

الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية ودور أساليب التحري في الكشف عنها¹

رابح سعاد

أستاذة محاضرة قسم - ب - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس -

المخلص: تعد جنحة منح الامتيازات الغير مبررة في الصفقات العمومية من أخطر الجرائم، من أجل ذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة توضيحها وفقا للقانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الكلمات المفتاحية: صفقة عمومية - موظف عمومي - امتياز غير مبرر.

Résumé: Le délit de l'avantage indu dans les transactions publiques, l'un des crimes les plus graves, pour cette raison nous allons essayer la démontrer à travers la loi relative à la prévention et la lutte contre la corruption.

Mots-clés: transaction publique - agent public - avantage indu.

Abstract : The offence of undue advantage in public transactions, one of the most serious crimes, for this reason we will try to demonstrate it through the law on the prevention and fight against corruption.

Keywords: public transaction -public agent - undue advantage.

¹ مداخلة قدمت في إطار اليوم الدراسي حول الصفقات العمومية والمحافضة على المال العام، المنعقد يوم 13 ديسمبر 2018، من تنظيم مخبر المرافق العمومية والتنمية، بالتعاون مع كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس -

مقدمة

تعد جرائم الفساد من أخطر الجرائم التي قد تعاني منها أي دولة، نظرا لآثارها الوخيمة على الجانب الاقتصادي والاجتماعي.

ومما لا يختلف عليه اثنان، أن الصفقات العمومية تعتبر أهم أدوات لتنفيذ مخططات الدولة التنموية، من خلال مشاريعها المختلفة، وهي بذلك تستحوذ على غلاف مالي كبير، الأمر الذي يجعلها المجال الحيوي والخصب لممارسة الفساد. لذلك نجد أن المشرع الجزائري وفي محاولة منه لمواجهة هذه الظاهرة، بادر إلى تجريم الرشوة وكل ما يتعلق بها من أفعال منذ الاستقلال، ضمن أحكام قانون العقوبات.

غير أن نقشي هذه الظاهرة، بحيث أخذت منحى خطير خاصة بعدما كشفت عنه منظمة الشفافية العالمية من خلال تقاريرها الدولية الدورية حول التصاعد الخطير لهذه الظاهرة، الأمر الذي ألزم تدخلها دوليا سريعا من قبل المجتمع الدولي، وهو ما تجسد فعلا من خلال اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، والتي صادقت عليها الجزائر سنة 2004 بتحفظ²، أما على المستوى الإفريقي تم إرساء اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته والتي صادقت عليها الجزائر سنة 2006³.

وتطبيقا لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات والاتفاقيات السالفة الذكر، قامت الجزائر بترجمة التزاماتها الدولية بوضع تشريعات موائمة للتشريعات الدولية من خلال صدور القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-15، والقانون 11-15⁴. ويشكل هذا النص الإطار القانوني للحماية الجزائية للصفقات العمومية، حيث أكد بالموازاة مع ذلك على المبادئ التي جاء بها قانون الصفقات العمومية 15-247⁵، كما نص على مبادئ تنوعت بين جريمة الرشوة، وأخذ الفوائد غير القانونية وغيرها.

² تمت المصادقة على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 04-128، المؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة (نيويورك) يوم 31 أكتوبر 2003، ج.ر.ج.ع. 26 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2004.

³ مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10 أبريل سنة 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة في مايو في 11 يوليو سنة 2003، ج.ر.ج.ع. 24 الصادرة بتاريخ 16 أبريل 2006.

⁴ قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ع. عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006، المعدل والمتمم بأمر رقم 10-15، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ع. 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.ع. 44 بتاريخ 10 أوت 2011.

⁵ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، ج.ر.ج.ع. 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ولعل أهم هذه الجرائم الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية، والتي يصطلح عليها الفقه بجريمة المحاباة وهي تسمية فقهية لا تشريعية، حيث أن المشرع استعمل مصطلح الامتيازات غير المبررة.

الحقيقة الذي دفعني إلى اختيار الحديث عن هذه الجريمة دون غيرها من جرائم الفساد غموض هذه الجريمة بل وصعوبة إثباتها، ومن ذلك لنا أن نطرح تساؤلا حول المعنى الحقيقي للامتيازات غير المبررة، وهل أنها تتم بمقابل؟ ما هي صور تطبيقها، وما مدى فعالية أساليب التحري في الكشف عنها؟

بعيدا عن الدراسات الكلاسيكية في هذا المجال حاولنا الإجابة على هذا التساؤل باتباع المنهج التحليلي للنصوص القانونية، من خلال الوقوف على نقاط قانونية بذاتها جاءت تحت محور أول: مضمون الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية.

أما المحور الثاني: مدى فعالية أساليب التحري في الكشف عن هذه الجريمة.

المحور الأول : مضمون الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية

تم تجريم فعل منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية من خلال نص المادة 26 فقرة أولى من القانون 01/06 المعدلة بالقانون 15/11 بعدما كان منصوص عليها ضمن المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، لتكون أحد الجرائم المستقلة عن قانون العقوبات بعد إلغاء هذه المادة.

وبذلك جرّمت المادة 26 منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية في صورتين: أما الصورة الأولى: فتمثلت في تجريم فعل منح الامتيازات غير المبررة عمدا الذي يأتيه أو يقوم به الموظف عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق خلافا للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات⁶.

بينما تمثلت الصورة الثانية: في تجريم الفعل الذي يأتيه التاجر أو الصناعي أو المقاول من القطاع الخاص أو غيرهم من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذي يتمثل في إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. ويستفيد من سلطة أو تأثير الموظف العمومي من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

⁶ تنص المادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج : كل موظف عمومي يمنح، عمدا، 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 الإجراءات."

الملاحظ وفقا لهذه الصورة الثانية ليس الموظف هو القائم بالفعل وإنما صاحب الحاجة هو الذي يلتمس ويستفيد من نفوذ الموظف إما من أجل الحاجة زيادة الأسعار أو التعديل في المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين⁷.

عند استقراءنا لهذا النص فأول ما يتبادر إلى الذهن، ماذا يقصد المشرع بالامتيازات غير المبررة، إذ أن النص القانوني لم يمنح لها تعريفاً.

1- مفهوم الامتيازات غير المبررة :

لم يتحدث المشرع عن المقابل عند منح الامتيازات غير المبررة سواء كان المقابل مادياً أو معنوياً، مما يفيد أنّ صاحب الحاجة أو المتعامل هو المستفيد لا الموظف، فإذا كان هناك مقابل لتحولت الجريمة إلى جريمة رشوة ، أو أخذ فوائد غير قانونية على حسب الوضع. وهو الأمر الذي يبعث أي باحث إلى التساؤل على اعتبار أنّ القاعدة العامة والمنطقي أن تكون الخدمة بمقابل، المزية مقابل المزية، أو الخدمة مقابل الخدمة، حتى وإن كانت معنوية تقدم بشكل مباشر أو غير مباشر، أو حتى على شكل هدية. فالوضع القائم في هذه الحالة أنّ الموظف بقيامه بمخالفة الأحكام التشريعية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات إلا لتحقيق مآرب شخصية له وهذا الذي يتماشى مع منطق التصرف .

وهنا تظهر صعوبة إثبات هذه الجريمة والتي قد تكون أسبابها شخصية محضة، فقد تتم المحاباة على حساب البقية على أساس طائفي أو توجه فكري أو بالنظر إلى الانتماء إلى منطقة معينة، أو كونه ينحدر من أصل معين، كما قد يتم تفضيل المترشح على أساس وزنه المالي أو حجم معاملاته في السوق أو قوته الاقتصادية (كونه فلان)، أو غير ذلك من المعايير التفضيلية والتي تشكل في مضمونها وجهاً من أوجه منح امتياز غير مبرر.

من ذلك كله يمكن تعريف الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية على أنّها "المفاضلة بين المتعاملين أو المترشحين بإيثار أحدهم على البقية من دون وجه حق بالمخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية القاضية بمبدأ المساواة والشفافية وقواعد المنافسة الشريفة في إسناد الصفقات العمومية".

ومن ثم فإن الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية، تلك الامتيازات والمزايا التي لا تستند إلى أي أساس قانوني⁸، وهو ما يؤثر من دون شك على الجانب الاقتصادي للدولة وعلى التقديم

⁷ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 120.

النوعي للخدمة العمومية مما يؤدي في المحصلة إلى الامتناع والشعور بالظلم والقهر الاجتماعي وهو وهو ما يؤدي إلى المساس بالمفهوم العام لدولة القانون.

ومع ذلك نجد رأياً في الفقه الفرنسي يرى بأنه يمكن الأخذ ببعض الاعتبارات المتصلة بالمصلحة العامة ذات البعدين الاقتصادي والاجتماعي، والتي يمكن أن تجد لها تبريراً لمنح الامتيازات غير المبررة، كأن يتم تفضيل بعض المؤسسات المحلية الصغيرة في سوق الأعمال والسوق الاقتصادية على مؤسسات ذات وزن وحجم مالي واقتصادي كبير، وقد يكون ذلك على أساس جغرافي يعطي الأفضلية لها في إطار الصفقات العمومية على المستوى المحلي، وذلك من أجل منحها فرصة للتواجد في السوق للمشاركة في التنمية المحلية مع ضرورة تسبب هذه الأهداف.

وإذا كنا قد توصلنا إلى أن الامتيازات غير المبررة هي التي لا تستند إلى أي أساس قانوني، فإن السؤال المطروح هو المتعلق فيما تتمثل الممارسات التطبيقية لهذه الجريمة ؟

2- بعض الممارسات التطبيقية لجريمة الامتيازات غير المبررة في إسناد الصفقات العمومية:

قد تكون جريمة المحاباة مصاحبة لجميع مراحل إبرام الصفقة، فقد تتم قبل عملية فتح العروض أو حتى بعد عملية فتح العروض ولعل أهمها على سبيل المثال ما يلي :

أ- تسريب المعلومات على شكل المفاضلة والتمييز، بل وتخصيص معامل بها دون غيره، وذلك بأن يمنح الموظف معلومات هامة حول الصفقة، وذلك بغرض جعل عرض أحد المتعاملين هو المطابق لما هو مطلوب مما يؤدي إلى تقويت الفرصة وإقصاء بقية المترشحين المتنافسين⁹، وهذا ما يعد مساساً بمبدأ المساواة والشفافية وقواعد المنافسة الشريفة المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون 247/15.

ب- كما قد تظهر جريمة المحاباة عند القيام بتجزئة الصفقة العمومية بغية التنزيل من السقف المالي المحدد قانون لجواز اللجوء إلى إبرام الصفقات العمومية، حيث أنّ القانون لم يجز اللجوء إلى عملية التجزئة إذا كان المبلغ التقديري لها 12 مليون دينار أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم و6 ملايين دينار للدراسات والخدمات¹⁰.

⁸ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص.44.

⁹ نادية تياب، المرجع السابق، ص.47.

¹⁰ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص.224.

كما نصّ المشرّع أيضا على عدم جواز التجزئة في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 27 من القانون 247/15 " يمنع التجزئة بهدف تفادي الإجراءات الواجب إتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات العمومية".

وغالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة من حيث المبلغ أو التاريخ أو في أداء الخدمة، وذلك من خلال إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب لإجراء الصفقة لم يتم بلوغه، في حين تكون الخدمة المنجزة قد فاقت ذلك المبلغ في النص القانوني.

كما يمكن أن تتم جريمة المحاباة عن طريق التفاوض بعد فتح الأظرفة، حيث أنه بعد قيام المترشحين بإيداع عروضهم، بعد إطلاعهم على المعايير التي يتم وفقا لها انتقاء المتعامل والعرض عن طريق ما يسمى بدفتر الشروط، تقوم الإدارة بعد ذلك بفتح الأظرفة المقدمة من قبل المترشحين في جلسة علنية وذلك حتى تستطيع اختيار المتعامل الذي يتوفر على الشروط والمواصفات المطلوبة لإبرامها، ومن ثم يمنع أي تفاوض مع المتعهدين أو العارضين بعد فتح العروض وأثناء تقييمها لاختيار الشريك المتعاقد، وعليه تتحقق جريمة المحاباة وفقا لهذه الصورة في حالة التفاوض مع بعض المترشحين بعد فتح العروض من أجل تمكينهم من تعديل عرضهم، من أجل وضعهم موضع من يقترح أحسن عرض. وذلك بتقديم كشف جديد من أجل الحصول على الصفقة.

كما قد تظهر جريمة المحاباة عن طريق تنظيم صفقات تصحيحية أو إبرام ملاحق مخالفة للتشريع، فالصفقات التصحيحية تتم في هذه الحالة بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة ويتم تسويتها عن طريق تنظيم إجراءات وهمية .

المحور الثاني: دور أساليب التحري في الكشف عن جريمة المحاباة

إذا كان المشرع قد حدّد العقوبة الواجب تطبيقها في حال ارتكاب هذا الفعل سواء على الشخص الطبيعي أو المعنوي، والتي تنوعت بين عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية. فإنّ السؤال المطروح كيف يتم إثبات هذه الجريمة ؟

حاول المشرّع إحاطة هذه الجريمة بكل الأطر القانونية اللازمة، فحدد أساليب التحري عن جرائم الفساد عموما ومن بينها جريمة المحاباة.

وقد تطوّرت هذه الأساليب لتواكب التطورات الحاصلة عن طريق استعمال التكنولوجيات الحديثة.

ويقصد بأساليب التحري " تلك العمليات أو الإجراءات والتقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت المراقبة والإشراف المباشر للسلطة القضائية بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة، وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها، وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين". وفي هذا السياق نصّت المادة 56 من قانون مكافحة الفساد على أساليب التحري الخاصة "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني و الاختراق، على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة.

تكون للأدلة المتوصل إليها بهذه الأساليب حجيتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

وبذلك تتلخص أساليب التحري في التسليم المراقب التردد الإلكتروني أو الاختراق.

وإذا كانت المادة الثانية المعدلة بالقانون 10-15 عرفت التسليم المراقب في الفقرة الأولى على أنه "الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة وتحت مراقبتها، بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه".

وبذلك تتنوع أساليب التحري بين مراقبة مادية ومراقبة إلكترونية، وفي اعتقادنا أنّ الأسلوب الأنجع و الملائم في الكشف عن جريمة المحاباة، بالنظر لخصوصيتها الأسلوب الثاني المتمثل في التردد الإلكتروني والاختراق وحتى من خلال التسرب.

1- اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور:

جعل المشرع الجزائري من اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور أهم الأساليب المستحدثة للكشف عن جرائم الفساد عموما، ومنها جرائم الصفقات العمومية، وهي إجراءات تباشر بشكل خفي، وذلك تماشيا مع التقدم العلمي والتكنولوجي المعاصر، لاسيما في مجال الاتصال والهندسة الإلكترونية، مما أفرز أساليب علمية عالية الكفاءة والفعالية أحدثت ثورة في مجال التحريات الجنائية¹¹.

وقد نصّ عليه المشرع في قانون الإجراءات الجزائية في المادة 56 دون تحديد مفهومه وإجراءاته، غير أن المشرع استدرك الأمر بموجب القانون 06-22 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية حيث استحدث فصلا كاملا من المواد 65 مكرر 5 إلى المادة 65 مكرر 10.

¹¹ لتفاصيل أكثر حول هذه النقطة، أنظر بن عمار مقني، بوراس عبد القادر، التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح، ورقلة يومي 02 و03 ديسمبر 2008، ص.14.

وإذا كان هذا الإجراء فرضه التطور الحاصل للحد من جرائم الفساد الإداري، إلا أنه في المقابل يعتبر انتهاكاً للخصوصية والحريات الفردية لذلك يتعين ممارسته في إطار القانون.

ويقصد بالترصد الإلكتروني : اعتراض المراسلات ويتعلق بالمراسلات التي تتم عبر التيلكس أو التلغراف أو الفاكس أو البريد الإلكتروني أو عن طريق الرسائل المكتوبة من خلال الهاتف أو الرسائل الصوتية التي تسجل في الهاتف. ويتم الاعتراض عن طريق تسجيل الأصوات بمراقبة المحادثات الهاتفية وتسجيلها، والتصنّت الهاتفية عن طريق النقل المباشر والآلي للموجات الصوتية، أو عن طريق النقاط الصور لشخص أو لعدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص¹²، ونظراً لخطورة هذا الإجراء لكونه وسيلة لجمع الأدلة أحاطه المشرع بشروط معينة، وذلك بأن يتم هذا الإجراء في جرائم محددة حصراً، حيث ربطها المشرع بجرائم المخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالعرف وكذا جرائم الفساد.

2- التسرب :

يعتبر التسرب من أهم التقنيات التي استحدثها المشرع الجزائري بالنص عليه في المواد من 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وذلك تحت تسمية الاختراق.

ويسمح التسرب أو الاختراق كتقنية من تقنيات التحري الخاصة، لضابط أو عون شرطة قضائية بالتوغل داخل الموظفين العموميين في الصفقات العمومية وضبطه متلبساً بالهدية أو الامتيازات غير المبررة وذلك عن طريق انتحاله صفة أحد المتعاقدين¹³.

¹² لتفاصيل أكثر حول هذه النقطة، أنظر بن عمار مقني، بوراس عبد القادر ، التصنّت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح، ورقلة يومي 02 و03 ديسمبر 2008، ص.14.

¹³ حسيني مراد، إجراءات التحقيق المستحدثة في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري "عملية التسرب، الجزء الأول. الطبعة الأولى، قراءات في المادة الجنائية، دار النشر للمعرفة، 2013، ص.166.

الخاتمة

أثبت الواقع بما حمله من إحصائيات أن الجرائم الاقتصادية على تنوعها هي في تزايد مستمر، خاصة ما تعلق منها بالصفقات العمومية، وبشكل أكثر تحديد جريمة الامتيازات غير المبررة. خاصة وأن هذه الجريمة من أصعب الجرائم إثباتا. من أجل ذلك كله عمل المشرع على تطوير أساليب التحري بما يتناسب مع الكشف عن هذا النوع من الجرائم وغيرها.

وفي اعتقادنا أن الاعتماد على عنصر التجريم وحده غير كاف للقضاء هذا النوع من الجرائم، لذلك يتعين بالموازاة مع ذلك الاهتمام بالمركز المالي للموظف من جهة والتركيز على تكوين الموظف وتشبعه بأخلاقيات المهنة والحرص على غرس المبادئ والقيم وضرورة الالتزام بالمحافظة على تطبيق القانون من خلال وظائفهم والمحافظة على المال العام.