح والمخالفات¹⁰ المختصة¹¹، بشرط أن يحصل الطرف المدني على ترخيص النيابة العامة للقيام بذلك وهذا، حسب المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية المطبقة على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لأنها ليست من الجرائم المحددة على سبيل الحصر¹² التي يجوز فيها تكليف المتهم مباشرة بالحضور بدون الترخيص المسبق¹³. كما يلاحظ أيضاً أن الدعوى المدنية ليست مؤبدة. فهي تنقضي أيضاً بالتقادم أمام القضاء الجزائي. فطبقاً لقانون الإجراءات الجزائية: "تتقادم الدعوى المدنية وفق أحكام القانون المدني"¹⁴. وتنقضي حسب القانون المدني بمضي

¹- C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 28.

²- يراجع: ق.إ.ج.، المادة 74 (الفقرة 1).

³- يراجع: ق.إ.ج.، المادة 72.

⁴- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 464.

⁵- يراجع: ق.إ.ج.، المادة 77.

⁶- V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 4.

⁷- يراجع: ق.إ.ج.، المادة 240.

⁸ C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 4.

و ق.إ.ج.، المادة 240.

⁹ C. AMBROISE-CASTÉROT, « Action civile », préc., § 4.

¹⁰- ع. اوهايبه، المرجع السابق، ص 176؛ م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، المرجع السابق، ص 43.

¹¹- تتمثل هذه الجرائم في ترك الأسرة، عدم تسليم الطفل، انتهاك حرمة المنزل، القذف، وإصدار شيك بدون رصيد. يراجع: ق.إ.ج.، المادة 337 مكرر (الفقرة 1).

¹²- يراجع: ع. اوهايبه، المرجع السابق، ص 176.

¹³- يراجع: ع. اوهايبه، المرجع السابق، ص 177.

¹⁴- ق.إ.ج.، المادة 10 (الفقرة 1). تسري هذه القواعد أيضاً على التعويض الممنوح إلى الضحية من طرف القاضي الجزائي. يراجع: ق.إ.ج.، المادة 617؛ ع. اوهايبه، المرجع السابق، ص 147.

15 سنة يبدأ حسابها من يوم وقوع الفعل الضار (الجريمة)¹. وتعتبر من تطبيقات استقلالية الدعوى المدنية عن الدعوى العمومية. ووجب على المُشَرِّع النصّ عليها، لأنّ "قاعدة التبعية لا يمكن الخروج عنها الا بنص خاص من القانون"، كما يقول زودة². ويستثنى منها حالتين. أولاً، إذا انقضت قبلها الدعوى العمومية بالتقادم، بحيث لا يجوز في هذه الحالة رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي³، ولو لم تنقضي طبقاً لأحكام القانون المدني، لأنّ "القاضي الجزائي غير مختص بها أصلاً أن لم تكن تابعة.. للدعوى العامة، ولم يخوله القانون هذا الاختصاص الا استثناءً ومناسبة نظر الدعوى العمومية"⁴. وثانياً، إذا كانت الجريمة التي أحدثت الضرر المطلوب تعويضه جريمة رشوة⁵ كجريمة الرشوة في مجال الصّفقات العمومية. ففي هذه الحالة لا تنقضي الدعوى المدنية بالتقادم⁶ وهذا، بالتوازي مع عدم انقضاء الدعوى العمومية - التي تتبعها الدعوى المدنية - عندما توصف الجريمة بالرشوة⁷.

ج- الطرف المدنيّ الضحية في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية

يتبين من السابق أنّه يجوز للأشخاص التي تتوافر فيها شروط قبول الدعوى أمام القضاء الجزائيّ، واحترمت مواعيد ممارستها، التأسيس كطرف مدنيّ أمام القاضي الجزائيّ للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية. فإذا كانت الضحية غير مباشرة، فلا يمكنها طلب التعويض المدنيّ أمام القضاء الجزائيّ، إلا أنّ الضرر الذي أصابها يمكن أن يكون محلّ تعويض أمام القضاء المدنيّ الذي يعتبر طريقاً بديلاً للحصول على التعويض عن الضرر المزعوم الناتج عن الجريمة⁸.

أما الضحايا المباشرين المتضررين من الجرائم السابقة، فيمكن تقسيمهم إلى: ضحية شخص معنويّ عام، وضحية شخص (طبيعيّ أو معنويّ) من القانون الخاص. فالأشخاص المعنوية العامة - والتي تعد من عناصر الجرائم السابقة سواء بسبب انتماء الجناة إليها (الموظف العموميّ) أو طبيعة المصلحة القانونية المحمية بموجبها (حماية الوظيفة العمومية، والمال العام⁹ أساساً) - التي تعاني من ضرر، إذا كان مباشراً وشخصياً¹⁰، أصابها بسبب جريمة فساد

1- القانون المدنيّ، المادة 133 المعدّلة والمُتمّمة بموجب القانون رقم 05-10.

2- ع. زودة، المرجع السابق، ص 260.

3- ق.إ.ج، المادة 10 (الفقرة 2). ولقد ساند بعض الفقهاء في الجزائر من قبل حكماً مماثلاً، بدعوى أنّه لا إستثناء من قاعدة التَّبَعِيَّة إلا إذا نصّ القانون على عكسها. يراجع: ع. زودة، المرجع السابق، ص 260-261.

4- نقلاً عن: ع. زودة، المرجع السابق، ص 258. ولقد استخلص زودة الحكم السابق من المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية التي تشترط رفع الدعوى المدنية "مع الدعوى العمومية في وقت واحد" أمام القضاء الجزائيّ. نفس المرجع، نفس المكان.

5- ينطبق ذلك أيضاً على الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية، الأفعال المتعلّقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، واختلاس الأموال العمومية. ق.إ.ج، المادة 8 مُكْرَّر (الفقرة 2) المستحدثة بموجب القانون رقم 04-14.

6- ق.إ.ج، المادة 8 مُكْرَّر (الفقرة 2).

7- يراجع حول عدم تقادم جريمة الرشوة: هذه الدّراسة، ما يأتي.

8- V. C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », préc., § 133.

9- V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 149.

10- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 116.

ويبدو أنّ هذا الشّرط مطلوب حتى لا تختلط مصلحة تلك الأشخاص بالمصلحة العامة التي قد تحجب عن الضحية حقها في التعويض طبقاً لنظرية جرائم المصلحة العامة.

خاصة بالصّفقات العموميّة أن تدعي مدنيًا أمام القضاء الجزائيّ للمطالبة بالتعويض في مصلحتها الخاصة المختلفة عن المصلحة العامّة¹.

فالإدارة العموميّة (كالبديّة مثلاً) يمكنها أن تطلب من الموظف العموميّ المرتشي تعويضها عن الضرر المباشر المعنويّ الذي أصابها في سمعتها مثلاً أو الضرر المباشر الماديّ الذي لحقها بسبب الجريمة². كما يجوز كذلك للإدارة المتعاقدة، طبقاً للفقّه الجنائيّ، الحصول على تعويض مدنيّ يتضمّن ردّ المقابل الماليّ الذي دفعته إلى المتعاقد معها المتابع مدنيًا (سعر الصّفقة العموميّة) وهذا، قياساً على حالة عقد العمل الوهمي حيث قضى في فرنسا أنّه يجب على الشّخص المحكوم عليه جزائيًا -الفاعل في الجريمة والمستفيد من عقد العمل- تقديم تعويض مدنيّ يساوي قيمة راتبه الشهري لخمس سنوات³. كذلك، نظراً لارتباط جريمة المحاباة في الصّفقات العموميّة بالمال العام، أجاز القضاء الفرنسيّ لنقابة مشتركة بين البلديات Syndicat intercommunal الادعاء مدنياً ضدّ مدراء شركة ذات اقتصاد مختلط قد فوضتها تلك النّقابة لإدارة مرفق عام، بحجة أنّ الجريمة التي ارتكبها هؤلاء تؤدي بطبيعتها إلى تحميل النّقابة تكاليف ماليّة زائدة⁴. وأخيراً يجوز للدولة المطالبة بالتعويض المدنيّ أمام القضاء الجزائيّ عن الضرر المعنويّ الذي لحقها المتمثّل في تشويه سمعة مستخدميها بسبب ارتكاب جريمة المحاباة في الصّفقات العموميّة، وإضعاف سلّطتها لدى الرّأي العام⁵.

وعلى مستوى الأشخاص الخاصّة، فإنّ الضرر الذي يستطيع القاضي الجنائيّ أن يأمر بتعويضه يمكن أن يشمل تفويت فرصة الحصول على الصّفقة العموميّة⁶، إذا قامت الإدارة العموميّة باستبعادها من الصّفقة برغم أنّها تملك الشّروط اللازمة لاختيارها⁷، أو قامت باستبعادها برغم اختيارها من طرف اللّجنة المختصّة بذلك⁸. ويبدو أنّه ضرر أساسيّ بالنّسبة إلى المؤسّسات الخاصّة المتضررة من جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة. ولقد نقضت محكمة النّقض الفرنسيّة في قرار حديث بتاريخ 7 سبتمبر 2022 حُكم محكمة الاستئناف Lyon، لأنّها لم تفحص الضرر الذي لحق المؤسّسة المقصيّة من عقد تفويض مرفق عموميّ بالنظر إلى الفرصة التي فاتتها⁹. حيث كان يجب، طبقاً لمحكمة النّقض الفرنسيّة، على محكمة الاستئناف أن تتأكد من أنّ الطرف المدنيّ كان يملك فرصة جدية في الحصول على ذلك العقد بالنظر إلى نشاطه وخبرته وأيّ عنصر آخر من شأنه إثبات ذلك، وأنّ تتأكد

¹- M. WAGNER, préc., p. 37 sq.

²- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 117 ; F. LINDITCH, « Un an de droit pénal de la commande publique », Contrats et marchés publics, 2018, <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121806/document> (21/03/2023).

³- V. F. LINDITCH, « Un an de droit pénal de la commande publique », préc.

⁴- V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 149.

⁵- V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 151.

⁶- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 464 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 150.

⁷- J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 150 ; J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 4.

⁸- V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Favoritisme (marchés publics) », préc., § 150.

⁹- Cass. Crim., 7 septembre 2022, pourvoi n° 21-83.121, Bull. crim., <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046282368> (19/03/2023).

أيضا من أن منح العقد بصورة غير قانونية أدى بشكل مباشر إلى فقدان تلك الفرصة¹ وهذا يشير إلى علاقة السببية. ينبغي كذلك فتح باب ممارسة هذه الدّعى أمام الشّخص الذي ساهم في الفساد ثمّ قام بالتبليغ عنه لدى الجهات المختصة (والذي يستفيد في هذه الحالة من عذر مُعفي أو مُخفّف للعقوبة بالنظر إلى وقت التبليغ)، حتى يحصل على تعويض مدنيّ من القضاء الجزائيّ عن المزايا التي صرفها للمساهمة في الجريمة، لأنّ ذلك يشجع الأشخاص الضالعين في الفساد على الإبلاغ عن الجريمة²، إذ يُشعّرون بالاطمئنان لاسترجاعهم الأموال التي دفعوها للفساد، بعكس لو كانوا محظورين من ممارسة تلك الدّعى.

وأخيرا، ينبغي فتحها أيضا للجمعيات المدنية التي من أغراضها مكافحة الفساد، كما فعل القانون الفرنسي الذي ينصّ قانونه للإجراءات الجزائية على أحقية تلك الجمعيات، إذا توفرت فيها شروط معينة، في ممارسة الادعاء المدنيّ أمام القضاء الجزائيّ في قضايا تتعلّق بجرائم تُعدّ في نظر القانون الجزائريّ كجرائم فساد³. ومن شأنه تقوية دور المجتمع المدنيّ في مكافحة الفساد⁴.

في مقابل ذلك، قضي في فرنسا بأنّه لا يجوز للشركة التي تدعي تعرضها لضرر أصابها في سمعتها بسبب ارتكاب مديرها لجريمة الراشي أن تطلب منه تعويضها أمام القضاء الجزائيّ، لأنّه ضرر غير مباشر⁵. كذلك فإنّ نقابات الموظفين العموميين، بحجة إضرار الراشي بالوظيفة العمومية، والمساس بالتالي بمصلحة جماعية Intérêt collectif لها، لا يجوز لها ممارستها⁶.

غير أنّ مسألة تحديد الضحية في جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العمومية تدق أكثر بالنسبة إلى المساهمين الضروريين في الرشوة وهما الراشي والمرتشي. فكلاهما⁷ قد يعد ضحية في جريمة الرشوة عندما تنتج بتحريض من الطرف الآخر. ومثال ذلك أن يطلب موظف عموميّ (المرتشي) من مؤسّسة خاصّة (الراشي الضحية) مزية غير مستحقة، قبل التوقيع على العقد أو أثناء تنفيذه، عن طريق ابتزازها Chantage⁸. فيثور هنا السؤال حول أحقية الراشي -أو المرتشي أيضا- في الادعاء مدنيّا أمام القضاء الجزائيّ ضد الطرف الآخر، علما أنّه قد يعتبر مسؤولا جزائيا عن الجريمة الضارة، لكي يحصل على تعويض مدنيّ؟

لا يجوز للراشي أو المرتشي التأسيس كطرف مدني وقع ضحية جريمة الرشوة أما القضاء الجزائي، ولو كان المتابع مدنيا هو من حرضه على الجريمة، فكلاهما يتحمل يقوم بدور هام في الجريمة، ويتحمل بذلك قدرا كبيرا من المسؤولية

¹ - P. DUFOURQ, « Caractérisation du délit de favoritisme et détermination du préjudice subi », Dalloz actualité, 28 septembre 2022.

² - V. Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

³ - V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 120-121.

⁴ - أناط القانون رقم 06-01 بالمجتمع المدنيّ دورا هاما في مكافحة الفساد، والذي يبدو أنّ منح حقّ الادعاء المدنيّ إلى جمعياته سيزيد من أهميتها.

⁵ - Cass. crim., 8 juin 1999, no 98-82.897, Bull. crim. no 123, cité dans : W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 118.

⁶ - W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 122.

⁷ - يجوز متابعتها مدنيا أمام القضاء الجزائي. يراجع: W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 186.

⁸ - V. Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq.

عنها¹. ولقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية ذلك في خصوص جريمة استغلال النفوذ السّلبي المرتكبة من طرف الأفراد في قضيتين² تعلقت احدهما بصفقات عمومية³، فرفضت تعويض المُحرّض في كلاهما لنفس الأسباب⁴. ولقد جرى تطبيق تلك القاعدة المدنيّة التي تقول: "الملوث لا يسترد شيئا" *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁵. وينطبق هذا الاجتهاد القضائي على جريمة الرشوة أيضا⁶، فالعيب لا يستحق أيّ تعويض⁷. لكن، في المقابل، وافقت تلك المحكمة على تعويض الراشي، إذا كان في نيته إثبات جريمة المرتشي عن طريق تحريضه على ارتكابها، كما أنّه لم يتابع جزائيا في قضية الحال⁸. مما يعني أنّ تعويض أحد أطراف الرشوة -أو استغلال النفوذ، قياسا على الحكم القضائي السابق- أمام القضاء الجزائري ليس مستحيلا.

أخيرا، يلاحظ أنّه يجوز للقاضي الجزائري إنقاص مبلغ التعويض المدنيّ أو رفضه، إذا تحملت الضحية في الجريمة قسما من المسؤولية عن الضرر الذي حدث لها، والذي يقوم -بمعنى الإنقاص أو الحرمان من التعويض المدني- في هذه الحالة على أساس الخطأ المنسوب إلى الضحية المرتبط سببيا بذلك الضرر، ويشترط في هذه الرابطة السببية أن تكون مباشرة ومؤكدة⁹. وهذا يعني أنّ خطأ الضحية يضاف إلى شروط قبول الادعاء المدنيّ أمام القاضي الجزائري في تقييد حقّ الضحية في تعويض كامل عن الضرر الذي أصابها بسبب الجريمة.

المطلب الثاني: انقضاء الدّعى العموميّة أو العقوبات المحكوم بها¹⁰

من خصائص الدّعى العموميّة والعقوبات المحكوم بها قضائيا أنّها تنقضي لأسباب محدّدة في القانون. ويمكن تقسيم

¹- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 123 et 190.

²- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 872-873.

³- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 872.

⁴- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., §§ 872-873.

⁵- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 873.

تطبق تلك القاعدة على دفع غير المستحق، ولا يعمل بها في القانون المدنيّ الجزائريّ. ع. علي سليمان، المرجع السابق، ص 260 الفقرة 168.

⁶- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 123.

⁷- « Le vice ne mérite aucun salaire ». W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 123.

⁸- V. W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 123.

⁹- D. LUCIANI-MIEN, « Indemnisation des victimes d'infractions », *Rép. pén.*, avril 2017, §§ 38-39. V. aussi E. DREYER, « Causalité civile et pénale », préc., p. 38 § 20.

¹⁰- تنقضي الدّعى العموميّة، ونقصد هنا الانقضاء كأثر مجرد عن أسبابه، بصورة مُستقلّة عن العقوبات. فانقضاءها بالتقادم يمنع تطبيق العقوبات على

الجريمة، فإذا صدرت العقوبات برغم أنّ الدّعى العموميّة متقدمة، فإنّها لا تنفذ (V. L. GRIFFON-YARZA, « Prescription de la peine », *Rép. pén.*, février 2014, §§ 11-13).

وبالعكس فإنّ انقضاءها بسبب حجية الشّيء المقضي به لا يؤدي إلى انقضاء تلك العقوبات، لأنّه شرط لاكتساب الحكم القضائي للقوة التّفيذية التي تبرر استعمال القوة من أجل تنفيذ العقوبات (يراجع حول القوة التّفيذية للأحكام القضائية الجزائية التي

حازت حجية الشّيء المقضي به: (J.-C. SOYER, préc., p. 405 § 906). كما أنّ انقضاء العقوبات المحكوم بها لا يعني انقضاء الدّعى العموميّة

بالتبعية، لكون هذه الأخيرة انقضت أصلا بصدور الحكم القضائي في شأن الجريمة المنسوبة إلى المساهمين في ارتكابها (يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 6، الفقرة

1، وهذا أمر بديهي، فالعقوبات لا تنفذ إلا بناء على حكم قضائي جزائي -حاز حجية الشّيء المقضي به- صدر بمناسبة دّعى عموميّة لم تقادم أو

تنقضي لأيّ سبب آخر). وكما لاحظ Magnol فإنّ تقادم العقوبات يستبدل بتقادم الدّعى العموميّة عندما تنقضي هذه الأخيرة بحكم الإدانة، وإذا

كانت العقوبات المحكوم بها لم تنفذ بعد. J. MAGNOL, « Point de depart de la prescription des peines en matière correctionnelle », *R.S.C.*, 1936, n° 4, pp. 544-545.

لهذا استعملنا حرف "أو" في العنوان للتأكيد على ذلك الاستقلال. فلاشتراك في

الأسباب لا يعني الارتباط دوما.

هذه الأسباب إلى نوعين بالنظر إلى علاقتها بتلك الدّعى والعقوبات: فهناك أولاً أسباب الانقضاء المشتركة بين الدّعى العموميّة والعقوبات المحكوم بها قضائياً، بحيث تؤدي إلى انقضاء كلا الحقيقتين. وثانياً يوجد هناك أسباب الانقضاء المُستقلّة. وسنتطرق إلى هذين النوعين من الأسباب فيما يأتي.

الفرع الأوّل: أسباب الانقضاء المشتركة

وترجع إما إلى الإرادة المنفردة للمُشرّع كالغفو الشامل وإلغاء التّشريع الجنائيّ، أو إلى ظاهرة طبيعية (كالوقت في التقادم¹، والوفاة). وسنتطرق إلى أهمّها² فيما يلي.

أولاً: التقادم المسقط

يتقرر التقادم المسقط Prescription extinctive³ في القانون الجنائيّ للدّعى العموميّة⁴، ويتحقق قبل الحكم التّ نهائيّ بالادانة⁵، وللعقوبات أيضاً⁶، والذي يتحقق بعد النطق بالعقوبة⁷. ويأخذ بالاعتبار بآثار مضي الوقت⁸. كما أنّه يقوم على أساس ثلاث نظريات رئيسيّة هي النظرية الإجرائية والنظرية الشخصية وأخيراً النظرية الموضوعية⁹. وإذا كانت هذه الدّعى والعقوبات تنقضي بالتقادم في جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة تطبيقاً للأصل العام (الفقرة "أ")، فإنّها تتميز بأنّها تخضع في بعض الحالات لقاعدة أخرى معارضة (الفقرة "ب").

قبل البدء في دراسة هذا الموضوع، تجب الملاحظة أنّ التقادم الجنائيّ في مادّة الفساد، وبخاصّة تقادم الدّعى العموميّة، يتميز في القانون الجزائري بتعدد أحكامه، واختلافها، وتشتملها بين قانونين منفصلين (قانون الإجراءات الجزائيّة والقانون رقم 06-01). وترتب هذا الأمر، على وجه التحديد، نتيجة إنفاذ اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وتلك المتعلّقة بمكافحة الفساد، كل منهما على حدة¹⁰، في القانون الوطني، مما أدى إلى

¹ - يُلاحظ Bouloc أنّ الوقت من ابتكار الإنسان، وأنّ التقادم يقوم على أساس هذا الوقت. B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », dans dossier : « Réformer la prescription ? », AJ Pénal, 2016, n° 6, p. 294.

² - وفاة المتابع جزائياً أو المحكوم عليه قضائياً لا تثير أية مشكلة ذات أهميّة، باستثناء أنّها تُطبّق على الشّخص الطبيعيّ فقط. يراجع: م. حريط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 289.

³ - يعتبر التقادم المنهي للدّعى العموميّة والعقوبات من قبيل التقادم المسقط. يراجع: §§ 1-2 Ch. COURTIN, préc.

⁴ - ق.إ.ج.، المادّة 6 (الفقرة 1).

⁵ - P. FARGE, « Attendre et espérer », dans dossier : « Réformer la prescription ? », AJ Pénal, 2016, n° 6, p. 292.

⁶ - ق.إ.ج.، المادّة 612 (الفقرة 1) ؛ § 1 L. GRIFFON-YARZA, préc.

⁷ - P. FARGE, préc., p. 292.

⁸ - V. B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », préc., p. 294 : « La prescription est une institution qui tient compte des effets du temps. [...] ».

⁹ - تتركز النظرية الاجرائية، كما يدلّ اسمها، على موضوعات القانون الجزائيّ الاجرائي. فالتقادم يتقرّر لأنّ الدّولة تخلت عن حقّها في المتابعة الجزائية أو تجاهلت ذلك. كذلك فإنّ التقادم يتقرّر لتفادي الأخطاء القضائية الناجمة عن فساد أدلة الإثبات بسبب مضي مُدّة طويلة من الوقت على ارتكاب الجريمة. أما النظرية الشخصية فتنتقل شخصيّة مرتكب الجريمة كخوفه الذي سيلزمه خلال مُدّة التقادم من العقوبة في حال إفلاته من يد العدالة. أخيراً في النظرية الموضوعية فإنّ النسيان وزوال المصلحة الاجتماعيّة في تطبيق العقوبة على المُجرّم هما اللذان يبرران التقادم المسقط في القانون الجنائيّ. يراجع:

B. BOULOC, « Regard la sur la prescription pénale », préc., p. 296.

¹⁰ - فالاتّفاقية الأولى أدرجت في القانون الدّاخليّ بموجب القانون رقم 04-14، أما الاتّفاقية الثانية فقد أدرجت فيه بموجب القانون رقم 06-01.

زيادة عدد القواعد التي تنظم ذلك التقادم وتعقيدها. ولقد سبق وأن أشار الفقه الجنائي إلى مسألة التضخم التشريعي لأحكام القانون الجنائي الموضوعي بسبب الالتزامات الدولية¹. ويبدو من الملاحظة السابقة أن لهذا التضخم الناتج عن إنفاذ الاتفاقيات الدولية على المستوى الداخلي نطاق أوسع من ذلك، فهو لا يقتصر فقط على أحكام القانون الجنائي الموضوعي، وإنما يتسع مجاله كذلك إلى قانون الإجراءات الجزائية.

أ- انقضاء الدَّعوى العمومية أو العقوبات بالتقادم

ونعالج أولاً تقادم الدَّعوى العمومية (الفقرة 1) ثم تقادم العقوبات المحكوم بها قضائياً (الفقرة 2) تبعا للأسببية الزمنية والمنطقية لتقادم الدَّعوى العمومية على تقادم العقوبات. فالتقادم ينطبق في الحالة الأولى قبل صدور الحكم القضائي النهائي في القضية الجزائية، بعكس الحالة الأخرى التي ينطبق فيها التقادم في مرحلة لاحقة على الحكم بالعقوبة الصادر عن القضاء الجزائي².

1- تقادم الدَّعوى العمومية الرامية لتطبيق العقوبات

يعرف تقادم الدَّعوى العمومية بأنه "مضي مدة زمنية معينة من يوم وقوع الجريمة أو من يوم انقطاع المدة"³. ويؤدي إلى حظر النيابة العامة من مباشرة أية متابعة جزائية⁴ والحدّ -بصورة مُبرّرة- من حقّ الولوج إلى القضاء الجزائي⁵. فهو اذن تقادم يُسقط حقّ التقاضي Droit d'agir⁶. ويقوم على أسس ضرورة نسيان الجريمة⁷، والحيلولة بين الأخطاء القضائية، فمضي مُدّة طويلة من الوقت قد يؤدي إلى فساد أدلة الإثبات المتعلقة بهذه الجريمة⁸. وبعبارة أخرى، يؤدي إلى ضمان جودة أدلة الإثبات الجنائي⁹. وأخيراً يحافظ على الأمن الاجتماعي بتجنّب استمرار الرغبة في الانتقام من المُجرّم¹⁰. أما من ناحية الخصومة الجزائية، فيعتبر التقادم (دفعاً) من النّظام العام¹¹. فلا يجوز التنازل عنه أمام القضاء الجنائي¹². ويجب على النيابة العامة أن تتأكد من أن الدَّعوى العمومية لم تسقط بالتقادم¹³. ويجب على القاضي الجزائي أن يثيره تلقائياً¹⁴. كما أنه يمكن إثارته مهما كانت درجة التقاضي¹⁵. وأيضاً من آثار اعتبار

¹- J. LEROY, La densification normative en matière pénale, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, L.G.D.J., 2015, p. 78.

²- P. FARGE, préc., p. 292.

³- م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، المرجع السابق، ص15.

⁴- F. MOLINS, préc., § 154.

⁵- M. BOUCHET, préc., p. 450 § 562.

⁶- V. B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », préc., p. 294.

⁷- V. J.-C. SOYER, préc., p. 280 § 691 ; M. BOUCHET, préc., p. 548 § 689 : « [...], le mécanisme, qui admet que l'écoulement du temps cause l'extinction ... et l'inutilité d'une peine appliquée trop tardivement. » (nous soulignons) ; B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », préc., p. 296.

فتطبيق العقوبات على جريمة مر على ارتكابها وقت طويل لا معنى له، حسب Bouchet.

⁸- V. J.-C. SOYER, préc., p. 280 § 691 ; B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », préc., p. 296.

⁹- V. M. BOUCHET, préc., pp. 450 et 548 §§ 562 et 689.

¹⁰- V. M. BOUCHET, préc., p. 450 § 562.

¹¹- V. J.-C. SOYER, préc., p. 282 § 695 ; F. MOLINS, préc., § 156.

¹²- J.-C. SOYER, préc., p. 282 § 695.

¹³- J. BUISSON, préc., § 40.

¹⁴- F. MOLINS, préc., § 156.

¹⁵- V. J.-C. SOYER, préc., p. 282 § 695.

التقادم المسقط للدَّعوى العموميَّة من الرِّظام العام، أنَّ سقوط هذه الدَّعوى يحظر توقيع العقوبة¹. ويسري على جميع الجرائم² التي تخضع للمُدَّ العاديَّة، ما لم ينصَّ القانون على عكس ذلك³. ويبدأ حسابها من يوم ارتكاب الجريمة⁴ أو من تاريخ القيام بآخر إجراء للمتابعة⁵ الذي يتوقف تحديده على طبيعة الجريمة إن كانت فورية أم مستمرة، فمُدَّة التقادم ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعناصر الجريمة⁶. وجرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة ليست إستثناءً من ذلك. فدعواها العموميَّة تنقضي بالتقادم، وذلك بمضي المُدَّة العاديَّة، بمعنى 3 سنوات⁷، لأنَّها من الجنح، فلم يحدِّد لها القانون رقم 06-01 مُدَّة تقادم أطول⁸، برغم أنَّ مُدَّة 3 سنوات غير كافية لإثبات جرائم معقدة كجرائم الفساد⁹. كما أنَّها تخضع للتمييز القائم بين الجريمة الفورية والجريمة المستمرة¹⁰. كجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة بعد انتهاء الوظيفة العموميَّة حيث أنَّها تعتبر جريمة مستمرة وبالتالي يبدأ حساب موعد تقادم الدَّعوى العموميَّة بشأنها من اليوم الذي ينتهي فيه التدخُّل غير المشروع في القطاع الخاص، وليس من يوم أوَّل تدخُّل، كما أنَّه يبدأ أيضاً من تاريخ نهاية مُدَّة حظر التدخُّل، إذا استمر التدخُّل لأطول من تلك المُدَّة¹¹. وفي مثال آخر، عندما يحتفظ الموظف العمومي بفائدة ما، وهو الفعل الذي يحول جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيَّة أثناء الوظيفة العمومية من جريمة فورية إلى جريمة مستمرة¹². لكن خصوصيتها تبدأ بالظهور عند تحديد تاريخ بداية سريان مُدَّة التقادم الذي يرتبط في خصوصها بأمرين.

أولاً، الطَّابع الخفي للجريمة¹³ واستعمال طرق احتالية لاختفائها. ويقصد بالجريمة الخفية في هذا الصِّدد: "الجريمة التي لا يمكن للضحية أو السُّلطة القضائيَّة اكتشافها نظراً لطبيعتها عناصرها المؤسَّسة"¹⁴. كجريمة الرِّشوة القائمة على

¹- B. BOULOC, « Application de la loi dans le temps – Loi de procédure », chron. jurisprudence, R.S.C., 1995, n° 3, p. 567.

²- F. MOLINS, préc., § 154.

³- F. MOLINS, préc., § 154.

⁴- والصحيح أنَّ يبدأ حسابها من اليوم الموالي لارتكاب الجريمة. يراجع: ع. سعد، إجراءات ممارسة الدَّعوى الجزائيَّة ذات العقوبة الجنحية، المرجع السابق، ص 50.

⁵- F. MOLINS, préc., § 157.

⁶- R. GARRON, préc., p. 760 marge n° 2.

⁷- يراجع: ق.إ.ج.، المادَّة 8.

⁸- يقارن: جريمة الاختلاس في القطاع العام التي تساوي مُدَّة تقادم دعواها العموميَّة حدَّها الأقصى من عقوبة الحبس الذي يعادل 10 سنوات. القانون رقم 06-01، المادَّة 54 (الفقرة الأخيرة).

⁹- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. §§ 5 et 6.

¹⁰- V. C. PREBISSY-SCHNALL, préc., p. 120.

¹¹- M. SEGONDS, « Prise illégale d'intérêts », préc., § 115.

¹²- V. M. VÉRON, *Droit penal spécial*, 15^e éd., préc., p. 423 § 677.

¹³- يمكنه أنَّ يؤثر أيضاً على الدَّعوى المدنيَّة الممارسة أمام القضاء الجزائي، إذ أنَّ اكتشاف تلك الجرائم يتم عادة بعد تقادم الدَّعوى العموميَّة (يراجع: Ch. CUTAJAR, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », préc., p. 1081 sq)، والذي يمنع الضحية من المطالبة بالتعويض المدني أمام القضاء الجزائي (يراجع هذه الدِّراسة، ما سبق).

¹⁴- « Infraction occulte ». المادَّة 9-1 (الفقرة 3) من قانون الإجراءات الجزائيَّة الفرنسي المُعدَّل والمُتمَّم بالقانون رقم 2017-242.

Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, Journal officiel français, 28 février 2017, n° 50, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034096721/> (08/11/2021).

اتفاق سِرِّي بين أطرافه. أما الجريمة المستترة، فهي: "الجريمة التي يقوم فيها الفاعل عمدا بمناورات تهدف إلى منع اكتشافها"¹. وطبقا لها يبدأ حساب مُدَّة التقادم العادية من يوم اكتشاف الجريمة² وليس من يوم ارتكابها³، لإطالة موعد التقادم⁴. وهذه القاعدة من ابتكار القضاء الجنائي الفرنسي⁵ الذي طبقها على جريمة المحاباة في الصَّفقات العموميَّة⁶، حيث قرَّرت الغرفة الجنائية لمحكمة النَّقض الفرنسية بتاريخ 5 مايو 2004 أنَّ استعمال جمعية غير ربحية تخضع للقانون الخاص⁷ والادعاء بأنَّ عمليَّة استشارة المواطنين المتعاقد عليها تندرج ضمن تنفيذ صَفقة عموميَّة، لإبرام عقد بشأن تلك العمليَّة دون تطبيق إجراء طلب العروض، عرقل عمليَّة اكتشاف المخالفة الاجرامِيَّة حيث أفلت العقد من طرق الرِّقابة في مجال الصَّفقات العموميَّة، كما أنَّه أدى إلى إخفاء تلك المخالفة لمُدَّة طويلة⁸.

ولقد كرس قانون الإجراءات الجزائيَّة الفرنسي⁹ القاعدة السَّابقة بالسَّبب إلى الجرائم بوجه عام، ويحتمل أنَّ السَّبب في ذلك يرجع إلى الانتقاد الذي تعرضت له هذه القاعدة بكونها تخالف مبدأي الشرعيَّة الجنائيَّة والتفسير الضيق للنصوص الجنائيَّة¹⁰، بالإضافة إلى انتهاك واجب التوقع نظرا لتوسيع محكمة النَّقض الفرنسية لمجال تطبيقها من حيث الجرائم كلما واتتها الفرصة، حيث إنَّ المُخاطَب بالقاعدة الجنائيَّة لا يستطيع توقع مُسبِّقا القواعد الإجرائيَّة التي

1- « Infraction dissimulée ». المادَّة 9-1 (الفقرة 4) من قانون الإجراءات الجزائيَّة الفرنسي المُعدَّل والمُتمَّم بالقانون رقم 2017-242.

2- ثار الجدل في القانون الفرنسي حول تحديد هذا التاريخ. فهل هو تاريخ تبليغ الضحية السُّلطات المختصة بوقوع الجريمة أم بتاريخ علم هذه الضحية بذلك، والذي يبدأ منه حساب مُدَّة التقادم بدلا من حسابها من يوم تبليغها السُّلطات المختصة بالجريمة. ولقد أخذت محكمة النَّقض الفرنسية في جريمة المحاباة في الصَّفقات العموميَّة بتاريخ علم الضحية المتضررة من الجريمة في حكمها المؤرخ في 27 أكتوبر 1999، ويلقى موقفها السابق تأييدا لدى الفقهاء الفرنسيين مثل Renucci. يراجع:

Cass. crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, Bull. crim., n° 238, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068778> (19/03/2023) ; J.-F. RENUCCI, obs. sur cass. crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, Droit et Patrimoine, 2000, n° 83.

لكن إذا علمت السُّلطات المختصة بوقوع الجريمة الخفية أو المستترة قبل أنَّ تعلم بما الضحية التي أصابها بضرر، وبخاصَّة في جرائم الفساد كالرشوة التي عادة ما لا يعلم الشَّخص بأنَّه وقع ضحية لها (يراجع: Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.)، فلا بد وأنَّ حساب مُدَّة التقادم يبدأ من ذلك التاريخ. فتعي علمت الضحية أوَّلا بوقوع الجريمة، فإنَّ حساب مُدَّة التقادم تبدأ من ذلك التاريخ، أما إذا علمت السُّلطات المختصة بذلك أوَّلا، فوجب أنَّ يبدأ حساب تلك المُدَّة من هذا التاريخ.

3- F. MOLINS, préc., § 157.

4- تجب الإشارة إلى أنَّ قانون الجرائم والعقوبات الفرنسي لسنة 1791 كان يقرَّر بأنَّ حساب مُدَّة التقادم يبدأ من يوم علم الجهات المختصة بوقوع الجريمة. وكان يجوز آنذاك قطع التقادم -حيث يبدأ حساب مُدَّة التقادم من جديد بسببه- لمرة واحدة فقط. ولقد حاول مشروع قانون مؤرَّخ في سنة 1949 الرامي إلى تعديل قانون الإجراءات الجزائيَّة الفرنسي لسنة 1808 العمل مجدِّدا بالقاعدة السَّابقة. غير أنَّه قوبل بالرفض والانتقاد. فتخلَّى عنه المُشرِّع الفرنسي. يراجع: B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », préc., pp. 294-295.

5- V. F. MOLINS, préc., § 157.

6- Cass. crim., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-82.319, préc. ; AJ Pénal, n° 3, 2009, p. 131-132, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE. V. aussi cass. crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, préc. ; Cass. crim., 5 mai 2005, pourvoi n° 03-85.503, Bull. crim., n° 110, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071238> (19/03/2023) ; C. MASCALA, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.) : un président pénalement sanctionné », préc., pp. 141-143.

7- تعتبر هذه الجمعية كشخص معنوي ظاهر Association transparente. يراجع حولها: هذه الدِّراسة، ما سبق.

8- Cass. crim., 5 mai 2005, pourvoi n° 03-85.503, AJ Pénal, 2004, n° 7-8, p. 285 sq., note C. GIRAULT.

9- هذا القانون متوافر على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/

10- J.-F. RENUCCI, préc.

ستطبق على الجريمة التي يرتكبها¹، في مادته 9-1 (الفقرات 2، 3، 4) بموجب القانون رقم 2017-242 المؤرخ في 27 فبراير 2017². والتي ينبغي على القضاء الجزائي الجزائري الأخذ بها في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، لأنّ الفساد بطبيعته جريمة خفية، بحيث يستعمل أطرافه في معظم الأحيان مناورات احتالية بغرض اخفائه، بشرط تسبب حكمه في كل قضية على حدة، إذ يجب عليه أن يبين الطريقة التي جعل بواسطتها الموظف العموميّ مثلاً انتهاك المبادئ الأساسية للصّفقات العموميّة مستترا، لكي لا يتعرض حكمه للنقض³. ولأنّ هذه الطريقة غير مكلفة للخزينة العموميّة من الناحية الماديّة⁴. ولأنّها، أخيراً، تتطابق تماماً مع أحكام اتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد التي تقترح على الدّول الأطراف فيها إطالة مُدّة التقادم المسقط لحق المتابعة الجزائية، فيما يتعلّق بجرائم الفساد، طبقاً للمادّة 29 من تلك الاتفاقية. وتعتبر الدّولة الجزائرية ملزمة دُستورياً باحترام أحكام هذه الاتفاقية⁵.

ثانياً، قد يتوقف ذلك على أحد عناصر جريمة الرّشوة. بحيث لا يبدأ حسابه من تاريخ إتمام الجريمة كما هو مقرر قانوناً (أي، تاريخ طلب أو قبول المزية غير المستحقة أو قبضها في جريمة المرتشي، وتاريخ الوعد أو العرض أو المنح في جريمة الراشي)⁶، وإنما من تاريخ تنفيذ اتفاق الرّشوة (القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل المتفق عليه)⁷، فإذا تجدد تنفيذه، فإنّ المُدّة تبدأ من تاريخ تنفيذ آخر اتفاق، كأن يدفع الراشي إلى المرتشي مقابل الرّشوة في دفعات أو في شكل أقساط فيبدأ حساب التقادم من يوم آخر دفعة⁸ على أن تشمل الدّعوى العموميّة بشأنها المزايا الأخرى التي دفعها الراشي من قبل حتى وإن كان تاريخ تنفيذها يزيد على مُدّة التقادم العادية ما دامت مرتبطة بنفس اتفاق الرّشوة⁹. وبالتالي تتحول الرّشوة من جريمة فورية إلى جريمة مستمرة في هذه الحالة¹⁰. ويعني ذلك أنّ مرور مُدّة من الوقت بين تحقق جريمة الرّشوة بإبرام اتفاق الرّشوة، وتنفيذ هذا الاتفاق فعلاً بصورة مُتجدّدة ليست مجرّدة عن أيّ أثر قانونيّ من الناحية الجنائية.

غير أنّ القاعدة السابقة قد تخالف مبدأ التّفسير الضيّق للنصّ الجنائي¹¹. وإن كانت تتناسب جيداً مع هدف المُشرّع الرامي إلى تسهيل المعاقبة على الرّشوة: فإذا كان القانون قد قرّر المعاقبة على الرّشوة وهي لا زالت في طور

¹- V. C. GIRAULT, « La prescription des infractions occultes », obs. sur cass. crim., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-85.503, AJ Pénal, 2004, n°s 7-8, p. 285 sq.

²- Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, préc.

³- J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Favoritisme dans l'attribution des marchés publics (art. 432-14, c. pén.) », R.S.C., 2000, n° 3, p. 618 sq. ; cass. crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, préc.

فقد قرّرت محكمة التّفّض الفرنسية في الحكم المذكور أعلاه أنّه بالرغم من إمكانية تطبيق القاعدة السابقة على جريمة المحاباة في الصّفقات العموميّة كما ذهبت اليه محكمة الاستئناف Caen في القرار المؤرخ في 20 أبريل 1998 المطعون ضده، كان يتعين على قضاة الموضوع أن يبينوا في قرارهم أنّ المخالفات التي ارتكبها المُدان تم اخفائها أو أنّها ارتكبت بصورة خفية، وعلى هذا الأساس نقضت محكمة التّفّض قرار محكمة الاستئناف السابقة.

⁴- Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁵- يراجع: دُستور 2020، الديباجة، الفقرة 13.

⁶- يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

⁷- V. B. BOULOC, « Le délit de corruption se renouvelle à chaque acte d'exécution du pacte de corruption », préc., p. 226 sq.

⁸- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 8.

⁹- Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

¹⁰- F. CHOPIN, préc., pp. 224-225.

¹¹- J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 9.

إبرام اتفاق الرشوة، فإنَّ بداية حساب مُدَّة التقادم من هذا التاريخ، إذا جرى تنفيذ ذلك الاتفاق فعلا، سيعرقل تحقيق ذلك الهدف التشريعي¹. ومن عيوب القاعدة السابقة أيضا أنَّها لا تحل جميع المشاكل التي تثيرها مُدَّة التقادم القصيرة لجريمة الرشوة². كما أنَّه يصعب تطبيقها، نظرا إلى صعوبة إثبات وجود مقابل الرشوة المدفوع³. وأخيرا، فإنَّ المُشرِّع الجزائري رصد لجريمة الرشوة حكما خاصا، فيما يتعلَّق بتقادمها، حيث إنَّ الدَّعوى العمومية بشأنها لا تسقط بالتقادم ابتداءً من تاريخ ارتكابها⁴.

يشار في الأخير إلى أنَّ العرقة الجنائية لدى محكمة النَّقض الفرنسية طبقت بتاريخ 19 مارس 2008 نفس الحل على جريمة استغلال النُّفوذ التي يرتكبها الموظف العمومي. بحيث يبدأ تقادم الدَّعوى العمومية بشأنها من تاريخ تنفيذ اتفاق الفساد المبرم بين الجناة. والسَّبب يتمثَّل في التشابه الكبير ما بينها وجريمة الرشوة، حيث إنَّ كلاهما يتألف، كما أوضحت الدِّراسة في السابق، من اتفاق فساد Pacte de corruption، ومن نفس العناصر الأخرى، بإستثناء الغرض من الجريمة⁵. وإلى أنَّ تقادم الدَّعوى العمومية قد يمنع فعلا الإدانة الجزائية وبالتالي، الحكم بالعقوبة، غير أنَّه في مجال الفساد يجوز على الرغم من اكتسابه -بمعنى التقادم المسقط- القضاء بمصادرة الممتلكات ذات المنشأ الأجنبي التي تأتت من ارتكاب إحدى جرائم الفساد أو استعملت لارتكابها وهذا، طبقا للمادَّة 63 (الفقرة 3) من القانون رقم 06-01.

2- تقادم العقوبات المحكوم بها

تولى قانون الإجراءات الجزائية تنظيمه⁶، ونصت المادَّة 612 (الفقرة 1) منه على أنَّه: "يترتب على تقادم العقوبة تخلص المحكوم عليه من آثار الحكم بالإدانة إذا لم تكن العقوبة قد نفذت في المهل المحددة في المواد من 613 إلى 615 أدناه". فهو، كما وصفه Pradel، "يعرقل تنفيذ الجزاء عندما تمضي مدة زمنية معينة منذ الحكم بالإدانة"⁷ بحيث "يتوقف سند التَّنفيذ الذي يصدر نتيجة لهذا الحكم عن إنتاج أثره"⁸ بسبب ذلك⁹. فهو اذن يحدِّد الوقت الذي يمكن خلاله تنفيذ العقوبة الصادرة عن القضاء الجزائي¹⁰. ويجب على الجهات المختصة أن تشرع في إجراءات تنفيذها خلال المهلة المخصصة لذلك، وإلا سقط هذا الحق. كما يلاحظ أنَّه -كالمعفو الرئاسي¹¹- مبني على افتراض تنفيذ العقوبات المحكوم بها Exécution fictive¹².

¹- V. J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 9.

²- J. LELIEUR, « La prescription des infractions de corruption », préc., p. 1076 sq. § 10.

³- V. Ch. MIRABEL, préc., p. 197 sq.

⁴- يراجع: هذه الدِّراسة ما يأتي.

⁵- V. J. LELIEUR, « Nouvelle avancée jurisprudentielle en matière de prescription des infractions occultes », préc., p. 319 sq.

⁶- يراجع: المواد 612 إلى 617 ق.إ.ج.

⁷- نقلا عن: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 724 § 887.

⁸- نقلا عن: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 724 § 887.

⁹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 724 § 887.

¹⁰- L. GRIFFON-YARZA, préc., § 11.

¹¹- وهو من أسباب انقضاء العقوبات أيضا. يراجع: هذه الدِّراسة، ما يأتي.

¹²- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 724 § 886.

ويلزم لاكتسابه ثلاثة شروط. فيجب ألا تكون الدَّعوى العموميَّة قد انقضت من قبل بالتقادم¹. ويجب أن تكون العقوبات المحكوم بها قابلة للتقادم: فليس جميع العقوبات تنقضي به² كالعقوبات التكميلية التي لا يحتاج تنفيذها ضد المحكوم عليه إلى اتخاذ أي عمل أو إجراء تنفيذ قسري *Mesure d'exécution forcée* بحيث تنتج آثارها بمجرد الحكم بها³، كتلك السالبة أو المقيدة لحريته أو حقوقه مثل العقوبات المانعة⁴ كعقوبة الإقصاء من المشاركة في الصَّفقات العموميَّة. فهذه العقوبات تعتبر من قبيل العقوبات التي لا تتقادم *Imprescriptible*⁵. بالإضافة إلى عقوبة عدم الأهلية التي لا تسقط حتى لو تقدمت العقوبات الأخرى - بشرط أن تكون بدورها قابلة للتقادم - المحكوم بها⁶. ويجب أن تمضي مُدَّة من الوقت يقع تحديدها ضمن صلاحيات التشريع الجنائي. وفي هذا الصدد، نصت المادَّة 613 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية حول الجرح، ومنها جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة، على أنَّ العقوبات تتقادم "بعد مضي خمس سنوات كاملة ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه هذا القرار أو الحكم نهائيًا". وهذا كقاعدة عامة.

غير أنَّ عقوبات الجرح تخضع إلى مُدَّة أطول⁷، إذا "كانت عقوبة الحبس المقضي بها تزيد على الخمس سنوات"، وفي هذه الحالة "فإن مدة التقادم تكون مساوية لهذه المدة" طبقاً للمادَّة 614 (الفقرة 2) السابقة. ويسري هذا الاستثناء بانتظام على جريمة الرشوة في مجال الصَّفقات العموميَّة المحدَّدة بالمادَّة 27 من القانون رقم 06-01، لأنَّ القانون يعاقب عليها بالحبس ما بين 10 إلى 20 سنة، ما لم توجد ظروف مُخفِّفة تنزل بالعقوبة إلى أقل من 5 سنوات. كما أنَّه يُطبَّق أيضاً على جرائم الفساد الأخرى الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة، إذا حكم فيها بعقوبة الحبس تزيد على خمس سنوات، وهو أمر متوقع جداً لأنَّ حدَّها الأقصى لعقوبة الحبس يصل فيها إلى 10 سنوات⁸. ونلاحظ من هذا أنَّ جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة تخضع في القانون الجزائري إلى القواعد الاستثنائية الأكثر شِدَّة أكثر من خضوعها إلى القواعد العامَّة.

وللإشارة، فإنَّ الاختلاف في مُدَّة تقادم العقوبات الذي كرسه قانون الإجراءات الجزائية⁹ بالنظر إلى نوع الجريمة (إن كانت جنائية، جنحة، أو مخالفة)، وإذ يستند هذا النوع من التقادم إلى فكرة النسيان أيضاً، يجد أساسه في فكرة التناسب *Proportionnalité* التي تأخذ بالاعتبار جسامة وخطورة الأفعال والوقت اللازم لنسيان هذه الأفعال من

¹- V. L. GRIFFON-YARZA, préc., §§ 11-12.

²- V. L. GRIFFON-YARZA, préc., §§ 14 et 25 à 28.

³- وأساس ذلك، أنَّ الغرض من التقادم المسقط هو معاقبة السُلطات المختصة على اهمالها اتخاذ إجراءات التَّنفيذ الجبري للأحكام القضائيَّة. فإذا لم توجد هناك أي إجراءات يجب أن تتخذ لتنفيذ العقوبات الصادرة عن القضاء، فعندها يصبح التقادم المسقط بلا أهميَّة. يراجع:

J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 528.

⁴- V. L. GRIFFON-YARZA, préc., § 25.

⁵- V. L. GRIFFON-YARZA, préc., §§ 21 et 25.

⁶- ق.إ.ج.، المادَّة 612 (الفقرة 2).

⁷- Cf. en droit français, L. GRIFFON-YARZA, préc., § 47.

⁸- يراجع: القانون رقم 06-01، المادَّتان 26 و 35.

⁹- يراجع: ق.إ.ج.، المواد 7، 8، 9.

طرف الناس لتحديد تلك المُدَّة¹. أخيراً، يلاحظ أنَّ سريان مُدَّة تقادم العقوبات قد ينقطع Interruption بفعل إجراءات التَّنفيذ الجبري كالتوقيف² أو الحجز أو الأمر بالدَّفْع في عقوبة الغرامة³ وعقوبة المصادرة⁴. كما أنَّها قد تتوقف Suspension بسبب قوة قاهرة كالهزة الأرضية، أو الفيضان، أو الفرار من المُؤسَّسة العقابية، أو ايداع المحكوم عليه الحبس في دولة أجنبية⁵.

وبتوافر الشُّروط المذكورة مسبقاً، ومضي المهلة القانونية الأصلية أو الاستثنائية، ينتج عن التقادم إعفاء الشَّخص المُدان جزائياً من تنفيذ العقوبات المحكوم بها ضده بشكل نهائي⁶، بحيث تعتبر هذه العقوبات وكأنَّها قد نُقِذت فعلياً من طرف الشَّخص المحكوم عليه بها⁷. غير أنَّه لا يَعدِّم الحكم بالإدانة⁸.

ب- عدم تقادم الدَّعوى العمومية أو العقوبات

هناك جرائم لا تتقادم دعواها العمومية وعقوباتها، لأنَّ القانون نصَّ على ذلك⁹. فيجوز بذلك مباشرتها أو تنفيذها بدون التقيد بمهلة زمنية محدَّدة، ما لم ينقضيان لسبب آخر مثل إلغاء التَّجريم أو العفو الشامل. وتندرج بعض جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العمومية ضمن هذا الاستثناء الذي سنتطرق إليه فيما يأتي.

1- في قانون الإجراءات الجزائية

بالنَّسبة إلى الدَّعوى العمومية، فقد نصت عليه المادَّة 8 مُكرَّر (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة"¹⁰. وقد كانت تشمل أيضاً اختلاس الأموال العمومية، لكنها أُلغيت بموجب المادَّتان 54 (الفقرة 3)¹¹ و 71¹² من القانون رقم 06-01. ويعتبر هذا الحكم القانوني، المشابه لما هو موجود في القانون الأنجلوسكسوني¹³، من الأحكام الاستثنائية المُشدَّدة¹⁴. فالمصلحة المحمية بموجب الجريمة، إذ قد

¹- J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », préc., p. 490 sq. § 8.

²- ويقع في حالة كان الجزاء المراد تنفيذه سالباً للحرية كالحبس.

³- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 528.

⁴- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., pp. 528-529.

⁵- J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, préc., p. 528.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 726 § 891.

وق.إ.ج.، المادَّة 612 (الفقرة 1).

⁷- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 724 § 886 et p. 726 § 891.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 726 § 891.

⁹- V. L. GRIFFON-YARZA, préc., §§ 21-23.

وق.إ.ج.، المادَّتان 8 مُكرَّر و 612 مُكرَّر؛ والقانون رقم 06-01، المادَّة 54 (الفقرة 1).

¹⁰- مستحدثة بالقانون رقم 04-14. والذي يبدو أنَّه دخل حيز النفاذ بأثر فوري ابتداءً من يوم صدوره على الجرائم التي لم تسقط بعد بالتقادم. فقوانين تقادم الدَّعوى العمومية تسري بأثر فوري، وإنَّ كانت أشد. يراجع: F. MOLINS, préc., § 154. وجاء ذلك الحكم، الذي يتشابه مع ما هو مقرَّر للجرائم ضد الإنسانية، نتيجة الالتزام باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية لسنة 2000، المادَّة 11.

¹¹- جاء فيها: "غير أنَّه بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في المادة 29 من هذا القانون، تكون مدة تقادم الدعوى العمومية مساوية للحد الأقصى للعقوبة المقررة لها". ويقصد النصَّ جريمة الاختلاس. وهو نصٌّ لاحق يخالف حكم المادَّة 8 مُكرَّر من قانون الإجراءات الجزائية، ويلغيه بالتالي.

¹²- وقد نصت على إلغاء الأحكام المخالفة للقانون رقم 06-01.

¹³- V. P. FARGE, préc., p. 293

¹⁴- V. M. LACAZE, préc., pp. 142-143 § 294.

يترتب عن الجريمة مساس خطير بالنظام القانوني والسياسي والاقتصادي للدولة، تحدّد أحيانا القواعد الإجرائية التي يجب أن تطبّق عليها، فينصّ المُشرّع بشأنها على أحكام قانونية إجرائية خاصة¹، كإطالة مُدّة تقادم دعواها العمومية². فإذا كان تمديد هذا الأجل يعتبر إجراء مُشدّد، فمن باب أوّل أن يعتبر عدم التقادم مثله كإجراء استثنائي مُشدّد، لأنّه أكثر قسوة من إطالة مُدّة التقادم.

ولقد كرّر المُشرّع نفس الحكم، فيما يتعلّق بالعقوبة. إذ تنصّ المادة 612 مُكرّر من قانون الإجراءات الجزائية على أنّه "لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والرشوة".

والشرط الوحيد -والأساسي- لعدم التقادم في الحالتين يتمثّل في الوصف القانوني للجريمة. فيجب أن تكون من نوع الجناية أو الجنحة وليس المخالفات. ثمّ يجب أن يكون لهذه الجناية أو الجنحة وصف الفعل الإرهابي والتخربي، أو وصف الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، أو وصف الرشوة الذي يتعلّق بجريمة الرشوة في مجال الصّفقات العمومية المحدّدة بالمادة 27 من القانون رقم 06-01. والقاعدة تقول إنّ الجرائم التي تتشابه من حيث المحتوى تخضع لنفس الأحكام المتعلّقة بتقادم الدّعوى العمومية³، والمتعلّقة بالعقوبات قياسا عليه. وبناءً عليه، يجب ألا تسقط الدّعوى العمومية أو العقوبات في جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العمومية بالتقادم عملا بأحكام المادة 8 مُكرّر السابقة.

مع الملاحظة أنّ المادة السّالفة تذكر الرشوة بمفردها. ويعني هذا أنّ الدّعوى العمومية بشأن جريمة المحاباة، وجريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العمومية، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية تنقضي، بالعكس، بالتقادم. ولقد أثار إقصاء هذه الجرائم، وجرائم الفساد الأخرى، من نطاق تطبيق عدم التقادم تحفظ بعض الفقهاء في الجزائر⁴. ومهما يكن في الأمر من سوء، فإنّ نظام عدم التقادم المقرر لجريمة الرشوة في مجال الصّفقات العمومية، وجرائم الرشوة الأخرى، بموجب المادة 8 مُكرّر (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية، يمنح الجهات القضائية المختصة حرية أكبر في تسيير الخصومة الجنائية، حيث إنّها تستطيع، بمحض إرادتها، فلا تقيدها في ذلك أيّ مُدّة زمنية بمضيها تفقد حقها في ممارسة الدّعوى العمومية، إنهاء إجراءات الدّعوى العمومية بناءً على ملاءمة المتابعة الجزائية Opportunité des poursuites⁵، المعمول به في القانون الجزائري أيضا⁶، ما لم تنقضي الدّعوى العمومية لسبب آخر.

وقد أشارت هنا Lacaze إلى أنّ المصلحة التي يحميها القانون قد تبرر النصّ على إجراءات استثنائية مُشدّدة في مجالات الارهاب والمخدرات والجريمة المنظمة، كتمديد آجال تقادم الدّعوى العمومية.

¹- V. M. LACAZE, préc., pp. 140-143 §§ 288-294.

²- V. M. LACAZE, préc., p. 142-143 § 294.

³- R. GARRON, préc., p. 760 § 21.

⁴- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 93-94.

⁵- V. P. FARGE, préc., p. 293.

⁶- يراجع: ع. اوهايبي، المرجع السابق، ص 51-52.

2- في القانون رقم 01-06

ونصت عليه المادة 54 (الفقرة 1) من القانون رقم 01-06 بقولها: "دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، لا تتقدم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن"¹. ويتطلب تطبيقه اجتماع أربعة شروط في آن واحد. فيجب أولاً أن تكون الجريمة من جرائم الفساد التي نصّ عليها القانون رقم 01-06. ويؤكد هذا الشرط خضوع جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة إلى أحكام عدم التقادم طبقاً للمادة 54 (الفقرة 1) من القانون رقم 01-06. لكن يستثنى منها جريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة² التي تخضع إلى أحكام المادة 8 مكرّر من قانون الإجراءات الجزائية، بحيث أن دعوها العموميّة وعقوبتها لا تتقدم بمجرد ارتكابها، نظراً إلى وصفها القانونيّ بأنها رشوة³.

يجب ثانياً أن ينتج عن تلك الجريمة عائدات إجرامية. ويقصد بالعائدات الإجرامية في مفهوم القانون رقم 06-01: "كل الممتلكات المتأتية أو المتحصل عليها، بشكل مباشر أو غير مباشر، من ارتكاب الجريمة"، حسب المادة 2 (الفقرة الفرعية "ز") منه. ويقصد بالممتلكات في التعريف السابق: "الموجودات بكل أنواعها، سواء كانت مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات أو السندات القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود الحقوق المتصلة بها" (المادة 2، الفقرة الفرعية "و"، من نفس القانون). كتمن الصّفقة العموميّة. وهذه العائدات لا تنتج في حالة الشروع في جريمة الفساد⁴. ولا تنتج كذلك عندما يرفض مثلاً شخص طلب موظف عموميّ بمنحه مزية غير مستحقة مقابل استغلال هذا الأخير لنفوذه، والتي يعاقب عليها القانون رقم 01-06، المادة 32.

يجب ثالثاً ألا تسقط الدعوى العموميّة أو العقوبات المحكوم بها بالتقدم قبل التحويل. والذي يستخلص من النصّ السابق الذي اشترط لعدم تقدم الدعوى العموميّة والعقوبات المحكوم بها عدم الإخلال بالقواعد العامة للتقدم. فإذا حولت تلك العائدات بعد اكتساب التقدم، فإنّ الدعوى العموميّة والعقوبات المحكوم بها تسقط، ولا مكان لتطبيق أحكام المادة 54 (الفقرة 1) عليها.

يجب أخيراً أن تحول العائدات الإجرامية المتحصل عليها من جريمة الفساد إلى خارج الإقليم الوطنيّ الجزائري كما هو محدد في القانون الدوليّ العام (الإقليم البري والجوي والمائي). والملاحظ من المادة 54 السابقة أنّه لا فرق في

¹ - نتج كسالفه عن اتفاقية دولية أخرى تتمثل في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المادة 29. مما يعني أنّ نظام عدم التقدم الجنائيّ نقّد إلى القانون الجزائريّ عن طريق الاتفاقيات الدوليّة التي صادقت عليها الدّولة الجزائرية. ولقد انتقد الفقه الجزائريّ ذلك الحكم. يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائيّ الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 94.

² - القانون رقم 01-06، المادة 27.

³ - يراجع: أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائيّ الخاص، ج 2، ط. 13، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - وهذا قياساً على عقوبة الغرامة التّسببية أين لا تُطبّق عندما تضبط الجريمة في مرحلة الشروع حيث لا تترتب عنها أية فائدة. يراجع: ج. ثروت، المرجع السابق، ص 449 الفقرة 515.

التحويل بين أن يكون بغرض إخفاء تلك العائدات عن الجهات القضائية الجزائرية وتفادي مصادرتها، أو أن يتم بحكم المعاملات التجارية الدولية كأن تتعاقد إدارة عمومية جزائرية مع مؤسسة أجنبية على أن يُدفع سعر الصفقة عن طريق تحويل بنكي إلى حساب كائن خارج الإقليم الوطني الجزائري.

وبرغم محاسن نظام عدم التقادم في مواجهة ظاهرة الإفلات من القضاء والعقوبة الجزائريان، إلا أنه يتميز ببعض العيوب. فقد تفقد الأدلة قوتها الإثباتية بمرور الوقت فيترب عنها وقوع أخطاء قضائية، ولهذا تقرّر في الأصل سقوط الدّعى العموميّة بالتقادم¹. فللوقت إذن أهيمّة كبيرة في القانون الجنائي. ولهذا، برغم أن القانون يمنحها حقّ متابعة هذه الجرائم في أيّ وقت - طالما لم تنقضي الدّعى العموميّة لسبب آخر - يجب على جهات المتابعة الجزائية أن تمارس صلاحياتها بالسرعة الكافية كما لو كانت الجريمة التي تواجهها من الجرائم التي تسقط بالتقادم، وعليها أن تتقيد في ذلك بمُدّة التقادم العادية - بمعنى 3 سنوات بالنسبة إلى الجنح كجرائم الفساد - وألا تتدرّع بعدم التقادم للتأني في مباشرة الإجراءات، وأنّ تباشر جمع الأدلة في أقرب أجل ممكن، لتفادي تلك العيوب. أيضا فإنّ أحكام المادّة 54 (الفقرة 1) من القانون رقم 06-01 تتميز بنطاق تطبيقها المحدود. فهي لا تنطبق على جرائم الفساد التي ينتج منها عائدات إجرامية ضئيلة، نظرا لعدم جدوى - المقصود هنا هو الجدوى الاقتصادية بخاصّة - تحويلها إلى الخارج. بينما مرد الأحكام الخاصة لتقادم الدّعى العموميّة في مجال الفساد هو خطورة السُّلوك الإجرامي²، وليس جانبها الاقتصاديّ (العائدات الإجرامية) كما جاء في القانون رقم 06-01. إلى جانب ذلك فإنّها لا تُطبّق في حالة الشروع في جريمة الفساد، أو عندما لا يقبل أحد أطراف اتّفاق الفساد عرض الطرف الآخر برغم أن هذه الحالة الأخيرة تعتبر خطيرة أيضا في نظر علم الإجرام³، لانعدام العائدات الإجرامية. وأخيرا، فإنّ الجناة يفلتون من العقوبة في كلّ مرة يتم فيها تحويل العائدات بعد انقضاء مُدّة التقادم العامّة. وهذه ثغرة قانونيّة يُفيدُ منها الجناة الذين يتمكنون من إخفاء فسادهم بنجاح طيلة مُدّة التقادم العادية، وهم في الغالب من ذوي المناصب العليا في الدولة أو من يملكون الوسائل الماديّة والقانونيّة اللازمة لذلك، مما يشكل إخلالا بمبدأ المساواة أمام القانون الجنائي.

ثانيا: العفو الشامل

تقتضي دراسة العفو الشامل كسبب مشترك لانقضاء الدّعى العموميّة والعقوبات التطرق إلى تعريفه (الفقرة "أ")، ثمّ شروطه (الفقرة "ب")، ثمّ آثاره (الفقرة "ج").

أ- تعريف العفو الشامل

¹- V. M. BOUCHET, préc., p. 450 § 562.

²- يراجع: الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المرجع السابق، ص 109 الفقرة 271.

³- W. JEANDIDIER, « Corruption et trafic d'influence », préc., § 28.

العفو الشامل Amnistie¹، افتراض Fiction² -قانوني³ - لكونه يعتبر الوقائع التي حدثت فعلا في العالم المادي كأن القانون لم يُجرّمها أبدا⁴، مجرد البعض من الوقائع عن صفتها الإجرامية -التي أضفاها التشريع الجنائي عليها قبل أن يقرّر المُشرّع العفو عنها في وقت لاحق- بأثر رجعي⁵. ويُطبّق -بعكس العفو الرئاسي Grâce الذي يخصّ العقوبات فقط⁶- في حالتين. أولاً، مباشرة بعد ارتكاب الواقعة الإجرامية، فيؤدي في هذه الحالة إلى انقضاء المتابعة الجزائية. وهذا ما نصت عليه المادة 6 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية بصراحة بقولها: "تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم، وبالتقدم وبالعفو الشامل، [...]". فالدعوى العمومية لا تبشر إلا بسبب واقعة توصف بأنها جريمة⁷. ثانيا، بعد صدور الحكم بالإدانة، وفي هذه الحالة يحى العفو الشامل هذا الحكم⁸.

ب- شروط العفو الشامل

يحتاج العفو الشامل إلى ثلاثة شروط، لإنتاج آثاره بشكل قانوني استخلصها الفقهاء باستقراء القوانين المتعلقة به⁹ وهي: أولاً، فالعفو الشامل يجب أن يصدر في شكل نصّ تشريعي عادي. فطبقاً للمادة 139 (الفقرة الفرعية 7) من الدستور: "يُشرّع البرلمان في الميادين التي يخصّصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: [...] (7) - القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لا سيما تحديد الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون، [...]". ومن المنطقي أن تقرر ذلك السُلطة التشريعية، لأنّ تحديد الجرائم وعقوباتها يندرج أصلاً ضمن اختصاصها الدستوري¹⁰ وهذا عملاً بقاعدة توازي الأشكال¹¹. يجب ثانياً تحديد الفترة الزمنية التي ينحصر سريان أحكامه خلالها¹². وهي فترة في الماضي، لأنّ العفو الشامل يرتبط

1- العفو الشامل لفظ دستوري في الجزائر، فقد أشارت إليه المادة 139 (الفقرة الفرعية 7) من الدستور الحالي. لكن المشكلة تكمن في تعبير "العفو" الذي ينطوي على شيء من المغالطة حول طبيعته الصحيحة. فالعفو الشامل تقرّر للنسيان L'oubli، ويختلف النسيان عن العفو Pardon الذي برغم أنّه يعفي الشخص من تحمل الآثار القانونية المترتبة عن جرمته، إلا أنّه لا يغيّر الواقعة المرتكبة. أما النسيان فيعني أنّ المُشرّع قد استبعد وصف الواقعة المرتكبة بالجريمة المعاقب عليها. ولهذا يعتبر النسيان أوسع من العفو، وأقرب الألفاظ من حيث المعنى إلى اللفظ الفرنسي Amnistie. يراجع: C. LOMBOIS, préc., p. 39.

2- C. LOMBOIS, préc., p. 39 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 657-658 § 896.

3- لأنّه يتقرّر بموجب قانون. يراجع: المادة 139 (الفقرة الفرعية 7) من دستور 2020.

4- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., pp. 657-658 § 896. V. aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 389.

5- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 657 § 896 : « [...] Elle [l'amnistie] a pour effet fondamental de dépouiller rétroactivement certains faits de leur caractère délictueux. [...] » (italique souligné par l'auteur). V. aussi J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 332 § 389.

6- يراجع: هذه الدراسة ما يأتي.

7- والعفو الشامل ينزع عنها تلك الصفة. يراجع: § 7 F. MOLINS, préc.,

8- H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 550 § 977 et p. 554 § 986.

9- V. C. LOMBOIS, préc., p. 40.

10- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 658 § 896.

11- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 366. تنور المشكلة بصدد التشريع عن طريق الأوامر. فهل يجوز لرئيس الجمهورية التشريع بالأوامر في ميدان العفو الشامل، لأنّ هذه الأوامر ترقى كذلك، إذا توافرت فيها الشروط الدستورية، إلى مرتبة التشريع.

12- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 390.

بالجرائم التي ارتكبت قبل صدوره¹. ويعتبر شرطاً ضرورياً، لأنّ العفو الشامل هو عبارة عن إجراء مؤقت ذو آثار نهائية بالنسبة إلى الأشخاص الذين استفادوا منه². كأن ينصّ التشريع المتعلّق بالعفو الشامل على سريان آثاره على الجرائم التي ارتكبت قبل تاريخ يحدّده ذلك التشريع³. ويجب أخيراً تحديد الجرائم التي تخضع للعفو الشامل. وهذا الشرط يسمح باستبعاد الجرائم التي تعتبر خطيرة جداً على النظام الاجتماعي⁴، كجرائم قانون الأعمال⁵. ومن الممكن جداً أن تعتبر جرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العموميّة، لكونها من تطبيقات الفساد، من قبيلها. فالفساد - كما اشارت مقدمة هذه الدراسة - يهدد استقرار المجتمع، لذلك تستثنى من قوانين العفو الشامل. ونحن هنا نقوم بمجرّد الافتراض على أساس ما سبق، ولا نجزم بصحته، لأننا لم نجد في القانون الجزائري أية سوابق تاريخية فصلت بصراحة في هذا الشأن. أما في القانون الفرنسي، فقد سبق وأن استبعد القانون رقم 95-884 مؤرخ في 3 غشت سنة 1995 والقانون رقم 2002-1062 مؤرخ في 6 غشت سنة 2002 جرمي الرشوة واستغلال النفوذ من نطاق تطبيقها⁶.

تجب الملاحظة أنّه توجد عدّة معايير لتحديد الجرائم التي يشملها العفو الشامل⁷. أولاً، نوع الجريمة بالنظر إلى خطورتها، كأن يطبّق العفو على المخالفات أو بعض الجناح⁸. وثانياً، بالنظر إلى موضوعها كأن يخص العفو جرائم الصحافة⁹. وثالثاً بالنظر إلى ميدان ارتكابها، كأن يقتصر العفو على الجرائم المرتبطة بمنازعات قانون العمل¹⁰. ورابعاً بالنظر إلى كميّة العقوبة المقرّرة لها قانوناً أو تلك المطبقة عليها من طرف القضاء الجنائي¹¹. ويبدو أنّ استعمال المعيار الثالث مناسب لضم أو استبعاد جرائم الفساد السابقة من نطاق تطبيق النصّ القانوني المتعلّق بالعفو الشامل.

ج- الآثار التي تترتب عن العفو الشامل

1- إنّ العفو الشامل، لكونه افتراض قانوني، لا يلغي النصوص الجنائيّة كما يفعل النصّ التشريعي الذي يصدر خصيصاً لإلغائها¹². وإنما يعطل ذلك العفو استمرارية القانون Continuité du droit بشكل مؤقت فحسب¹³. فتبقى هذه النصوص المعطلة مؤقتاً سارية المفعول في المستقبل¹⁴.

2- مجرد الواقعة الماديّة من وصفها الجنائي فحسب، أما الأوصاف الأخرى، كوصف الجريمة المدنيّة، فإنّها تبقى

¹- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 390.

²- C. LOMBOIS, préc., p. 40.

³- يشير مثلاً Pradel إلى القانون الفرنسي المؤرخ في 6 غشت 2002 الذي قرّر العفو الشامل لبعض الجرائم المرتكبة قبل 17 مايو 2002. يراجع:

J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 390.

⁴- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 391.

⁵- V. C. PORTERON, préc., § 27.

⁶- A. FITTE-DUVAL, préc., § 89.

⁷- V. C. LOMBOIS, préc., p. 40.

⁸- V. C. LOMBOIS, préc., p. 40.

⁹- V. C. LOMBOIS, préc., p. 40.

¹⁰- V. C. LOMBOIS, préc., p. 40.

¹¹- V. C. LOMBOIS, préc., p. 40 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 391.

¹²- C. LOMBOIS, préc., p. 39.

¹³- C. LOMBOIS, préc., p. 33.

¹⁴- C. LOMBOIS, préc., p. 39.

-برغم العفو الشامل - لصيقة بالواقعة المعفي عنها¹. لهذا، فإنَّ العفو الشامل لا يغلق الطريق أمام الضحية في الجريمة لطلب التعويض عن الضرر الناجم عن تلك الواقعة².

3- يتوقف تطبيق العقوبات التي لا زال الشَّخص المستفيد من العفو الشامل يقوم بتنفيذها ابتداء من تاريخ دخول التَّشريع المتضمن العفو الشامل حيز التطبيق³. فإذا كان ذلك الشَّخص مسجوناً أو محبوساً فيجب إطلاق سراحه⁴. غير أنَّه لا يستطيع المطالبة بتعويض عن المُدَّة التي قضاها من قبل في السجن أو الحبس⁵. ولا يستطيع أيضاً أن يطالب برد المَبْلَغ الذي دفعه لتسديد عقوبة الغرامة التي نَفَّذها قبل ذلك⁶.

4- يُطبَّق العفو الشامل على الجرائم التي حدَّدها التَّشريع، حتى إذا كانت احداها مرتبطة، ارتباطاً يدخل في مفهوم قانون الإجراءات الجزائية⁷، بجريمة أخرى لم يشملها ذلك العفو⁸. وهذا ما حكمت به الغرفة الجنائية لمحكمة التَّقْض الفرنسية⁹. مع وجوب الملاحظة أنَّ تفسير القوانين المتعلِّقة بالعفو الشامل يخضع كذلك لقاعدة التفسير الضيق للنص الجنائي¹⁰ كبقية النصوص الجنائية المتعلِّقة بالتجريم أو المعاقبة.

ثالثاً: إلغاء التَّشريع الجنائي

كذلك يعتبر إلغاء التَّشريع الجنائي -وأهم مثال عنه التَّشريع الذي يستهدف رفع العقاب Loi de dépenalisation¹¹، لعدم أهميَّة التجريم والمعاقبة في ميدان معين في وقت ما، والتَّشريع الذي يلغي النصوص الجنائية غير الدُّستورية، ويعلم المُشرِّع في العادة بمخالفتها للدستور عن طريق القاضي الجزائي¹²، مما يقتضي حذفها نهائياً من البَظام القانوني لمنع أيِّ متابعة جزائية على أساسها قد يثور بشأنها نزاع حول دُستوريتها¹³، وأخيراً الإلغاء الصادر عن المحكمة الدُّستورية في إطار الدَّفْع بعدم الدُّستورية¹⁴ - من الأسباب المشتركة لانقضاء الدَّعوى العموميَّة أو

¹- J. MAGNOL, « Effets de l'amnistie sur les intérêts civils de la victime », chron. jurisprudence, R.S.C., 1936, n° 3, p. 416.

²- V. F. MOLINS, préc., § 152.

³- C. LOMBOIS, préc., p. 44.

⁴- C. LOMBOIS, préc., p. 44.

⁵- C. LOMBOIS, préc., p. 44.

⁶- C. LOMBOIS, préc., p. 44.

⁷- يراجع: ق.إ.ج.، المادَّة 188.

⁸- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 391.

⁹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 § 391 ; crim. 23 mars 1989, *Bull. crim.*, n° 148 ; crim. 25 juin 1997, *Bull. crim.*, n° 254, cités dans, J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 334 marge n° 1.

¹⁰- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 333 § 389.

¹¹- يدعى كذلك بالإلغاء البسيط Abrogation simple عندما ينصب الإلغاء على نص جنائي مخالف للدستور. ويكون الإلغاء بسيطاً عندما يلغي المُشرِّع النصَّ الجنائي بدون استبداله بنص جنائي جديد يحل مكانه. يراجع: M. BOUCHET, préc., p. 279 § 349. ويقابله ما يعرف باسم الإلغاء مع التبدل Abrogation substitutive ويتمثل في استبدال نص جنائي قديم -يخالف الدُّستور- بنص جنائي جديد من أجل تفادي أيِّ فراغ قانوني. يراجع: نفس المرجع، ص 281 الفقرة 352. ولالإشارة، فإنَّ التمييز بين رفع العقاب Dépenalisation ورفع التجريم Décriminalisation صعب، ذلك أنَّه يمكن إعطاء لكل منهما معاني مختلفة. يراجع:

J.-H. ROBERT, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », préc., p. 76 sq.

¹²- M. BOUCHET, préc., p. 278 § 347.

¹³- M. BOUCHET, préc., p. 278 § 346.

¹⁴- يراجع: المادَّة 195 من دُستور 2020 التي كرس الحق في الدَّفْع بعدم الدُّستورية، والمادَّة 198 (الفرقة 4) من نفس الدُّستور التي تنص على جزاء

العقوبات المحكوم بها مع وجود اختلاف بينهما في الأساس. فقد نصت عليه المادة 6 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي التي نظم المُشَرِّع من خلالها أثرا من آثار سريان النصوص الجنائية من حيث الزمان. وهذا بالنسبة إلى الدَّعوى العمومية. ولكن إذا كانت المادة 6 السابقة تتعلَّق بالدَّعوى العمومية فقط، فإنَّ ذلك السَّبَب يمكن أن يُطبَّق كذلك على العقوبات المحكوم بها. وهذا ما سوف نعالجه كالاتي.

أ- بالنسبة إلى الدَّعوى العمومية الرامية لتطبيق العقوبات

نصت عليه المادة 6 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: "تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة [...] وبإلغاء قانون العقوبات [...]". والمقصود هنا بقانون العقوبات التَّشريع الجنائي بوجه عام الذي يشمل، فوق قانون العقوبات بخصر المعنى، القوانين الجنائية الخاصة كالقانون رقم 06-01، وهذا ما يتبين بالعودة إلى النص الفرنسي -الرسمي¹- للمادة 6 السابقة الذي يتحدث عن Loi pénale، بمعنى التَّشريع العقابي. ويؤدي إلغاء التَّشريع الجنائي -الذي يكون إما صريحا أو ضمنيا أو ينتج عن انقضاء الأجل بالنسبة إلى القوانين المؤقتة²- إلى نزع الوصف الاجرامي عن السلوك المادِّي، ومحو الرُّكن القانوني في الجريمة³. وبالقياص عليه، قضى في فرنسا بانتظام -محكمة التَّفْض تحديدا- بشأن جريمة المحاباة بأنَّ تعديل النصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية التي يحيل نصَّ التَّجْزيم إلى أنَّ مخالفتها تشكل الجريمة المعاقب عليها تعديلا صالحا للمتهم لا يسري بأثر رجعي لأنَّ نصَّ التَّجْزيم -أو كما تسميه الجهة القضائية الفرنسية بالدعماء القانونية Support legal- لم يكن محل تعديل أيضا⁴. مما يعني أنَّ إلغاء قانون الصفقات العمومية لا يساوي إلغاء التَّشريع الجنائي في جريمة المحاباة بالنسبة لانقضاء الدَّعوى العمومية. وأنَّ جريمة المحاباة تعتبر قائمة قانونا في اليوم الذي تم فيه إبرام الصفقات العمومية، فيما يتعلَّق بالأحكام القانونية التي جرت مخالفتها⁵. فالجريمة تقوم بمخالفة الأحكام السارية أثناء إبرام الصفقة العمومية. مع الإشارة إلى أنَّ ذلك الموقف القضائي مُعَارَض. فمن جهة، يعتبر قضاة الموضوع في فرنسا تعديل قانون الصفقات العمومية من تطبيقات سريان التَّشريع الجنائي الجديد بأثر رجعي لأنَّه أصلح للمتهم⁶. ومن جهة أخرى، يرى الفقه الفرنسي بأنَّ الأحكام التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية تعتبر جزءا من نصَّ التَّجْزيم، لأنَّها تشارك في عملية تحديد التَّجْزيم، وبالتالي يجب تطبيقها بأثر رجعي عندما تكون أصلح للمتهم⁷.

كذلك، من شأن إلغاء التَّشريع الجنائي أن يمنع الشروع في إجراءات المتابعة الجزائية إذا لم تكن قد بدأت قبل صدور التَّشريع الملغي، وأنَّ يؤدي إلى إنهاء إجراءات المتابعة الجزائية التي انطلقت ولا زالت مستمرة⁸ بشرط ألا يكون قد

عدم دُستورية النصوص القانونية المدفوع بعدم دُستورتها.

¹- Ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale, J.O. du 10 juin 1966, p. 482.

²- F. MOLINS, préc., § 171.

³- F. MOLINS, préc., § 170.

⁴- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., §§ 153, 155.

⁵- V. B. BOULOC, note sur cass. crim., 7 avril 2004, Bull. crim., n° 93 et 19 mai 2004, Bull. crim., n° 131, RTD com., 2004, n° 4, p. 826 sq.

⁶- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 154.

⁷- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Favoritisme (Marchés publics) », préc., § 156.

⁸- C. LOMBOIS, préc., p. 36.

صدر بناءً عليها حكم قضائي -بالإدانة أو البراءة- اكتسب قوة الشيء المقضي، لأنّ هذا الحكم يؤدي إلى انقضاء الدّعى العموميّة¹ وبالتالي اختتام مرحلة المتابعة الجزائية وانطلاق مرحلة تنفيذ العقوبة المحكوم بها ضد الشّخص إذا كان مُدان بناءً على الحكم القضائي السّابق. غير أنّ إلغاء التّشريع الجنائي لا يؤثر على الدّعى المدنيّة الرامية للتّعويض عن آثار الجريمة بشرط أن يكون القاضي قد أخطر بها قبل ذلك².

ب- بالنّسبة إلى العقوبات المحكوم بها قضائياً

بعكس انقضاء الدّعى العموميّة لإلغاء التّشريع الجنائي الذي يتأسس على المادّة 6 من قانون الإجراءات الجزائيّة، ليس هناك أساس تشريعي في القانون الجزائري يتركز إليه انقضاء العقوبات المحكوم بها لذلك السّبب، بعكس قانون العقوبات الفرنسي الذي نصّ عليها في المادّة 112-4 (الفقرة 2) منه³. لهذا يتعين أولاً أن نبحث عن أساسه القانوني (الفقرة 1)، لكي نثبت أنّه من أسباب انقضاء العقوبات أيضاً، لنحدّد بعد ذلك الآثار القانونيّة الناتجة عنه (الفقرة 2).

1- الأساس القانوني لانقضاء العقوبات بسبب إلغاء التّشريع الجنائي

لا بد من وضع المشكلة في إطارها القانوني الصحيح. فهذا السّبب يفترض وجود أمران. فمن جهة يجب أن يكون هناك تشريع جنائي قبلي ينصّ على جريمة صدر على أساسها حكم قضائي بالإدانة. ومن جهة أخرى يجب أن يصدر تشريع جنائي جديد يلغي تلك الجريمة. مثل هذه الوضعية تعرف في القانون الجنائي -وفي فروع القانون الأخرى⁴- بتنازع القوانين من حيث الزمان التي تقتضي، لحلها، تحديد الفترة الزمنية التي يتعين أن يُطبّق فيها القانونين المتعاقبين القديم والجديد⁵.

ولتحديد هذه الفترة الزمنية توجد قاعدة أساسيّة تقضي بعدم سريان القانون الجنائي الجديد بأثر رجعي في الماضي. غير أنّها تحتمل الاستثناء بموجبه يُطبّق القانون الجديد بأثر رجعي على ما وقع قبله. وإلى هذا الاستثناء يرجع أساس انقضاء العقوبات بالتطبيق لأحكام من التّشريع الجنائي القديم بسبب إلغاء هذا الأخير. فعملاً بقاعدة سريان القانون الجنائي الجديد بأثر رجعي في الماضي القائمة في هذه الحالة -المقصود هنا حالة إلغاء التّشريع الجنائي كسبب للانقضاء- على أساس فكرة تطبيق القانون الأصلح للشّخص يستفيد الشّخص المحكوم عليه جزائياً أيضاً من أحكام القانون الجنائي الجديد -ولا يقتصر الأمر في الشّخص المتهم فقط- بأن تصبح العقوبة الناتجة عن حكم قضائي بالإدانة حاز قوة الشيء المقضي غير واجبة التّنفيد اتجاهه، إذا كان الحكم السّابق يعاقبه على جريمة ألغيت بعد

¹ - يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 6 (الفقرة 1).

² - F. MOLINS, préc., § 173.

³ - Article 112-4 du Code pénal français : « [Alinéa 1^{er}] L'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne. [Alinéa 2^e] Toutefois, la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale. ».

وقد أشارت Bouchet إلى هذا النصّ. يراجع: M. BOUCHET, préc., p. 291 § 371.

⁴ - يراجع في هذا المعنى: C. LOMBOIS, préc., p. 36.

⁵ - هكذا تطرح تعاقب القوانين في الزمان في القانون الجنائي. يراجع: C. LOMBOIS, préc., p. 33.

صدوره¹. وهذا يعني أنّ إلغاء التشريع الجنائي يعتبر كذلك من أسباب انقضاء العقوبات المحكوم بها من طرف القضاء الجنائي.

2- آثار إلغاء التشريع الجنائي على العقوبات المحكوم بها

يتمثل أثر إلغاء التشريع الجنائي على العقوبات الصادرة بسبب الجريمة الملغاة في وضع حدّ نهائي للعقوبات أثناء تنفيذها الفعلي². لكن هذا بالنسبة إلى العقوبات المحكوم بها التي تمّ فعلياً الشروع في تنفيذها. أما بالنسبة إلى العقوبات المحكوم بها بمقتضى حكم قضائي نهائي Irrévocable والتي لم يتم الشّخص المحكوم عليه بتنفيذها بعد - لأسباب ليس من شأنها تحصيل انقضائها- فإنّها تصبح غير واجبة التنفيذ Inexécutoire بسبب الإلغاء التشريعي³. مع الملاحظة من جهة أخرى أنّ أثر إلغاء الجريمة يرتد إلى جرائم أخرى منها جريمة الإخفاء (وهي من جرائم النتيجة المرتبطة بالفساد في الصّفقات العمومية)، حيث إنّ التشريع الذي يلغي الجريمة الأساسية التي تتكون منها جريمة الإخفاء يؤدي - كأثر غير مباشر- إلى عدم قيام جريمة الإخفاء، لأنّ أيّ ظرّف يحو الطّابع الاجرامي للوقائع المُكوّنة للجريمة الأساسية يجعل جريمة الإخفاء المُتكوّنة منها بلا أثر Inopérante⁴.

وهناك مثال تاريخي في القانون الجزائري حول إلغاء التشريع الجنائي يتعلّق بموضوع الفساد في ميدان الصّفقات العمومية. ففي سنة 1988، قام المُشرّع بإلغاء جريمة الاختلال بقواعد الصّفقات العمومية المحدّدة آنذاك بالمادّة 423-1 من قانون العقوبات التي استحدثتها في سنة 1982. مما يعني أنّ كل متابعة جزائية أو عقوبات صدرت بناءً عليها يجب أن تنقضي بسبب الإلغاء التشريعي لها. أما القانون رقم 06-01، فلم يلغي أيّ جريمة من جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، لكنه عدّلها، ولا يعتبر بالتالي كتشريع ملغي يؤدي إلى انقضاء الدّعى العمومية حسب أحكام المادّة 6 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية، أو انقضاء العقوبات المحكوم بها.

الفرع الثاني: أسباب الانقضاء المُستقلّة

إلى جانب الأسباب المشتركة السابقة، تستقل الدّعى العمومية والعقوبات المحكوم بها قضائياً بأسباب سقوط خاصّة بها لا تشارك الآخر فيها. ونتيجة لهذا الاستقلال، كان لابد من تقسيم هذا الفرع إلى قسمين، يعالج القسم الأوّل أسباب الانقضاء المتعلّقة بالدّعى العمومية لتطبيق العقوبات. فإذا أدت الدّعى العمومية إلى إدانة المتابع جزائياً مع الحكم عليه بعقوبة أو عقوبات، أو في عبارة أخرى إذا لم تنقضي الدّعى العمومية قبل أوانها، فإنّ احتمال سقوط الحقّ في تنفيذ العقوبات الناتجة عن مباشرتها يبقى قائم. ولهذا، يستعرض القسم الثاني هذه الأسباب.

أولاً: أسباب الانقضاء الخاصة بالدّعى العمومية

تنقضي الدّعى العمومية للأسباب التي يحددها القانون والتي تقسم حسب الفقهاء⁵ -أما المُشرّع فقد اكتفى

¹- V. C. LOMBOIS, préc., p. 35. V. aussi M. BOUCHET, préc., p. 291 § 371.

²- C. LOMBOIS, préc., p. 36.

³- C. LOMBOIS, préc., p. 36.

⁴- P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., § 16.

⁵- يراجع: ع. اواهبييه، المرجع السابق، ص 124-125؛ م. حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص 14؛ F. MOLINS, préc., § 151.

بذكرها فقط¹ - إلى أسباب عامة وأخرى خاصة. وسوف نحاول تطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة فيما يأتي.

أ- الأسباب العامّة

وقد حدّدتها بالضبط المادّة 6 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائيّة، ولقد درسنا بعضها في السابق، لأنّها مشتركة مع انقضاء العقوبات. أما الآن فسندرس الأسباب المتعلّقة بالدّعوى العموميّة. وهي: صدور حكم قضائي حاز حجية الشّيء المقضي به الذي تنقضي جميع الجرائم، بدون إستثناء، بسببه (الفقرة 1). وحل الشّخص المعنويّ (الفقرة 2). وأخيرا اندماج الشّخص المعنويّ (الفقرة 3).

1- الحكم القضائيّ الجزائريّ الحائز لحجية الشّيء المقضي به

يعد صدور هذا الحكم، بإدانة الشّخص، الطبيعي والمعنويّ على حدّ سواء²، أو ببراءته، "الطريق الطبيعي"³ لانقضاء الدّعوى العموميّة⁴. ويخضع على الجهات القضائيّة الجزائيّة الأخرى، إذا كانت هناك وحدة في السّبب، والموضوع، والأطراف في القضيّة⁵، فحصها مجدداً⁶. والذي يعرف بقاعدة الجنائيّ يقيد الجنائيّ *Autorité de la chose jugée au pénal sur le pénal*⁷. وتكتسب حجية الشّيء المقضي به عندما يصبح الحكم القضائيّ في الدّعوى العموميّة الصادر عن جهة قضائيّة نظامية⁸ غير قابل للمعارضة أو الاستئناف أو الطعن بالنقض لمصلحة أطراف الخصومة الجزائيّة⁹. ويشار في هذا الصّد إلى أنّ اكتساب هذه الحجية لا يتوقف دائماً على إرادة أطراف الدّعوى العموميّة (النيابة العامّة والمتابع)، فقبولهم بما جاء في الحكم القضائيّ الجزائيّ وامتناعهم إرادياً لمنطوقه - بمعنى امتناعهم عن ممارسة الطعن المتاحة - برغم حقهم في الطعن الذي خولهم إياه القانون كضمانة ضد الأخطاء القضائيّة المحتملة¹⁰ لا يعني

¹ - يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 6.

² - م. حريط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 289 و 291.

³ - ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 124. يراجع أيضاً: F. MOLINS, préc., § 163.

⁴ - ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 124. ويقع بعض الفقه في الجزائر في مغالطة عندما يعتبرون أنّ الحكم الحائز لحجية الشّيء المقضي به من الأسباب العامّة لانقضاء الدّعوى العموميّة قبل بلوغ غايتها المتمثلة في صدور حكم نهائيّ فيها. ومن هذا القبيل أوهايبي الذي يرى أنّ الدّعوى العموميّة تبلغ غايتها بصدور حكم نهائيّ في موضوعها (ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 124) لكنه يقرّر بعد ذلك أنّ الدّعوى العموميّة "قد تعترضها أسباب أخرى تؤدي لانقضائها قبل الوصول بها لغايتها وهي استصدار حكم نهائيّ فيها" (ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 124)، ويذكر منها، بعد تقسيمها إلى أسباب عامة وخاصة، الحكم النهائيّ (ع. أوهايبي، المرجع السابق، ص 124-125). في نفس الاتجاه يقرّر حريط أنّ "الدّعوى العمومية أثناء السّير فيها قد تعترضها أسباب تؤدي لانقضائها قبل صدور حكم نهائيّ فيها وهذه الأسباب قد تكون عامّة أي تسري على جميع أنواع الجرائم وهي صدور حكم حائز لقوة الشّيء المقضي فيه" (م. حريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص 14).

⁵ - V. F. MOLINS, préc., §§ 163-165.

⁶ - V. F. MOLINS, préc., § 167.

⁷ - J. DANET, « Chose jugée », *Rép. pén.*, janvier 2010, §§ 2 et 5.

⁸ - J. DANET, préc., § 19.

⁹ - J.-C. SOYER, préc., p. 391 § 882.

لكن يجوز ممارسة طعون أخرى ضد ذلك الحكم (كالطعن فيه لمصلحة القانون)، وتتميز بأنّها تمارس بعد اكتساب الحكم المهاجم حجية الشّيء المقضي به. يراجع: J.-C. SOYER, préc., pp. 391-392 § 882 ; F. MOLINS, préc., § 168.

¹⁰ - J.-C. SOYER, préc., p. 391 § 879 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, préc., p. 881 § 1550.

سقوط ذلك الحق¹. وبالتالي، فإنَّ الحكم القضائيَّ الجزائريَّ لا يمكن أنْ يكتسب تلك الحجية قبل انقضاء الآجال المحددة لطرق الطعن الممكنة ضده، ولو أبدى أطراف الدَّعوى العموميَّة موافقتهم على منطوقه.

2- حل الشَّخص المعنوي

وهو من أسباب انقضاء الدَّعوى العموميَّة الخاصَّة بالشَّخص المعنوي الذي وجده القضاء الفرنسي أيضا. ويشترط لتطبيقه أنْ تحتتم عمليات تصفية الشَّركة -وتعني مجموعة العمليات الرامية إلى إنهاء المعاملات التي قامت بها الشَّركة المحلة، وجمع العناصر المؤلفة لحقوقها Actifs، ودفع ديونها، وتحديد في هذه الحالة نسبة التزام كل شريك عن ديونها التي يستحيل دفعها من أصولها²، من أجل الحصول على الناتج الصافي من الحقوق الذي سيقسم على الشركاء³- التي تستمر الشَّخصيَّة المعنويَّة للشَّركة المحلة في الوجود بسببها⁴، لكنها -بمعنى هذه الشَّخصيَّة- تكون ناقصة⁵، وإلا فإنَّ الدَّعوى العموميَّة تبقى قائمة، وتحق المسؤولية الجزائيَّة على الشَّخص المعنوي بسبب الجريمة المنسوبة إليه⁶. وهذا الرأي الفرنسي يلقي التأييد أيضا عند الفقه الجزائري⁷، وينصَّ عليه القانون البلجيكي بصراحة⁸. كذلك اشترطت محكمة النقض الفرنسية -وهذا شرط هام يجب على القضاء الجزائري أنْ يأخذ به أيضا- ألا يكون الغرض من حل الشَّخص المعنوي تفادي المتابعة الجزائيَّة في إطار دعوى عموميَّة⁹.

بالمقابل فإنَّ تغيير شكل الشَّخص المعنوي، كتحويل شركة ذات مسؤوليَّة محدودة موجودة من قبل إلى شركة ذات أسهم -إذا كانت أحكام القانون التجاري تسمح بذلك- أو تعديل أنظمتها Status أو تغيير مقره الاجتماعي أو موضوع الشَّركة، هذه الأسباب لا تؤدي إلى انعدام المسؤولية الجزائيَّة للشَّخص المعنوي، لأنَّها لا تؤدي إلى انحلال الشَّخص المعنوي، وتأسيس شخص معنوي جديد¹⁰، وبالتالي لا تؤدي إلى انقضاء الدَّعوى العموميَّة بالنسبة إلى ذلك الشَّخص المعنوي.

3- اندماج الشَّخص المعنوي

يقصد باندماج الشَّخص المعنوي "العملية التي بموجبها تقوم شركة أو عدَّة شركات بتحويل ذمتها الماليَّة من حقوق وديون إلى شركة أخرى موجودة من قبل فتتصَّهر بداخلها، أو إلى شركة جديدة تُكوِّنها تلك الشَّركات"¹¹. ويصح ولو كانت الشَّركة أو الشَّركات المندجة في إطار التصفية¹². ويتم بأسلوبين. باندماج شركة ما في شركة أخرى، وتدعى

¹- V. M. REDON, « Acquiescement », *Rép. pén.*, janvier 2018, §§ 1-25 spécialement, §§ 15, 19.

²- M. GERMAIN, V. MAGNIER, *préc.*, p. 129 § 1623.

³- J. MESTRE e.a., *préc.*, p. 438 § 534.

⁴- V. J. MESTRE e.a., *préc.*, p. 439 § 535 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, *préc.*, p. 129 § 1626.

⁵- V. M. GERMAIN, V. MAGNIER, *préc.*, p. 131 § 1626.

⁶- يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 292-293.

⁷- ومن بينهم حزيط. يراجع: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 292.

⁸- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 293.

⁹- Cass. crim., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-85.441, cité dans : R. BERNARDINI, *préc.*, § 32.

¹⁰- R. BERNARDINI, *préc.*, § 33.

¹¹- J. MESTRE e.a., *préc.*, p. 430 § 523.

¹²- القانون التجاري، المادَّة 744 (الفقرة 1).

العملية في هذه الحالة Absorption¹. أو بأن تساهم الشركات المجتمعة في تأسيس شركة جديدة بطريق الدمج. وقد نصت عليهما المادة 744 (الفقرة 1) من القانون التجاري. وتتم عملية اندماج الشركات بمراحل معينة²، وتخضع لشروط محددة³، لكن المهم في هذه الدراسة هي آثارها. إذ يتعين أن يترتب عن عملية الاندماج انحلال الشركات المندمجة التي تفقد بذلك شخصيتها المعنوية⁴، ولكن بدون تصفيتها⁵. ففي حالة الاندماج Absorption، فإن الشركة المندمجة هي التي تنحل وتزول شخصيتها المعنوية⁶. أما في حالة الدمج Fusion فإن الشركات المندمجة تنحل كلها لتنشأ عنها شخصية معنوية جديدة⁷. ويؤدي هذا الانحلال لنتائج خطيرة على الإجراءات القضائية الجزائية المباشرة ضد⁸ الشركات المندمجة. بحيث تنقضي الدعوى العمومية بالنسبة للشركة المندمجة والشركة "الدائمة"⁹ بشأن الجريمة المنسوبة إلى الشركة المندمجة المرتكبة قبل عملية الاندماج¹⁰، عملاً بالمبدأ القائل بأن الشخص لا يسأل إلا عن سلوكه الشخصي¹¹.

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن موقف محكمة النقض الفرنسية قد تغير، حيث خففت مؤخراً من عدم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في حالة الاندماج بالدمج Fusion-absorption، بأن قررت في سنة 2020، ومؤخراً في سنة 2022، أن المسؤولية الجزائية قد تلحق الشخص المعنوي حتى في الحالة السابقة، إذا توافرت شروط -ضيق المجال- منها ما يتعلق بعملية الاندماج بالدمج، ومنها ما يتعلق بعقوبة الشخص المعنوي المسؤول جزائياً¹².

وإذا كان اندماج الشخص المعنوي المسؤول جزائياً أو دمج يؤدي على مستوى القانون الجنائي إلى انقضاء الدعوى العمومية بالنسبة إليه، وبالتالي تخلصه من العواقب الجنائية المترتبة عن إسناد الجريمة إليه، كالعقوبة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم، وبالعكس، على مستوى القانون الإداري الجزائي، بأنه عندما تخضع شركة ما لعملية الاندماج أو الدمج فإن الشركة الجديدة الناتجة عن العملية يمكن أن تخضع لجزاء مالي -في شكل جزاء إداري- نظير الانتهاك

¹- M. GERMAIN, V. MAGNIER, préc., p. 148 § 1656.

²- V. M. SALAH, *Les sociétés commerciales*, t. I, Algérie, Edik, 2005, pp. 160-170 §§ 244-264.

³- V. J. MESTRE e.a., préc., pp. 431-432 § 524.

⁴- V. J. MESTRE e.a., préc., p. 433 § 526.

⁵- J. MESTRE e.a., préc., p. 432 § 525.

⁶- V. M. GERMAIN, V. MAGNIER, préc., p. 148 § 1656.

⁷- M. GERMAIN, V. MAGNIER, préc., p. 148 § 1656.

يترتب عنها أيضاً تحويل الذمة المالية الخاصة بالشركات المندمجة إلى الشركة المندمجة فيها أو إلى الشركة الجديدة. يراجع:

J. MESTRE e.a., préc., p. 432 § 525.

⁸- قد يتعلق الأمر، بالعكس، بإجراءات قضائية جزائية لصالح الشركة المندمجة وليس ضدها، كالأدعاء مدنياً أمام القضاء الجزائي من طرف شركة في طور الاندماج مع شركة أخرى. ففي حالة الاندماج، يرجع إلى الشركة المندمجة فيها حق التأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي، لأن جميع الحقوق المرتبطة بالذمة المالية للشركة المندمجة قد تحولت إليها. يراجع: J. MESTRE e.a., préc., p. 434 § 527.

⁹- التعبير مقتبس عن: م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 293.

¹⁰- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 293.

¹¹- R. BERNARDINI, préc., § 32. V. aussi I. URBAIN-PARLEANI, « La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions », note sous cass. crim., 20 juin 2000, *Société Pilkington Sud*, Revue des sociétés, 2001, n° 4, p. 851 sq.

¹²- V. D. APELBAUM, Responsabilité pénale des personnes morales et fusion-absorption : la Cour de cassation se fait néocromancienne », note sur cass. crim., 13 avril 2022, pourvoi n° 21-80.653, AJ Pénal, 2022, n° 10, p. 475 sq.

الذي قامت به الشركة القديمة¹. ولقد تعلّق الأمر في هذه القضية بمخالفة لقانون الأسواق المالية Marchés financiers². ويمكن تمديد تطبيق ذلك الحكم القضائي إلى مجالات أخرى كالصفقات العمومية. فيمكن تعريض الشخص المعنوي إلى جزاءات إدارية برغم انقضاء الدعوى العمومية بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

كذلك يشار إلى أنّ دمج Fusion الشخص المعنوي المسؤول جزائيا يعتبر سبب إنقضاء خاصّ بالدعوى العمومية فقط. حيث إنّ الشخص المعنوي الناتج من عملية الدمج يتحمل الآثار المالية المترتبة عن الحكم النهائي على الشركة المندمجة بعقوبة الغرامة، بالإضافة إلى جزاء التعويض عن الضرر الناجم من الجريمة التي ارتكبتها الشركة المندمجة قبل عملية الدمج، على أساس أنّها عبارة عن التزام عيني ينتقل كغيره من الديون السابقة لهذه الشركة إلى الدّمة المالية للشخص المعنوي الجديد³. ولهذا عاجلنا هذا السّبب بين أسباب الانقضاء الخاصة بالدعوى العمومية. أكثر من ذلك إنّ الشخص المعنوي الجديد يمكن أن يسأل جزائيا عن إخفاء أشياء تحصلت من جريمة ارتكبتها الشركة المندمجة قبل عملية الاندماج في إطار ما يعرف بجريمة الإخفاء Recel⁴ التي يعاقب عليها القانون رقم 06-01 بالمادة 43 التي تسري على جميع جرائم الفساد بما فيها تلك الخاصة بالصفقات العمومية. كذلك يمكن مساءلته جزائيا عندما يواصل تنفيذ جريمة بدأت الشركة المندمجة في ارتكابها قبل عملية الاندماج كأن تستمر في تشغيل المُستخدّمين في ظروف غير إنسانية⁵. هذه الحالة الأخيرة تتطابق جيدا مع حالة التنفيذ المستمر لاتفاق الرشوة، حيث إنّ مواصلة الشركة الناتجة عن عملية الاندماج تنفيذ اتفاق الرشوة المبرم قبل الاندماج بين الشركة المندمجة وموظف عموميّ يعرضها للمسؤولية الجزائية عن جريمة الرشوة أيضا، ومن باب الموافقة جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المعاقب عليها بالمادة 27 من القانون رقم 06-01.

ب- الأسباب الخاصة

فهو، بعكس الأسباب العامة التي نصت عليها المادة 6 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية التي تُطبّق - كما يدلّ اسمها- على أيّ متابعة جزائية⁶، ينحصر نطاقها في بعض الجرائم التي تستجيب لشروطها⁷. الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل في هذه الدراسة حول ما إذا كانت جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تستجيب أيضا لشروط تطبيق هذه الأسباب.

1- سحب الشكوى

رأينا سابقا أنّ تقديم الشكوى يعتبر أحيانا كقيد يحدّ من ممارسة الدعوى العمومية عندما يكون المدعى عليه مؤسّسة

¹ V. M.-Th. VIEL, préc., p. 1006 sq.

² C.E., 22 novembre 2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, Rec. Lebon, p. 537, cité dans : M.-Th. VIEL, préc., p. 1006 sq.

³ I. URBAIN-PARLEANI, préc., p. 851 sq.

⁴ I. URBAIN-PARLEANI, préc., p. 851 sq.

⁵ I. URBAIN-PARLEANI, préc., p. 851 sq.

⁶ V. F. MOLINS, préc., § 151.

⁷ V. F. MOLINS, préc., § 151.

عمومية يُنسب إليها ارتكاب جريمة تتعلق بممتلكات مؤسسة عمومية. ولذلك، ينبغي أن يؤدي سحب هذه الشكوى من جانب الطرف المتضرر إلى انقضاء تلك الدعوى¹. فمن يملك سلطة الإنشاء يملك سلطة الإلغاء. ولكن ليس في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فسحب الشكوى لا يؤدي إلى انقضاء تلك الدعوى بشأنها، لأن الشكوى ليست شرطاً لازماً لتحريك الدعوى العمومية بشأنها².

2- غرامة الصلح والوساطة

كذلك تنقضي الدعوى العمومية بغرامة الصلح في المخالفات التي تعتبر من الأسباب الخاصة لانقضاء الدعوى العمومية³ في القانون الجزائري⁴. غير أنها لا تسري على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في ذاتها -أما الجرائم المرتبطة بها فقد تتأثر بهذه الغرامة، إذا كانت من المخالفات- لأنها تخص جرائم المخالفات فقط، أما الجرائم السابقة فتنتهي إلى الجرح، كما سبق القول.

أخيراً أضاف القانون رقم 15-02 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2015⁵ سبباً جديداً لانقضاء الدعوى العمومية يدعى بالوساطة⁶، غير أنها لا تنطبق بدورها على تلك الجرائم، لأن المادة 37 مكرّر 2 (الفقرة 1) من قانون الإجراءات الجزائية حصرت مجال الوساطة على مجموعة من الجرائم المسماة التي لا توجد بينها جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية⁷.

3- المصالحة الجنائية

آخر سبب خاص لانقضاء الدعوى العمومية يمكن أن يسري على الجرائم السابقة يتمثل في المصالحة الجنائية. ولقد نصت عليها المادة 6 (الفقرة 4) من قانون الإجراءات الجزائية⁸. ويمكن تعريفها بأنها: "اتفاق بين شخص مُعرّض للمتابعة وبين سلطة إدارية منحها القانون حق مباشرة هذه المتابعة، وبموجبه تنقضي الدعوى العمومية إذا قبل الشخص المُعرّض للمتابعة بالإجراءات التي تقترحها تلك السلطة الإدارية، وقام بتنفيذها"⁹. وتتميز بأنها اختيارية

¹ - يراجع: ق.إ.ج.، المادة 6 (الفقرة 3) ؛ F. MOLINS, préc., § 186 .

² - يراجع: هذه الدراسة، ما سبق.

³ - V. F. MOLIN, « Action publique », préc., §§ 188-189.

⁴ - يراجع: ق.إ.ج.، المواد 381 إلى 393 ؛ ع. اوهايبه، المرجع السابق، ص 125 و 138-140.

⁵ - يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. رقم 40 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، ص 28.

⁶ - ق.إ.ج.، المادة 6 (الفقرة 3). وجرى تنظيم الوساطة الجزائية في المواد 37 مكرّر إلى 37 مكرّر 9 من نفس القانون.

⁷ - جاء في المادة 37 مكرّر 2 (الفقرة 1) منه: "يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجرح على جرائم السب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع العمدي عن تقديم النفقة وعدم تسليم طفل والاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة وإصدار شيك بدون رصيد والتخريب أو الإلتاف العمدي لأموال الغير وجنح الضرب والجروح غير العمدية والعمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار والتصدد أو استعمال السلاح، وجرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية والرعي في ملك الغير واستهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل".

⁸ - المُعدّلة والمُتمّمة بموجب القانون رقم 15-02 المذكور مسبقاً.

⁹ - نقلاً عن:

وليس إلزامية، لأنها تتوقف على موافقة المتابع جزائيا المعني بها¹، فإذا لم يوافق عليها فإنّ الدّعى العموميّة تبقى جارية ضده². وأنّها شخّصية، فهي نافذة على الشّخص الذي وافق عليها ولا تسري على المساهمين الآخرين في الجريمة³ الذين لم يوافقوا عليها⁴.

غير أنّ تطبيقها - كبقية الأسباب الخاصة لانقضاء الدّعى العموميّة كسحب الشكوى مثلا⁵ - يستدعي وجود نصّ خاصّ من القانون⁶. ويستخلص ذلك من المادّة 6 (الفقرة 4) من قانون الإجراءات الجزائيّة التي تقول: "كما يجوز أن تنقضي الدّعى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يجيزها صراحة". وهذا الشرط يستبعد مباشرة تلك المصالحة من دائرة أسباب انقضاء الدّعى العموميّة المتعلّقة بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة، لأنّ القانون رقم 01-06 لم يسمح بها في جرائم الفساد.

لكن من ناحية أخرى، تتميز الصّفقات العموميّة بأنّها عرضة لنزاعات تحتل وصفان مختلفان هما الوصف الجنائي عند ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون، وهناك الوصف غير الجنائي، والذي يستدعي حله اللجوء أحيانا إلى ما يعرف بالمصالحة الإدارية⁷ التي يتمثّل أثرها القانوني أيا كان محتواها في إنهاء النزاع القائم⁸ أو نزاع محتمل في المستقبل⁹، كأن يتعلّق بمخالفة لواجبات الإعلان والمنافسة في الصّفقات العموميّة¹⁰ التي تكون جريمة المحاباة¹¹، مما يثير التساؤل حول امكانية هذه المصالحة أن تنهي تلك النزاعات بصورة مطلقة حتى أمام القضاء الجنائي. إنّ المصالحة الإدارية تنفرد بحل النزاع حول صّفقة عموميّة في جانبه المدني. كما أنّ الوصف الجنائي لموضوع النزاع،

S.-M. CABON, préc., p. 282 § 366 : « La transaction pénale se définit en effet comme un accord entre une personne susceptible de faire l'objet de poursuites et une autorité administrative légalement investie du droit d'engager celles-ci, au terme duquel l'acceptation et la réalisation des mesures proposées par la seconde à la première éteint l'action publique [...] ».

¹- F. MOLINS, préc., § 181.

²- V. F. MOLINS, préc., § 181.

³- فالدّعى العموميّة لتطبيق العقوبات لا تمارس إلا ضد المساهمين في الجريمة سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين. يراجع:

F. MOLINS, préc., § 16.

⁴- F. MOLINS, préc., § 185.

⁵- ونصت عليه المادّة 6 (الفقرة 3) من قانون الإجراءات الجزائية.

⁶- F. MOLINS, préc., § 181.

⁷- وتسمى كذلك باتّفاق الصلح حسب أحكام القانون المدني.

⁸- V. A.-L. PONSARD, *La transaction administrative*, thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 2015, p. 51.

تعلّق هذه النزاعات خاصّة بالوفاء بسعر صّفقة رفض المحاسب العموميّ مخالفتها، أو عند اكتشاف بطلان عقد جرى تنفيذه. يراجع:

F. BRENET, « Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication », LEGICOM, 2004, n° 31, p. 29.

فإذا أبرمت المصالحة الإدارية، كانت لها قوة تنفيذية ضد المحاسب الممتنع. يراجع:

A. VIGOUREUX, « Contrats publics – Le recours à la transaction », <https://www.lagazettedescommunes.com/62290/contrats-publics-le-recours-a-la-transaction/> (01/10/2021).

⁹- J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », préc., p. 243 sq.

¹⁰- V. circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, Journal officiel français, n° 216, 18 septembre 2009, 5.2.

¹¹- يراجع: هذه الدّراسة، ما سبق.

كأن يشكل جريمة المحاباة، لا يمنع في نظر القانون اللجوء إليها¹. أما جانبه الجنائي فيخضع إلى أحكام القانون الجنائي من خلال تطبيق المصالحة الجنائية التي رأينا في السابق أنها مستبعدة في حالة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة. فإبرام مصالح إدارية لا يمكن أن يؤدي إلى انقضاء الدّعى العموميّة بشأن مرتكب المخالفة أو التخفيف من مسؤوليته الجزائية² أو عدم قيام الجريمة³، لأنّ المصالحة لا تمحي الطّابع الاجرامي عن السّلوك المخالف للقانون⁴. ويستثنى من ذلك المحاسب العمومي الذي يقوم بالوفاء بالصّفقة العموميّة، امتثالاً لاتّفاق المصالحة المصادق عليه من طرف القضاء الإداري، الذي لا يمكن متابعه كشريك في الجريمة⁵. وهذا يعني أنه لا المصالحة الجنائية ولا المصالحة الإدارية تستطيعان إحداث انقضاء الدّعى العموميّة في تلك الجرائم؛ ليتأكد مرة أخرى أنّ الجرائم السابقة تخضع لأحكام قانونيّة شديدة جدا في القانون الجزائري.

ثانيا: أسباب الانقضاء الخاصة بالعقوبات المحكوم بها قضائيا

تنقضي العقوبات المحكوم بها قضائيا في الأصل بتنفيذها فعلياً⁶. غير أنّها قد تنقضي كذلك لأسباب أخرى. ولقد عالجنا منها: التقادم المسقط والعفو الشامل في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة. وبقي أن نعالج: العفو الرئاسي الذي ينطوي برغم عيوبه⁷ على نفس الأثر (الفقرة "أ")، ورد الاعتبار، وإن كان لا يغيّر العقوبات الأصليّة، مما قد يعني بأنّه ليس من أسباب انقضاء العقوبات⁸، يؤدي إلى انعدام الإدانة الجزائيّة وانقضاء العقوبات التكميلية كذلك (الفقرة "ب").

أ- العفو الرئاسي

يعتبر من أسباب انقضاء العقوبات غير المؤثرة على الحكم بالإدانة الصادر بشأنها. فهذا الحكم يبقى قائما برغمه⁹. ولهذا يبقى الحكم بالإدانة مذكورا في صحيفة السّوابق القضائية¹⁰. ويعرف هذا السّبب بأنّه: "منحة يقوم رئيس الدولة من خلالها باعفاء¹¹ المحكوم عليه بعقوبة نهائية واجبة التنفيذ من تنفيذها أو تنفيذ جزء منها أو استبدالها

¹- A. VIGOUREUX, préc. ; circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, préc., 5.2.

²- V. A. VIGOUREUX, préc. ; circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, préc., 5.2.

³- V. J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », préc., p. 243 sq.

لكنها قد تؤثر على طريقة تنفيذ العقوبة، كإفادة المحكوم عليه من الاعفاء من تنفيذها Dispense de peine. نفس المرجع.

⁴- V. circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, préc., 5.2.

⁵- V. J.-D. DREYFUS, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », préc., p. 243 sq.

⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 723 § 885.

⁷- كخرق مبدأ الفصل بين السّلطتين القضائية والتّفيذية. يراجع: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 727 § 892.

⁸- B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 671 § 910.

⁹- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 730 § 899 ; M.-H. RENAUT, « Grâce », *Rép. pén.*, janvier 2013, § 49.

بعكس رد الاعتبار الذي يؤدي إلى محو. يراجع: هذه الدّراسة، ما يأتي.

¹⁰- M.-H. RENAUT, préc., § 51.

¹¹- كان القضاء الفرنسي قديما يعتبر العقوبة المعفي عنها وكأنّها نُفّذت فعلا. غير أنّ قانون العقوبات الفرنسي الجديد قرّر عكس ذلك بأنّه يعني من

بعقوبة أقل شدة منها¹. وكما يتبين من هذا التعريف، فإنه يشترط في العفو أن يصدر بشأن عقوبة وليس الجزاءات الأخرى الناتجة عن الجريمة (كالتعويض المدني، والجزاءات الإدارية، والجزاءات التأديبية)² التي يجب أن تكون نهائية وواجبة التنفيذ³، فإذا تم تنفيذها قبل صدوره، فلا يمكن الرجوع فيها⁴. ويندرج ضمن الاختصاص الحصري لرئيس الجمهورية⁵ الجزائري⁶، إذ يصدر في شكل مرسوم رئاسي لا يجوز الطعن ضده⁷، والذي يستطيع تطبيقه كذلك على الأشخاص المعنوية⁸. وينتج عنه انقضاء العقوبات الأصلية⁹ السالبة للحرية والمالية بعدم تنفيذها كلياً¹⁰، أو تنفيذ ما بقي منها¹¹، أو الاعفاء من تنفيذ جزء منها، أو تنفيذ عقوبات أخرى أقل شدة عوضاً عنها¹². أما العقوبات التكميلية فلا تنقضي بالعفو، إلا إذا نصّ المرسوم الرئاسي على ذلك بصراحة¹³. كما أنه لا يعرقل ممارسة الضحية لحقها في التعويض المدني عن الضرر في الجريمة¹⁴.

غير أن المرسوم الرئاسي المتعلق بالعفو لا يمتد أثره إلى جميع الجرائم الموجودة في النظام القانوني العقابي، بما أنه "[...] يجر [ص] عادة [...] على إبعاد طائفة من المحكوم عليهم من الاستفادة من العفو [...]"]¹⁵، لما تخلفه من أثر سلبي لدى الناس¹⁶. ولهذا فإنّ السؤال يطرح حول مكان جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية ضمن نطاق تطبيق ذلك المرسوم، فهل هي من الجرائم المشمولة أيضاً بالعفو الذي ينصب على العقوبات فقط، أم أنّها مستثناة كلياً من نطاق تطبيقه. ففي الجزائر، يستثني المرسوم الرئاسي المتعلق بالعفو *Grâce* باستمرار - حتى تحول الأمر إلى عادة¹⁷ -

تنفيذها فقط. يراجع: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 730 § 899.

¹ نقلا عن: J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 727 § 892.

² J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 728 § 893 ; M.-H. RENAUT, préc., §§ 40-42, 50.

³ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 728 § 893.

⁴ M.-H. RENAUT, préc., § 33.

⁵ M.-H. RENAUT, préc., § 2.

⁶ - لكن يوجد إستثناء يتعلّق بالاختصاص الإقليمي لإصدار العفو الرئاسي. فإذا ضمت الجريمة عنصراً أجنبياً، وانعقد الاختصاص القضائي بشأنها لجهة قضائية جزائرية (ينعقد هذا الاختصاص بناء على المادتين 582 و 583 ق.إ.ج.)، فإنّ المساهم في ارتكاب هذه الجريمة قد يستفيد من العفو *Grâce*، ولكن طبقاً للقانون الأجنبي، إذا كان هذا القانون يعتبر الجريمة محل الدّعوى العمومية أمام القضاء الجزائري من الجرائم المشمولة بالعفو الرئاسي. وبالتالي تنقضي الدّعوى العمومية بشأنها أمام الجهة القضائية الجزائرية. فحسب المادة 582 (الفقرة 2) من قانون الإجراءات الجزائية: "غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائياً في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها". وهذا الحكم ينطبق على الجنايات والجناح على حدّ السواء. يراجع بالتسببة إلى الجناح: ق.إ.ج.، المادة 583 (الفقرة 2) التي أحالت إلى تطبيق أحكام المادة 582 المذكورة أعلاه. يقرن: M.-H. RENAUT, préc., § 22.

⁷ M.-H. RENAUT, préc., §§ 2, 48.

ولكن يجوز طلب تفسيره من القضاء. يراجع: نفس المرجع، الفقرة 47.

⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 728 § 893.

⁹ M.-H. RENAUT, préc., § 34.

¹⁰ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 730 § 899, p. 731 § 901.

¹¹ M.-H. RENAUT, préc., § 33.

¹² J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 730 § 900.

¹³ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 731 § 901 ; M.-H. RENAUT, préc., § 34.

¹⁴ V. M.-H. RENAUT, préc., § 49.

¹⁵ - نقلا، بتصرف، عن: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 366.

¹⁶ V. M.-H. RENAUT, préc., § 21.

¹⁷ - أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 366، أين لاحظ بوسقيعة، بالتسببة إلى مجموعة من الجرائم وليس فقط جرائم الفساد،

تطبيق أحكامه على بعض الأشخاص المُدانين بارتكاب بعض الجرائم¹، ومنها جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة، كالمرسوم الرئاسي رقم 16-192 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2016² الذي قرّرت مادّته 6 إستثناء الأشخاص المحكوم عليهم نهائيا بسبب ارتكاب أو محاولة ارتكابهم جرائم الفساد المحدّدة بالقانون رقم 06-01، ومن بينها جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة الواردة بالمادّتين 26 و 27، بإستثناء جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة (وردت بالمادّة 35 من القانون السّابق وغير مذكورة في المرسوم السّابق) التي يستفيد الشّخص المحكوم عليه بسبب ارتكابها أو محاولة ارتكابها من ذلك العفو، لأنّ المرسوم السّابق لم يذكرها ضمن الحالات المستثناة من نطاق تطبيقه³.

ونستنتج مما سبق أنّ جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة مقصاة من أحكام العفو الرئاسي، إلا إذا نصّ القانون على عكس ذلك كما في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة، وهو الاستثناء الوحيد من الجرائم السّابقة، مما يصعب مهمة الفاسدين في التخلص من تبعات فسادهم في مجال الصّفقات العموميّة.

ب- رد الاعتبار

يسمح هذا النّظام⁴ بإعادة إدماج المحكوم عليهم جزائيا في المجتمع⁵، بعكس العفو الشامل الذي يحمي الإدانة الجزائيّة لكنه يهدف إلى إعادة السّلم الاجتماعي⁶. ولقد عرفته المادّة 676 (الفقرة 2) من قانون الإجراءات الجزائيّة بقولها: "ويمحو رد الاعتبار في المستقبل كل آثار الإدانة العادلة⁷ وما نجم عنها من حرمان الأهليات"⁸. مع الملاحظة أنّ الرد يقتضي انتهاء تنفيذ العقوبات الأصليّة فعليّا أو انقضاءها بالتقادم أو العفو الرئاسي⁹. فهو اذن لا يؤدي إلى

أنّه "[...] جرت العادة في الجزائر إبعاد المحكوم عليهم بجنايات الإرهاب والأعمال التخريبية وجنايات القتل العمد والاغتصاب والمخدرات والجنايات الماسة بالاقتصاد الوطني [...]".

¹ أ. بوسقيّة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 366.

² يتضمن إجراءات عفو بمناسبة الذكرى الرابعة والخمسين لعيد الاستقلال والشباب، ج. ر. رقم 41 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2016، ص 4.

³ نفس الحكم جاء في المادّة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 16-193 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2016، يتضمن إجراءات عفو بمناسبة الذكرى الرابعة والخمسين لعيد الاستقلال والشباب لفائدة المحبوسين الذين تحصلوا على شهادات في التعليم والتكوين، ج. ر. رقم 41 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2016، ص 5؛ ربما لعدم وجود أشخاص تعرضوا لحكم جزائيّ بسبب الجريمة السّابقة أثناء تلك الفترة. ويقارن: M. SEGONDS, « Prise illégale », d'intérêts, préc., § 77. أين يلاحظ Segonds أنّ المُشرّع الفرنسي منذ 1990 يستثني تلك الجريمة من نطاق الجرائم المعفي عنها.

⁴ « Institution ». ب. بولوك: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 672 § 911.

⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 676 § 918 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 740 § 911.

⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 740 § 911.

ونفهم منه أنّ رد الاعتبار إنما تقرّر للأشخاص بذواتهم حماية لهم. أما العفو الشامل، فقد تقرّر لحماية المجتمع بأكمله.

⁷ وردت هذه الصياغة "الإدانة العادلة" في تعريف رد الاعتبار عند Bouloc. ب. بولوك: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 672 § 911.

⁸ وهو تقريبا نفس التعريف الذي يتبناه الفقه. ب. بولوك: B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 672 § 911 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 740 § 911 ; J. A. ROUX, préc., p. 525 § 154.

⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 671 § 910.

انقضاء العقوبات الأصلية¹. كما أنَّ طبيعة الإدانة لا تهم²، إن كانت تتعلق بجناية أو جنحة³ بشرط أن تكون صادرة عن القضاء الجزائي⁴ الجزائي⁵. فيتصور تطبيقه على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، لأنّها من الجناح التي يختصّ القضاء الجزائي الوطني بمتابعتها. لكن كان من الأجدر أن يشمل الرد، فوق حرمان الأهليات، العقوبات التكميلية التي يتمثّل موضوعها في الموانع، كالإقصاء من الصّفقات العمومية، والالتزامات. فأهميّة الرد، كسبب لانقضاء العقوبات⁶، تكمن في تحصيل انقضاء هذه العقوبات، إذا كانت مؤبدة ولا زالت سارية على الشّخص الذي قضى عقوباته الأصلية⁷.

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يقسمه قانون الإجراءات الجزائية إلى نوعين⁸. رد الاعتبار القانوني⁹، ويسمى أيضا برد الاعتبار بقوة القانون¹⁰، لأنّه يُطبّق بقوة القانون¹¹، وهو منتقد¹². ورد الاعتبار القضائي الناتج عن حكم من غرفة الاتهام¹³. وأهم شرطان يجب أن يتوفر لهما هما¹⁴: تنفيذ العقوبات الأصلية فعليًا أو اعتبارها منفذة بالعمو الرئاسي أو التقادم، ومرو مهلة يحدها القانون¹⁵. لكن مهما كان نوعه، فإنّه يرتب نفس الأثر¹⁶ المتمثّل في محو آثار الإدانة الجزائية العادلة بما فيها الحرمان من الأهليات. كما أنّهما ينطبقان معا على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، إذا توافرت شروطهما. غير أنّهما لا يتعلقان إلا بالشّخص الطبيعي، ولا يمكن أن يطبقا على الشّخص المعنوي، نظرا لعدم ملاءمة النصوص القانونية الخاصة بالرد لتلك الأشخاص، وعدم وجود نصّ خاصّ من القانون يقضي بذلك¹⁷.

يلاحظ في الأخير بأن رد الاعتبار، لأنّه يهدف إلى إعادة ادماج المحكوم عليهم جزائيًا في المجتمع، ينبغي أن يُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العمومية، بل وعلى جرائم الفساد بوجه عام، لأنّه يوافق أحكام اتفاقية الأمم المتّحدة لمكافحة الفساد التي تنصّ في المادّة 30 (الفقرة الفرعية 10) على أنّه: "تسعى الدول الأطراف إلى تشجيع

¹- J.-C. SOYER, préc., p. 243 § 626.

²- V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 740 § 911.

³- يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 676 (الفقرة 1).

⁴- أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص372.

⁵- يراجع: ع. سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، المرجع السابق، ص526.

⁶- لأنّه كما يتضح من قبل لا يؤدي إلى انقضاء العقوبات الأصلية.

⁷- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 671 § 910 ; J.-C. SOYER, préc., p. 243 § 26.

⁸- يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 676 (الفقرة 3).

⁹- « Réhabilitation légale ».

¹⁰- يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 677 § 633 ; J.-C. SOYER, préc., p. 245 § 633.

¹¹- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 673 § 913.

¹²- يراجع: أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص372.

¹³- يراجع: ق.إ.ج.، المادّة 676 (الفقرة 3)، 688، 689.

¹⁴- يراجع حول شروط هذين النوعين من رد الاعتبار في القانون الجنائي: ق.إ.ج.، المادّة 677 إلى 693 ؛ أ. بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص372-376.

¹⁵- V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, préc., p. 672-673 § 912.

¹⁶- J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., p. 744 § 921.

¹⁷- م. حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص462-463.

إعادة إدماج الأشخاص المدانين بارتكاب أفعال مجرمة وفقا لهذه الاتفاقية في مجتمعاتهم". كما أنَّ رد الاعتبار لا يمنع من تطبيق جزاءات تأديبية ضد المحكوم عليه جزائيا الذي جرى رد الاعتبار اليه بسبب نفس الأفعال، لأنَّ المتابعة الجزائية مُستَقِلَّة عن المتابعة التأديبية¹.

ويتبين من كلِّ ما سبق أنَّ مآل العقوبات المحكوم بها قضائيا نظير ارتكاب جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة هو الانقضاء لا محالة. فهذه الآثار الجزائية المترتبة عن الجريمة المرتكبة ليست مؤبدة. غير أنَّ طريقة انقضائها قد تختلف. فقد تتم بصورة عادية بتنفيذها. وقد تستدعي توافر أسباب خاصَّة لانقضائها قبل تنفيذها فعليا، أو بالنظر إلى نوعها (إنَّ كانت عقوبة أصلية أم عقوبة تكميلية).

¹- C.E., 2 février 2005, req. n° 259206, Tables Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008224338> (19/03/2023).

خاتمة

تأثر دراسة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة بما يحيط بموضوع الصّفقات العموميّة من عوامل قانونيّة كظاهرة التّنظيم التشريعي لكيفيات إبرامها، والتّنظيم القضائي لمبادئ ونظريات العقد الإداري، ومن المستحيل فصل دراسة هذه الجرائم عن نظرية العقد الإداري بكلياتها وجزئياتها، واهتمام المجتمع الدوليّ مُثلاً في المنظمات الدوليّة الحكومية المُنظّمة إليها دولة الجزائر والمنظمات غير الحكومية بمكافحة ظاهرة الفساد الإداري والماليّ، وعوامل اقتصادية كظاهرة تسديد سعر الصّفقة العموميّة من المال العام، وهامش الرّبح الذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة العموميّة، وضرورة اشراك أشخاص أخرى في تنفيذ العقد غير الأطراف المتعاقدة كالمعامل الثانوي، وعوامل بشرية أهمّها -ضعف- تكوين قضاة المادّة الجزائية في مجال الصّفقات العموميّة، زيادة على العوامل الاجتماعيّة وأبرزها ردة فعل الناس -الساخطة في الغالب- على انتشار مظاهر الفساد في ذلك المجال وغيره من مجالات نشاط الدولة. ولقد أسفرت الدّراسة القانونيّة لموضوع جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة التي عاجلها القانون رقم 06-01 في الجزائر، ومقارنتها ببعض التّشريعات الجنائيّة الأجنبيّة وبصفة خاصّة القانون الفرنسي، إلى عدّة نتائج رئيسيّة. كما أنّها أسفرت عن توصيات أيضاً كما يأتي.

أولاً- بالنّسبة إلى النتائج التي توصلت إليها الدّراسة:

إنّ انتشار الفساد في مجال الصّفقات العموميّة دفع المُشرّع الجزائري منذ الاستقلال إلى القيام بتكييف مُكوّنات بعض جرائم الفساد الكلاسيكية الموجودة من قبل كالرشوة واستغلال التّفوّذ مع ميدان تلك العقود، الأمر الذي نتج عنه إنشاء جرائم فساد جديدة تتشابه جزئياً مع جرائم الفساد الأصليّة التي اشتقت منها، وبخاصّة من ناحية عناصرها التي تتألف منها. فالجريمة -على افتراض أنّها جريمة مُستقلّة وليست ظرفاً مُشدّداً- المُحدّدة بالمادّة 27 من القانون رقم 06-01 تعتبر وهذا، طبقاً لعنوانها القانوني وعناصرها، جريمة رشوة التي يرتكبها الموظف العموميّ، خصّصها المُشرّع بمجال الصّفقات العموميّة، وأفرد لها أشدّ عقوبة أصلية تقررت لجريمة فساد بسيطة -بمعنى لم تقتزن بظرف مُشدّد للعقوبة- في القانون رقم 06-01. كذلك الأمر بالنّسبة لجريمة المادّة 26-2 من ذلك القانون التي تتألف من جهة من عناصر جريمة الرشوة، وعناصر جريمة استغلال التّفوّذ من جهة أخرى.

مما يعني -في استنتاج ثاني من دراسة الموضوع السابق- أنّ القانون الجزائري جرّم الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة في مناسبتين مختلفتين. فأولاً في المادّة 26-2 عندما يستغل الفاعل في الجريمة سلّطة موظف عموميّ من أجل تعديل لمصلحته على صّفقة عموميّة. غير أنّ القانون لم يشترط لقيامها حصول ذلك الموظف على مزية غير مستحقة. وهذه الأخيرة أساسيّة في جريمة الرشوة، لأنّ الرشوة تنطوي على المتاجرة بالسلّطة. كما أنّها تتطابق مع جريمة الراشي فقط. ويقتصر مجالها على التعديل على محتوى العقد أو مراجعة الأسعار، ولا يشمل الحالات الأخرى المرتبطة بالصّفقات العموميّة. وأخيراً في المادّة 27 عندما عاقب القانون الموظف العموميّ على قبض أجرة أو منفعة بمناسبة إجراء صّفقة عموميّة أو تنفيذها. ويتمثّل نقصها في عدم تحديد الواجب الذي يتاجر به المرتشي. كما أنّها تخص المرتشي فقط. غير أنّ هذا النقصان لا يعني إفلات المساهمين في الجريمة أو الحالات التي لم تنصّ عليها من قبضة القضاء الجزائيّ. بل بالعكس، إنّ استعارة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة من جرائم فساد أصيلة يسد ذلك النقص، لأنّ

هذه الأخيرة باعتبارها النصّ العام تُطبَّق كلما استحال تطبيق النصّ الخاصّ على الواقعة ذات الوصف الجنائيّ، أو لاستكمال النقصان الموجود في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة بناءً على فكرة التشابه بين الجرائم.

وإذا كانت الصّفقات العموميّة تشكل -فوق أنّها شرطٌ أوّليّ في الجريمة- العنصر المميّز لجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة (المنصوص عليها في المادّتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 تحديداً) عن جرائم الفساد التقليديّة، وبالتالي معيار التمييز بين النصّ الخاصّ والنصّ العام، فإنّ المُشرّع لم يحسن تعريفها. حيث أثبتت الدّراسة، من خلال استقراء محتوى نصّ التّجريم بواسطة أدوات التّفسير القانونيّ للنصوص الجنائيّة، أنّ جرائم الفساد المحدّدة بالمادّتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01 تشمل من التّصرّفات القانونيّة للإدارة العموميّة فئة التّصرّفات الاتّفاقية فقط. مما يعني استبعاد انطباقها على التّصرّفات القانونيّة الأخرى -ما لم تكن مرتبطة بعقد- والوقائع المادّيّة الصادرة عن تلك الإدارة. عدا هذا الدّور الهام الذي تؤديه ألفاظ "العقد" و"الاتفاقية" و"الصفقة" و"الملحق" في نصوص التّجريم، يقوم الشّكّ حول المجال الصحيح لمعناها إذا نظرنا إليها كتّصرّفات قانونيّة منطقية على تطابق بين الإرادات. حيث إنّ الإدارة العموميّة تبرم نوعان من العقود. أوّلاً العقود المدنيّة كغيرها من أشخاص القانون الخاصّ. وثانياً، العقود الإدارية التي تضم الصّفقات العموميّة. وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى عدّة أنواع. وما دامت نصوص التّجريم لم تحدّد بصراحة تامة اختصاصها بالصّفقات العموميّة دون سواها، فإنّ تطبيقها على عقود الإدارة العموميّة الأخرى يبدو ممكناً. وهذا الأمر قد يخالف مبدأ الشّرعية الجنائيّة، وما يترتب عليه من نتائج كالتّفسير الضيق للنصّ الجنائيّ، لأنّ تلك الألفاظ تحتل التأويل لأكثر من معنى.

كذلك، يتبين من دراسة جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة في القانون الجزائريّ المُحدّدة بالمادّة 26، 27، و 35 من القانون رقم 06-01 أنّها جميعاً من الجرائم التي يرتكبها فاعل يجب أن تتوفر فيه صفة خاصّة التي تؤلّف ما يسمى في الفقه الجنائيّ بالشّرط الأوّليّ في الجريمة. وتضاف إلى شّرط أوّليّ آخر هو التّصرّف القانونيّ الاتّفاقيّ. مع التقرير، بناءً على هذه الدّراسة، أنّ هناك ارتباطاً وثيقاً ما بين صفة الفاعل كشرط أوّليّ في الجريمة وجرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة. فهي تعد مناسبة لارتكاب الجريمة. أما من حيث الأركان المؤسّسة للجريمة، فإنّها تثبت القصد الجنائيّ -العام- لدى الفاعل في جريمة المحاباة وأخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة. ومن حيث العقوبة، فإنّها تشكل ظرفاً مُشدّداً حسب المادّة 48 من القانون رقم 06-01 مع أنّ هذا النصّ لا ينطبق على الجرائم التي تتطلب في فاعلها صفة الموظف العموميّ. وأخيراً، من حيث الإجراءات الجزائيّة، فإنّها تشكل سبباً لتطبيق إجراءات متابعة استثنائية.

ويمكن تقسيم تلك الصفة الشّرط الأوّليّ في الجريمة إلى فئتين. أوّلاً، صفة الموظف العموميّ المطلوبة في الجرائم التالية: 1- جريمة المحاباة (المادّة 26-1)، 2- وجريمة الرّشوة في مجال الصّفقات العموميّة (المادّة 27)، 3- وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة (المادّة 35). والتقرير في هذا الصّد أنّ شّرط صفة الموظف العموميّ في الفاعل المادّيّ في الجريمة التي تتطلبها تتكون من عناصر تتعارض مع بعض شروط وجود تلك الصفة حسب القانون الإداري الذي اقتبسها القانون الجنائيّ عنه. وهذا يثبت صحة تلك الحقيقة التي تكاد لا تقبل الجدل

بين فقهاء القانون الجنائي، والتي تقول إن مفهوم الموظف العمومي في القانون الجنائي أوسع منه في القانون الإداري. وقيام مشكلة تنازع بين القوانين من حيث الزمان في الجريمة المتمثلة في الرشوة في مجال الصفقات العمومية التي كانت في ظل المادة 128 مكرراً 1 من قانون العقوبات من الجرائم التي يجوز لأي شخص ارتكابها، لتصبح في ظل القانون رقم 06-01 من الجرائم التي تتطلب في فاعلها المباشر صفة الموظف العمومي. وثانياً، صفة المتعاقد مع الإدارة العمومية المطلوبة في جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية (المادة 26-2). والذي يتعين أن يكون المتعاقد المباشر مع الإدارة العمومية الأمر الذي يستلزم استبعاد بعض المتدخلين الخواص في الصفقات العمومية من نطاق تلك الجريمة - ولكن ليس من نطاق القانون الجنائي حيث يمكن معاقبتهم تحت وصف جنائي آخر - وأبرزهم المتعامل الثانوي، لأنه لا يرتبط مباشرة بالإدارة العمومية المتعاقدة برغم مشاركته في تنفيذ صفقة عمومية.

على أن دور شرط الصفة الخاصة في مرتكب الجريمة، وهو ضروري لتأليف جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، لا ينحصر في القانون الجزائي كما يتضح من هذه الدراسة في نظرية الجريمة فحسب، وإنما تقوم تلك الصفة بدور هام أيضاً في نظرية العقوبة بتبريرها تطبيق عقوبة الإقصاء أو العزل من الوظائف العمومية أو المناصب العمومية ضد الشخص المدان بالمساهمة في تلك الجرائم. وهذه العقوبات تعتبر تكميلية وليست أصلية، ولكنها ضرورية بخاصة في مجال تحتل فيه النزاهة ومكافحة الفساد مركزاً أساسياً. وتثبت أن مكافحة الفساد في مجال هذه العقود يستدعي تطبيق جميع الأنظمة والقواعد التي يُقررها قانون العقوبات ويسمح بها بالنسبة للجريمة، وبالنسبة للعقوبة أيضاً.

هذا بالنسبة إلى الشروط الأولية التي تتكون منها في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. أما أركانها المؤسسية، فتتميز بصعوبة تحديدها تارة، وبنقصانها تارة أخرى. أولاً، بالنسبة لجريمة المحاباة: فمن جهة، إن جريمة المحاباة تتكون من سلوك مادي سلبى يتمثل في انتهاك حكم تشريعي وتنظيمي يتعلّق بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية وآخر ايجابي يتمثل في منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير بواسطة الانتهاك السابقة. مما يجعلها من قبيل الجرائم الايجابية بطريق سلبى أو الجرائم السلبية على الأقل. ومن جهة ثانية، تعتبر من أكثر جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية تعديلاً في القانون الجزائي. ولقد كان التعديل يشمل ركنها المادي و/ أو ركنها المعنوي. وهذا يثبت أن عملية تحديد تعريف تشريعي لهذه الجريمة أمر صعب بالنسبة للمشرع الجزائري. وتكمن هذه الصعوبة في حصر الحالات التي يتعين تجريمها. فقد تبين من هذه الدراسة بالرجوع إلى القضاء الجزائي الفرنسي أن مخالفة الأحكام المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية تهدف أيضاً إلى إقصاء مؤسسة ما. وهي حالة لا تقل أهمية عن حالة منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير المعاقب عليها بالجريمة، لأنها تُلحق أيضاً بمبدأ المساواة في المعاملة بين المرشحين. ومن جهة أخيرة، تقرير أن هناك أفعال تتكون منها جريمة المحاباة تشكل في حقيقة الأمر اشتراكاً اعتبره المشرع جريمة مُستفحلة، خشية افلاته من مجال المسؤولية الجزائية، لأنه لاحق على ارتكاب الجريمة الأساسية، ونظراً لصعوبة اثبات اتفاق الاشتراك المُسبق في الجريمة الأساسية. ويتعلّق الأمر بفعل التأشير على صفقة عمومية. وهذا يثبت أن المشرع استعمل بصورة واسعة سلطاته الاستثنائية المخالفة للقواعد العامة من قانون العقوبات من أجل مكافحة ظاهرة

الفساد في الصّفقات العموميّة. وهذا الاستخدام مُبرّر، لأنّ تلك الظاهرة معقدة ومتشعبة. وهو أيضا صورة جريمة ايجابية بطريق سلي.

ثانيا، بالنسبة لجريمة الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة: يتضح من الدّراسة أنّ طبيعتها القانونيّة، إنّ كانت جريمة مُستقلّة أم جريمة رشوة مُشدّدة، غير واضحة. برغم النتائج القانونيّة الهامة التي قد تترتب عن الأخذ بأحد الوصفين. كذلك لم يتضمن النصّ التّجريمي شُرطا أساسيا في جريمة الرشوة يتمثّل في الغرض من ارتكابها مما يثير الشّك حول كونها جريمة رشوة فعلا. علاوة على ذلك، لا ينصّ القانون رقم 06-01 على جريمة الراشي فيها. وفي ظل هذا يبدو من الدّراسة أنّ هناك ثلاثة حلول تتنافس بشأن تحديد مسؤوليّة هذا الشّخص ومنع افلاته من العقوبة. الحل الأوّل يفترض أنّ فعل الراشي يشكل اشتراكا في الجريمة المنصوص عليها في المادّة 27، لكنه منتقد. والحل الثاني، يقضي باعتباره مساهما أصليا في الجريمة بناءً على نظرية التّحرّض. وينتج هذان الحلان بالربط بين الأشكال التقليديّة من المساهمة الجنائيّة وفعل الراشي. أما الحل الأخير، فيعتبره راشيا في مفهوم المادّة 25-1 ذات العقوبة المُخفّفة مقارنة مع المادّة 27. كذلك سجلت هذه الدّراسة وجود تعارض بين لفظ القبض ولفظ المنفعة في المادّة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلّقة بالرشوة في مجال الصّفقات العموميّة. فالقبض يقع على شيء ملموس. أما المنفعة فهي ذات طبيعة نفسية. وكان من الأجدر توحيدا للألفاظ بين مختلف جرائم الرشوة المنصوص عليها في القانون رقم 06-01 استعمال لفظ المزية غير المستحقة. ولا يقتصر ذلك التعارض على المعنى المنطقي، وإنما يشمل كذلك المعنى الحرفي. حيث توجد عدّة تعارضات لغوية بين النصوص الجنائيّة الرّسميّة المتعلّقة بجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة في نسختيها العربيّة والفرنسيّة. مثال: إدراج فعل الاحتفاظ بفائدة في النصّ الفرنسي من المادّة 35، مما يعني تجريمه، وخلو النصّ العربي من هذا الفعل. كذلك بينما تذكر المادّة 27 في نسختها العربيّة، بصدد تحديد وقت ارتكاب الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة، أنّه يقتصر على التحضير والإبرام يخلص من النصّ الفرنسي أنّها تشمل فوق ذلك مرحلة تنفيذ العقد. فمثل هذه التعارضات الخاصّة بالرّكن المادّي للجريمة -أو بأيّ عنصر آخر للجريمة- من شأنها التأثير على معنى النصّ الجنائيّ وبالتالي على نطاق تطبيقه.

وبالنسبة للرّكن المعنوي، يمكن التقرير أنّ جرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العموميّة عمدية حسب النصوص التّجريميّة. لكنه يصعب من ناحية عمليّة البت في انتمائها جميعا إلى فئة الجرائم العمدية، لأنّ القضاء الجزائيّ شوه مفهوم القصد الجنائيّ بالنسبة إلى بعضها مثل جريمة المحاباة، وهذا لأسباب واعتبارات معينة، حيث يبدو من الصعب جدا تصنيفها في أحد النوعين -الجرائم العمدية/ الجرائم غير العمدية- بصورة دقيقة نظرا إلى افتراضه من خلال قرائن معينة في الغالب كصفة الموظف العموميّ.

أيضا نستنتج من دراسة المسؤوليّة الجزائيّة عن الجرائم السّابقة أنّ المُشرّع الجزائري من جهة طبقها على الأشخاص الطبيعيّة والمعنوية -وهذه الأخيرة يجب أنّ تكون من القانون الخاصّ بعكس القانون الفرنسي الذي يميز تطبيقها على بعض الأشخاص العامّة- على حدّ السواء، إذا توافرت الشّروط المطلوبة قانونًا. وشكل مساهمتها الذي يعاقب عليه في هذه الجرائم يكون إما كمساهمة مباشرة باعتبارها فاعلا أصليا، أو كمساهمة تَبَعِيّة باعتبارها شريكا مع الفاعل

الأصلي في الجريمة. ومن جهة أخرى، لا يُقرّر أسبابا كثيرة لانعدام المسؤولية الجزائية (سواء كانت أسباب إباحة أو موانع للمسؤولية الجزائية)، حتى لا تتحول أحكام القانون الجنائي إلى مجرد قواعد تكميلية يمكن لأيّ كان أن يتذرع بتلك الأسباب لمخالفتها، وبالتالي عرقلة تنفيذ القانون الجنائي بصورة فعالة. وهذا ما يلاحظ من خلال دراسة حالة الغلط وحالة الضرورة غير المنصوص عليهما في قانون العقوبات، بأنّ تطبيقهما ضيق جدا. لكن قواعد العدالة تقتضي تقريرها، مع تطبيق شروط دقيقة وصارمة للاحتجاج بها، وهذا لمراعاة الحالات الخاصة التي ينبغي فيها عدم معاقبة الجاني. مع تقرير احتمال تطبيق عذر صغر السن الذي يُخفف من العقوبة على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في حالة التاجر المُرشّد.

خلصت هذه الدراسة أيضا إلى أنّ القانون الجزائري أفرد لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية أحكاما خاصة واستثنائية بالمقارنة مع جرائم الفساد الأخرى أو مع الجرائم الأخرى بوجه عام. فالدراسة تقتضي تقرير أنّ المُشرّع الجزائري يعامل ما أسماه بالرشوة في مجال الصفقات العمومية بطريقة استثنائية، لأنّه أخضعها لأنظمة قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها جريمة الرشوة في صورتها العامة مثل إتباع نظام وحدة التجريم في المادة 27 المتعلقة بالرشوة في مجال الصفقات العمومية بينما يُطبّق نظام ثنائية التجريم على المادة 25-2 من القانون رقم 06-01، وتطبيق المحاولة على فعل الطلب في المادة 27 بينما يعتبر سلوكا إجراميا تتم به -ولا تتوقف عنده- الجريمة حسب المادة 25-2. إلى جانب ذلك، تُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية نفس القواعد الاستثنائية التي تخضع لها جرائم الفساد الأخرى في القانون رقم 06-01 والتي نفّذت إلى القانون الجزائري بسبب المصادقة على اتفاقيات دولية ذات صلة بموضوع الفساد، كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. ومنها الأحكام المتعلقة بالظروف المُخفّفة، والعذر المعفي من العقوبة، وإنشاء هيئات خاصة تُكلّف بالبحث والتحقيق في جرائم الفساد. لكن أهمها يتمثّل في تقادم الدّعوى العمومية والعقوبات المحكوم بها. حيث قرّر المُشرّع للدّعوى العمومية بشأنها نظام عدم التقادم الذي لا يعتد بأيّ مهمة محدّدة وذلك بصورة مطلقة في حالة جريمة الرشوة (قانون الإجراءات الجزائية، المادة 8 مكرّر)، وبصورة نسبية في الجرائم الأخرى تتوقف على شرط تحويل العائدات الاجرامية إلى خارج الاقليم الوطني (القانون رقم 06-01، المادة 54). وفي المقابل، يتضح من هذه الدراسة قصر مُدّة تقادم الدّعوى العمومية في حالة عدم خضوعها لنظام عدم التقادم، وتتمثّل في ثلاث سنوات، وتأثيرها السّلبي على عمليّة إثبات هذه الجرائم التي نظرا لطابعها المعقد والمتشعب والخفي تحتاج مُدّة طويلة من الوقت لإقامة الدليل على ارتكابها. وبالنسبة لتقادم العقوبات المحكوم بها، فتخضع للقواعد الاستثنائية المُقرّرة في قانون الإجراءات الجزائية والقانون رقم 06-01 وهي مُدّة التقادم الطويلة المساوية لمُدّة عقوبة الحبس المحكوم بها ضد الشّخص، إذا كانت تزيد عن خمس سنوات، وهذا أمر متصور في جرائم الفساد -وبخاصّة في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية- لأنّ حدّها الأقصى يزيد عن الخمس سنوات، إضافة إلى عدم تقادمها في الحالات المحدّدة لذلك. وهذا يثبت أنّ جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية -وجرائم الفساد بوجه عام- لا تخضع فقط لأحكام مُشدّدة فيما يتعلّق بعقوباتها فقط، وإنما تخضع كذلك إلى أحكام مُشدّدة فيما يتعلّق بإجراءات

المتابعة الجزائية فهي تدرج ضمن اختصاص ثلاثة جهات قضائية جزائية بحسب الحالة: محاكم الجناح والمخالفات المختصة إقليمياً، والجهة القضائية ذات الاختصاص الموسع، والقطب الجزائي الاقتصادي والمالي. بالإضافة إلى خصوصية جهات البحث والتحري فيها أين يؤول الاختصاص إلى الديوان المركزي لقمع الفساد. بل وخول القانون رقم 06-01 لهذه الجهات استعمال أساليب استثنائية من أجل جمع الأدلة على ارتكاب جرائم الفساد ومنها الجرائم الخاصة بالصفقات العمومية. كذلك تخضع لأحكام مُشدّدة فيما يتعلّق تنفيذ العقوبات الصادرة بشأنها.

غير أنّ قسوة تلك الاجراءات تتوقف في بعض الحالات على شروط معينة. وفي هذا الصدد لابد من تقرير أنّ المادة 48 من القانون رقم 06-01 المتضمنة ظرفاً مُشدّداً يرتبط بصفة الموظف العمومي التي يترتب عليها رفع عقوبة الحبس فقط إلى ما بين 10 و 20 سنة، لا تُطبّق على الشريك في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فهي تتعلّق بالفاعل المباشر في الجريمة لا أكثر. وأنّها تُطبّق على جرائم الفساد التي لا تتطلب في هذا الأخير صفة الموظف العمومي حتى لا يتعارض حكمها مع قاعدة عدم جواز معاقبة الشّخص مرتان بسبب نفس الجريمة *Non bis in idem*. ويستنتج منه أنّ الظرف السابق لا ينطبق على جريمة المحاباة، وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية، لأنّها تقوم قانوناً بشّرط أن يتمتع فاعلها بصفة الموظف العمومي. وفي المقابل، من المحتمل أن يُطبّق ذلك الظرف على جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية فحسب بسبب أنّها تتألف من صفة تختلف عن صفة الموظف العمومي. كذلك إنّ الأسباب الخاصة لانقضاء الدّعى العمومية لا تسري على تلك الجرائم إما بسبب نوعها (فهي من الجناح بينما يُطبّق السّبب على المخالفات كغرامة الصلح مثلاً)، أو بسبب عدم وجود نصّ خاصّ من القانون يبيّنها في تلك الجرائم كالمصالحة الجنائية وسحب الشكوى. مع الملاحظة في هذا الصدد أنّ المصالحة الإدارية -لا الجنائية- تعتبر في جريمة المحاباة كسبب خاصّ للإباحة حيث بتنفيذ اتّفاق الصلح الإداري من طرف المحاسب العمومي يتوقى هذا الأخير بموجب ذلك الاتّفاق خطر المتابعة الجزائية. فإذا كانت المصالحة الإدارية لا تقوم بأيّ دور في انقضاء الدّعى العمومية بشأن الجريمة، إلّا أنّها قد تفيد بعض المتدخلين في الصفقات العمومية الذين يحتمل مساهمتهم في جريمة المحاباة. أما سحب الشكوى، فيتقرر من هذه الدّراسة أنّ جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية ليست من الجرائم التي يلزم لتحريك الدّعى العمومية بشأنها تقديم شكوى من طرف الشّخص المضرور. فهذه الشكوى مجرّد وسيلة لوصول العلم للجهات المختصة بارتكاب الجريمة. وبالتالي لا تعتبر قيда على حرية النيابة العامة في مباشرة الدّعى العمومية بشأن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.

كما أنّها غير مُبرّرة في حالات أخرى. حيث إنّ القانون رقم 06-01، برغم ضخامة عقوباته السالبة للحرية (من 2 إلى 10 سنوات بالنسبة لجرائم المادتين 26 و 35، ومن 10 إلى 20 سنة بالنسبة لجريمة المادة 27)، لم يُقرّر أهمية خاصة لعقوبة الغرامة -في الجريمة البسيطة، وفي الجريمة المُشدّدة بالمادة 48 التي ضاعفت مُدّة الحبس فقط- التي جعلها من العقوبات الأصلية في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، كغيرها من سائر جرائم الفساد، بحيث أخضعها لنظام الغرامة العادية القائم على معيار تقليدي يتمثّل في التناسب بين مُدّة العقوبة السالبة

للحرية المُقرَّرة لتلك الجرائم ومبلغ الغرامة، ولم يأخذ في الاعتبار بمقدار الربح الذي ينتج عن ارتكاب الجريمة لتحديد مبلغها، برغم أنَّ جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة تعتبر بامتياز من الجرائم الربحية. كما أنَّه لم يفرض تطبيق العقوبات التكميلية على جرائم الفساد بصورة الزامية، وانما جعلها اختيارية فقط. وعليه، يمكن القول إنَّ السياسة التشريعية في الجزائر حاليا والمتعلِّقة بمكافحة الفساد قائمة على تفضيل العقوبة السالبة للحرية فحسب. وهذا يتعارض مع الطبيعة الربحية لهذه الجرائم التي تقتضي اعطاء أهمية خاصَّة للعقوبات المالية بدلا من التركيز على العقوبة السالبة للحرية. ومع الأهميَّة المتنامية للعقوبات التكميلية في مكافحة الفساد أيضا، كعقوبة الاقصاء من المشاركة في الصفقات العموميَّة المستحدثة في الجزائر سنة 2006.

ثانيا- بالنسبة إلى التوصيات المقترحة في هذه الدراسة:

تدور هذه التوصيات حول ثلاث مسائل رئيسيَّة: أوَّلا، إلغاء بعض جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة من النظام القانوني الجزائري نظرا لعدم ضرورتها. فهناك جرائم فساد أخرى يمكن أن تعاقب عليها بنفس الفعالية وبشمولية أكبر منها. أو ثانيا، إصلاح تعريفها التشريعي والعقوبات المُقرَّرة لها قانوناً لكي تتطابق مع مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة وما يترتب عنه من نتائج كضرورة التفسير الضيق للنص الجنائي. وثالثا، تحديث الأنظمة القانونية الجزائية التي تخضع لها هذه الجرائم حتى يساير القانون الوضعي الجزائري التَّطوُّرات الحاصلة في مكافحة الفساد على المستوى الدولي.

أوَّلا، تقترح هذه الدراسة قيام المُشرِّع بإلغاء جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة بصورة كلية، وتعويضها بجرائم الفساد ذات نطاق التطبيق العام لأتمَّا كفيفة بالمعاقبة عليها، وعلى أفعال وأغراض وحالات أخرى قد تقع بمناسبة الصفقات العموميَّة لا يشملها النص الخاص. وهذا، عملا بمبدأ التجريم بقدر الضرورة. فجريمة استغلال الثُّفوذ في مجال الصفقات العموميَّة تنطوي على جريمة رشوة الموظف العمومي (المنصوص عليها في المادَّة 25-1) وجريمة استغلال نفوذه (المنصوص عليها في المادَّة 32-1)، والجريمتان الأخيرتان يمكنها أن تعاقب على نفس الأفعال والأغراض التي تعاقب عليها المادَّة 26-2 وبنفس العقوبات. ينطبق الأمر كذلك على المادَّة 27 التي تعاقب على وقائع وصفها القانون رقم 06-01 بالرشوة التي لا تختلف عما تعاقب عليها المادَّة 25-2 من القانون رقم 06-01. وأخيرا، جريمة المادَّة 26-1 التي ينطبق عليها تعريف جريمة إساءة استعمال الوظيفة العموميَّة.

ثانيا، وفي حالة عدم إلغائها، يجب على المُشرِّع أن يقوم بإصلاح جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة من حيث تعريفها التشريعي ومن حيث عقوباتها القانونية. ويجد هذا الاقتراح أساسه النظري في مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، حيث إنَّه سيضمن احترام ذلك المبدأ وما يترتب عنه من نتائج كالتفسير الضيق للنصوص التجريمية، وقاعدة الدقة والوضوح في النص الجنائي التي يمكنها أن تضمن الوقاية من الوقوع في ذلك النوع من الجرائم: فالوقاية من الجريمة لا تقتضي دائما تبني إجراءات محدَّدة لذلك، لكن إصلاح النصوص التجريمية يجعلها واضحة، وبالتالي يتوقع الشَّخص المُخاطَب بها مُسبَّقاً أيَّ سلوك يعتبر جريمة ويحجم عن القيام به. فمن حيث تعريفها، يتعين على المُشرِّع إعادة النظر في الشُّروط الأوَّلية التي تتألف منها، وبالتحديد التصرُّفات القانونيَّة الاتِّفاقية التي تشكل ميدان ارتكابها. بحيث

يجب على السلطة التشريعية أن تحدّد بدقة التصرف القانوني الاتفاقي الذي يندرج في نطاق الجرائم المحددة بالمادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-01. وأحسن طريقة لفعل ذلك تتمثل في تحديده باسمه القانوني كما هو الشأن في القانون الفرنسي. بحيث أنّها ستذكر بصراحة الصفقات العمومية لا غير، إذا اتجهت إرادة المشرّع نحو تخصيصها بهذه العقود فقط. أو العقود الإدارية الأخرى كاتفاقية تفويض المرفق العمومي، إذا رأى المشرّع أنّها صالحة لتدخل مجال التجريم أيضا. كذلك يجب أن يحدّد المشرّع أركان هذه الجرائم بوضوح. فعليه إدراج حالة عدم التفضيل التي اكتشفها القضاء الجزائي الفرنسي ضمن نطاق جريمة المحاباة. وتجريم التأشير على الصفقة العمومية في فقرة مُستقلّة لكن في نفس النصّ الجنائي، لأنّ هذا السلوك المادي لا يستجمع عناصر الركن المادي في جريمة المحاباة. فهو لا يخالف من جهة حكما تشريعا أو تنظيميا يتعلّق بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية، وإن كانت عملية التأشير تندرج ضمن الرقابة التي تعتبر من مظاهر احترام الشفافية في هذه العقود، لأنّها أصلا مخالفة بسلوك سابق لا علاقة له بالتأشير. كما أنّه لا يمنح امتيازاً غير مُبرّر للغير، لأنّ الامتياز منح أصلا إلى الغير قبل الرقابة الخارجية ومنح التأشيرة. وعليه من جانب آخر أن يستكمل أركان جريمة الرشوة حسب النظرية العامة في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وبالتحديد الغرض من ارتكاب الجريمة. ويجب عليه حذف الإشارة إلى المحاولة فيها، لأنّ المادة 52 من القانون رقم 06-01 تعاقب عليها. واستبدال لفظ "يقبض" بتعبير آخر يشمل المزية المادية والمعنوية المُقدّمة إلى الموظف العمومي كمقابل رشوة، مثل تعبير "يحصل". مع اقتراح استبدال الأجرة والمنفعة بالمزية غير المستحقة حتى يتحقق التماثل الضروي واللازم بين جرائم الرشوة، طبقا لما جاء في القانون رقم 06-01. وأخيرا تجرّم سلوك الراشي بنفس الصورة في المادة 25 من القانون رقم 06-01 حتى تُطبّق عليه نفس العقوبات المُقرّرة للمرتشي في الصفقات العمومية. مع تصحيح الأخطاء المادية الموجودة بين النصّين العربي والفرنسي. كذلك الأمر بالنسبة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية التي يجب أن تدرج حالة الاحتفاظ في نصّها العربي لكي يعاقب عليها أيضا. وأنّ تنصّ على الصفقات العمومية ضمن العمليات التي يدور مجالها المادي حولها لكي تكون متطابقة مع الجريمة عندما ترتكب بعد انتهاء الوظيفة العمومية. وأخيرا يجب على المشرّع أن يُطبّق جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية على جميع المسائل المتعلّقة بالصفقات العمومية وليس على مراجعة الاسعار والتعديل على مضمونها، كما تذهب اليه المادة 26-2 من القانون رقم 06-01.

ومن حيث عقوباتها، تقترح هذه الدراسة إعادة النظر في العقوبات الأصلية والتكميلية المطبقة عليها. حيث تجب إعادة النظر في مُدة عقوبة الحبس لربطها مع الطبيعة الرّبحية لجرائم الفساد الخاصّة بالصفقات العمومية. ويجب لهذا الغرض تشديد الحدان الأقصى والأدنى بالنسبة إلى الجرائم التي تعود فيها الفائدة على الفاعل المباشر في الجريمة كجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية. فإذا كانت للجريمة فائدة على شخص آخر من الغير، كجريمة المحاباة مثلا، فيجب تطبيق عقوبة حبس أقلّ شدّة منها. وهذا ما يلاحظ في القانون الفرنسي الذي يمكن للمشرّع الجزائري أن يسترشد به في هذا الصّدّد. كذلك، تجب إعادة النظر في مقدار عقوبة الغرامة الماليّة برفع حدّيها الأدنى والأقصى إلى الضعف، نظرا لضآلتها مقارنة مع الأرباح والفوائد الناتجة عن تلك الجرائم. وهذا بالنسبة إلى

العقوبات الأصلية. أما العقوبات التكميلية، فهي اختيارية في ظل القانون رقم 06-01، ومن أجل توفير النزاهة والشفافية في مجال الصفقات العمومية، يجب على المشرع أن يجعلها اجبارية بحيث يُلزم القاضي الجزائي بتطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بهذه العقود على الأقل، أو على جرائم الفساد بوجه عام، حتى يردع المفسدين من المشاركة من جديد في الصفقات العمومية، والعود إلى ممارستهم الفاسدة والمضرة بالمنافسة والشفافية ونزاهة الصفقات العمومية.

ثالثاً وأخيراً، بالنسبة لتحديث الأنظمة القانونية الجزائية التي تُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية. فما من شك، بعد هذه الدراسة، إنّ القانون الجزائري لا يزال يركز إلى أدوات قمعية - لكن شرعية - تقليدية من أجل مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية والمجالات الأخرى. في حين لاحظت الدراسة أنّ التشريعات الجنائية الأجنبية كالقانون الفرنسي خطت خطوات هامة في هذا الصعيد، وبخاصة ما تعلّق منه بالعقوبات. وبناءً عليه، تقترح هذه الدراسة التوصيات الآتية:

1- تدعو هذه الدراسة المشرع الجزائري إلى استحداث عقوبة الغرامة النسبية لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية التي ستسمح لعقوبة الغرامة بأداء وظيفة هامة، إلى جانب عقوبة الحبس، في محاربة ظاهرة الفساد ومضاعفة فعالية النصوص الجنائية ذات العلاقة بمكافحة الفساد في الجزائر، وكذلك سدّ النقص الملاحظ بالنسبة لعقوبة المصادرة التي يستحيل تطبيقها إذا تم تحويل أرباح الجريمة إلى خارج الإقليم الوطني الجزائري. ونقترح في هذا الصدد الشروع في تطبيق هذه العقوبة على الجرائم السابقة أولاً، ثمّ تعميمها على بقية جرائم الفساد، إذا ثبتت فعاليتها في مكافحة ظاهرة الفساد في الجزائر.

2- إنشاء عقوبة جديدة تُطبّق على الشّخص المعنويّ يتمثّل مضمونها في إلزام الشّخص المعنويّ المُدان جزائياً بتطبيق إجراءات تهدف إلى مكافحة الفساد داخل أجهزة إدارته على ضوء العقوبة المُقرّرة في القانون الفرنسي لهذا الغرض. أما بخصوص طبيعتها القانونية، فيستطيع المشرع أن يجعلها إما كعقوبة أصلية أو كعقوبة تكميلية. وإذا قرّر تكيفها كعقوبة تكميلية، فيجب أن تكون فوق ذلك اختيارية وليست اجبارية حتى يستطيع القاضي الجزائي أن يأخذ بالاعتبار بحجم وخصوصيات الشّخص المعنويّ المحكوم عليه جزائياً.

3- مراجعة مُدّة تقادم الدّعوى العموميّة بالنسبة إلى جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، وجرائم الفساد بوجه عام، برفعها لأكثر من 3 سنوات حتى يتسنى للجهات المختصة التحقيق المتعمق -الذي تقتضيه هذه الجرائم بطبيعتها- وجمع أدلة الإثبات القوية والسليمة من الناحية القانونية. ويمكن أن تساوي 6 سنوات اقتداء بما اقترح في القانون الفرنسي. مع إجازة تمديد موعد تقادم جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية عندما لا تتوفر فيها شروط الجريمة التي لا تقادم. وذلك بالنص صراحة في قانون الإجراءات الجزائية، قياساً على ما جاء في القانون الفرنسي، على أنّ الدّعوى العموميّة بشأنها لا تبدأ في التقادم إلا من يوم اكتشافها. أو جعل حكم تشريعي صريح ضمن المادّة 54 من القانون رقم 06-01 المتعلقة بتقادم جرائم الفساد ينصّ على إجازة تمديد موعد تقادم الدّعوى العموميّة بشأن جرائم الفساد، وضمنها جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية، إذا قام مرتكبها بإخفائها وسترها

عن أعين الجهات النظامية المختصة بواسطة استعمال طرق احتيالية، فيقرر بداية حساب مُدَّة التقادم بشأنها من تاريخ اكتشاف الجريمة بدلا من القيام بذلك من تاريخ ارتكابها كما تقضي به القاعدة العامة من قانون الإجراءات الجزائية.

4- اقترح النصّ بصراحة في قانون الإجراءات الجزائية على أنّ الدَّعوى العمومية تنقضي كذلك بالحل أو الاندماج بالنسبة إلى الشَّخص المعنويّ، حتى يكون هناك سند قانونيّ لانقضاء الدَّعوى العمومية في هذه الحالة. كذلك اقترح تنظيم رد الاعتبار للأشخاص المعنويّة أيضا، نظرا إلى أنّ هذه الأشخاص تشكل النسبة الأكبر من المتعاملين الاقتصاديين المتدخلين في مجال الصَّفقات العمومية التي قد ترغب بعد تنفيذ عقوباتها الأصلية في الحصول على رد الاعتبار لرفع العقوبات التكميلية عنها التي تمنعها من المشاركة في الصَّفقات العمومية.

5- منح الجمعيات المدنية التي تهدف إلى مكافحة الفساد حقّ الادعاء المدنيّ أمام الجهة القضائية الجزائية المختصة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينتج عن جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية، وجرائم الفساد بوجه عام. ويجب أن يتم ذلك بموجب نصّ خاصّ من القانون. إلى جانب الزام المُشرِّع المصلحة المتعاقدة باشتراك الموظفين المُكلَّفين باكتشاف المخالفات والجرائم المتعلقة بالصَّفقات العمومية التابعين لهيئات أخرى في نشاط لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، لأنّ ذلك سيساهم أكثر في الكشف عن جرائم الفساد في مجال الصَّفقات العمومية، نظرا لخبرتهم في مثل هذه الجرائم والممارسات.

ومن المتوقع أن يؤدي تجسيد الاقتراحات السابقة من خلال نصوص تشريعية، وتطبيقها في الواقع العملي إلى التخفيض من خطر الممارسات الاحتيالية والفاصلة أثناء إبرام وتنفيذ الصَّفقات العمومية، وإلى رفع نسبة النزاهة والشفافية فيها، لكي تؤدي هذه العقود وظائفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع بالفعالية المتوقعة منها. غير أنّ القضاء على مظاهر الفساد بشكلٍ كليّ يبدو هدفا صعبا لا بل مستحيلا، لأنّ المحتالين والفاستدين سيبتكرون دائما أساليب جديدة لممارسة الفساد والغش في الصَّفقات العمومية تفلت من الرِّقابات والاجراءات المستحدثة. لهذا السَّبب يتعين أن تكون طرق السياسة الجنائية المتعلقة بمكافحة الفساد في الجزائر موضوع تحديث دائم ومستمرّ لمجاعة تلك التَّطوُّرات والانحرافات الجديدة واستغراقها. وألا يركن المُشرِّع إلى نفس الطرق لمواجهة. فإذا كان للفساد نفس الجوهر مهما تغير الوقت، بمعنى أنّه ينطوي على التَّعسُّف في استعمال السُّلطة، وتفضيل المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، فإنّ له أشكالا وطرقا متنوعة، مختلفة، والأخطر من ذلك أنّها مُتَطَوِّرة.

قائمة المصادر والمراجع المعتمد عليها في الدِّراسة

أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية

أ- المصادر

القرآن الكريم.

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020، ج.ر. رقم 82 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020.

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، ج.ر. رقم 14 مؤرخ في 7 مارس سنة 2016.

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، قرار الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة رقم 58-4 الصادر في 31

أكتوبر 2003، Treaty series, vol. 2349, United Nations, New York, 2007 .

الصك الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966،

<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (16/06/2020).

المرسوم رقم 89-67 مؤرخ في 16 مايو سنة 1989 يتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق

بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16

ديسمبر سنة 1986، والمنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 20 المؤرخ في 12

شوال عام 1409 الموافق 17 مايو سنة 1989، ج.ر. رقم 20 مؤرخ في 17 مايو سنة 1989.

قانون عضوي رقم 05-11 مؤرخ في 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر. رقم 51 مؤرخ

في 20 يوليو سنة 2005.

قانون رقم 22-08 مؤرخ في 5 مايو سنة 2022 يحدد تنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد

ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، ج.ر. رقم 32 مؤرخ في 14 مايو سنة 2022.

قانون رقم 21-15 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2021 يتعلق بمكافحة المضاربة غير المشروعة، ج.ر. رقم

99 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2021.

قانون رقم 21-14 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2021، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18

صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 99 مؤرخ في 29 ديسمبر

سنة 2021.

قانون رقم 15-02 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر

عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. رقم 40 مؤرخ في 23 يوليو

سنة 2015.

قانون رقم 14-01 مؤرخ في 4 فبراير سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر

عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 16 فبراير سنة 2014.

قانون رقم 11-15 مؤرخ في 2 غشت سنة 2011 يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير

2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. رقم 44 مؤرخ في 10 غشت سنة 2011.

قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج. ر. رقم 36 مؤرخ في 2 يوليو 2008.

قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. رقم 21 مؤرخ في 23 أبريل سنة 2008.

قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر. رقم 84 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2006.

قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. رقم 14 مؤرخ في 8 مارس 2006.

قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمّم، ج. ر. رقم 44 مؤرخ في 26 يونيو سنة 2005.

قانون رقم 05-04 مؤرخ في 6 فبراير لسنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج. ر. رقم 12 مؤرخ في 13 فبراير سنة 2005.

قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر. رقم 71 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004.

قانون رقم 01-09 مؤرخ في 26 يونيو سنة 2001 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر. رقم 34 مؤرخ في 27 يونيو سنة 2001.

قانون رقم 88-29 مؤرخ في 19 يوليو سنة 1988 يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج. ر. رقم 29 مؤرخ في 20 يوليو سنة 1988.

قانون رقم 88-26 مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات (ج. ر. رقم 28 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1988).

قانون رقم 85-02 مؤرخ في 26 يناير سنة 1985 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. رقم 5 مؤرخ في 27 يناير سنة 1985.

قانون رقم 82-04 مؤرخ في 13 فبراير سنة 1982 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر. رقم 7 مؤرخ في 16 فبراير سنة

1982.

قانون رقم 78-03 مؤرخ في 11 فبراير سنة 1978 يتضمن تعديل الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 17 يونيو سنة 1975 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 14 فبراير سنة 1978. قانون رقم 78-02 مؤرخ في 11 فبراير سنة 1978 يتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 14 فبراير سنة 1978.

أمر رقم 21-07 مؤرخ في 8 يونيو سنة 2021، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021، ج.ر. رقم 44 مؤرخ في 8 يونيو سنة 2021.

أمر رقم 20-04 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الاجراءات الجزائية، ج.ر. رقم 51 مؤرخ في 31 غشت سنة 2020.

أمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010 يتم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر. رقم 50 مؤرخ في 1 سبتمبر سنة 2010.

أمر رقم 07-01 المؤرخ في أول مارس 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر. رقم 16 مؤرخ في 7 مارس 2007.

أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر. رقم 46 مؤرخ في 16 يوليو سنة 2006.

أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. رقم 52 مؤرخ في 27 غشت سنة 2003.

أمر رقم 03-04 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج.ر. رقم 43 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2003.

أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر. رقم 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003.

أمر رقم 96-23 مؤرخ في 9 يوليو سنة 1996، يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، ج.ر. رقم 43 مؤرخ في 10 يوليو سنة 1996.

أمر رقم 96-01 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996، يحدّد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج.ر. رقم مؤرخ في 14 يناير سنة 1996.

أمر رقم 95-20 مؤرخ في 17 يوليو سنة 1995، المعدّل والمتمّم، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر. رقم 39

مؤرخ 23 يوليو سنة 1995.

أمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، ج.ر. رقم 101 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1975.

أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر. رقم 78 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975.

أمر رقم 47-75 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1975 يتضمن تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 7 مؤرخ في 4 يوليو سنة 1975. أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر. رقم 52 مؤرخ في 27 يونيو سنة 1967.

أمر رقم 66-186 مؤرخ في 21 يونيو سنة 1966 يتضمن إحداث مجالس قضائية خاصة لقمع الجرائم الاقتصادية، ج.ر. رقم 54 مؤرخ في 24 يونيو سنة 1966.

أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج.ر. رقم 49 مؤرخ في 11 يونيو سنة 1966.

أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. رقم 48 مؤرخ في 10 يونيو سنة 1966.

مرسوم الرئاسي رقم 16-193 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2016، يتضمن إجراءات عفو بمناسبة الذكرى الرابعة والخمسين لعيد الاستقلال والشباب لفائدة المحبوسين الذين تحصلوا على شهادات في التعليم والتكوين، ج.ر. رقم 41 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2016.

مرسوم الرئاسي رقم 16-192 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2016، يتضمن إجراءات عفو بمناسبة الذكرى الرابعة والخمسين لعيد الاستقلال والشباب، ج.ر. رقم 41 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2016.

مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. رقم 50 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

مرسوم رئاسي رقم 12-87 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2012، يتضمن إنشاء مركز التكوين والدعم في مجال الأمن النووي وتنظيمه وسيره، ج.ر. رقم 12 مؤرخ في 29 فبراير سنة 2012.

مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر. رقم 58 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010.

مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أبريل سنة 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر. رقم 15 مؤرخ في 23 أبريل سنة 1982.

مرسوم تنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 مايو سنة 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة

المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج.ر. رقم 50 مؤرخ في 24 يونيو سنة 2021.
مرسوم تنفيذي رقم 14-116 مؤرخ في 24 مارس سنة 2014، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان
للجماعات المحلية ويحدد مهامه وتنظيمه وسييره، ج.ر. رقم 19 مؤرخ في 2 أبريل سنة 2014.
مرسوم تنفيذي رقم 09-374 مؤرخ في 16 نوفمبر 2009، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-414
المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج.ر. رقم 67 مؤرخ في 19
نوفمبر 2009.
مرسوم تنفيذي رقم 92-414 مؤرخ في 14 نوفمبر 1992، يتعلق بالرقابة القبلية على النفقات التي يلتزم بها،
ج.ر. رقم 82 مؤرخ في 15 نوفمبر 1992.
قرار مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات
الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج.ر. رقم 6 مؤرخ في 19 يناير سنة 1965.

ب- المراجع

1- الكتب:

- أبو عامر محمد زكي، قانون العقوبات: القسم العام، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007.
اوهابيه عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: التحري والتحقيق، الجزائر، دار هومه، 2008.
البارودي علي، العربي محمد فريد، القانون التجاري، ج 1، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2000.
البارودي علي، القانون التجاري: القطاع العام وفقا للقانون 97 لسنة 1983 المنشأة التجارية، مصر، منشأة
المعارف، 1986.
بدوي عبد الرحمن، مناهج البحث العلمي، ط. 3، الكويت، وكالة المطبوعات، 1977.
بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم، 2005.
بهنام رمسيس، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط. 3، مصر، منشأة المعارف، 1997.
بهنام رمسيس، قانون العقوبات: جرائم القسم الخاص، ط. 1، مصر، منشأة المعارف، 1999.
بهنام رمسيس، نظرية التجريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، ط. 3، مصر، منشأة
المعارف، 1996.
محمودة أحمد، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 1، ط. 3، الجزائر، دار
هومه، 2017.
محمودة أحمد، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 2، ط. 3، الجزائر، دار
هومه، 2017.
بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 1، ط. 9، الجزائر، دار هومه، 2009.
بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 2، ط. 13، الجزائر، دار هومه، 2013/2012.

- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2، ط. 9، الجزائر، دار هوم، 2008.
- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط. 7، الجزائر، دار هوم، 2008.
- بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط. 4، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2011.
- بوطبة مراد، نظام الموظفين في القانون الجزائري، الجزائر، دار هوم، 2018.
- تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام، ط. 1، مصر، مكتبة الوفاء القانونية، 2009.
- ثروت جلال، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، مصر، منشأة المعارف، 1989.
- حزيط محمد، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، ط. 2، الجزائر، دار هوم، 2014.
- حزيط محمد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط. 4، الجزائر، دار هوم، 2009.
- خرشي النوي، الصفقات العمومية: دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، الجزائر، دار الهدى، 2018.
- رحماني منصور، القانون الجنائي للمال والأعمال، ج 1، الجزائر، دار العلوم، 2012.
- رحماني منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام، الجزائر، دار العلوم، 2006.
- زراوي صالح فرحة، الكامل في القانون التجاري الجزائري، ط. 3، الجزائر، ابن خلدون، 2003.
- سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية. النظرية المعاصرة، ط. 1، الجزائر، دار هوم، 2007.
- سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، ط. 2، الجزائر، دار هوم، 2006.
- سعد عبد العزيز، دراسة وأبحاث تحليلية في قانون العقوبات الجزائري حول جريمة خيانة الأمانة، جريمة تعاطي الرشوة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد، الجزائر، دار هوم، 2018.
- سلامة مأمون محمد، قانون العقوبات: القسم العام، ط. 3، مصر، دار الفكر العربي، 1982-1983.
- سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 2، ط. 5، الجزائر، د.م.ج.، 2007.
- سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج 1، ط. 8، الجزائر، د.م.ج.، 2016.
- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ط. 3، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مع 1، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.ت.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 6، مع 2، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.ت.
- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ب.ت.

السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، مج 1، ط. 3، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مج 2، ط. 3، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

شلي أحمد، كيف تكتب بحثاً أو رسالة: دراسة منهجية لكتابة الأبحاث وإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه، ط. 6، مصر، مكتبة النهضة المصرية، 1968.

صبيح نجم محمد، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم الخاص، الجزائر، د.م.ج.، 2000.
عبيد رءوف، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط. 4، مصر، دار الفكر العربي، 1979.
العربي محمد فريد، الفقي محمد السيد، الشركات التجارية، ط. 1، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
العتار فؤاد، القانون الإداري، مصر، دار النهضة، ب.ت.
علي سليمان علي، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط. 8، الجزائر، د.م.ج.، 2008.

عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2، د.م.ج.، 1998.
عوابدي عمار، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، ط. 3، الجزائر، د.م.ج.، 1999.

العوجي مصطفى، القأئون الجنائي، ج 1، ط. 3، لبنان، دار الخلود، 1999.
فرج الصدة عبد المنعم، أصول القانون، لبنان، دار النهضة العربية، ب.ت.
فيلاي علي، الإلتزامات: النظرية العامة للعقد، ط. 3، الجزائر، موفم، 2013.
فيلاي علي، مقدمة في القانون، الجزائر، موفم للنشر، 2010.
لجنة الدراسات العليا بكلية العلوم الاجتماعية، دليل كتابة خطط رسائل الماجستير والدكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية، المملكة العربية السعودية، 1432/1431 سنة هجرية، متوافر على الرابط الإلكتروني الآتي: www.yumpu.com/en/document/view/28843331-1432 (19/04/2020).
محمود مصطفى محمود، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط. 1، مصر، دار النهضة العربية، 1970.
مُرُقُس سليمان، عقد البيع، ط. 4، مصر، عالم الكتب، 1980.

منصور اسحق إبراهيم، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص، ط. 2، الجزائر، د.م.ج.، 1988.

2- الرّسائل العلمية:

بلطرش عائشة، جرائم الفساد، مذكرة ماجستير في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر 1، 2013/2012.
بن عليّة حميد، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الجزائري: تحول النشاط الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر، 2006.

تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة تلمسان، 2018/2017.

حاحا عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة بسكرة، 2013/2012،

<http://archives.univ-biskra.dz/handle/123456789/1171> (24/03/2023).

خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر 1، 2015/2014.

زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير في القانون مقدمة إلى جامعة ورقلة، 2012/2011.

علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة الجزائر 1، 2013/2012،

http://193.194.83.98/jspui/bitstream/123456789/12396/1/ALLA_KARIMA.pdf (11/04/2021).

غانية مبروكة، الاختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون مقدمة إلى جامعة سيدي بلعباس، 2019/2018.

3- الدّراسات العلمية المنشورة على الدّوريات العلمية والمداخلات المُقدّمة إلى المؤتمرات العلمية:

الأخضري مختار، "المنظومة الوطنية في مجال استرداد الموجودات (عائدات الفساد)"، 2 يونيو 2021، النظام-الوطني-لاسترداد-الموجودات/الأنشطة-والمنشورات/ <https://www.ocrc.gov.dz/ar/> (16/04/2023).

بوالشعير سعيد، "نظام المتعامل العمومي بين المرونية والفعالية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1986، ع 2.

مانع علي، "تطور مفهوم الجريمة الاقتصادية والقانون الذي يحكمها في الجزائر: دراسة وصفية تحليلية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1993، ع 3.

بن مشيرخ محمد، "خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية"، مداخلات في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المدية، بتاريخ 20 مايو 2013. ببنام رمسيس، "فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 1 و 2، 1954.

جليلة دليلة، "جريمة الرشوة في الصفقات العمومية"، مداخلات في الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المدية، بتاريخ 20 مايو 2013.

دغيش أحمد، "الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته"، مداخلات مقدمة للملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدية -

الجزائر، كلية الحقوق، 20 مايو 2013.

دندن جمال الدين، "النظام القانوني لترقية الموظف في الإدارات والمؤسسات العمومية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع 1، مج 6، 2022، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/184193>، (30/10/2022).

زودة عمر، "اختصاص القضاء الجزائري في نظر الدعوى المدنية"، تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر من الغرفة الجنائية الثانية القسم الثالث بتاريخ 14/4/1987 عدد 44522، المجلة القضائية، ع 1، 1992. سعدى حيدرة، "كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته؟"، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، ع 1، 2010، <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/57463> (18/03/2023).

4- الأحكام والقرارات القضائية:

المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 1149822 مؤرخ في 17 جويلية 2019، النيابة العامة ومن معها ضد: (أ. م) ومن معه، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2019،

http://www.coursupreme.dz/sites/default/files/pdf_magasin/2019-02.pdf (11/07/2021).

المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، قرار رقم 819475 مؤرخ في 27 ديسمبر 2018، (ح. م.) ضد: النيابة العامة، <http://www.coursupreme.dz/> رقم-الملف-0819475-تاريخ-القرار-27-12-2018/الغرف-الجزائية/من-قرارات-المحكمة-العليا (11/07/2021).

المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، قرار رقم 772928 مؤرخ في 26 جويلية 2018، (ك. ن.) ضد: (ي. م.) و(ك. ع.) والنيابة العامة،

<http://www.coursupreme.dz/> ملف-رقم-0772928-قرار-بتاريخ-26-07-2018/الغرف-الجزائية/من-قرارات-المحكمة-العليا (11/07/2021).

المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 354438، قرار بتاريخ 15 فبراير 2006، قضية (النيابة العامة) ضد (ع-ط)، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006.

المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 238463، قرار بتاريخ 14 مارس 2000، قضية: (ب. ع.) ضد: (ن. ع.)، المجلة القضائية، ع 1، 2001.

المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 77162 قرار بتاريخ 12 أبريل 1992، قضية: (د م) ضد: (النيابة العامة)، المجلة القضائية، ع 1، 1994.

المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، الملف رقم: 94149، قرار بتاريخ: 3 ديسمبر 1991، قضية: (ع. م.) ضد: (ع. ح.) (النيابة العامة)، المجلة القضائية، ع 1، 1993.

5- المعاجم والقواميس:

ابن منظور، لسان العرب، مج 3، ط. 1، لبنان، دار الفكر، 2008.

- ابن منظور، لسان العرب، مج 4، ط. 1، لبنان، دار الفكر، 2008.
- سهيل ادريس، جبور عبد النور، المنهل: قاموس فرنسي - عربي، ط. 7، لبنان، دار الآداب، دار العلم للملايين، 1983.
- العسقلاني أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 4، ط. 1، مصر، دار الريان للتراث، 1986.

ثانياً: المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

I. Ouvrages, manuels et traités

- ALLAIRE Frédérique, *L'essentiel du droit des marchés publics*, 11^e éd., France, Gualino, 2018-2019.
- AMBROISE-CASTÉROT Coralie, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, 6^e éd., France, Gualino, 2018.
- BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. I, 3^e éd., France, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1906.
- BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, WAHL Albert, *Traité théorique et pratique de droit civil : de la société, du prêt, du dépôt*, France, Librairie de la société du Recueil Gal des lois et des arrêts, 1898.
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, France, Flammarion, 1979.
- BELLOULA Tayeb, *Droit des sociétés*, 2^e éd., Algérie, Berti, 2009.
- BELLOULA Tayeb, *Droit pénal des affaires et des sociétés commerciales*, Algérie, Berti, 2011.
- BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, 16^e éd., France, L.G.D.J., 2017.
- BISSAAD Ali, *Droit de la comptabilité publique*, Algérie, Houma, 2004.
- BORRICAND Jacques, SIMON Anne-Marie, *Droit pénal - procédure pénale*, 4^e éd., France, Sirey, 2004.
- BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 22^e éd., France, Dalloz, 2011.
- BOUTALEB Kouider, *La corruption, sa nature, son ampleur et ses causes. Le cas de l'Algérie*, Algérie, O.P.U., 2019.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t. I : *Les Obligations*, 19^e éd., France, P.U.F., 1995.
- CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, France, Litec, 2006.
- CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. II, 8^e éd., France, Montchrestien, Liban, Delta.
- CHRISTOPHE André, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., France, Dalloz, 2015.
- COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., France, Dalloz, 2015.
- DAVID René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., France, Dalloz, 2002.
- DE THEUX Axel, KOVALOVSKY Imre, BERNARD Nicolas, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, Belgique, Presses de l'Université Saint-Louis, 1995, <https://books.openedition.org/pusl/4061?lang=en> (18/03/2023).
- DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, *Droit administratif*, 11^e éd., France, Economica, 2014.
- DEGOIS C., *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., France, Dalloz, 1922.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Droit pénal des affaires. Partie spéciale : infractions*, t. II, 3^e

éd., France, P.U.F., 1990.

DELNOY Paul, *Eléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., Belgique, Larcier.

DELVOLVÉ Pierre, *Le droit administratif*, 6^e éd., France, Dalloz, 2014.

DONNEDIEU DE VABRES Henri, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., France, Librairie du recueil Sirey, 1947.

DREYER Emmanuel, *Droit pénal spécial*, France, Ellipses, 2008.

FAVOREU Louis e.a., *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., France, Dalloz, 2012.

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, 11^e éd., France, L.G.D.J., 2017-2018.

GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 11^e éd., France, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912.

GARRAUD René, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. I, 2^e éd., France, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1898.

GARRAUD René, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, 2^e éd., France, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1900.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. I, 2^e éd., L.G.D.J., 2016.

GERMAIN Michel, MAGNIER Véronique, *Traité de droit des affaires*, t. I, 22^e éd., France, L.G.D.J., 2017.

GRELIER WYCKOFF Patricia, *Pratique du droit de la construction. Marchés publics et privés*, 5^e éd., France, Eyrolles, 2007.

JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 3^e éd., France, Librairie du Recueil Sirey, 1938.

LAJOYE Christophe, *Droit des Marchés publics*, France, Gualino, 2005, Algérie, Berti, 2007.

LARGUIER Jean, CONTE Philippe, FOURNIER Stéphanie, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., France, Dalloz, 2013.

LARROUMET Christian, *Droit civil*, t. III, 3^e éd., France, Economica, Beyrouth, Delta, 1996.

LEROY Jacques, *Droit pénal général*, 6^e éd., France, L.G.D.J., 2016.

LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, 6^e éd., France, Dalloz, 2015.

LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, France, Hachette, 1994.

MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., France, Dalloz, 2015.

MESTRE Jacques e.a., *Droit commercial*, t. I, 30^e éd., France, L.G.D.J., 2016.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, France, Flammarion, 2008.

NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, 5^e éd., France, L.G.D.J., 2016.

ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, t. I, 3^e éd., France, Henri Plan Librairie-éditeur, 1863.

PEREIRA Brigitte, *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, France, EMS, 2011.

PIN Xavier, *Droit pénal général*, 5^e éd., France, Dalloz, 2012.

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 20^e éd., France, Cujas., 2014.

PRADEL Jean, VARINARD André, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7^e éd., France, Dalloz, 2011.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal général*, 4^e éd., France, Ellipses, 2017.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., France, Dalloz, 2014.

RICCI Jean-Claude, *Droit administratif*, 4^e éd., France, Hachette.

RICHER Laurent, LICHÈRE François, *Droit des contrats administratifs*, 10^e éd., France, L.G.D.J., 2016.

RIVERO Jean, *Droit administratif*, 7^e éd., France, L.G.D.J., 1975.

RIVERO Jean, WALINE Jean, *Droit administratif*, 17^e éd., France, Dalloz, 1998.

- ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 5^e éd., France, P.U.F., 2001.
- ROMI Raphaël, BERNARDINI Niels, LAMY Valentin (dir.), *L'essentiel des contrats administratifs*, France, Ellipses, 2016.
- ROUX, J.-A., *Cours de droit criminel français*, t. I, 2^e éd., France, Recueil Sirey, 1927.
- SALAH Mohamed, *Les sociétés commerciales*, t. I, Algérie, Edik, 2005.
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, France, Librairie Félix Alcan, 1927.
- SERRAND Pierre, *Droit administratif*, t. I, France, P.U.F., 2015.
- SORDINO M.-C., *Droit pénal des affaires*, France, Bréal, 2012.
- SOYER Jean-Claude, *Droit pénal et procédure pénale*, 13^e éd., France, L.G.D.J., 1997.
- STEFANI Gaston, LEVASSEUR George, *Droit pénal général*, 9^e éd., France, Dalloz, 1976.
- TRUCHET Didier, *Droit administratif*, 6^e éd., France, P.U.F., 2016.
- VÉRON Michel, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., France, Sirey, 2015.
- VÉRON Michel, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., France, Armand Colin, 1998.
- VILLEY Edmond, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., France, L. Larose et L. Tenin et G. Pedone, 1906.
- VITU André, *Traité de droit pénal spécial*, t. I, France, Cujas, 1981, extraits publiés sur internet : <https://ledroitcriminel.fr> (17/03/2023).
- VOUIN Robert, LÉAUTÉ Jacques, *Droit pénal et procédure pénale*, 3^e éd., France, P.U.F., 1969.
- ZOUAIMIA Rachid, *Droit de la régulation économique*, Algérie, Berti, 2006.
- ZOUAIMIA Rachid, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Algérie, Maison d'édition Belkeise, sans date.

II. Thèses et mémoires

- BARON Elisa, *La coaction en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, France, 2012.
- BÉNÉJAT Murielle, *La responsabilité pénale professionnelle*, France, Dalloz, 2012.
- BOSSAN Jérôme, *L'intérêt général dans le procès pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 2017.
- BOUCHET Marthe, *La validité substantielle de la norme pénale*, France, L.G.D.J., 2018.
- BOURDON Pierre, *Le contrat administratif illégal*, France, Dalloz, 2014.
- BUCHER Charles-Édouard, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, France, Dalloz, 2011.
- CABON Sarah-Marie, *La négociation en matière pénale*, France, L.G.D.J., 2016.
- CAZALBOU Paul, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées*, France, L.G.D.J., 2016.
- DAN Adrian, *Le délit de commission par omission : éléments de droit suisse et comparé*, Genève, Schulthess, 2015.
- HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, France, L.G.D.J., 2009.
- LACAZE Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier I, France, 2009.
- LAFAT Jean-François, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, France, Dalloz, 2009.
- LAJUS-THIZON Emmanuelle, *L'abus en droit pénal*, France, Dalloz, 2011.
- LOMBARD Frédéric, *La cause dans le contrat administratif*, France, L.G.D.J., 2008.
- MANGEMATIN Céline, *La faute de fonction en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux IV, France, 2012.
- MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, France, Dalloz, 2010.
- PALVADEAU Emmanuelle, *Le contrat en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université

de Bordeaux, France, 2011.

PONSARD Anne-Laure, *La transaction administrative*, thèse de doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 2015.

PREBISSY-SCHNALL Catherine, *La pénalisation du droit des marchés publics*, France, L.G.D.J., 2002.

RABUT-BONALDI Gaëlle, *Le préjudice en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, France, 2014.

III. Rapports, actes de colloques et journées d'études, articles de mélanges et d'ouvrages collectifs

ALLAIN Roxanne e.a., La preuve numérique, dans *Les transformations de la preuve pénale*, BEAUVAIS Pascal, PARIZOT Raphzèle (dir.), XXIII^e colloque de l'AFDP organisé par le centre de droit pénal et de criminologie de l'université de Paris Nanterre, les 9 et 10 novembre 2017 avec le concours de la Cour de cassation et la commission de recherche droit et justice, France, L.G.D.J., 2018.

ANSELMIS Laurent, Les avancées du droit monégasque dans le domaine de la lutte contre la corruption, dans DUTEIL Gilles, SEGONDS Marc (dir.), *La corruption. Aspects actuels et de droit comparé*, Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFICAO), Monaco : 26-28 octobre 2011, Toulouse, érès, 2014, collection Nouvelles études pénales, Association internationale de droit pénal, n° 25.

ANZIANI Alain, KLÈS Virginie, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et sur le projet de loi organique, adopté par l'assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au procureur de la République financier*, rapport n° 738, Sénat, France, 2012/2013, <https://www.senat.fr/rap/112-738/112-738.html> (19/03/2023).

BOUHIER Vincent, HEINICH Julia, Clause de réexamen, de dureté et de *hardship*, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019.

BROS Sarah, LAFAIX Jean-François, La validité du contrat, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019.

BUEB Jean-Pierre, La lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics, dans Forum mondial de l'OCDE sur la gouvernance : partager les enseignements de la promotion de la bonne gouvernance et de l'intégrité dans les marchés publics, 30 novembre à 1^{er} décembre 2006, <https://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/37953863.pdf> (17/03/2023).

CAMOUS Eric, La saisie et la confiscation des biens issus de la corruption, dans DUTEIL Gilles, SEGONDS Marc (dir.), *La corruption. Aspects actuels et de droit comparé*, Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFICAO), Monaco : 26-28 octobre 2011, Toulouse, érès, 2014, collection Nouvelles études pénales, Association internationale de droit pénal, n° 25.

CHOPIN Frédérique, Rapports internationaux : France, dans : *La corruption et les délits apparentés dans les transactions commerciales*, R.I.D.P., n° 1, vol. 74, 2003.

DARSONVILLE Audrey, Faut-il étendre la notion générale de complicité ?, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015.

DE LA CUESTA José Luis, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe '*ne bis in idem*'. Rapport général, R.I.D.P., n°s 3-4, vol. 73, 2002.

DE LA ROSA Stéphanie, HOUTCIEFF Dimitri, MAZEAUD Denis, Cause du contrat ou

contrepartie convenue, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019.

DECOCQ André, « Le risque pénal dans les marchés de construction », actes de colloque sur : « Le risque pénal dans la construction », organisé par le Centre d'études et de recherches sur la construction et le logement et l'Association française pour le droit de la construction le 28 septembre 2001, RD imm., 2001, n° 5.

EVEILLARD Gweltaz, « Droit administratif et droit pénal », dans GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, France, Dalloz, 2011.

FOLLIOT LALLIOT Laurence, HOUTCIEFF Dimitri, « Tiers et effet relatif du contrat », dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019.

GUIGUET-SCHIELÉ Quentin, Les présomptions et fictions (dis)qualificatives, dans *Les affres de la qualification juridique*, NICOD Marc (dir.), France, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2015, <https://books.openedition.org/putc/932?lang=en> (19/03/2023).

LAGOUTTE Julien, « La répression du profit illicite », dans *Le profit illicite*, LAGOUTTE Julien, FRELETEAU-CHAIBRASSOU Barbara (dir.), collection Les colloques de l'ISCJ, n° 03, juillet 2018.

LEROY Jacques, La densification normative en matière pénale, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, L.G.D.J., 2015.

Les entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public, Fiches techniques de la Direction des affaires juridiques, Ministère de l'économie, des finances, et de la souveraineté industrielle et numérique, France, 2019, <https://www.economie.gouv.fr/daj/entreprises-en-difficulte-pdt-execution-mp-2019> (01/12/2022).

LINDITCH Florian, Marché public, troc et don. Variations sur la jurisprudence Decaux, dans *Le don en droit public*, JACQUINOT Nathalie (dir.), France, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, <https://books.openedition.org/putc/648?lang=en> (19/03/2023).

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime*, Nations Unies, New York, 2013, p. 23 § 46, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Confiscation_Manual_Ebook_F.pdf.

OLLARD Romain, L'incrimination pénale du profit illicite, dans LAGOUTTE Julien et FRELETEAU-CHAIBRASSOU Barbara (dir.), *Le profit illicite*, Observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, 20 octobre 2017, Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, université de Bordeaux, Collection Les colloques de l'ISCJ, n° 3, juillet 2018.

Parlement européen, Direction Générale des Études, *Mesures de Prévention de la Corruption dans les États Membres de l'UE*, Annexe : *Lutte contre la corruption et marchés publics*, 1998, https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/101/default2_fr.htm (19/03/2023).

PERRIER Jean-Baptiste, La jurisprudence en droit pénal, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, L.G.D.J., 2015.

POULET Florian, THIBIERGE Louis, Pouvoir du juge et contrat : la révision du contrat, dans *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif. Droit comparé interne*, BOUHIER Vincent, HOUTCIEFF Dimitri (dir.), France, L.G.D.J., 2019.

RIBEYRE Cédric, Réflexions sur l'individualisation de la peine, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015.

SEGONDS Marc, Étude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption : rapport de synthèse, dans DUTEIL Gilles, SEGONDS Marc (dir.), *La corruption. Aspects actuels et de droit comparé*, Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFICAO), Monaco : 26-28 octobre 2011, Toulouse, érès, 2014,

collection Nouvelles études pénales, Association internationale de droit pénal, n° 25.

TELLIER-CAYROL Véronique, Faut-il généraliser les circonstances aggravantes ?, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015.

THIERRY Jean-Baptiste, Où en est-on des rapports entre criminologie et droit pénal ?, dans BEAUSSONIE Guillaume (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, Collection Grands colloques, France, L.G.D.J., 2015.

THOMAS-TAILLANDIER Delphine, Faut-il généraliser la défense justificative ? Réflexions sur l'exercice des droits de la défense par le salarié, dans *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, BEAUSSONIE Guillaume (dir.), France, 2015.

XIe Congrès international de droit pénal, La Haye, 23-30 août 1964, *R.I.D.P.*, 2015, 86^e année, 1^{er}/ 2^e trimestres.

IV. Encyclopédies juridiques et dictionnaires

AGOSTINI Frédérique, « Compétence », *Rép. pén.*, février 2005.

ALLAIRE Frédérique, « Marchés publics : procédure », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2017.

AMBROISE-CASTÉROT Coralie, « Action civile », *Rép. pén.*, septembre 2012.

AMBROISE-CASTÉROT Coralie, « Présomption d'innocence », *Rép. pén.*, février 2003.

BACHELET Olivier, « Emprisonnement », *Rép. pén.*, avril 2014.

BÉNOIT Jean, « Responsabilité pénale des élus pour favoritisme et prise illégale d'intérêt », *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n° 12090, Dalloz, mai 2014.

BERNARDINI Roger, « Personne morale », *Rép. pén.*, octobre 2017.

BOUBLI Bernard, « Contrat d'entreprise », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2016.

BRÉCHON-MOULÈNES Christine, « Marchés publics », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998.

BRENNER Claude, « Acte juridique », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2013.

BRIGANT Jean-Marie, « La corruption et le trafic d'influence », dans *Lamy droit pénal des affaires*, France, mise à jour 11/2021.

BUISSON Jacques, « Preuve », *Rép. pén.*, février 2003.

CASIL-HUGES Genéviève, « Abus d'autorité », *Rép. pén.*, février 2005.

CÉRÉ Jean-Paul, « Peine : nature et prononcé », *Rép. pén.*, janvier 2008.

CHANTEPIE Gaël, « Contrat : effets », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018.

CORIO LAND Sophie, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, France, Dalloz, juin 2017.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 16^e éd., France, P.U.F.

COURTIN Christine, « Prescription de l'action publique », *Rép. pén.*, octobre 2015.

DALLOZ Marc, « Circonstances aggravantes », *Rép. pén.*, novembre 2001.

DANET Jean, « Chose jugée », *Rép. pén.*, janvier 2010.

DANTI-JUAN Michel, « Force majeure », *Rép. pén.*, janvier 2015.

DANTI-JUAN Michel, « Ordre de la loi », *Rép. pén.*, juillet 2015.

DISSAUX Nicolas, « Contrat : formation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2017.

DOUENCE Maylis, « La notion de contrat de délégation de service public », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012.

DOUENCE Maylis, « Le contrat de délégation de service public des collectivités locales. Introduction », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012.

DREUILLE Jean-François, « Haute Cour », *Rép. pén.*, mai 2014.

FITTE-DUVAL Annie, « Fonctionnaire et agent public », *Rép. pén.*, avril 2011.

FOURNIER Alain, « Conflits de lois : matière pénale », *Répertoire de droit international*,

Dalloz, août 2008.

FOURNIER Stéphanie, « Complicité », *Rép. pén.*, janvier 2013.

FOYER Jean, « Cour de justice de la République », *Rép. pén.*, mai 1999.

GRIFFON-YARZA Laurent, « Prescription de la peine », *Rép. pén.*, février 2014.

GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., France, Dalloz, 2017-2018.

GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., France, Dalloz, 2011.

HERZOG-EVANS Martine, « Récidive », *Rép. pén.*, septembre 2007.

HEUZÉ Vincent, « Corruption », *Répertoire de droit international*, Dalloz, décembre 1998.

JEANDIDIER Wilfrid, « Abus de confiance », *Juris-Classeur Pénal*, fascicule 20, article 314-1 à 314-4 du Code pénal, 2012.

JEANDIDIER Wilfrid, « Corruption et trafic d'influence », *Rép. pén.*, janvier 2018.

JEANDIDIER Wilfrid, « Infractions économiques », *Rép. pén.*, octobre 2016.

KECHICHIAN Marc, « Affichage », *Rép. pén.*, février 2002.

Lamy droit pénal des affaires, mise à jour juin 2022.

LASSALLE Jean-Yves, « Amende pénale et jour-amende », *Rép. pén.*, avril 2016.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Favoritisme (Marchés publics) », *Rép. pén.*, octobre 2010.

Le petit Larousse illustré, JEUGE-MAYNART Isabelle (dir.), France, Larousse, 2009.

LUCIANI-MIEN Dominique, « Indemnisation des victimes d'infractions », *Rép. pén.*, avril 2017.

MAISTRE DU CHAMBON Patrick, « Recel », *Rép. pén.*, janvier 2009.

MOLINS François, « Action publique », *Rép. pén.*, janvier 2009.

MONIOLLE Carole, « Enrichissement sans cause », *Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique*, France, Dalloz, juin 2013.

PEREIRA Brigitte, « Responsabilité pénale », *Rép. pén.*, juin 2017.

PEYRICAL Jean-Marc, « Marché public : notion », folio n° 3005, *Encyclopédie des collectivités locales*, France, Dalloz, 2017.

PICOD Yves, « Nullité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2013.

PORTERON Cédric, « Infraction », *Rép. pén.*, février 2002.

REBUT Didier, « Tentative », *Rép. pén.*, mai 2009.

REDON Michel, « Acquiescement », *Rép. pén.*, janvier 2018.

RENAUT Marie-Hélène, « Grâce », *Rép. pén.*, janvier 2013.

SAVATIER Jean, « Ancienneté dans l'entreprise », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janvier 2007.

SEGONDS Marc, « Prise illégale d'intérêts », *Rép. pén.*, avril 2014.

SEILLER Bertrand, « Acte administratif : identification », *Répertoire contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2015.

TERNEYRE Philippe, « Responsabilité contractuelle », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, octobre 2016.

VITU André, JEANDIDIER Wilfrid, « Destruction et détournement de biens par des personnes exerçant une fonction publique », *Jurisclasseur Pénal*, fascicule 20, les articles 432-15 et 432-16, août 2014 (mise à jour juin 2017).

WICKER Guillaume, PAGNUCCO Jean-Christophe, « Personne morale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2016.

V. Articles de doctrine, chroniques, notes de jurisprudence et conclusions des commissaires du Gouvernement

« La corruption », http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2004-7.pdf (09/04/2023).

ALFONSI Jean, « La notion de marché public », *Revue du Conseil d'Etat (algérien)*, 2003, n° 3.

APELBAUM David, « Responsabilité pénale des personnes morales et fusion-absorption : la Cour de cassation se fait nécromancienne », note sur cass. crim., 13 avril 2022, pourvoi n° 21-80.653, *AJ Pénal*, 2022, n° 10.

AYNES Camille, « Un vice d'une particularité gravité : le manquement à l'impartialité », note sous Conseil d'État, 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, n° 454466, R.F.D.A., 2022, n° 3.

BALLOT Thomas, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *R.S.C.*, 2013, n° 2.

BARDON Cyrille, « Emploi fictifs : quelles définitions, pour quels contrôles et sanctions », *Les Echos*, 28 septembre 1999, <https://www.lesechos.fr/1999/09/emplois-fictifs-queelles-definitions-pour-quels-controles-et-sanctions-777305> (15/09/2022).

BAVITOT Alexis, « L'amende à taux mobile » dans dossier : « L'économie de la peine », *AJ Pénal*, 2019, n° 1.

BENCHENEB Ali, « Les infractions relatives aux marchés et contrats des organismes d'État algériens », *RASJEP*, 1989, n° 4.

BENNADJI Chérif, « Marchés publics et corruption en Algérie », *Revue d'études et de critique sociale*, 2008, n° 1, vol. 25.

BERCHICHE, A.H., « La notion d'infraction économique en droit positif algérien », *RASJEP*, 1972, n° 3.

BERGEAL Catherine, « Les supports juridiques de l'indemnisation », dans dossier : « Les effets de la rupture du contrat administratif (1^{er} partie) », *CP-ACCP*, 2002, n° 16.

BERGEAL Catherine, concl. sur C.E., 7 avril 1999, *Commune Guilherand-Granges*, req. n° 156008, *A.J.D.A.*, 1999, n° 6.

BERREVILLE Jean-Claude, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », *R.S.C.*, 1973, n° 4.

BERTUCCI Jean-Yves, DOYELLE Alain, « L'examen des conventions relatives aux marchés publics ou à des délégations de service public », *A.J.D.A.*, 1995, n° 3.

BOULOC Bernard, « Application de la loi dans le temps – Loi de procédure », *chron. jurisprudence*, *R.S.C.*, 1995, n° 3.

BOULOC Bernard, « Complicité et relaxe de l'auteur », note sous cass. crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 5, *R.S.C.*, 2003, n° 3.

BOULOC Bernard, « Favoritisme et participation à une entente », tribunal correctionnel de Saint-Étienne, 26 juillet 2004, *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, n° 4.

BOULOC Bernard, « L'ordre d'un supérieur n'est pas une cause d'irresponsabilité », cass. crim., 26 juin 2002, *Bull. crim.* n° 148, *RTD com.*, 2003, n° 1.

BOULOC Bernard, « L'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite », note sur cass. crim., 22 avril 1992, *Revue des sociétés*, 1993, n° 1.

BOULOC Bernard, « La responsabilité pénale des entreprises en droit pénal », *R.I.D.C.*, 1994, n° 2, vol. 46.

BOULOC Bernard, « Le délit de corruption se renouvelle à chaque acte d'exécution du pacte de corruption », note sous cass. crim., 29 juin 2005, pourvoi n° 05-82.265, *Bull. crim.* n° 200, *RTD com.*, 2006, n° 1.

BOULOC Bernard, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *R.S.C.*, 1995, n° 3.

BOULOC Bernard, « Regard sur la prescription pénale », dans dossier : « Réformer la prescription ? », *AJ Pénal*, 2016, n° 6.

BOULOC Bernard, note sur cass. crim., 14 janvier 2004, *Bull. crim.*, n° 11, et cass. crim., 28 janvier 2004, *Bull. crim.*, n° 23, *RTD com.*, 2004, n° 3.

BOULOC Bernard, note sur cass. crim., 7 avril 2004, *Bull. crim.*, n° 93 et 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 131, RTD com., 2004, n° 4.

BRACONNIER Stéphane, « La prise en compte de l'extranéité dans les contrats de construction publique signés et exécutés à l'étranger », C.E., 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, req. n° 316028, RD imm., 2008, n° 10.

BRACONNIER Stéphane, « Les limites de l'opération de qualification des contrats administratifs. L'exemple des polices d'abonnement conclues par les collectivités locales avec les gestionnaires de services publics industriels et commerciaux », A.J.D.A., 2006, n° 38.

BRACONNIER Stéphane, « Les marchés passés et exécutés à l'étranger sont soumis aux principes généraux de la commande publique », C.E., 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, req. n° 357976, RD imm., 2012, n° 11.

BRÉCHON-MOULÈNES Christine, note sur tribunal administratif de Rouen, 28 avril 2000, A.J.D.A., 2000, n° 10.

BRENET François, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », A.J.D.A., 2003, n° 18.

BRENET François, « Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication », LEGICOM, 2004, n° 31.

BRIGANT Jean-Marie, « Les peines complémentaires dans la loi Sapin II : entre extension et innovation », Revue Lamy Droit des Affaires, 2017, n° 124.

BUGADA Alexis e.a., « Concurrence interdite – concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2004-2005 », Recueil Dalloz, 2005, n° 35.

CABANES Christophe, LEMAIRE Olivier, « Prise illégale d'intérêts et intérêt moral », CP-ACCP, juin 2002, n° 12.

CADIEU Pascal, « La commande publique entre “pénalisation” et “responsabilisation” », R.L.C.T., 2009, n° 51.

CASAS Didier, concl. sur C.E., assemblée, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, R.F.D.A., 2005, n° 6.

CASSIA Paul, « Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », A.J.D.A., 2012, n° 19.

CERF-HOLLENDER Aynès, « Recevabilité et bien-fondé de l'action civile du salarié en cas de travail clandestin ou dissimulé (art. L 324-9 et s., c. trav.) », comment. sur cass. crim., 6 février 2001, R.S.C., 2002, n° 2.

CHAZAL Jean-Pascal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », Revue trimestrielle de droit civil, 2001, n° 2.

CLÉRY-MELIN Maxime, BOUÉ-DIACQUENOD Jean-Baptiste, « Prise illégale d'intérêts : une nouvelle définition du délit mais toujours autant d'incertitudes sur son champ d'application », *Lexbase Pénal*, 2021, n° 43, www.lexbase.fr.

CORIO LAND Sophie, « Appréhension de la convention de délégation de service public par le juge pénal », A.J.C.T., 2019, n° 4.

COSTE-FLORET Paul, « L'Interprétation des lois pénales », R.S.C., 1937, n° 1.

COUSTON Mireille, « Droit et pratique des marchés d'armement », *Droit et défense*, 1993, n° 1.

CUTAJAR Chantal, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », dans dossier : « La lutte contre la corruption », D., 2008, n° 16.

CUTAJAR Chantal, « Réforme de la procédure pénale : l'action citoyenne, nouvel outil de lutte contre la corruption », D., 2010, n° 21.

DAL FARRA Thierry, « Le risqué pénal dans les marchés publics de travaux », RD imm., 1998, n° 4.

DARSONVILLE Audrey, « Les conditions préalables du délit de prise illégale d'intérêts »,

cass. crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-83.801, Dalloz actualité, 5 juin 2007.

DAURY-FAUVEAU Morgane, « Les listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », R.S.C., 2015, n° 1.

DAVID Cyrille, « Les particularités du droit pénal général algérien », RASJEP, 1970, n° 2.

DAVID François, « Du point de départ des peines accessoires et complémentaires », R.S.C., 1937, n° 4.

DE BÉCHILLON Denys, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », R.F.D.A., 1992, n° 1.

DE GUARDIA Philippe, « L'élément intentionnel dans les infractions douanières », R.S.C., 1990, n° 3.

DEFFARRARD Fabrice, « La provocation », R.S.C., 2002, n° 2.

DELAUNAY Benoît, « Qualification du contrat et changement de qualité d'un cocontractant », note sous T.C., 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français*, R.F.D.A., 2007, n° 2.

DELEBECQUE Philippe, « Les sanctions pénales applicables aux personnes morales. Les sanctions de l'article 131-39, 3°, 5°, 6° et 7° », *Revue des sociétés*, 1993, n° 2.

DELMAS-SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, « Favoritisme dans l'attribution des marchés publics (art. 432-14, c. pén.) », R.S.C., 2000, n° 3.

DELMAS-SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, « Prise illégale d'intérêt par un fonctionnaire en activité - délit d'ingérence - (art. 175 c. pén.) », R.S.C., *chron. jurisprudence*, 1988, n° 1.

DESPLANQUES Marie, DAOUD Emmanuel, « Les présomptions d'intentionnalité posées par la Cour de cassation : une pratique anticonstitutionnelle », *Constitutions*, 2012, n° 2.

DI MARINO Gaëtan, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », R.S.C., 1991, n° 3.

DONNIER Marc, « Les infractions continues », R.S.C., 1958, n° 4.

DOUCET Jean-Paul, « La condition préalable à l'infraction », *La Gazette du Palais*, 1972, II, *Doctrine* 726, www.ledroitcriminel.fr (08/12/2022).

DREYER Emmanuel, « Causalité civile et pénale », *Revue Lamy droit civil*, 2007, supplément au n° 40.

DREYER Emmanuel, « L'occasion manquée d'une classification des règles applicables à la corruption d'agent public étranger », *comment. sur C.E.*, 6 avril 2018, req. n° 417192, D., 2018, n° 27.

DREYER Emmanuel, « Sanctionner le complice à raison d'une infraction qu'il ne peut commettre à titre principal ? », *comment. cass. crim.*, 7 septembre 2005, pourvoi n° 04-84.235, D., 2006, n° 12.

DREYFUS Jean-David, « Portée du délit de favoritisme : dura lex sed lex », note sous cass. crim., 12 février 2007, pourvoi n° 06-81.924, A.J.D.A., 2017, n° 16.

DREYFUS Jean-David, « Transaction et commande publique : les frontières avec le délit de favoritisme », A.J.C.T., 2012, n° 5.

DUFOURQ Pauline, « Caractérisation du délit de favoritisme et détermination du préjudice subi », *Dalloz actualité*, 28 septembre 2022.

EHRENGARTH Émilie, « Les juridictions pénales spécialisées... Ou la difficile équation entre lutte contre la criminalité grave et respect des principes protecteurs de la procédure pénale », dans dossier : « La spécialisation des juridictions pénales », *AJ Pénal*, 2020, n° 5.

ESCANDE Pierre, « L'interprétation par le juge pénal des règles écrites en matière pénale », R.S.C., 1978, n° 4.

ETCHEGOYEN Alain, « L'esprit et la lettre du droit », *L'Express*, 19 octobre 1995, https://www.lexpress.fr/informations/l-esprit-et-la-lettre-du-droit_610347.html (26/10/2021).

FARGE Pierre, « Attendre et espérer », dans dossier : « Réformer la prescription ? », *AJ Pénal*, 2016, n° 6.

FOURNIER Stéphanie, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », R.S.C., 1995, n° 3.

FRANÇOIS Marc, « Réécriture de l'article 432-12 du code pénal : enfin l'harmonisation ? », Dalloz actualité, 16 septembre 2022.

GALLARDO Eudoxie, « La Voile Rouge voit rouge ou de l'imputation d'une infraction aux membres d'un organe collégial », comment. sur C.A. Aix-en-Provence, chambre correctionnelle, 16 mai 2007, D., 2008, n° 1.

GALLOIS Julie, « Favoritisme : objet et produit de l'infraction, une distinction nécessaire », Dalloz actualité, 20 septembre 2022.

GARRON Robert, « Les infractions similaires et l'interprétation des lois spéciales », R.S.C., 1966, n° 4.

GÉGOUT Maurice, « L'interprétation littérale des lois pénales », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1934, n°s 1-2-3.

GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », D., 1990, n° 23.

GIMENO-CABRERA Véronique, « Le maintien du juge judiciaire dans le contentieux du droit de la commande publique : L'échec de la loi murcef ? », La revue administrative, 2005, n° 343.

GIRAULT Carole, « La prescription des infractions occultes », obs. sur cass. crim., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-85.503, AJ Pénal, 2004, n°s 7-8.

GIUDICELLI André, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », R.S.C., 2007, n° 3.

GOHON Jean-Pierre, « Le délit de favoritisme », A.J.D.A., 1994, n° hors-série.

GOUTAL Yvon, « Le délit d'octroi d'un avantage injustifié », R.L.C.T., 2014, n° 98.

GRANDE Elisabetta, « Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique : vision globale », R.I.D.C., 2004, n° 1, www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_1_19252 (09/04/2018).

GUÉNOU AHLIDJA Maurice, « Le sous-contrat en droit public », R.F.D.A., 2018, n° 5.

GUIBAL Michel, « Codification et simplification du droit des marchés publics », A.J.D.A., 1994, n° hors-série.

GUIBAL Michel, « Grandeurs et servitudes de la concurrence », éditorial, CP-ACCP, 2003, n° 20.

GULPHE Pierre, « La distinction entre coauteurs et complices », R.S.C., 1948, n° 4.

GUYENOT Jean, « Le dessaisissement de juridictions dans la procédure pénale française », R.S.C., 1963, n° 2.

HASTINGS-MARCHADIER Antoinette, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », A.J.D.A., 1998, n° 9.

HENON Mathieu, DE CARLVALHO Karine, « La nécessaire réforme du délit d'octroi », La Gazette des communes, 2011, n° 3.

HOSNI Naguib, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », R.S.C., 1999, n° 4.

HOUSSARD Eugène, « L'économie du contrat », Revue juridique de l'Ouest, 2002, n° 1, https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2002_num_15_1_2658 (26/04/2023).

HUGUENEY Louis, « Ingérence d'agent technique punie comme ingérence de fonctionnaire », R.S.C., chron. jurisprudence, R.S.C., 1936, n° 2.

HUL Sylvain, « Marchés publics : vérité que des montagnes bornent ? », comment. sur C.E., 4 juillet 2008, *Société Cola Djibouti*, req. n° 316028, A.J.D.A., 2009.

JOANNÈS, Jean-Marc, « Une collectivité territoriale condamnée au pénal pour délit de favoritisme », <https://www.lagazettedescommunes.com/324314/une-collectivite-territoriale-condamnee-au-penal-pour-delit-de-favoritisme/> (26/10/2021).

KELSEN Hans, « La théorie juridique de la convention », Archives de Philosophie du droit

et de Sociologie juridique, 1940, n° spécial : « Le problème du contrat ».

KOBTAN Mohamed, « Introduction à l'étude du droit des marchés publics », Revue du Conseil d'Etat (algérien), 2003, n° 3.

LAAZOUZI Malik, « La nature des contrats administratifs internationaux. L'emprise du droit national applicable », A.J.D.A., 2012, n° 44.

LACHAUME Jean-François, « Le formalisme », 1995, A.J.D.A., n° hors-série.

LAPP Christophe, « Le risque pénal dans les marchés publics », RD Imm., 1998, n° 4.

LARGUIER Jean, LARGUIER Anne-Marie, « Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale », R.S.C., 1972, n° 4.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « Le délit de "pantouflage" », A.J.C.T., 2011, n° 9.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, note sous cass. crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.912, AJ Pénal, 2018, n° 6.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, note sur cass. crim., 7 septembre 2022, pourvoi n° 21-83.121, AJ Pénal, 2022, n° 10.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, « Corruption et trafic d'influence : nouvelles mesures applicables aux sociétés », AJ Pénal, 2017, n° 2.

LAURANS Yann, « La caducité des contrats administratifs », R.F.D.A., 2011, n° 3.

LAVAL MADER Nathalie, chron. jurisprudence pénale de la gestion locale, Annuaire des collectivités locales, t. 26, 2006, https://www.persee.fr/doc/coloc_0291-4700_2006_num_26_1_1772 (09/11/2021).

LAVALLÉE Emmanuelle e.a., « Ce qui engendre la corruption : une analyse microéconomique sur données africaines », Revue d'économie du développement, 2010, n° 3, vol. 10.

LE CHATELLIER Gilles, « Fin de concession : quelles conséquences ? », A.J.C.T., 2019, n° 4.

LE CHATELLIER Gilles, « Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique. Au lendemain de la loi "J21" et de ses textes d'application », A.J.C.T., 2017, n° 9.

LEBRUN Patrice, « La décolonisation du droit pénal algérien », Journal of African Law, vol. 21, n° 2, 1977.

LÉGAL Alfred, « Les conditions de la complicité par assistance », chron. jurisprudence, R.S.C., 1963, n° 4.

LÉGAL Alfred, « Nul n'est censé ignorer la loi », chron. jurisprudence, R.S.C., 1962, n° 4.

LEHOUX François, « La pénétration des notions civilistes d'objet et de cause du contrat dans le contentieux des marchés publics », dans dossier : « Code civil et commande publique : quelles relations ? », CP-ACCP, 2016, n° 169.

LELIEUR Juliette, « La prescription des infractions de corruption », D., 2008, n° 16.

LELIEUR Juliette, « Nouvelle avancée jurisprudentielle en matière de prescription des infractions occultes », obs. sur cass. crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, AJ Pénal, 2008, n°s 07-08.

LEPOINTE Éric, « Justifié, donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », D., 1996, n° 29.

LEPOINTE Éric, « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », R.S.C., 1969, n° 3.

Les marchés publics industriels, <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/les-marches-publics-industriels/> (29/10/2022).

LIBERT Xavier, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations », A.J.D.A., 1994, n° hors-série.

LICHÈRE François, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », R.F.D.A., 2001, n° 2.

LINDITCH Florian, « Le nouveau code français des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif », Revue internationale de droit économique, 2001, n° 3.

LINDITCH Florian, « Un an de droit pénal de la commande publique », Contrats et marchés publics, 2018, <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121806/document> (21/03/2023).

LORANGE Stéphane, « Ce qui vous attend en cas de poursuites pour favoritisme ou autres délits », dans : « Marché public et risque pénal », CP-ACCP, 2002, n° 12.

MAGNOL Joseph, « Absence de complicité postérieure au délit », chron. jurisprudence, R.S.C., 1946, n° 1.

MAGNOL Joseph, « Complicité d'un délit supposant pour son existence une qualité personnelle de l'auteur principal », R.S.C., chron. jurisprudence, 1936, n° 3.

MAGNOL Joseph, « Effets de l'amnistie sur les intérêts civils de la victime », chron. jurisprudence, R.S.C., 1936, n° 3.

MAGNOL Joseph, « Point de départ de la prescription des peines en matière correctionnelle », R.S.C., 1936, n° 4.

MALABAT Valérie, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », dans dossier : « La constitution et le droit pénal », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2009, n° 26, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/responsabilite-et-irresponsabilite-penale> (20/03/2023).

MARGUERY Laure, « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », R.F.D.A., 2012, n° 4.

MARTY Jean-Pierre, « Les délits matériels », R.S.C., 1982, n° 1.

MASCALA Corinne, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.) : un président pénalement sanctionné », cass. crim., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-82.319, R.S.C., 2010, n° 1.

MASCALA Corinne, « Délit de prise illégale d'intérêts : une conception souple du bénéficiaire de l'intérêt », cass. crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-84.288, R.S.C., 2008, n° 3.

MASCALA Corinne, « Droit pénal des affaires : mars 2010-avril 2011 », D., 2011, n° 27.

MAYAUD Yves, « La notion d'activité délégable et le juge pénal », R.L.C.T., 2014, n° 98.

MAYAUD Yves, « Quelle justification pour une gifle éducative », comment. sur Tribunal correctionnel d'Avesnes-sur-Helpe, 17 février 2012, n° 199/2012 et Douai, 10 octobre 2012, n° 12- 01253, chron. de jurisprudence, R.S.C., 2013, n° 2.

MAZÁK Ján, concl. sur C.J.C.E. (4^e ch.), 23 décembre 2009 (Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche), C-305/08, curia.europa.eu (29/10/2022).

MERCADAL Barthélémy, « Recherches sur l'intention en droit pénal », R.S.C., 1967, n° 1.

MÉSA Rodolphe, « Précisions sur le régime des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts », note sur cass. crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498, A.J.D.A., 2011, n° 35.

MIRABEL Christian, « L'enquête de police en matière de corruption », AJ Pénal, 2006, n° 5.

MOKHTAR Florian, « L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics renforce-t-elle le risque pénal ? Le délit de favoritisme », dans dossier : « Ordonnances Marchés publics, évolution à défaut de révolution », A.J.C.T., 2015, n° 12.

MORALES Martin, « Le prix négatif dans les marchés publics », A.J.D.A., 2015, n° 27.

MULLER Michèle, « L'erreur commise par l'auteur d'une infraction sur le sens d'une décision judiciaire », cass. crim., 11 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.735, D., 1996, n° 33.

NORMAND Nicolas, concl. sur cour administrative d'appel de Bordeaux, 17 décembre 2015, *Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, n° 13BX03486, A.J.D.A., n° 15, 2016.

Observatoire SMACL, « Marchés publics : Extension du domaine du favoritisme ? », <https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article206> (09/11/2021).

PANCRAZI Gérard, note sous cass. crim., 2 avril 1998, pourvoi n° 97-84.191, Gazette du Palais, 2000, n° 57.

PENAUD Stéphane, « La responsabilité pénale des élus au titre de leur participation à une décision collective », A.J.D.A., 2005, n° 4.

PERRIER Jean-Baptiste, « L'adaptation des incriminations », R.S.C., chron. législative, 2017, n° 2.

PERRIER Jean-Baptiste, « Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », chron. législative, R.S.C., 2010, n° 2.

PEYRICAL Jean-Marc, « Les incidences du droit pénal sur le droit des marchés publics », CP-ACCP, 2002, n° 12.

PEYRICAL Jean-Marc, DE SAINT-POL Julie, « Distinguer l'infructuosité du sans suite », Moniteur Travaux Publics, 30 avril 2004.

PICARD Etienne, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Fondements et champ d'application », Revue des sociétés, 1993, n° 2.

PIGNON Sophie, BANDET Denis, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics (JO 8 mars 2001, annexe MP, p. 37003) », A.J.D.A., 2001, n° 4.

PONS Noël, « Corruption, mode d'emploi », Revue Géoéconomie, 2013, n° 66.

PONTIER Jean-Marie, « La personnalité publique, notion anisotrope », R.F.D.A., 2007, n° 5.

PRADEL Jean, « Le principe de proportionnalité en droit pénal », D., 2019, n° 9.

PRADEL Jean, « Preuve du délit de trafic d'influence. Provocation », D., 2008, n° 39.

RAVENDA Diego e.a., « The effects of mafia infiltration on public procurement performance », European Journal of Political Economic, 2020, vol. 64, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0176268020300719> (26/03/2023).

REBUT Didier, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », Pouvoirs, 2013, n° 147.

RENUCCI Jean-François, obs. sur cass. crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, Droit et Patrimoine, 2000, n° 83.

RICHER Laurent, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », dans dossier spécial : « Transparence, financement, exécution : unité et diversité d'un droit en mutation », A.J.D.A., n° spécial, 1994.

ROBBE Jimmy, « Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle des contrats », comment. sur T.C., 21 mai 2007, SA *Codiam*, req. n° 3609, A.J.D.A., 2008, n° 4.

ROBERT Jacques-Henri, « L'histoire des éléments de l'infraction », R.S.C., 1977, n° 2.

ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », A.J.D.A., 1995, n° hors-série.

ROLIN Frédéric, « Les contrats de l'administration et la Première guerre mondiale », *Jus Politicum*, n° 15, <http://juspoliticum.com/article/Les-contrats-de-l-administration-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-1066.html> (30/10/2022).

ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, « Droit pénal immobilier et escroquerie. Escroquerie et transfert de propriété immobilière », RD imm., 1998, n° 2.

ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, « La mise en œuvre du code pénal de 1992 », D., 1996, n° 44.

ROUQUETTE Rémi, « Les marchés semi-publics », A.J.D.A., 1994, n° hors-série.

ROUSSEAU François, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », R.S.C., 2010, n° 4.

ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », R.S.C., 2015, n° 2.

ROUX Adrien, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite “Sapin II” : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », AJ Pénal, 2017, n° 2.

ROYER Guillaume, note sur cass. crim., 5 juin 2007, pourvoi n° 05-87.782, AJ Pénal, 2007, n° 9.

- ROZES Louis, « L'infraction consommée », R.S.C., 1975, n° 3.
- RUELLAN Aymeric, « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés publics des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », A.J.D.A., 2008, n° 16.
- SAENKO Laurent, « Quand la personne morale est complice de l'organe ou du représentant personne physique », obs. sur cass. crim., 20 janvier 2020, pourvoi n° 17-83.577, RTD com., 2020, n° 2.
- SALAMAND Walter, « Marchés publics : Vous avez dit “défavoritisme” ? », *Le Moniteur TP*, 2006, <https://www.lemoniteur.fr/article/marches-publics-vous-avez-dit-defavoritisme.769009> (18/03/2023).
- SALVAGE Philippe, « Le lien de causalité en matière de complicité », R.S.C., 1981, n° 1.
- SAVOYE José, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », D., 1999, n° 16.
- SEBAN Didier, GUTTADAURO Isabelle, « Délit de favoritisme : nul n'est censé ignorer le CMP ? », *La Gazette des communes*, 2005, n° 42.
- SEGONDS Marc, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal*, 2006, n° 5.
- SEGONDS Marc, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », dans dossier : « La lutte contre la corruption », D., 2008, n° 16.
- SEGONDS Marc, « Élément intentionnel du délit de prise illégale d'intérêts », cass. crim., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-87.532, D., 2003, n° 4.
- SEGONDS Marc, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *Revue Lamy droit des affaires*, 2015, supplément au n° 105.
- Services consultatifs en droit international humanitaire, « La responsabilité du supérieur et La responsabilité par omission », CICR, 2014, <https://www.icrc.org/fr/download/file/2169/command-responsibility-icrc-fre.pdf> (18/10/2021).
- SIZAIRE Vincent, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La revue du droit de l'homme*, mars 2017, <https://journals.openedition.org/revdh/3038> (16/03/2023).
- STAHL Jacques-Henri, concl. Sur T.C., 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français*, R.F.D.A., n° 2, 2007.
- TERNEYRE Philippe, « La notion de convention de délégation : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », dans dossier spécial consacré aux délégations de service public, A.J.D.A., 1996, n° 9.
- THIRIEZ Frédéric, « L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif », A.J.D.A., 1999, n° 2.
- TIBERGHIE Frédéric, « Il faut un code de de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », A.J.D.A., 2008, n° 23.
- TOCORA Fernando, « Crime organisé et lois d'exception », R.S.C., 1999, n° 1.
- TRICOT Juliette, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », R.S.C., 2012, n° 1.
- TROUILLER Gaël, « La sanction du favoritisme par le juge administratif du contrat », <https://association-idpa.com/blog-articles/la-sanction-du-favoritisme-par-le-juge-administratif-du-contrat#:~:text=Une%20situation%20de%20favoritisme%20peut,constat%C3%A9%20par%20une%20juridiction%20r%C3%A9pressive.> (09/04/2023).
- URBAIN-PARLEANI Isabelle, « La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions », note sous cass. crim., 20 juin 2000, *Société Pilkington Sud*, *Revue des sociétés*, 2001, n° 4.
- VALDELIÈVRE Guillaume, « La sécurité juridique. Le point de vue de l'avocat », *Revue Titre VII*, 2020, n° 5.

VASSEUR Michel, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines », R.S.C., 1951, n° 1.

VIEL Marie-Thérèse, « Errements des sanctions administratives », A.J.D.A., 2007, n° 19.

VIGOUREUX Alexandre, « Contrats publics – Le recours à la transaction », <https://www.lagazettedescommunes.com/62290/contrats-publics-le-recours-a-la-transaction/> (01/10/2021).

VILLENEUVE Pierre, note sur cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17BX01026, A.J.C.T., 2019, n° 11.

VITU André, « Corruption de fonctionnaire », cass. crim., 6 février 1968, *Bull. crim.*, n° 37, R.S.C., 1968, n° 4.

VITU André, « Corruption de fonctionnaires », chron. jurisprudence, R.S.C., 1973, n° 3.

VITU André, « Effets des circonstances atténuantes en matière correctionnelle », chron. jurisprudence, R.S.C., 1988, n° 1.

VITU André, « La complicité de complicité », chron. jurisprudence, R.S.C., 1990, n° 2.

VITU André, « La complicité par abstention », chron. jurisprudence, R.S.C., 1990, n° 4.

WAGNER Marion, « Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance », R.S.C., 2011, n° 1.

ZAALANI Abdelmadjid, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise en Algérie », RASJEP, 2000, n° 4.

VI. Arrêts

Cour constitutionnelle belge, 11 mars 2021, arrêt n° 42/2021, <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-042f.pdf> (09/04/2023).

C.J.C.E. (4^e ch.), 23 décembre 2009 (Consorzio Nazionale Interuniversitario per la Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche), C-305/08, curia.europa.eu (29/10/2022).

C.J.C.E. (5^e ch.), 18 décembre 2014 (Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl), C-568/13, curia.europa.eu (29/10/2022).

T.C., 17 décembre 2001, *Société Rue Impériale de Lyon contre Société Lyon Parc Auto*, req. n° 01-03.262, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007045581> (19/03/2023).

Cass. crim., 10 avril 1897, *Bull. crim.*, n° 139, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58585453/f39.item.r=Mauguin> (11/09/2022).

Cass. crim., 15 décembre 1905, pourvoi n° 554, *Bull. crim.*, n° 12.

Cass. crim., 15 décembre 1981, pourvoi n° 81-90.948, *Bull. crim.*, n° 331, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007062226> (19/03/2023).

Cass. crim., 1^{er} octobre 1984, pourvoi n° 83-93.550, *Bull. crim.* 1984 n° 277, www.legifrance.gouv.fr (06/11/2021).

Cass. crim., 11 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.735, *Bull. crim.*, n° 301, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007067212-> (06/02/2021).

Cass. crim., 27 octobre 1999, pourvoi n° 98-85.214, *Bull. crim.*, n° 238, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068778> (19/03/2023).

Cass. Crim., 13 décembre 2000, *Bull. crim.*, n° 374, RTD com., 2001, n° 2, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-84.054, *Bull. crim.*, 2000, n° 221, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007068799/> (19/03/2023).

Cass. crim., 3 mai 2001, pourvoi n° 00-82.880, *Bull. crim.*, 2001, n° 106, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071024/> (19/03/2023).

Cass. crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 5, R.S.C., 2003, n° 3, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83.396, *Bull. crim.*, n° 11, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007069694/> (19/03/2023).

Cass. crim., 5 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 110, RTD. Com., 2004, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-83.868, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007640899> (19/03/2023).

Cass. crim., 5 mai 2005, pourvoi n° 03-85.503, *Bull. crim.*, n° 110, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071238> (19/03/2023).

Cass. crim., 17 janvier 2007, pourvoi n° 06-87.833, *Bull. crim.* n° 11, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017627837/> (19/03/2023) ; RTD com., 2007, n° 3, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-85.003, *Bull. crim.*, n° 217, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017912601> (19/03/2023) ; RTD com., 2008, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-83.801, *Bull. crim.*, n° 100, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017782558> (19/03/2023).

Cass. crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-87.633, *Bull. crim.*, n° 14, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018095968> (19/03/2023) ; AJ Pénal, 2008, n° 3, note CHARBONNIER M.-E.

Cass. crim., 17 décembre 2008, pourvoi n° 08-82.319, *Bull. crim.*, n° 261, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020064291> (19/03/2023) ; AJ Pénal, 2009, n° 3, obs. LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme.

Cass. crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-82.124, *Bull. crim.*, n° 71, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018396615/> (19/03/2023).

Cass. crim., 23 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.356, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000018131821> (19/03/2023).

Cass. crim., 25 mai 2009, pourvoi n° 08-87.354, inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020799657> (19/03/2023).

Cass. crim., 13 septembre 2011, pourvoi n° 11-84.665, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20110913-1184665> (19/03/2023).

Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-82.854, *Bull. crim.*, n° 209, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037850930> (19/03/2023) ; RTD com., 2012, n° 2, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 16 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.433, RTD com., 2012, n° 2, note BOULOC Bernard.

Cass. crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498, *AJDA*, n° 35, 2011.

Cass. crim., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-82.961, *Bull. crim.*, 2012, n° 243, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026607502> (14/03/2023).

Cass. crim., 17 février 2016, pourvoi n° 15-85.363, *A.J.D.A.*, 2016, n° 22, comment. NIQUEGE Sylvain.

Cass. crim., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-81.328, *A.J.C.T.*, 2019, n° 3, note MAYAUD Yves.

Cass. crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.912, *Bull. crim.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036803130/> (03/03/2023) ; AJ Pénal, n° 6, 2018, note LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme.

Cass. crim., 29 janvier 2020, pourvoi n° 17-83.577, *Bull. crim.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000041551570> (19/03/2023).

Cass. crim., 7 septembre 2022, pourvoi n° 21-83.121, *Bull. crim.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000046282368> (19/03/2023).

Cour de discipline budgétaire et financière, 16 décembre 2012, *Agence nationale pour l'emploi*, affaire n° 186, *A.J.D.A.*, 2013, n° 28.

C.E., formation assemblée, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux contre Commune d'Olivet*, req. n° 271737, *Recueil Lebon*, concl. E. GEFFRAY.

C.E., formation assemblée, 6 décembre 1996, *Société Lambda*, req. n° 167502, *Recueil*

Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007912627/> (19/03/2023), concl. PIVETEAU Denis, R.F.D.A., 1997, n° 1.

C.E., 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, req. n° 370644, A.J.D.A., 2015, n° 7, comment. MELLERAY Fabrice.

C.E., 29 juin 2012, *Société PRO2C*, req. n° 357976, A.J.D.A., 2012, n° 24, sommaire POUPEAU Diane.

C.E., 3 juin 2009, *Office public d'aménagement et de construction (OPAC) du Rhône*, req. n° 324405, *Tables Lebon*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000020869447/> (19/03/2023).

C.E., 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, req. n° 316028, A.J.D.A., 2008, n° 25.

C.E., 2 février 2005, req. n° 259206, *Tables Lebon*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008224338/> (19/03/2023).

C.E., 27 juillet 2001, *Société Degrémont Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon La Valette La Garde*, req. n°s 232820, 232950, *Recueil Lebon*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008016503/> (28/05/2023).

C.E., 22 mars 1974, *Banque Alexandre de Saint-Phalle de Cie*, n° 81721, *Recueil Lebon*, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007644099 (26/09/2021).

C.E., Avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, req. n° 222208, *Recueil Lebon*, concl. C. BERGEAL.

C.A. Rennes, chambre 3^e, 30 avril 2009, dossier n° 08/ 00043, arrêt n° 745/ 2009.

C.A. Nancy, chambre correctionnelle, 22 février 1906, *Recueil périodique et critique Dalloz*, 1907, 2^e partie, gallica.bnf.fr (19/03/2023).

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17BX01026, A.J.C.T., 2019, n° 11, note VILLENEUVE Pierre.

VII. Textes législatifs et réglementaires

A) Etat algérien :

Loi n° 64-41 du 27 janvier 1964 tendant à assurer la sauvegarde du patrimoine national, J.O., 28 janvier 1964.

Ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale, J.O. du 10 juin 1966.

B) Etat français :

Code pénal français
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/

Code de procédure pénale français,
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/

Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, Journal officiel français, 28 février 2017, n° 50, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034096721/> (08/11/2021).

Loi n° 2016-161 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Journal officiel français, n° 287, 10 décembre 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558528> (01/04/2023).

Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, Journal officiel français, n° 284, 7 décembre 2013, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028278976> (01/04/2023).

Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, Journal officiel français, 3 février 1995, n° 29,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000551804&categorieLien=id> (11/04/2020).

Ordonnance n° 2017-49 du 19 janvier 2017 relative aux avantages offerts par les personnes fabriquant ou commercialisant des produits ou des prestations de santé, Journal officiel français, 20 janvier 2017, n° 17, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033893406> (16/11/2021).

Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, Journal officiel français, n° 216, 18 septembre 2009.

Circulaire CRIM. 98.4/G3 du 2 juillet 1998 la synthèse de la jurisprudence relative à l'application de l'article 432-14 du Code pénal réprimant les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics (NOR : JUSD9830085C).

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001), Journal officiel français, n° 208, 8 septembre 2001.

تقسيمات الخطة

1	مُقدِّمة
23	الباب الأول مَكُونَات جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة
28	الفصل الأول: الشُّروط الأوَّليَّة
33	المبحث الأول: التَّصَرُّف القانوني الاتِّفاقي
	المطلب الأول: التَّعرُّف على الصَّفقات العموميَّة بين التَّصَرُّفات القانونيَّة الاتِّفاقيَّة المَكُونَة لجرائم
37	الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة
39	الفرع الأول: رد العقد والاتِّفاقيَّة والصَّفقة والمُلْحَق إلى النظريَّة العامَّة للعقد
	أوَّلا: مِن حيث ترتيب التَّصَرُّفات القانونيَّة الاتِّفاقيَّة المشار إليها في المادَّتين 26 و 27 مِن
39	القانون رقم 01-06
	ثانيا: مِن حيث طبيعة التَّصَرُّفات القانونيَّة الاتِّفاقيَّة المشار إليها في المادَّتين 26 و 27 مِن
41	القانون رقم 01-06
42	أ- شموليَّة معنى لفظ العقد
43	ب- شموليَّة معنى لفظ الاتِّفاقيَّة
46	ج- شموليَّة معنى لفظ الصَّفقة
48	ثانيا: رد العقد والاتِّفاقيَّة والصَّفقة إلى نظريَّة العقد الإداري
	أ- التَّفسير المفضي إلى تطبيق جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة على العقود الإداريَّة
49	الخاصَّة
49	1- تطابق لفظ العقد مع العقود الإداريَّة الخاصَّة بإستثناء الصَّفقات العموميَّة
51	2- تطابق لفظ الاتِّفاقيَّة مع العقود الإداريَّة الخاصَّة بإستثناء الصَّفقات العموميَّة
	ب- التَّفسير المفضي إلى تطبيق جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة على الصَّفقات
52	العموميَّة حصريا
52	1- تطابق لفظي "العقد" و"الاتِّفاقيَّة" مع تعريف الصَّفقات العموميَّة
54	2- واجب القاضي الجزائي تكييف التَّصَرُّف القانوني
60	المطلب الثاني: تعريف الصَّفقة العموميَّة المَكُونَة لجرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة
60	الفرع الأوَّل: التعريف الفني
60	أوَّلا: الجانب القانوني والجانب المادي من التَّصَرُّف القانوني الاتِّفاقي
61	أ- التمييز بين الجانبين القانوني والمادي في القانون الجنائي الخاص
	ب- أثر التمييز بين الجانبين القانوني والمادي على جرائم الفساد الخاصَّة بالصَّفقات العموميَّة
63	

- 1- إشتراط الجانب القانوني للعقد في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة.... 63
- 2- بطلان التّصرّف القانوني في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة..... 64
- ثانيا: الجانب الإجرائي والجانب الغائي من التّصرّف القانوني الاتّفاقي 65
- أ- تحديد معنى الجانبين الإجرائي والغائي والمشكلة التي يثيرها ذلك في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة..... 66
- ب- أثر التمييز بين الجانبين الإجرائي والغائي على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة..... 67
- الفرع الثاني: التعريف القانوني..... 68
- أوّلا: المعايير الإدارية الخالصة..... 69
- أ- الشّخص المعنوي العام المتعاقد (المعيار العضوي)..... 70
- 1- تحديد الأشخاص المعنويّة العامّة المتعاقدة في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة مباشرة..... 70
- 2- الاستعانة بمعيار قريب من المعيار العضوي المطبق على العقد الإداري لإثبات التعاقد مع شّخص معنويّ عام في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة..... 78
- ب- موضوع الصّفقة العموميّة (المعيار الماديّ)..... 79
- ثانيا: المعايير الاقتصادية..... 81
- أ- سعر الصّفقة العموميّة (معيار المقابل الماليّ)..... 81
- ب- المبادئ الأساسيّة للصّفقات العموميّة (المعيار الإجرائي)..... 82
- المبحث الثاني: الصفة الشّخصيّة لدى الفاعل المباشر في الجريمة..... 85
- المطلب الأوّل: التعريف المبدئي للصفة في الفاعل المباشر في جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة..... 88
- الفرع الأوّل: العناصر الايجابية في التعريف..... 89
- أوّلا: صفة الموظف العموميّ..... 89
- أ- الشّخص المُكلّف بسُلطة عموميّة..... 91
- ب- الشّخص المُكلّف بمهمة خاصّة بمرفق عموميّ..... 92
- ج- الشّخص المُزوّد بعهدّة انتخابيّة عموميّة..... 94
- د- الأشخاص الأخرى التي تكتسب صفة الموظف العموميّ بحكم القانون..... 95
- ثانيا: صفة الفاعل في المادّة 26-2 من القانون رقم 06-01..... 97
- أ- صفات التّاجر والصناعي والحرفي..... 97

97	1- صفة التاجر
98	2- صفة الصناعي
99	3- صفة الحرفي
100	ب- صفة المقاول من القطاع الخاص
101	الفرع الثاني: العناصر السلبية في التعريف
101	أولاً: صفة الموظف العمومي
102	أ- المساواة بين الموظف العمومي والعون المتعاقد
103	ب- المساواة بين الموظف العمومي القانوني والموظف العمومي الفعلي
103	1- الموظف العمومي الفعلي في الظروف العادية
104	2- الموظف العمومي الفعلي في الظروف الاستثنائية
105	ج- المساواة بين الأشخاص المشمولة بتعريف الموظف العمومي من حيث الأجرة
	د- المساواة بين الأشخاص المشمولة بتعريف الموظف العمومي من حيث الأقدمية والرتبة
106	ثانياً: صفة الفاعل المباشر في المادة 26-2 من القانون رقم 06-01
106	أ- عدم أهمية النوع القانوني للشخص المتعاقد مع الإدارة العمومية
110	ب- التعاقد مع الإدارة العمومية بصفة عرضية
	المطلب الثاني: استكمال تعريف الصفة في الفاعل المباشر في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
112	الفرع الأول: ربط الصفة باختصاص محدد في نطاق الوظيفة العمومية
112	أولاً: الأصل العام
113	أ- جريمة المحاباة
114	1- وظيفة إبرام الصفقة العمومية
115	2- وظيفة التأشير على الصفقة العمومية
115	البند الأول: أعضاء لجان الصفقات العمومية المختصة
116	البند الثاني: المراقب المالي
117	ب- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية
118	1- السلطات الإدارية البحتة
121	2- السلطات المحاسبية والمالية
122	ثانياً: الاستثناء من الأصل العام

أ- صفة الموظف العمومي في المادة 27 من القانون رقم 06-01 من الناحية التاريخية	123
ب- صفة الموظف العمومي في المادة 27 من القانون رقم 06-01 من الناحية الوضعية	126
1- الموظف العمومي المكلف بتنفيذ الصفقة العمومية لحساب متعامل اقتصادي في حالة تسوية قضائية.....	126
2- الموظف العمومي المكلف بالحكم في نزاع يتعلق بإبرام أو تنفيذ صفقة عمومية.	127
الفرع الثاني: ربط الصفة بمركز قانوني محدد في نطاق عقد الصفقة العمومية.....	128
أولاً: المراكز القانونية المشمولة بجريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01.....	128
أ- يجب أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة هو المتعاقد المباشر مع الإدارة العمومية...	128
ب- يجب أن يكون الفاعل المباشر في الجريمة هو البائع للإدارة العمومية.....	129
ثانياً: المراكز القانونية المستثناة من جريمة المادة 26-2 من القانون رقم 06-01.....	132
الفصل الثاني: الأركان المؤسسة.....	136
المبحث الأول: الرشوة واستغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية.....	143
المطلب الأول: الأركان الخاصة بجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....	143
الفرع الأول: الركن المادي.....	144
أولاً: صور السلوك المادي المجرم بالمادة 27 من القانون رقم 06-01.....	144
أ- قبض أجرة أو منفعة.....	145
1- تعريف سلوك القبض في المادة 27 من القانون رقم 06-01.....	145
2- طريقة قبض الأجرة أو المنفعة.....	146
ب- طلب أو قبول أجرة أو منفعة.....	147
1- التكيف الفقهي للطلب أو القبول في مجال الصفقات العمومية.....	148
البند الأول: إدماج الطلب والقبول ضمن لفظ القبض.....	148
البند الثاني: إدراج سلوكي الطلب والقبول في مجال الصفقات العمومية في المادة 25-	
2 من القانون رقم 06-01.....	149
2- التكيف القانوني المقترح لطلب أو قبول أجرة أو منفعة في مجال الصفقات العمومية.....	150
ثانياً: شروط السلوك المادي المجرم بالمادة 27 من القانون رقم 06-01.....	151
أ- موضوع السلوك المادي المجرم (الأجرة أو المنفعة المقبوضة).....	151
1- الأجرة أو المنفعة المقبوضة.....	151

154	2- المستفيد من الأجرة أو المنفعة
155	ب- وقت ارتكاب السلوك الماديّ المُجرّم
155	1- بالنظر إلى ميدان ارتكاب السلوك الإجرامي
156	2- بالنظر إلى واجب الموظف العموميّ المرتشي
158	الفرع الثاني: الرُّكن المعنويّ
158	أولاً: الغرض من الجريمة في المادّة 27 من القانون رقم 01-06
158	أ- الغرض من جريمة المرتشي بوجه عام
158	1- موقف النظرية العامة للرشوة
160	2- موقف القانون رقم 01-06 في جرائم الرشوة الأخرى
161	ب- موقف المادّة 27 من القانون رقم 01-06
161	1- أسباب تخلف الغرض في نصّ المادّة 27 من القانون رقم 01-06
161	البند الأول: السبب التاريخي
163	البند الثاني: السبب القانوني
164	2- الحلول القانونية الممكنة
164	البند الأول: نظرية الجرائم المتشابهة
165	البند الثاني: نظرية الظرف المُشدّد
166	ثانياً: محتوى الرُّكن المعنويّ المُكوّن للرشوة في مجال الصّفقات العموميّة
166	أ- الرُّكن المعنويّ المطلوب في الرشوة في مجال الصّفقات العموميّة من حيث طبيعته ...
167	ب- القصد الجنائيّ المطلوب لدى الفاعل في الجريمة من حيث نوعه
168	المطلب الثاني: الأركان الخاصّة بجريمة استغلال النّفوذ في مجال الصّفقات العموميّة
169	الفرع الأول: السلوك الماديّ المُجرّم
169	أولاً: السلوك الماديّ المطلوب قانوناً
170	أ- معنى استغلال سُلطة أو تأثير موظف عموميّ
171	ب- الموظف العموميّ الذي يستغل الفاعل الماديّ سُلطته أو تأثيره
172	ثانياً: السلوك الماديّ النّاقص من نصّ التّجريم
173	أ- موقف القانون رقم 01-06 في جرمي الرشوة واستغلال النّفوذ
173	ب- موقف القانون رقم 01-06 في المادّة 2-26
176	الفرع الثاني: تعديل عقد الصّفقة العموميّة
177	أولاً: التعديل المحظور من وجهة النظر الماديّة

أ- التعديل على سعر الصَّفقة العموميّة.....	177
ب- التعديل على نوعية الموادّ أو الخدمات	181
ج- التعديل على آجال التسليم أو التموين.....	181
ثانيا: التعديل المحظور من وجهة النظر النفسية	186
أ- عناصر القصد الإجرامي في الجريمة.....	186
ب- نوع القصد الإجرامي المطلوب في الجريمة.....	187
المبحث الثاني: منح امتيازات غير مُبرّرة إلى الغير في مجال الصَّفقات العموميّة وأخذ فوائد بصفة غير	
قانونيّة أثناء الوظيفة العموميّة.....	187
المطلب الأوّل: الأركان الخاصّة بجريمة المحاباة في مجال الصَّفقات العموميّة	187
الفرع الأوّل: مخالفة الأحكام التّشريعية والتّنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصَّفقات العموميّة	
.....	190
أوّلا: تحديد الموضوع الذي تنصب عليه المخالفة المجرّمة	190
أ- المعيار الشكليّ	190
1- نوع النصوص القانونيّة المعنية بالجريمة.....	191
البند الأوّل: من ناحية القوة	191
البند الثاني: من ناحية الإلزامية.....	192
2- طبيعة المخالفة المنصبة على النصوص القانونيّة المعنية بالجريمة.....	196
ب- المعيار الموضوعي.....	198
1- موقف القانون الجزائري قبل تعديل الجريمة سنة 2011	198
2- موقف القانون الجزائري بعد تعديل الجريمة سنة 2011	199
ثانيا: صور مخالفة النصوص التّشريعية والتّنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصَّفقات العموميّة	
.....	200
أ- أثناء إبرام التّصرّف القانونيّ الاتّفاقي	201
1- إبرام الصَّفقة العموميّة الأصليّة.....	201
2- إبرام المُلحق للصَّفقة العموميّة الأصليّة.....	203
ب- أثناء تأشير التّصرّف القانونيّ الاتّفاقي	204
الفرع الثاني: الامتياز غير المُبرّر الممنوح إلى الغير	204
أوّلا: منح امتياز غير مُبرّر إلى الغير	205
أ- مخالفة الأحكام التّشريعية والتّنظيمية المتعلّقة بالمبادئ الأساسيّة للصَّفقات العموميّة من	

أجل منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير	205
1- المعاقبة على محاولة منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير	205
2- أمثلة قضائية تطبيقية عن محاولة منح امتياز غير مُبرَّر إلى الغير	207
ب- مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية من	
أجل اقضاء الغير	208
1- حكم المحكمة الابتدائية الفرنسية Draguignan المؤرخ في 13 يناير 2005	
.....	208
2- قرار الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 سبتمبر 2005	210
ثانيا: الامتياز غير المُبرَّر الممنوح إلى الغير	213
أ- الامتياز غير المُبرَّر من وجهة النظر المادية	213
1- العناصر القانونية المُحددة للامتياز غير المُبرَّر	213
البند الأول: طابع الامتياز	213
البند الثاني: طابع عدم التبير	215
2- الشَّخص المستفيد من الامتياز غير المُبرَّر	217
البند الأول: الغير	217
البند الثاني: الفاعل المباشر في الجريمة	219
ب- الامتياز غير المُبرَّر من وجهة النظر النفسية	221
1- الشَّك القائم حول الطبيعة العمدية لجريمة المحابة	221
البند الأول: موقف القضاء الجزائي	221
البند الثاني: موقف الفقه الجنائي	223
2- القصد الإجرامي اللازم في جريمة المحابة	224
البند الأول: القصد الإجرامي العام	224
البند الثاني: القصد الإجرامي الخاص	225
المطلب الثاني: الأركان الخاصة بجريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية أثناء الوظيفة العمومية	227
الفرع الأول: الرُّكن المادي	230
أولاً: السُّلوك المادي المُجرَّم	230
أ- صور ارتكاب السُّلوك الإجرامي	230
1- أخذ فائدة	231
2- تلقي فائدة	231

232	3- الاحتفاظ بفائدة
234	ب- كيفية ارتكاب السُّلوك الإجرامي
234	1- الطَّريقة المباشرة
235	2- عن طريق عقد صوري
235	3- عن طريق شَخْص ثالث
236	ثانيا: الفائدة التي يأخذها أو يتلقاها أو يحتفظ بها الفاعل المادِّي
236	أ- خصائص الفائدة اللازمة لقيام الجريمة
238	ب- أنواع الفائدة اللازمة لقيام الجريمة
238	1- الفائدة ذات الطبيعة المادِّية
239	2- الفائدة ذات الطبيعة المعنويَّة
241	الفرع الثاني: الرُّكن المعنوي
241	أوَّلًا: القصد الجنائي العام
243	ثانيا: القصد الجنائي الخاص
246	الباب الثاني أحكام جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة
249	الفصل الأوَّل: المسؤوليَّة الجزائيَّة
250	المبحث الأوَّل: الأشخاص المسؤولون جزائيًا عن جرائم الفساد الخاصَّة بالصفقات العموميَّة
253	المطلب الأوَّل: المسؤوليَّة الجزائيَّة للشَّخص الطبيعي
254	الفرع الأوَّل: وجود جريمة أساسية يُساهم فيها الشَّخص الطبيعي
254	أوَّلًا: من الناحية الموضوعية
254	أ- الطَّابع الإجرامي للجريمة الأساسيَّة
254	1- مفهوم الطَّابع الإجرامي للجريمة الأساسيَّة
255	2- الأثر القانوني لتخلف الطَّابع الإجرامي في الجريمة الأساسيَّة
256	ب- الطبيعة القانونيَّة للجريمة الأساسيَّة
257	1- امكانية الاشتراك في الجرائم المُحصَّصة
258	2- امكانية الاشتراك في الجرائم بالامتناع والجرائم غير العمدية
	3- تطبيق الاشتراك على سُلوك الراشي في جريمة الرِّشوة في مجال الصفقات العموميَّة
259	أساسيَّة
262	ثانيا: من الناحية الشَّخصيَّة
263	أ- الفاعل المادِّي في الجريمة الأساسيَّة

1- المساهمة الجنائية الأصلية المادية البسيطة	263
2- المساهمة الجنائية الجماعية	264
البند الأول: المساعدة بين المساهمين الأصليين في الجريمة.....	265
البند الثاني: المسؤولية الجزائية الجماعية	268
ب- المُحَرِّض إلى الجريمة الأساسية	270
1- درجة مساهمة المُحَرِّض في الجريمة الأساسية في القانون الجزائري.....	270
2- تطبيق التَحْرِيز على سلوك الراشي في مجال الصَّفقات العمومية	271
البند الأول: اعتبار الراشي كمساهم أصلي في جريمته الخاصة	271
البند الثاني: اعتبار الراشي كمساهم أصلي عن طريق التَحْرِيز	272
الفرع الثاني: الشُّروط المتعلقة بالاشتراك المعاقب عليه	274
أولاً: الرُّكن المادي للاشتراك في الجريمة الأساسية	275
أ- المساعدة والمعاونة المادية	277
ب- المساعدة والمعاونة المعنوية	279
ثانياً: وقت تحقق الاشتراك في الجريمة الأساسية	282
أ- القاعدة العامة	283
ب- الاستثناء من القاعدة العامة	283
1- وجود اتفاق مُسَبَّق بين الفاعل الأصلي والشريك في الجريمة الأساسية	284
2- تجريم سلوك الاشتراك اللاحق على ارتكاب الجريمة الأساسية بصورة مُسْتَقِلَّة... ..	284
ثالثاً: الرُّكن المعنوي للاشتراك في الجريمة الأساسية	286
أ- نوع الخطأ المطلوب لدى الشريك في الجريمة الأساسية	286
ب- إثبات الخطأ المطلوب لدى الشريك في الجريمة الأساسية	287
المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي	287
الفرع الأول: الشُّروط المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي	288
أولاً: الأشخاص المعنوية المسؤولة جزائياً	288
أ- إعفاء الأشخاص المعنوية العامة من المسؤولية الجزائية	288
ب- تحميل الأشخاص المعنوية الخاصة المسؤولية الجزائية	290
1- المبدأ العام	290
2- الاستثناء من المبدأ العام	292
ثانياً: الجريمة التي يسأل عنها الشَّخص المعنوي	293

أ- جريمة المُشَرِّع	293
ب- جريمة الجاني الشَّخص الطبيعي	294
1- المسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته	
أو ممثليه الشرعيين	294
البند الأوَّل: ارتكاب الجريمة من طرف أجهزة الشَّخص المعنوي أو ممثليه الشرعيين	
.....	294
البند الثاني: ارتكاب الجريمة لحساب الشَّخص المعنوي	296
2- المسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي عن الجرائم المُخصَّصة للموظف العمومي .	297
الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي	298
أوَّلًا: المساهمة الجنائية	298
أ- مساهمة الشَّخص الطبيعي	298
ب- مساهمة الشَّخص المعنوي	300
ثانيا: الآثار القانونية المترتبة عن المسؤولية الجزائية للشَّخص المعنوي	301
أ- بالنسبة إلى الشَّخص المعنوي	301
ب- بالنسبة إلى الشَّخص الطبيعي	301
المبحث الثاني: انعدام المسؤولية الجزائية عن جرائم الفساد الخاصة بالصَّفقات العمومية	302
المطلب الأوَّل: انعدام المسؤولية الجزائية لعارض متعلِّق بالشَّخص المسؤول جزائيًا	304
الفرع الأوَّل: الإكراه	307
أوَّلًا: أنواع الإكراه في القانون الجنائي	307
أ- الإكراه المادي	308
ب- الإكراه المعنوي	309
ثانيا: الشُّروط التي يجب أن تتوافر في الإكراه	312
أ- يجب أن يكون الظَّرف غير قابل للدفع	313
ب- يجب أن يكون الظَّرف غير متوقع	314
ثالثًا: الآثار القانونية للإكراه	316
أ- من الناحية الموضوعية	316
ب- من الناحية الشَّخصية	317
الفرع الثاني: الغلط	318
أوَّلًا: الغلط في القانون	318

أ- الغلط في القاعدة القانونية	318
1- الغلط القاهر في القانون	319
2- الغلط في القوانين غير الجنائية	322
ب- الغلط في حكم قضائي	323
1- الحكم القضائي الجزائي	324
2- الحكم القضائي غير الجزائي	324
ثانيا: الغلط في الوقائع	325
أ- شروط الغلط في الوقائع	326
1- الغلط الجوهرى	326
2- الغلط الحتمى	327
ب- الأثر القانوني للغلط في الوقائع	328
1- انعدام المسؤولية الجزائية بسبب الجريمة العمدية	328
2- قيام المسؤولية الجزائية بسبب جريمة غير عمدية	328
المطلب الثاني: انعدام المسؤولية الجزائية لعارض متعلق بسببها المنشئ	328
الفرع الأول: القيام بواجب	331
أولاً: الأمر الصادر عن القانون	331
أ- الأمر والإذن بالقيام بالجريمة	332
ب- الشروط المطلوبة في هذا السبب المبيح	332
1- الشروط الخاصة بالنص القانوني المبيح	332
2- الشروط الخاصة بالفعل المباح	334
ج- الآثار القانونية المترتبة عن هذا السبب	334
ثانيا: الأمر الصادر عن السلطة المشروعة	335
أ- شروط الأمر الصادر عن السلطة المشروعة	336
1- الطبيعة النظامية للسلطة الآمرة	336
2- الطبيعة العمومية للسلطة الآمرة	336
3- الطبيعة المشروعة للأمر الصادر عن السلطة العمومية المشروعة	337
ب- الآثار القانونية للسلوك الذي تأمر به السلطة المشروعة	339
1- الشخص المأمور	339
2- الشخص الأمر	339

340	الفرع الثاني: ممارسة حقّ
341	أوّلاً: شروط تطبيق حالة الضّرورة
342	أ- تعريف حالة الضّرورة وتمييزها عن غيرها من أسباب انعدام المسؤولية الجزائية
342	1- تعريف حالة الضّرورة
343	2- تمييز حالة الضّرورة عن غيرها من أسباب انعدام المسؤولية الجزائية
343	ب- الشّروط المتعلّقة بالخطر
343	1- الخطر الحال والوشيك
344	2- الخطر المنفصل عن الخطأ المُسبق
345	ج- الشّروط المتعلّقة بالسُّلوك الضروي
345	1- ضرورة ارتكاب السُّلوك المُجرّم
346	2- ضرورة التناسب بين المصلحة المُعتدّى عليها وبين المصلحة المحفوظ عليها ...
347	ثانياً: الآثار القانونية المترتبة عن حالة الضّرورة
347	أ- المسؤولية الجزائية
347	1- انعدام المسؤولية الجزائية للفاعل الأصلي
348	2- انعدام المسؤولية الجزائية للمساهمين الآخرين
348	ب- المسؤولية المدنية
349	الفصل الثاني: العقوبة
351	المبحث الأوّل: تحديد العقوبات المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية
352	المطلب الأوّل: تنوع العقوبات
352	الفرع الأوّل: العقوبات الأصلية المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية
353	أوّلاً: العقوبات الأصلية المُقرّرة للشّخص الطبيعي المسؤول جزائياً
353	أ- عقوبة الحبس
359	ب- عقوبة الغرامة
360	1- النّظام القانونيّ الحالي
361	2- النّظام القانونيّ المقترح
363	ثانياً: العقوبات الأصلية المُقرّرة للشّخص المعنويّ المسؤول جزائياً
364	أ- تحديد العقوبات الأصلية المُقرّرة للشّخص المعنويّ المسؤول جزائياً
364	ب- حساب كميّة عقوبة الغرامة المُقرّرة للشّخص المعنويّ المسؤول جزائياً
366	الفرع الثاني: العقوبات الإضافية المُقرّرة لجرائم الفساد الخاصّة بالصّفقات العمومية

أولاً: العقوبات التكميلية المرتبطة بمكونات جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة ...	368
أ- عقوبة العزل أو الإقصاء من الوظيفة والمنصب العموميان	369
ب- عقوبة المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط	370
ج- عقوبة الحرمان من حقّ الترشّح	371
د- الإقصاء من الصّفقات العموميّة	371
هـ- عقوبة المصادرة الجزئية للأموال	373
ثانيا: العقوبات التكميلية الأخرى التي يمكن أن تُطبّق على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة	376
أ- العقوبات المُقرّرة للشّخص الطبيعي	376
1- الحظر من إصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدّفع	376
2- عقوبة نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة	376
3- عقوبة المنع من الإقامة في التراب الوطني	378
ب- العقوبات المُقرّرة للشّخص المعنويّ حصرياً	378
1- العقوبات التقليدية	378
البند الأوّل: عقوبة حل الشّخص المعنويّ	378
البند الثاني: عقوبة الوضع تحت الحراسة القضائيّة	379
2- العقوبة المأمولة: الالتزام بتطبيق إجراءات للوقاية من الفساد واكتشافه	382
المطلب الثاني: تعديل العقوبة	383
الفرع الأوّل: تعديل العقوبة بصُورة تصلح للشّخص المسؤول جزائياً عن جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة	384
أولاً: الإعفاء من العقوبة	384
أ- الأعذار المعفية من العقوبة المطبقة على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة	384
ب- أثر الأعذار المعفية من العقوبة المطبقة على جرائم الفساد الخاصة بالصّفقات العموميّة	386
ثانيا: التخفيف من العقوبة	387
أ- الأعذار المُخفّفة	388
1- الأعذار المُخفّفة في قانون العقوبات	388
2- الأعذار المُخفّفة في القانون رقم 06-01	388
ب- الظُّروف المُخفّفة	390

391	1- تحديد الظروف المُخَفِّفة
392	2- أثر الظروف القضائية المُخَفِّفة
	الفرع الثاني: تعديل العقوبة بصورة تسيء للشخص المسؤول جزائياً عن جرائم الفساد الخاصة
393	بالصفقات العمومية
394	أولاً: الظروف المُشَدِّدة التي ينصّ عليها قانون العقوبات
394	أ- ظُرف العود
394	1- شروط حصول العود
397	2- حالات العود في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
399	3- الآثار القانونية المترتبة عن العود
400	ب- الظُرف المُشَدِّد الذي تنصّ عليه المادة 143 من قانون العقوبات
401	ثانياً: الظُرف المُشَدِّد الذي ينصّ عليه القانون رقم 06-01
402	أ- جريمة الفساد التي يجوز تطبيق الظُرف المُشَدِّد عليها
404	ب- المساهم في جريمة الفساد الذي تُطبَّق عليه المادة 48
406	ثالثاً: الظروف القضائية المُشَدِّدة
406	المبحث الثاني: تطبيق العقوبات المُقرَّرة لجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
407	المطلب الأول: متابعة المسؤول جزائياً أمام القضاء الجزائي
	الفرع الأول: الدَّعوى العمومية لتطبيق العقوبات بشأن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
408	
409	أولاً: الإثبات الجنائي
409	أ- طرق الإثبات الجنائي في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
410	1- الاعتراف
410	2- الكتابة
411	3- الخبرة القضائية
411	4- الشهادة
412	5- المعاينة المادية
413	6- قرينة الإثبات
413	ب- جمع أدلة الإثبات الجنائي في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
416	ثانياً: مباشرة الدَّعوى العمومية والتحقيق والحكم
	أ- القيود الواقعة على ممارسة الدَّعوى العمومية المتعلقة بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات

417	 العمومية
417	1- تقديم الشكوى
418	2- الحصانة
419	البند الأول: الحصانة الإجرائية
419	البند الثاني: الحصانة الدبلوماسية
420	3- الإذن المُسبق
422	ب- إخطار النيابة العامة بجرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
422	1- المتعامل الاقتصادي المتضرر من الجريمة
422	2- الشخص المكلف بمراقبة الصفقات العمومية
423	3- السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته
	ج- اختصاصات البحث والتحري والتحقيق والحكم في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات
424	 العمومية
424	1- اختصاص البحث والتحري
425	2- اختصاص التحقيق والحكم
425	البند الأول: محكمة الجناح والمخالفات
426	البند الثاني: الجهة القضائية الجزائية ذات الاختصاص الموسع
427	البند الثالث: القطب الجزائي الاقتصادي والمالي
	د- سلطة التصريح ببطالان الصفقات العمومية الناتجة عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات
429	 العمومية
	الفرع الثاني: الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جرائم الفساد الخاصة بالصفقات
432	 العمومية
434	أولاً: الجرائم التي يجوز معها رفع الدعوى
434	أ- مفهوم جرائم المصلحة العامة في قانون الإجراءات الجزائية
435	ب- تطبيقها على جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
437	ثانياً: الأشخاص التي يجوز لها ممارسة الدعوى أمام القضاء الجزائي
438	أ- شروط قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي
439	ب- موعد ممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي
441	ج- الطرف المدني الضحية في جرائم الفساد الخاصة بالصفقات العمومية
444	المطلب الثاني: انقضاء الدعوى العمومية أو العقوبات المحكوم بها

445	الفرع الأول: أسباب الانقضاء المشتركة
445	أولاً: التقادم المسقط
446	أ- انقضاء الدَّعوى العموميَّة أو العقوبات بالتقادم
446	1- تقادم الدَّعوى العموميَّة الرامية لتطبيق العقوبات
450	2- تقادم العقوبات المحكوم بها
452	ب- عدم تقادم الدَّعوى العموميَّة أو العقوبات
452	1- في قانون الإجراءات الجزائية
454	2- في القانون رقم 06-01
455	ثانياً: العفو الشامل
455	أ- تعريف العفو الشامل
456	ب- شروط العفو الشامل
457	ج- الآثار التي تترتب عن العفو الشامل
458	ثالثاً: إلغاء التَّشريع الجنائي
459	أ- بالنسبة إلى الدَّعوى العموميَّة الرامية لتطبيق العقوبات
460	ب- بالنسبة إلى العقوبات المحكوم بها قضائياً
460	1- الأساس القانوني لانقضاء العقوبات بسبب إلغاء التَّشريع الجنائي
461	2- آثار إلغاء التَّشريع الجنائي على العقوبات المحكوم بها
461	الفرع الثاني: أسباب الانقضاء المُستقلَّة
461	أولاً: أسباب الانقضاء الخاصَّة بالدَّعوى العموميَّة
462	أ- الأسباب العامَّة
462	1- الحكم القضائي الجزائي الحائز لحجية الشَّيء المقضي به
463	2- حل الشَّخص المعنوي
463	3- اندماج الشَّخص المعنوي
465	ب- الأسباب الخاصَّة
465	1- سحب الشكوى
466	2- غرامة الصلح والوساطة
466	3- المصالحة الجنائية
468	ثانياً: أسباب الانقضاء الخاصَّة بالعقوبات المحكوم بها قضائياً
468	أ- العفو الرئاسي

470	ب- رد الاعتبار
473	خاتمة
484	قائمة المصادر والمراجع المعتمد عليها في الدِّراسة
513	تقسيمات الخطة