قمع الفساد في الصفقات العمومية

أ/ سوياد ليلى
ـ جامعة الحاج لخضر ـ باتنة1

ملخص:
الصفقات العمومية تعد عقودا ترد على المال العام منح لها المشرع حماية جنائية خاصة، من وقت تحضيرها حتى تاريخ نهاية تنفيذها بتسليم شهادة إنجاز الخدمة.
تجسدت هذه الحماية بتجريم الامتيازات الغير مبررة التي يقدمها الموضف للمتعامل مع الدولة وتجريم رشوة الموظف الجزائري وكذا رشوة الموظف الاجنبي.
غير أن المشرع الجزائري قرر إعادة تكييف أهم هذه الجرائم من جناية إلى جنحة مشددة من أجل تفعيل قمع الفساد في مجال الصفقات العمومية، كما أنه من ناحية أخرى أخضع جزائم الفساد في مجال الصفقات العمومية لإجراءات جزائية خاصة كالتسرب والمراقبة الالكترونية وخصص لها محاكم استثنائية مخالفا بذلك الاحكام العامة لاجراءات المتابعة والمحاكمة الجزائية.

Résumé
Les marchés publics sont des contrats ayant pour objet le bien public.
Le législateur algérien leurs accorde une protection spéciale à partir de leurs préparations jusqu'à leurs exécutions par l'attestation de service fait.
Cette protection se concrétise par l'incrimination des privilèges non justifiées qu'accorde le fonctionnaire aux opérateurs, et l'incrimination de la corruption du fonctionnaire algérien et la corruption du fonctionnaire étranger.
Cependant le législateur algérien a décidé de requalifier les plus importantes incriminations en délits aggravés pour l'efficacité de la répression de la corruption dans le domaine des marchés publics.
D'autre part, le législateur a soumis les infractions à des procédures de poursuite et de jugement exceptionnelles tel que l'infiltration et le contrôle électronique .Comme il a été institué pour ces infractions des tribunaux d'exception contrairement aux règles générales des poursuites et des jugements .

مقدمة:

إذا كان من الضروري إلتجاء الدولة في تسيير هياكلها ومؤسساتها إلى إنشاء علاقات مع أعضائها، فإن هذه العلاقات أخضعتها لنظام قانوني يختلف حسب وضعيتها في العلاقة. قد تكون الدولة في وضعية المستفيد من العلاقة بحكم ضرورة تواجدها وبقائها فتفرض على أعضائها الإلتزام بالمساهمة في أعبائها، وقد تكون الدولة مجرد شريك في العلاقة مع الغير لها حقوق وعليها إلتزامات خاضعة لمبدأ التوازن.

العلاقة التواجدية بين الدولة وأعضائها تحكمها نصوص قانونية إلزامية تضع الدولة في مركز سيادي تفرض وتلزم تحت طائلة العقاب. أما العلاقة التعاقدية بين الدولة والغير فهي علاقة في الأصل متكافئة بين الطرفين بحكم أن الدولة تنزع لباس السيادة فتصبح شخصا عاديا تبرم عقودا مماثلة للتي يحكمها القانون المدني.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني فإن العقود تخضع في الأصل لمبدأ سلطان الإرادة سواء في إبرامها أو تنفيذها أو إنهائها، وإن كان المبدأ في بعض الأحيان يقيد بإجراءات شكلية أو بفرض شروط خاصة كما هو الحال بالنسبة للعقود الرسمية وعقود الإذعان. والقانون فضلا عن ذلك يحمي العلاقة التعاقدية بجزاءات مدنية تتمثل في الفسخ والتعويض.

كان من المفروض تطبيق قواعد القانون المدني على العلاقات التعاقدية التي تكون الدولة طرفا فيها خاصة وأن الدولة لا تتصرف فيها من موقع سيادي بل من موقع الند للند، إلا ان المشروع رأى أن العقود التي ترد على المال العام تحتاج إلى تنظيم خاص وحماية خاصة.

فالعقد الذي يتضمن انفاق المال العام من أجل إنجاز الأشغال، إقتناء اللوازم، تقديم الخدمات، أو إنجاز الدراسات والذي تبرمه الإدارات العمومية والهيئات الوطنية العمومية والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الاقتصادية مع الغير سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع لنظام قانوني خاص إذا كان مبلغ العقد يتجاوز سقفا معينا محددا بموجب آخر المرسوم الساري المفعول 000 000 12 دج بالنسبة لإنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم، 000 000 6 دج بالنسبة للدراسات وتقديم الخدمات.

فالعقد الذي تنطبق عليه هذه المواصفات يطلق عليه مصطلح الصفقة العمومية يخرج عن إطار تطبيق القانون المدني ويخضع لأحكام قانونية خاصة منصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

نظام قانوني خاص للصفقات العمومية مبني على علانية الصفقة والشفافية في المعاملة، والمساوات بين المتعاملين في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة

بدء من تاريخ الإعلان عنها إلى كيفية اختيار المتعامل المتعاقد عن طريق المناقصة بمختلف أشكالها أم عن طريق التراضي، إلى مرحلة ابرام الصفقة بمختلف جوانبها من حيث بياناتها الإلزامية والتوقيع عليها، ثم مرحلة التنفيذ انطلاقا من أمر الخدمة إلى انجاز الخدمة أو التسليم النهائي للأشغال[2].

وإذا كانت الصفقات العمومية تخضع لنظام قانوني خاص فإن المشروع أعطى لها حماية قانونية خاصة تتجاوز الحماية الممنوحة للعقود المدنية وذلك بتجريم كل ما من شأنه المس بالمال العام باستعمال الصفقة العمومية.

1/ تطور التجريم في مجال الصفقات العمومية:

نصوص التجريم المتعلقة بالصفقات العمومية كانت مدمجة في قانون العقوبات تحت باب "الإعتداءات على حسن سير الإقتصاد الوطني والمؤسسات العمومية" بحيث أن إبرام صفقة مخالفة للتشريع من طرف موظف كان يعتبر جناية معاقب عليها بالسجن من 05 إلى 10 سنوات مع الغرامة. ونفس العقوبة كانت تسلط على الطرف المتعاقد مع الدولة في حالة ما إذا استفاد من سلطة أو تأثير الموظف في إبرام الصفقة أو تنفيذها. (المادة 423 الملغاة من قانون العقوبات).

كما أن رشوة الموظف من أجل تحضير أو إعداد أو إبرام أو تنفيذ صفقة كانت تعد جناية معاقب عليها بالسجن من 05 سنوات إلى 20 سنة (المادة 2/423 الملغاة ق.ع.).

بعد دخول الجزائر مرحلة إقتصاد السوق، تم تعديل قانون العقوبات بموجب قانون 26 جوان 2001، بإلغاء الباب المخصص للإعتداءات على حسن سير الإقتصاد الوطني، فحولت مواد التجريم المتعلقة بالصفقات العمومية إلى الباب الخاص بالرشوة واستغلال النفوذ تحت أرقام 128 مكرر و128 مكرر 1، مع التخفيف من عقوبة الموظف الذي يبرم صفقة مخالفة للتشريع بإعادة تكييفها إلى جنحة معاقب عليها بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وإبقاء جريمة رشوة الموظف في مجال الصفقات العمومية على حالها، جناية معاقب عليها بالسجن من 05 سنوات إلى 20 سنة. بل الأكثر من ذلك اعتبرت جريمة الرشوة فيما بعد من الجرائم الخطيرة غير القابلة للتقادم خلافا للقواعد العامة للجريمة والعقوبة، وذلك بموجب قانون 10 نوفمبر 2004 الذي أضاف إلى قانون الإجراءات الجزائية المادة 8 مكرر التي تنص على أنه: "لا تنقضي الدعوة العمومية بالتقادم في الجنايات والجنح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة أو اختلاس أموال عمومية".

غير أنه مع وجود هذه النصوص القمعية لمواجهة الرشوة في مجال الصفقات العمومية إلا أنها لم تكن متلائمة مع ظاهرة الرشوة بصفة عامة بل أن الظاهرة تتزايد بانتظام وتتوسع لتشمل كل القطاعات. والظاهرة ليست خاصة بالمجتمع الجزائري بل أصبحت تشكل آفة بالنسبة لكل المجتمعات، وهذا ما دفع بالمجتمع الدولي إلى اتخاذ موقف بتكثيف المجهودات الدولية من أجل مواجهة هذه الظاهرة باعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003، والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بالمرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 29 صفر عام 1425 هـ الموافق 2004/04/19. وهي الإتفاقية التي توصي بتجريم ظاهرة الفساد بصفة عامة ومواجهة الظاهرة بتدابير وقائية وقمعية، وتدابير إجرائية في مجال التعاون الأمني، والتعاون القضائي وفي مجال تنفيذ الأحكام.

وتنفيذا لهذه الإتفاقية أصدرت الجزائر بتاريخ 20 فيفري 2006 قانون خاص بالوقاية من الفساد ومكافحته يهدف إلى دعم تدابير الوقاية ومكافحة الفساد، وتعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في التسيير، وتسهيل التعاون الدولي في مكافحة الفساد.

وخصص المشرع الباب الرابع من هذا القانون لمختلف الجرائم التي تدخل ضمن مصطلح الفساد وهو موضوع المحور الثاني من هذه الدراسة.

2/ نطاق التجريم في الصفقات العمومية:

مواد التجريم في مجال الصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون العقوبات تحت رقم 128 مكرر و128 مكرر1 ألغيت بموجب المادة 71 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وتم تعويضها بالمواد 26 و27 من هذا القانون(3).

ومن خلال قانون مكافحة الفساد السائر المفعول فإن الوقائع المجرمة في مجال الصفقات العمومية تتمثل فيما يلي:

1/2 الإمتيازات غير المبررة:

وتتمثل طبقا للمادة 26 من قانون مكافحة الفساد في نوعين من الإمتيازات.

إمتياز يقدمه الموظف للغير وذلك بمخالفته النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول في مجال الصفقات العمومية.

إستفادة الغير المتعامل مع الدولة في مجال الصفقات من سلطة أو تأثير موظف بهدف تعديل الصفقة لصالحه بالزيادة في الأسعار، تغيير نوعية المواد أو آجال الإستلام.

هذه الوقائع المجرمة تحت تسمية الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية تعتبر جنحة معاقب عليها بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 200 000 دج إلى 1 000 000 دج.

2/2 رشوة الموظف الجزائري:

جريمة رشوة الموظف في مجال الصفقات العمومية طبقا للمادة 27 من قانون مكافحة الفساد تتمثل في واقعة قبض الموظف لأجرة أو منفعة أو الشروع في ذلك، وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية.

هذه الواقعة كانت في ظل القانون السابق جناية يعاقب عليها القانون بالسجن من 05 سنوات إلى 20 سنة أصبحت بموجب قانون مكافحة الفساد جنحة بعقوبات مشددة تتجاوز حدها الأقصى المقرر لها قانونا، إذ يعاقب عليها بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 000 000 1 دج إلى 000 000 2 دج.

3/2 رشوة الموظف الأجنبي:

جريمة مستحدثة بموجب قانون مكافحة الفساد وهي تغطي واقعتين، واقعة الموظف الأجنبي المرتشي وواقعة الموظف الأجنبي الذي يكون في وضعية الراشي.

فمن جهة كل من وعد موظفا عموميا أجنبيا أو موظفا في منظمة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن عمل من واجباته، وذلك بغرض الحصول أو المحافظة على صفقة يرتكب جنحة معاقب عليها بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 000 200 دج إلى 000 000 1دج.

وهي نفس العقوبة المكررة للموظف الأجنبي في وضعية المرتشي وذلك عندما يطلب أو يقبل مزية غير مستحقة لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته (المادة 28 من قانون مكافحة الفساد).

إضافة إلى هذه الوقائع المجرمة في ظل الصفقات العمومية فإنه من الممكن اللجوء إلى نصوص تجريمية أخرى تدخل في إطار ما يسمى بالفساد خاصة من بينها نص المادة 35 من قانون مكافحة الفساد المتعلق بتجريم أخذ الفوائد بصفة غير قانونية، ونص المادة 38 من نفس القانون المتضمن تجريم تلقي الهدايا وكذا نص المادة 37 المتضمن الإثراء غير المشروع.

ومهما تكن الوقائع المجرمة بمناسبة تحضير أو إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية فإن الحماية الجزائية المقررة في هذا الميدان تكتسي طابعا خاصا يتطلب التطرق إليه بإيجاز.

3/ خصوصيات الحماية الجزائية للصفقات العمومية:

1/3 في مجال الإجراءات:

الإجراءات المتبعة بعد إكتشاف الجريمة والتي تقوم بها الشرطة القضائية تدخل في إطار التحريات الأولية أو تحريات التلبس.

هي إجراءات في الأصل تتلاءم وتنسجم مع مبادئ احترام الحريات الفردية وحقوق الإنسان، ولكنها إجراءات إستثنائية بالنسبة لبعض الجرائم الخطيرة والمستحدثة المتعلقة بتهريب المخذرات، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال، جرائم الإرهاب، الجرائم الماسة بالتشريع الخاص بالصرف.

وإذا كانت جرائم الفساد بصفة عامة بما فيها الفساد في الصفقات العمومية لم يخضعها المشرع للتحريات الخاصة بالجرائم الخطيرة في مجال التوقيف للنظر والتفتيش، فإن المشرع اعتبرها من الجرائم التي يمكن أن يتخذ بشأنها إجراءات خاصة إستحدثها قانون 20 ديسمبر 2006 بإضافة المواد 65 مكرر 5 وما يليها إلى قانون الإجراءات الجزائية. وتتعلق هذه الإجراءات باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات وإلتقاط الصور من جهة وإجراء التسرب من جهة ثانية.

صحيح أن هذه الإجراءات المستحدثة تتخذ بناء على إذن مسبق لوكيل الجمهورية أو قاض التحقيق وتخضع لرقابة قضائية صارمة، إلا أن الدليل المتحصل عليه بإستعمال هذه الإجراءات يمكن الطعن فيه خاصة عندما يتعلق الأمر بجرائم الرشوة في مجال الصفقات العمومية وذلك بإثارة الجريمة المستفزة. هذا فضلا على الإثبات في المادة الجزائية خاضع لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي.

كذلك الأمر فإن لجرائم الصفقات العمومية طابعا خاصا على مستوى المتابعة وتحريك الدعوى العمومية.

فالأصل أن الجرائم تتقادم بمرور مدة زمنية حسب ما إذا كانت جناية أو جنحة أو مخالفة. 10 سنوات بالنسبة للجناية، 3 سنوات بالنسبة للجنحة، وسنتين بالنسبة للمخالفة.

لكن جرائم الرشوة، منذ صدور قانون 2004 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، اعتبرت من الجرائم غير القابلة للتقادم كجرائم الإرهاب والجريمة المنظمة واختلاس أموال عمومية، وإن كان المشرع قد تراجع عن موقفه فيما يتعلق باختلاس أموال عمومية، وإن كان المشرع قد تراجع عن موقفه فيما يتعلق بإختلاس أموال عمومية بموجب قانون مكافحة الفساد لسنة 2006 بنصه في الفقرة الأخيرة من المادة 54 من هذا القانون على أن: "مدة تقادم الدعوى العمومية لجريمة اختلاس أموال عمومية تكون مساوية للحد الأقصى للعقوبة المقررة لها" والذي هو محدد بـــ 10 سنوات. وهذا ما يعني أن الرشوة في جميع المجالات بما فيها الصفقات العمومية أشد خطرا من اختلاس أموال عمومية وفي ذلك شذوذ.

2/3 في مجال التجريم والعقاب:

من جملة خصوصيات قانون مكافحة الفساد لسنة 2006 أنه حول تجريم وقائع الفساد من قانون العقوبات إلى قانون خاص، وأخضع كل هذه الوقائع بما فيها الفساد في مجال الصفقات العمومية إلى النظام القانوني الخاص بالجنح بعد أن كانت أغلب هذه الوقائع خاضعة في ظل القانون السابق إلى نظام الجنايات. وهنا يثور التساؤل لماذا التجنيح مع أن الفساد ظاهرة خطيرة بالنسبة للمجتمع.

صحيح أن التجنيح الذي تبناه مشرع 2006 تجنيحا مشددا بحيث أن العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية تتجاوز الحد الأقصى المقرر لعقوبة الجنحة إذ أنها تصل إلى 20 سنة حبسا إذا تعلق الأمر برشوة موظف عمومي بسبب صفقة. ولكن المبتغى من التجنيح هو الفعالية. السرعة في الإجراءات وتبسيطها وتحديد المسؤوليات.

مدة الإجراءات المتبعة في الجنحة أقل بكثير من المدة التي تستغرقها الإجراءات في الجناية، فضلا عن أنه في مجال الجنح يمكن لوكيل الجمهورية أن يتجاوز مرحلة التحقيق بإحالة القضية مباشرة على المحاكمة.

أما بالنسبة لتحديد المسؤوليات فإنه في محاكمة الجناية تتميع المسؤولية باعتبار أن هيئة المحاكمة جماعية مشكلة من قضاة ومحلفين يصدرون أحكامهم حسب اقتناعهم الشخصي دون أي تسبيب. اما محاكمة الجنحة فهي من اختصاص قاض واحد على مستوى المحكمة وثلاث قضاة على مستوى المجلس، وهم ملزمون بتسبيب إقتناعهم.

أما خصوصيات جرائم الصفقات العمومية في مجال العقاب فتتمثل في التشديد بالنسبة للموظفين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وبعض الأشخاص المحددين في المادة 48 من قانون مكافحة الفساد لسنة 2006، هذا من جهة، وفي الإعفاء والتخفيف من العقاب من جهة أخرى.

الإعفاء من العقاب بالنسبة لمرتكب جريمة الصفقة العمومية الذي يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة قبل أن تتخذ بشأن الجريمة إجراءات المتابعة.

أما التخفيف من العقاب فيمنح لمرتكب الجريمة الذي يساعد السلطات في القبض على الأشخاص الضالعين في ارتكابها وذلك بعد تحريك الدعوى العمومية.

في الوقت الذي يحرض ويشجع فيه المشرع مرتكب الجريمة بالتبليغ عنها بواسطة الإعفاء أو التخفيف من العقاب حسب وقت التبليغ، فإن المشرع وضع لجرائم الفساد بصفة عامة تدابير أمنية وعقوبات تكميلية خاصة بها تتمثل في تجميد أو حجز أو مصادرة العائدات والأموال الناتجة

عن إرتكاب الجريمة، بل ألزم الجهة القضائية في حالة الإدانة بأن تحكم برد قيمة ما تاحصل 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. وهذا دون أي مراعاة للحائز حسن النية ودون الأخذ في الاعتبار في مبدأ شخصية العقوبة. (المادة 51 فقرة 3 من قانون مكافحة الفساد).

وفضلا عن هذه الخصوصيات، فإن جرائم الفساد بصفة عامة هي موضوع تعاون دولي في جميع المجالات، على المستوى الامني والقضائي وتنفيذ الأحكام، وكذا على مستوى المؤسسات المالية، تعاون في مجال تقديم المعلومات المالية وفي مجال استرداد أموال العائدات الإجرامية وفي مجال المصادرة وتجميد الأموال والحجز عليها. والجزائر أبرمت في السنوات الأخيرة إتفاقيات جهوية وثنائية من أجل تسهيل التعاون الدولي لمكافحة الفساد.

السؤال في الخاتمة يبقى مطروحا حول مدى فعالية الموقف الجزائري للحد من ظاهرة الفساد. المدة الزمنية لتطبيق قانون مكافحة الفساد غير كافية للحكم عليه، ولكن آفة الفساد لا يمكن مواجهتها من خلال تدابير قمعية أو تدابير وقائية مباشرة. الظاهرة اجتماعية تتطلب سياسة طويلة المدى تستهدف الأسباب قبل النتائج. والأسباب أخلاقية بالدرجة الأولى.

المراجع:

- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، "الإطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد في الجزائر"، ONPLC، طبعة 2014.
- حاحة عبد العالي، "الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر"، أطروحة دوكتوراه، جامعة بسكرة، 2013/2012.
- فرقاق معمر، "الرشوة في قانون مكافحة الفساد"، مقال منشور في مجلة الاكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، 6/2011، ص 42.
- عامر خضير الكبيسي، "استراتيجية مكافحة الفساد"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007.
- Jolly Cecile, « Les Cercles Vicieux De La Corruption En Algerie », Revue International Et Stratégique, 2001/3, P 112.
- Merad Jean Francois, « Les Paradoxes De La Corruption Institutionnalisée », Revue International De Politique Comparée, 2006/4, P 697.

الهوامش:

[1] انظر: المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16، ج.ر. 2015، عدد 50.

[2] انظر: تنظيم الصفقات العمومية خضع في السابق لعدة نصوص قانونية:

أمر رقم 90/67 الصادر في 1967/06/17. المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10. المرسوم رقم 434/91 الصادر في 1991/11/09. المرسوم رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24. المرسوم رقم 301/03 المؤرخ في 2003/09/11. المرسوم رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07. المرسوم المؤرخ في 2012/01/18. والمرسوم المؤرخ في 2013/01/13.

[3] انظر: المادة 71 من قانون مكافحة الفساد: "تلغى الأحكام المخالفة لهذا القانون لاسيما المواد...128 مكرر و 128 مكرر1 ..."

المادة 72 من قانون مكافحة الفساد: "تعوض كل إحالة إلى المواد الملغاة في التشريع الجاري به العمل بالمواد التي تقابلها من هذا القانون وذلك كما يأتي: المادة 128 مكرر من قانون العقوبات تعوض بالمادة 26 من هذا القانون، والمادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات تعوض بالمادة 27 من هذا القانون".