جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

د/ وفاء شيعاوي
جامعة تيارت

الملخص :

تعد جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية من أهم صور جرائم الصفقات العمومية خصوصا والفساد الإداري عموما، لذلك قرر المشرع لمرتكبها عقوبة تتمثل في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج. و يشترط في الجاني صفة الموظف العام، والذي يسأل عن أخذه أو تلقيه فوائد أيا كانت سواء مباشرة أو عن طريق الغير من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها أو آمرا بالدفع أو مكلفا بتصفية أمر ما في عملية معينة.ويسأل الموظف العام عن أعماله حتى بعد انتهاء أعمال وظيفته وذلك خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه تلك الأعمال، وتعتبر جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية جريمة عمدية يشترط فيها توافر القصد جنائي العام لدى الجاني.

Résumé :

L'infraction d'une prise illégale d'intérêts est considérée parmi l'un des plus importants crimes des marchés publics en particulier et la corruption administrative en général. Pour cette raison, le législateur a puni le délinquant d'un emprisonnement de deux à dix ans et d'une amende de 200.000 DA à 1000.000 DA Et il est exigé que le délinquant soit un agent public, qui sera interrogé s'il a pris, reçu ou conservé quelque intérêt soit directement, soit par interposition de personnes ou par acte simulé, que ce soit dans les actes, adjudications, soumissions, entreprises dont il avait, au temps de l'acte en tout ou partie, l'administration ou la surveillance ou, qui, ayant mission d'ordonnancer le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque.

L'agent public sera questionné sur ses actions après la fin de sa fonction, et même au cours des cinq années suivantes. La prise illégale d'intérêts est considérée comme un crime intentionnel qui nécessite la disponibilité de l'intention criminelle chez le contrevenant.

مقدمة:

تبرز العلاقة بين الاقتصاد والجرائم التي ترتكب في مجال الصفقات العمومية من خلال التأثير السلبي على الاقتصاد الوطني، وبما أن الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة فإنه بذلك يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره، وهو ما أدى إلى اهتمام المشرع بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية، فبرز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب قانون رقم 09/01 الصادر بتاريخ 26 جوان 2001 الذي استحدث مجموعة من المواد نصت في مجملها على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية.

غير أنه وتماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الفساد صدر في الجزائر قانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهو يحمل طابع وقائي ردعي والذي جاء نتيجة لمصادقة الجزائر بتاريخ 2004/04/19 بواسطة مرسوم رئاسي على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد معتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في2003/10/31، وقد وضع هذا القانون نصوصا خاصة، بتجريم المخالفات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية، ملغيا بذلك نصوص قانون العقوبات التي تنص على نفس التجريم.

وتعد الصفقات العمومية المجال الأكثر تعرضا للفساد بشتى صوره وتشمل جرائمها: الرشوة، والمحاباة والاستفادة من امتيازات غير المبررة، وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، وهي الجريمة التي ستكون محل دراستنا، ونظرا للإشكالات العملية التي تقف أمام تطبيق قانون مكافحة الفساد وقانون الصفقات العمومية ومتابعة الجرائم المتعلقة بها وقمعها، ارتأينا أن نطرح من خلال هذا المقال الإشكالية الآتية:

ما مدى تصدي المشرع الجزائري لجريمة أخذ فوائد من غير صفة قانونية لحماية المال العام؟

و لمحاولة الإجابة عن الإشكالية المطروحة اعتمدنا على أسلوب تحليلي بسيط، وقسمنا موضوعنا إلى مبحثين:

المبحث الأول: أركان جريمة أخذ فوائد غير قانونية

لقد نصت المادة 35 من قانون الوقاية ومكافحة الفساد على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية والتي تقضي بأن: " كل موظف يأخذ أو يتلقى إما مباشرة أو إما 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 أو يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا في عملية ما مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أي كانت".

والجدير بالذكر هنا أن هذه الجريمة تعد صورة من صور الرشوة وكانت تعاقب عليها المادة 123 من قانون العقوبات، وسنتناول أركان هذه الجريمة تباعا:

المطلب الأول: صفة الجاني

تشترط المادة 35 من قانون الفساد المذكورة آنفا أن تتوفر في الجاني صفة الموظف العمومي، لكنها حصرت الأمر في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات، أو الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية، أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما، وعليه فإن صفة الجاني في هذه الجريمة تشمل الموظف العمومي كما هو معرف بنص المادة 2/2 من قانون الفساد، غير أن الأمر محصور في الفئتين الآتيتين:

الفرع الأول: الموظف الذي يدير أو يشرف بحكم وظيفته على العقود أو المناقصات أو المزايدات أو المقاولات التي تبرمها المؤسسة أو الهيئة التابع لها

وتشمل هذه الفئة كل موظف يتولى مسؤولية الإشراف أو الإرادة على هذه العقود أو العمليات المذكورة، وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشأن هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة، وذلك في أية مرحلة كانت عليها العملية، سواء أثناء تحضير العقد أو المناقصة أو المزايدة أو أثناء مرحلة التنفيذ، ويتعلق الأمر أساسا بمدير الهيئة أو المؤسسة أو رئيس المصلحة أو رئيس المكتب أو أي مهندس أو تقني أو عون إداري له دور يقوم به في هذه العمليات.

الفرع الثاني: الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما

ويعني به كل موظف يمنح له منصب المسؤولية الذي يتولاه سلطة إصدار إذن بالدفع، وهو بمعنى آخر الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها، ويأخذ بمقتضى عمله هذا فائدة غير مشروعة، وينحصر الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الآمر بالصرف أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة، كما يدخل في هذه الفئة كذلك رؤساء مصالح المحاسبة أو المراقبين الماليين، ولا يهم مصدر اختصاص الموظف بالعمل الذي انتفع منه، فقد يتحدد اختصاصه بناءا على قانون أو لائحة أو قرار أو تكليف من رئيس مختص[1] .

أولا/ مساءلة الموظف العمومي مختص

ويشترط في الموظف العمومي أن يكون مختصا، فبالنظر إلى المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجدها تشترط أن يكون الجاني موظفا عموميا ومختصا بعمل من أعمال وظيفته وله مسؤوليات تمنحه سلطة فعلية بشأن العقود والصفقات العمومية التي أخذ أو تلقى منها فوائد بصفة غير قانونية.

لذلك اشترط المشرع أن يكون للموظف شأن في أعمال الوظيفة التي استغلها للحصول على الربح، وبالتالي فقد يكون الموظف مختصا اختصاصا مباشرا في أعمال الوظيفة العامة كما قد يكون مختصا اختصاصا غير مباشر كأن يكون له سلطة في الإشراف والرقابة [2] ، لذلك يمكن القول أنه لا يشترط أن يكون الموظف مختصا وحده بكل العمل الذي تربح منه، وإنما يكفي أن يكون مختصا بجزء منه أيًا كان قدره، فأقل نصيب من الاختصاص بالعمل ولو كان ضئيلا يكفي لتوافر الصفة الخاصة لقيام الجريمة [3]. وتطبيقا لذلك يرتكب الجريمة المهندس الذي يشغل وظيفة عامة تجعل له أي نصيب من الاختصاص في تنفيذ مشروعات الدولة إذا تربح من أحد هذه المشروعات مثل: رصف طريق عام أو إقامة مبنى إداري أو مستشفى أو مدرسة [4]، ولا أهمية لمصدر الاختصاص، فيجوز أن يكون القانون أو اللائحة أو القرار الإداري، أو التكليف الكتابي أو الشفهي متى كان صادرا من رئيس مختص [5].

لذلك يقع على عاتق الموظف العمومي احترام واجب النزاهة والإخلاص في أداء مهامه الملقاة على عاتقه، ولا يجوز له اغتنام الفرصة لتحقيق مصالحه الشخصية، وأن لا يجعل وظيفته مصدرا لإثرائه على حساب المصلحة العامة، وبالرغم من أن المشرع قد نص على تجريم هذا الفعل إلا أننا لا نجد أي حكم فيما يخص هذه الجريمة.

ثانيا/ مساءلة الموظف على فعله بعد ترك الوظيفة العامة

على الرغم من أن الأصل العام يقضي بأن الموظف العام لا يسأل عن أعماله بعد ترك وظيفته، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 01 جانفي 1966، حيث يقول: الأصل في التأديب أنه مرتبط بالوظيفة، بحيث إذا انقضت رابطة التوظيف لم يعد للتأديب مجال [6]، إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء يتمثل في أن هذه الجريمة تنطبق على الموظف حتى بعد انتهاء أعمال وظيفته وذلك خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء توليه تلك الأعمال، حيث يحظر عليه خلال الفترة المذكورة أخذ أو تلقي فائدة في أي عملية كانت تخضع لإدارته وإشرافه وفقا للمادة 124 من قانون العقوبات [7].

فهناك حالات تقتضي وضع الموظف العام تحت طائلة العقاب ومحاكمته عن أعمال الفساد الذي يكون قد شاب عمله الوظيفي حتى بعد ترك الخدمة خروجا على الأصل العام، كما أن هناك من الحالات التي تتعلق بالفساد الإداري التي لا ينكشف أمرها إلا بعد ترك الموظف للعمل، فالعدالة هنا تقتضي بالطبع ضرورة تدخل المشرع بالجزاء المناسب [8].

يعني هذا الحظر أساسا مؤسسات القطاع الخاص التي كان في وقت من خلال مدة الخمس سنوات، خاضعة لسلطة الموظف في الإشراف والرقابة التي يمارسها بسبب وظيفته، كما يشمل الحظر المؤسسة التي أبرم معها الجاني باسم الدولة صفقات أو عقودا وكذا تلك التي أبرمت مع أي كان صفقات أو عقود أدلى الجاني برأيه في شأنها [9].

المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة أخذ فوائد غير قانونية

يتحقق الركن المادي في هذه جريمة بقيام الجاني بأخذ أو تلقي فائدة ما من عمل من الأعمال التي يديرها أو يشرف عليها أو كان فيها آمرا بالدفع أو مكلفا بالتصفية حسب المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أي أن يحصل الجاني على منفعة من العقود والمزايدات والمناقصات والمقاولات من المؤسسات التي تدخل في نطاق اختصاص إعدادها أو إحالتها أو تنفيذها أو الإشراف عليها [10].

الفرع الأول: السلوك الإجرامي

يقوم الركن المادي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية على إقدام الجاني على أخذ أو تلقي فائدة من عمل من أعمال وظيفته، تكون له فيها سلطة الإدارة أو الإشراف سواء كانت الفائدة له أو لغيره، وسواء كان ذلك بحق أو بغير وجه حق، وقد عددت المادة 35 العمليات التي يحظر فيها على الموظف أخذ أو تلقي منها فائدة وهي: العقود، المناقصات، المزايدات، والمقاولات، ولإشارة فإن النص باللغة العربية، قد أضاف عبارة " أو المؤسسات" كعملية من العمليات المذكورة، ولم يذكر ذلك في النص باللغة الفرنسية، ولا تجد هذه الإضافة في حقيقة الأمر أي تبرير على اعتبار أن المؤسسات لا تعد عملية من العمليات التي يمكن أن يقوم بها الموظف، وربما يكون الأمر سوء ترجمة فقط فمصطلح مؤسسات يلتقي في ترجمته إلى اللغة الفرنسية مع مصطلح مقاولات، واللذان يأخذ نفس الترجمة وهي:"les Entreprises".

ومن ثمة فان السلوك المجرم في هذه الجريمة يأخذ إحدى الصورتين : إما أن يأخذ الجاني فائدة أو يتلقى فائدة من عملية من العمليات المذكورة والتي يديرها أو يشرف عليها، تضاف لهما صورة ثالثة ذكرها المشرع في نص المادة 35 باللغة الفرنسية ولم تذكر في النص باللغة العربية وهي صورة الاحتفاظ بالفائدة [11]، وعليه فعناصر السلوك الإجرامي تتمثل في:

أولا/ أخذ أو تلقي فائدة

* **أخذ فائدة:** معناه أن يكون للجاني نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود

عليه بالفائدة [12]، كأن يحصل الجاني (الموظف) على منفعة من المشروع أو العقد أو الصفقة المزمع إبرامها، ولاتهم في ذلك طبيعة الفائدة فقد تكون مادية أو معنوية، كما لاتهم الطريقة التي تتحقق بها الفائدة، فقد يتفق الجاني مع أحد المرشحين للعقد أو المناقصة أو المزايدة على السعي له لأن يكون هو الفائز بها مقابل الحصول على مبلغ مالي أو أسهم في شركة، أو تمكين أحد أصدقائه أو أقاربه من انجاز جزء من الأشغال المدرجة في الصفقة، ويحدث هذا الأمر عادة في عقود انجاز الأشغال التي تجزأ فيها الأشغال.

* **تلقي فائدة:** هو أن يستلم الجاني بالفعل فائدة، سواء حصل عليها بنفسه أو حصل عليها شخص آخر لحسابه [13]، كما لا يهم وقت التسليم سواء كان أثناء تحضير العملية التي يتلقى بمناسبتها الفائدة أو أثناء تنفيذها، فتقضي الجريمة تلقي الجاني فائدة من عقد أو عملية أو صفقة كان وقت ارتكاب الجريمة يديرها أو يشرف عليها أو كان آمرا بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية.

كما يقضي القضاء أن يكون للجاني وقت ارتكاب الفعل الإدارة أو الإشراف على الصفقة التي أخذ فيها فائدة، وفي هذا الصدد قضى في فرنسا بأن الجريمة لا تقوم إلا إذا كان للموظف وقت ارتكاب الفعل الإدارة أو الإشراف على الصفقة التي أخذ فيها فائدة [14].

و تقوم الجريمة بكل فعل يكون من شأنه تحقيق الربح أو المنفعة سواء كان إيجابيا أو تمثل في موقف سلبي من الجاني يكون من شأنه أن يجعل له مصلحة في العمل الوظيفي، ويحدد قاضي الموضوع مدى كفاية سلوك الجاني لتحقيق الربح أو المنفعة من العمل الوظيفي[15]، و بالمقابل لا تقوم الجريمة إذا تجاوز الموظف اختصاصه أو أقحم نفسه في اختصاص غيره، ولو حصل على من ذلك على فوائد، كما لا جريمة إذا انتقلت الإدارة والإشراف، كما هو الحال بالنسبة لنائب رئيس البلدية المنتدب للحالة المدنية الذي يشغل منصب مدير بأجر لجمعية تستفيد من إعانات مالية من البلدية لا لسبب إلا لكون وظيفته في البلدية لا تخوله السلطة للإشراف على تلك الجمعية [16].

بوجه عام استقر القضاء الفرنسي على أن الإدارة أو الإشراف تتحقق بالنسبة للمنتخبين المحليين بمجرد مشاركتهم في مداولات المجلس الذي يناقش خلالها مشروع أو عقد يكون للمنتخب فائدة فيه [17].

ثانيا/ الاحتفاظ بالفائدة

هذه الصورة لم يأت نص المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ذكرها، غير أنه باستقراء النص باللغة الفرنسية نجد أن المشرع قد أدرج ثلاثة مصطلحات هي: (Conserver, Pris, Reçu) ما يعني وجود صورة احتفاظ بالفائدة [18]، كأن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير العملية أو يشرف عليها أو مكلف بالأمر بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية، وتجريم هذه الصورة من شأنه تأخير بدء حساب التقادم فيبدأ حسابه من يوم انتهاء الفعل المجرم وليس من يوم اقتراف الجريمة.

ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة سواء أخذ أو تلقى الجاني الفائدة بصفة مباشرة كحصوله على مبلغ مالي أو حصوله على بعض الأسهم في الشركة، أو عند طريق عقد صوري كأن يتعاقد مع المؤسسة أو الهيئة التي يشرف عليها أو يديرها باسم وهمي لتزويدها باحتياجاتها من سلعة ما يستوردها من مؤسسة تجارية هي في الحقيقة مملوكة له [19]، فالجاني يمكن أن يأخذ أو يتلقى الفائدة عن طريق شخص آخر، قد يكون شريكه أو أي شخص يتفق معه لإرساء العقد أو المزايدة أو المناقصة عليه، وقد تكون الفائدة التي يأخذها الجاني مقابل امتناعه عن مطالبة المتعاقد في صفقة أو عقد، بالقيام بعمل كان عليه أن يؤديه أو صرف النظر عن أحد شروط العقد الذي يربطه بالمؤسسة المكلف بالإشراف عليها أو إدارتها.

وتقوم عله تجريم فعل اخذ فوائد بصفة غير قانونية في حقيقة الأمر، على أساس أن اختصاص الموظف العمومي يفرض عليه السهر على المصلحة العامة ومباشرة الرقابة على من يتعاقدون مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العمومية التابعة لها، أو يؤدون عملا لحسابها، فإذا ربط بين العمل المنوط به وبين مصلحة الخاصة أو المصلحة الخاصة لشخص آخر فإنه لا يستطيع أن يؤدي واجبه في الرقابة الذي يفرضه عليه اختصاصه، وإنما سيحابي مصلحته الخاصة عن المصلحة العامة[20].

وليس من عناصر هذه الجريمة أن ينال الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها ضرر، كما أن استفادة الجاني غير مرتبطة بالحصول على ربح فتتحقق الجريمة حتى وإن لم يحصل على ربح، كما لا يهم إن نفذت الصفقة أو العقد أو الاتفاقية لذي تم على

أساسه أخذ الفائدة أم لم تنفذ، كأن ترفض السلطة المختصة بالرقابة التأشير على الصفقة، فتقوم الجريمة بالرغم من أن العمل المطلوب من الجاني لم يتحقق لأسباب خارجة عن إرادته، وقضي في فرنسا بمناسبة هذه الحالة بأن هذا الفعل لا يعد شروعا وإنما يشكل جريمة تامة.

ثالثا/ طبيعة الفائدة أو المنفعة

لم يحدد المشرع طبيعة الفائدة أو المنفعة التي تعود على الجاني، ما يعني أن مدلول الفائدة لا يقتصر على ما يحصل عليه الفاعل من ربح مالي أو مادي مباشر، وإنما يشمل أيضا الربح الذي يحصل عليه الفاعل بطريق غير مباشر، كما قد تكون الفائدة معنوية أو اعتبارية هذا ما يفيد عبارة "فائدة أيا كانت"، فالمهم أن يكون الحصول على هذه المنفعة أو الفائدة من العقود أو المقاولات أو المزايدات أو المناقصات التي يديرها الجاني أو يشرف عليها أو مكلفا بالدفع فيها، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر الجريمة قائمة سواء كانت الفائدة ذات طبيعة مالية أو معنوية [21].

وحصول الموظف لنفسه على ربح أو منفعة بطريق مباشر بأن يدخل الموظف المختص بيع أرض يشرف على المزاد الذي تباع فيه ويرسو عليه المزاد بالفعل، أو أن يشترك مع المهندس المشرف على تنفيذ مشروع لحساب الدولة مع المقاول الذي يقوم بالتنفيذ في أعمال تنفيذ المشروع [22].

أما الحصول على الفائدة بطريق غير مباشر، فيتحقق في كل حالة يوجد فيها وسيط يعمل لحساب الموظف كما لو كانت الشركة التي تنفذ الأعمال التي يختص بها الموظف مملوكة لابنه أو لزوجته أو كان الموظف قد اتفق مع أحد الأشخاص على الحلول محله في تنفيذ الأعمال المكلف بها أو على الدخول في المزاد باسمه شخصيا، ولكن لحساب الموظف المختص [23]، فلا عبرة بقيمة المنفعة التي يتم الحصول عليها، فيستوي أن يكون للمنفعة مظهر مالي أو اقتصادي أو أن تتحقق فائدة اعتبارية، وتطبيقا لذلك فإنه يرتكب جريمة التربح الموظف الذي يعين شخصا في وظيفة أو أن يرقيه دون استحقاق [24]، فالجريمة تعتبر قائمة في كل الأحوال سواء كانت الفائدة مؤكدة أو مجرد وعد بها أو ظاهرة أو مستترة.

هذا ويستوي في قيام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أن يأخذ الجاني الفائدة مباشرة أو يتلقاها عن طريق شخص آخر قد يكون شريكه أو أي شخص يتفق معه لإرساء العقد أو المناقصة أو المزايدة عليه، ولا يشترط في إدارة العملية أو الإشراف عليها أن يكون عاما وشاملا، بل يكفي فيها أن يتمتع الموظف باختصاص معين يجعل لرأيه نوع من التأثير على إبرام صفقة أو تنفيذها، ويتسع ذلك ليشمل الأعمال التحضيرية والاقتراحات وتقديم التقارير أو الاستشارات لقرارات قد يتخذها غيره[25].

المطلب الثالث: الركن المعنوي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة عمدية، لذا يشترط لقيام الركن المعنوي فيها توافر قصد جنائي عام لدى الجاني والمتمثل في العلم والإرادة.

الفرع الأول: العلم

فتقتضى هذه الجريمة أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجريمة عالما بأنه موظف، وأنه مختص بالإدارة والإشراف على الأعمال التي أقحم عليها المصلحة الخاصة لنفسه أو غيره، وعالما بأن من شأن فعله تحقيق فائدة بدون وجه حق، كما يجب على الجاني أن يعلم بأن السلوك الذي يأتيه قف فضل فيه مصلحته الخاصة على المصلحة العام[26].

الفرع الثاني: الإرادة

تقوم جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بمجرد مخالفة الموظف عمدا الحظر المنصوص عليه في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد، ولابد أن يكون الموظف في كل ذلك مختارا فيما أقدم عليه فإن كان مكرها، انعدم القصد[27]، كما تقتضي هذه الجريمة أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، فإذا جهل أن اختصاصه يتضمن هذا الفعل ينتفي القصد لديه.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجريمة وقتية أو آنية أي أنها تتم منذ اللحظة التي يأخذ فيها المتهم فائدة في صفقة خاضعة لإشرافه، وإذا قام القصد الجنائي فلا عبرة بعد ذلك بحصول الجاني على فائدة أو لم يحصل عليها، فمتى توافرت أركان الجريمة قامت الجريمة واستوجب الفاعل فيها العقاب المقرر.

المبحث الثاني: العقوبة المقررة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

نصت على هذه الجريمة المادة 35 من قانون مكافحة الفساد التي تقضي ب:" يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 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 بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت".

وقد حلت هذه المادة محل المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد، ويطلق عليها في التشريع الفرنسي مصطلح:"جنحة التدخل" كما يطلق عليها في التشريع المصري مصطلح جريمة التربح"، وتكمن هذه الجريمة في تدخل الموظف في الأعمال التي أحيلت عليه إدارتها أو رقابتها، وهو ما يؤدي إلى استغلال الموظف للوظيفة العامة من خلال العمل على تحقيق مصلحة خاصة من ورائها[28]، وعليه تعد هذه الجريمة من جرائم المتاجرة بالوظيفة، كما أنها تعد مظهر من مظاهر الرشوة، وهي أقرب كذلك إلى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية لأنها تعد صورة من صورها، و باستقراء النصوص القانونية التي تنظم أحكام جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو قبض العمولات من الصفقات العمومية، نجد أن المشرع قرر لها عقوبات أصلية وأخرى تكميلية وفرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي.

المطلب الأول: العقوبات الأصلية

تنقسم العقوبات المقررة للشخص الطبيعي إلى عقوبات أصلية و عقوبات تكميلية، ويمكن تشديد العقوبة أو الإعفاء منها أو حتى تخفيضها.

الفرع الأول: العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي

يعاقب مرتكب جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية بالحبس من سنتين (02) إلى عشرة (10) سنوات، وبغرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

الفرع الثاني: العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي

عمَم المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على كل جرائم الفساد، بما فيها جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، وذلك بأن يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات [29]، ويتعرض الشخص المعنوي المدان بجريمة قبض العمولات من الصفقات العمومية للعقوبات المقررة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وهي:

غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج، وهو الحد الأقصى المقرر جزاء لجريمة الرشوة و5.000.000 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى.

المطلب الثاني: العقوبات التكميلية

يميز المشرع بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي عن العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي.

الفرع الأول: العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي

ينص المشرع على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن الجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات [30].

وهي ذات العقوبات التكميلية الإلزامية والاختيارية، والتي جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي سبق الإشارة إليها في جنحة المحاباة.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي

حدَد المشرع العقوبات المقررة للشخص المعنوي في قانون العقوبات وتتمثل في:

حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من مزاولة نشاط مهني أو اجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس

سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها تعليق ونشر حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية والتي سبق الإشارة إليها في جريمة المحاباة [31].

وتطبق على جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية كافة الأحكام المطبقة على جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية و المتعلقة بالظروف المشددة للعقوبة و الإعفاء أو التخفيض منها، والعقوبات التكميلية ومصادرة عائدات الجريمة والمشاركة والشروع وإبطال العقود والصفقات، وكذا الأحكام المتعلقة بإجراءات المتابعة و التحري.كما تطبق عليها أحكام الرد المشار إليها من خلال جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: تلازم جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية مع جنحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية

قد يحدث و أن يتابع الجاني بجريمتي أخذ فوائد بصفة غير قانونية و جريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، غير أنه قضي في فرنسا بالمتابعة بجنحة المحاباة فحسب، ومن أمثلة ذلك، قضي بإدانة رئيس البلدية من أجل جنحة المحاباة في قضية بوشرت فيها المتابعة من أجل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، بالرغم من أن الصفقة قد خصصت لحرفيين كانوا أعضاء في المجلس البلدي، و ذلك إثر مخالفات تتمثل أساسا في اللجوء إلى مناقصة ضيقة المجال غير مبررة وتعديل العروض بعد فتح الأظرفة، كما أدين بجنحة المحاباة دون سواها، رئيس البلدية الذي منح بطريقة تعسفية صفقات إلى مؤسسات يديرها ابنه و من بينها واحدة كانت ملكه، بالرغم من أن الأمر يتعلق بأخذ فوائد بصفة غير قانونية كما سبق بيانه.

الخاتمة:

باتت الصفقات العمومية المجال الخصب للفساد، الأمر الذي استدعى التعمق في هذا الموضوع بمعالجته ومحاولة تأطيره بكيفية تسمح بقمع كل التصرفات التي تضر بالاقتصاد الوطني، ولا يتحقق ذلك إلا بضرورة مواصلة التكوين في مجال قانون الأعمال بصفة عامة ومجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، سواء على مستوى التشريع أو التدريس أو التربص، كما يقع على عاتق القضاة مسؤولية كبيرة في إثبات جرائم الصفقات العمومية وتحديد المسؤولية الجزائية لمرتكبيها سواء أثناء التحقيق أو المحاكمة.

وتبقى مسألة مكافحة الفساد مسألة تعني الجميع، المجتمع المدني، العدالة، الصحافة، مؤسسات الرقابة والمحاسبة وكل هيئات الدولة، ويجب أن تتضافر جهود الجميع للقضاء على الفساد والحفاظ على هيبة الدولة ودولة القانون.

التهميش:

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني،
2. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 226.
3. فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 256.
4. المرجع نفسه، ص 256.
5. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 341.
6. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 34.
7. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص84.
8. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 35.
9. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 101.
10. نوفل علي عبد الله، صفو الدليمي، مرجع سابق، ص 252.
11. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص102.
12. هنان مليكة، مرجع سابق، ص ص 147-148.
13. هنان مليكة،المرجع نفسه، ص 148.

14. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص104.
15. فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مرجع سابق، ص 259.
16. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص104-105.
17. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم الاقتصادية وبعض الجرائم الخاصة، مرجع سابق، ص105.
18. عمار بوجطو، مرجع سابق، ص 42.
19. عبد الله سليمان، دروس في نشرع قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص.
20. أنور ألعمروسي، محمد ألعروسي- جرائم الأموال العامة و جرائم الرشوة.
21. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص106.
22. فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 260.
23. فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع نفسه، ص 260.
24. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 345.
25. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص105.
26. محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 69.
27. هنان مليكة، مرجع سابق، ص 151.
28. محمود نصر، الوسيط في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، 2004، منشأة المعارف الإسكندرية، ص456.
29. المادة 53 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
30. المادة 50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
31. المادة 01/52 من القانون رقم 06-01 من نفس القانون.